

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2007
PLAN DE ESTUDIO 1993**



DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL POR LA CAUSAL TERCERA PARTE FINAL DEL ARTICULO 106 DEL CODIGO DE FAMILIA

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO Y TITULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTADO POR:

EFRAIN ERNESTO ALVAREZ FRANCO
JESSY CANDELARIA ESCOBAR GALLARDO
CECILIA DEL CARMEN MARTINEZ OLIVA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO
LICDA. INES ALICIA ESPINO TREJO

SEPTIEMBRE DE 2007

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, EL SALVADOR.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICERRECTOR ACADEMICO
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICERRECTORA ADMINISTRATIVA
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL
LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA
LIC. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICEDECANO
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION
LIC. BERTHA ALICIA HERNANDEZ AGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. INES ALICIA ESPINO TREJO

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar agradezco a **Dios y la Virgen María** por haberme permitido culminar mis estudios, guiar mis pasos y llenarme de sabiduría al momento de tomar decisiones.

A mi **mami**, por haberme apoyado siempre de una manera incondicional, no solo en la carrera sino a lo largo de toda mi vida.

A mis tías, **Toy, Nana, Opy**, porque han sido para mí como una segunda mamá, y por lo tanto han estado siempre conmigo, en las buenas y en las malas.

A mi hermana, **Berenice**, por ser mi impulso para esforzarme más cada día, para poderle dar un buen ejemplo, y por ser mi fiel confidente.

A **Emilio Siu**, por haberme tenido paciencia y haberme brindado mucha comprensión hasta el último momento. TQMS.

A todos aquellos **amigos y amigas** que de forma directa o indirecta tuvieron participación en este camino que he recorrido y que estuvieron a mi lado en mis alegrías y tristezas.

Jessy Candelaria Escobar Gallardo

Agradezco primeramente a Dios, por haberme dado la suficiente capacidad y perseverancia y por haberme puesto en mi camino a la persona que ha sido fuente de inspiración y me ayudo en las buenas y en las malas y que aun lo sigue haciendo.

A mi madre, quien ha sido parte fundamental en el desarrollo de mi vida, tanto en lo personal como en lo económico, que sin su apoyo no hubiese sido posible este logro.

A mi padre, quien a pesar de su distancia me apoyo mucho en sus oraciones.

A mis hermanas, que también gracias a ellas, y su ayuda tanto moral como económica se ha hecho posible la realización de este gran éxito personal.

A mi hija quien ha sido fuente de inspiración y me ha llenado de muchas felicidades y que es también por ella que he alcanzado mi meta tan soñada.

A mis amigos por su apoyo en momentos que fueron importantes en mi vida.

A todas aquellas personas que de una u otra manera me dieron su apoyo en todo momento.

A una persona muy especial, que desde que la conocí solo a sido una gran ayuda en mis estudios, así como también en lo personal, ya que es parte fundamental en mi vida, y lo seguirá siendo por siempre, Te amo y gracias.

Efraín Ernesto Álvarez Franco

Shema Israel, amaras al señor tu Dios con todo tu corazón, con toda tu alma y con todas tus fuerzas....

Con estas palabras grabadas en mi corazón agradezco a Dios todo poderoso, que ha cumplido todas sus promesas y me ha regalado con gratuidad según su voluntad todas lo necesario para mi vida, y por sobre todas las cosas con su inmenso amor este logro que es suyo.

A mis padres ejemplo de amor, dedicación, rectitud, perseverancia y apoyo incondicional en todas las pruebas.

A mi hermana Milagro y su esposo Ángel, que me han apoyado con fe, amor y completa confianza en mí.

A mis tres pequeñas sobrinas Camila Maria, Gracia Maria y Maria Fernanda, que son ángeles en esta tierra y las más importantes razones para perseverar y llevar a cabo mis logros.

A toda mi familia por sus muestras de cariño y palabras de ánimo.

A mis Catequistas y mi comunidad de hermanos en Cristo que con sus oraciones y amor fraterno me sostuvieron en este camino, de manera especial a Karlita, Verónica y Pedro José que siempre estuvieron cerca apoyándome.

A mis compañeros de tesis por su comprensión, y gran apoyo.

A mis compañeros de trabajo por sus muestras de apoyo sincero.

Cecilia del Carmen Martínez Oliva

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPITULO 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO Y DIVORCIO EN EL SALVADOR	
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO.....	1
1.2 EL DIVORCIO.....	4
1.2.1 El divorcio en general.....	4
1.2.2 Antecedentes históricos del divorcio.....	5
1.2.3 Estado de la Legislación en la Materia.....	8
1.2.4 Fundamento del divorcio.....	9
1.2.5 Objeciones al divorcio vincular.....	10
1.3 FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS.....	11
1.3.1 Otras formas de Divorcio.....	13
1.4 EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO EN NUESTRO PAÍS.....	16
1.5 DEFINICIÓN DE DIVORCIO.....	20
1.5.1 Comentario.....	22
1.6 CAUSALES DE DIVORCIO.....	23
1.6.1 Clasificación de las causales de divorcio.....	23
1.6.1.1 Mutuo consentimiento de los cónyuges.....	24
1.6.1.1.1 Efectos que produce la causal.....	28
1.6.1.1.2 Comentario.....	28
1.6.1.2 Separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos.....	30
1.6.1.2.1 Efectos que produce la causal.....	32
1.6.1.2.2 Comentario.....	32
1.6.1.3 Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges.....	33
1.6.1.3.1 Efectos que produce la causal.....	35
1.6.1.3.2 Comentario.....	35
1.6.2 Preferencia de una causal falsa ante una verdadera.....	36
1.6.3 La real causa de divorcio.....	36
1.6.4 Número limitado de causales.....	37
1.6.5 Motivos de disolución del vínculo matrimonial en nuestra Legislación.....	37
1.7 DIVORCIO DECRETADO EN PAÍS EXTRANJERO.....	42

CAPITULO 2: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO A NIVEL INTERNACIONAL

2.1	DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN EL DERECHO ARGENTINO.....	45
2.1.1	Divorcio vincular y separación personal.....	46
2.1.2	Evolución del Derecho Argentino.....	46
2.2	INTENTOS DE ESTABLECER EL DIVORCIO EN CHILE.....	51
2.2.1	Sucedáneo del divorcio: la nulidad del matrimonio.....	52
2.2.2	El divorcio en Chile.....	53
2.2.2.1	Divorcio Perpetuo.....	55
2.2.2.2	Divorcio Temporal.....	60
2.3	EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.....	62
2.3.1	Regulación del Divorcio en el Código Civil Vigente.....	69
2.3.2	Divorcio Separación, Divorcio no vincular.....	70
2.3.2.1	Causas de Divorcio Separación.....	71
2.3.3.2	Consecuencias Jurídicas del Divorcio Separación.....	72
2.3.3.3	Divorcio Vincular.....	74
2.3.3.4	Divorcio Contencioso necesario.....	75
2.3.3.5	Causas de Divorcio necesario.....	75
2.3.3.6	Clasificación de las causas.....	76
2.3.3.7	Análisis de las causas de Divorcio.....	80

CAPITULO 3: CAUSALES DE DIVORCIO

3.1	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.....	90
3.2	DIVORCIO CONTENCIOSO.....	95
3.2.1	Separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos.....	97
3.2.2	Efectos Jurídicos.....	98
3.3	POR SER INTOLERABLE LA VIDA EN COMÚN.....	99

CAPITULO 4: NORMATIVA Y FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DEL
DIVORCIO

4.1	NORMATIVA.....	106
4.2	CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA.....	116
4.3	MOTIVOS DE DIVORCIO.....	120

CAPITULO 5:	ANÁLISIS DE ENCUESTA.....	125
-------------	---------------------------	-----

CAPITULO 6: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1	CONCLUSIONES.....	136
6.2	RECOMENDACIONES.....	138

BIBLIOGRAFÍA.....	140
-------------------	-----

ANEXOS.....	144
-------------	-----

Encuesta.....	145
---------------	-----

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto establecer los hechos graves o semejantes que se dan para la disolución del vínculo matrimonial, el cual se desarrolla en un periodo de seis meses, en el que se planificó y elaboró el diseño de investigación para posteriormente ejecutarlo, con la finalidad de cumplir con el requisito para optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, dicha investigación versó con relación a la problemática de establecer en que medida la legislación salvadoreña delimita los hechos graves o semejantes para decretar la disolución del vínculo matrimonial. El Código de Familia que no obstante siendo una legislación reciente ha dejado vacíos que exigen una reforma que garantice una eficaz aplicación de la ley.

La investigación efectuada reviste su importancia científica en tanto que esta nueva normativa familiar a experimentado una transformación muy profunda, que hasta cierto punto tiende a confundir por el desconocimiento de la misma, esta corriente innovadora ha sido impulsada por factores de tipo, sociales, económicos y políticos; además puede decirse que en esta legislación se da un paso gigantesco con respecto a la igualdad tanto del hombre como de la mujer. Por otra parte esta legislación incluye una expansión de las uniones no matrimoniales, que algunos opinan que esta es una arma de doble filo, ya que es una forma de crear familia, también podría llegar a afectar a la institución del matrimonio.

El objetivo general de nuestra investigación fue establecer los hechos graves o semejantes en la disolución del vínculo matrimonial, el cual fue alcanzado en la realización de la investigación. En este trabajo también se

desarrollaron diferentes objetivos específicos que durante la investigación del mismo se irán desarrollando.

La ejecución de la investigación comprende seis capítulos; en el primer capítulo se desarrollan los antecedentes históricos del matrimonio así como también del divorcio; el estado de la Legislación en la materia, fundamentos del divorcio, objeciones al divorcio vincular y fundamentos doctrinarios del divorcio.

En el capítulo dos se hace mención de los antecedentes históricos del divorcio a nivel internacional, y se desarrollan temas como la disolución del vínculo matrimonial en Argentina, el divorcio vincular y la separación personal; Intentos de establecer el divorcio en Chile; y divorcio en el derecho Mexicano.

En el capítulo tres se determinan las distintas causales de divorcio que establece el código de familia, así como las diferentes doctrinas de los especialistas en el área del derecho de familia tanto en el área internacional como nacional.

En el capítulo cuatro se desarrolla la normativa y fundamentos doctrinarios del divorcio, tanto nacional como internacional con relación al tema.

El capítulo cinco comprende el análisis de interpretación de resultados de la investigación de campo, en la que exponemos la comprobación de hipótesis a través de preguntas claves realizadas en la entrevista dirigida a jueces y colaboradores jurídicos de los juzgados de familia en el área de San Salvador.

En el capítulo seis se establecieron las conclusiones y recomendaciones, las que se realizaron en un marco exhaustivo de toda la investigación.

Con el propósito que este breve trabajo de investigación contribuya a mejorar la administración de justicia en materia de familia y que a la vez genere un aporte a los estudiantes y profesionales del derecho en cuanto a la importancia que represente una reforma en el numeral tercero parte final del Código de Familia.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN EL SALVADOR

1. 1 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MATRIMONIO

El Código Civil de 1860 aún esta en vigencia, pero las regulaciones que contiene en relación al Derecho de Familia han sufrido copiosas reformas. No se tiene el propósito de hacer un comentario pormenorizado de tales modificaciones, sino hacer un estudio sistemático de tales reformas en lo que se refiere a la institución del divorcio en el nuevo Código de Familia.

Para hablar de la institución del divorcio, es importante traer a colación algunos aspectos más importantes del matrimonio, ya que sin este último no tiene razón de ser el primero. El Código Civil de 1860, se remitía a la autoridad eclesiástica en todo lo relativo a “la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído”, prescribía que el matrimonio canónico producía efectos civiles, pero el Art. 120 Cv indicaba que una ley especial determinaría las formalidades y requisitos con que debían de contraerse en el Territorio de la República los matrimonios de las personas que no profesaban la religión Católica. La ley a la que hace referencia dicho artículo es la “Ley Reglamentaria del Matrimonio Civil” , la cual se decretó el 1 de marzo de 1880 y se publicó el cuatro de mayo del mismo año, en el cual se reguló ampliamente la materia matrimonial. Destacan en ella que por primera vez en la República se estatuyeron impedimentos matrimoniales por la autoridad civil e independiente de los admitidos por el Derecho Canónico, y el divorcio absoluto para los no católicos.

A esta altura había en el país dos regímenes matrimoniales: para las personas católicas el eclesiástico, el cual era perpetuo y para toda la vida; y para los no católicos o entre un católico y un no católico, el matrimonio civil; el cual era disoluble.

Ese doble régimen no tuvo acogida pues creaba una situación incierta e insegura a la que se trató de poner fin con el Decreto Legislativo del 21 de febrero de 1881, publicado el 24 del mismo mes y año. En sus Considerandos se expresó que había una razón para el matrimonio civil se hubiese establecido solamente para los casos expresados, puesto que el Art.4 de la Constitución de la República garantizaba el libre ejercicio de todas las religiones, como una consecuencia clara de la libertad de conciencia, y que era preciso ampliar dicha ley. En consecuencia se estableció el matrimonio civil para todos los habitantes de la República, fuere cual fuere su nacionalidad o religión que profesaren, sin perjuicio de que los contrayentes pudiesen celebrar matrimonio religioso.

El divorcio es igualmente antiguo como el matrimonio, ambas instituciones se remontan a la época de las sociedades que se organizan y crean el medio jurídico idóneo para legalizar la formación de la familia, esta institución (el divorcio), ha asumido diferentes formas y ha producido efectos diversos dependiendo de cada cultura, pero siempre ha estado presente en todos los ordenamientos jurídicos.

En las historias más antiguas de los pueblos se encuentran testimonios que hablan de alguna manera del divorcio, este se permitió siempre como un derecho exclusivo del varón para repudiar a su mujer por causas diversas como son: el adulterio, la esterilidad, la torpeza etc., y ocasionalmente como derecho de la mujer pero únicamente al ser maltratada por su marido.

El repudio fue la forma más usual de romper con el matrimonio, en culturas como la Antigua Babilonia, China, la India, Israel, Egipto, etc., y consistía en la manifestación expresa de la voluntad del marido a través de un documento escrito que debía contener: la fecha, el lugar, nombres de las personas involucradas y los antecedentes del caso.

En el Antiguo Testamento, existe un pasaje en el Libro de Deuteronomio, por el cual se permitía al marido entregar a su consorte en libelos de repudio para despacharla de la casa; pasaje que textualmente dice:

“Cuando uno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribiré carta de repudio y se la entregara en su mano y la despedirá de su casa”.

De la lectura del versículo anterior, se concluye que no era necesaria una causal determinada para invocar el divorcio, bastaba que al marido le pareciera algo desagradable o torpe de su mujer para alejarla de si. Con el advenimiento del Nuevo Testamento, se prohibió claramente toda forma de divorcio, prohibición caracterizada por la indisolubilidad del matrimonio y consagrada en el Derecho Canónico que dice: “el matrimonio válido, ratificado y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, ni por ninguna causa, fuera de la muerte”.

Surgen entonces polémicas en cuanto a que no se le podía dar una verdadera interpretación a estos textos sagrados acerca de lo que debía entenderse por divorcio y si este era permitido por el supremo creador. Fue hasta en el siglo XII que la iglesia puso término al debate que en su seno originaron los dos textos transcritos, mediante una interpretación según la cual, en caso de adulterio, el marido tiene derecho a no vivir con su mujer, pero ni aun entonces queda disuelto el vínculo matrimonial; se estableció por la iglesia

que si bien la unidad es una propiedad esencial del consorcio, es perfectamente que esta subsista sin aquella.

Con independencia del dogma religioso se aducen argumentos morales en contra del divorcio en el sentido de que el mismo implica una solución contraria a los principios morales que deben regir la constitución de la familia, la cual es la estabilidad y la permanencia de la misma basada en una comunidad espiritual de los cónyuges. El divorcio fomenta la desintegración de la familia, pues los que se casan saben de antemano, que si la unión que inician no da los resultados deseados, pueden darla por terminada mediante el divorcio.

1.2 EL DIVORCIO

1.2.1 EL DIVORCIO EN GENERAL

Definición: el divorcio viene del latín *divortium*, de *divertere* que significa separar.

El divorcio es la ruptura del vínculo matrimonial, válidamente contraído, en vida de los cónyuges, fundada en causa legal, en virtud de una sentencia judicial.

- a) El divorcio rompe o disuelve el vínculo y, por consiguiente, los divorciados quedan en libertad de contraer un nuevo matrimonio.
- b) Ha de tratarse de un matrimonio válido; esta circunstancia diferencia radicalmente el divorcio de la nulidad del matrimonio, que disuelve igualmente el vínculo, en razón de que no fue válidamente contraído.
- c) Es presupuesto del divorcio que vivan ambos cónyuges: la muerte también disuelve el matrimonio y no cabe romper un vínculo ya inexistente.

- d) En las legislaciones modernas procede el divorcio por causas señaladas por la ley, sin perjuicio de que difieran considerablemente el número y naturaleza de tales causas.
- e) En fin, y como consecuencia de lo anterior, debe ser pronunciado por la justicia, que ha de calificar las causas alegadas.

Separación de cuerpos

Junto al divorcio propiamente existe la separación de cuerpos, la cual es una forma atenuada del divorcio

Difiere del divorcio porque no disuelve el vínculo matrimonial, sino que lo relaja solamente. Los cónyuges continúan casados, pero quedan dispensados de la obligación de hacer vida en común.

Dos caracteres ofrece la separación: en primer término y como consecuencia de la suspensión de la vida en común, quedan abolidos los deberes conyugales que la suponen, mientras que los demás, en general, mantienen su vigor. En segundo lugar, esta su carácter precario porque puede cesar en cualquier tiempo, reconciliándose los cónyuges, salvos casos excepcionales, en razón de la gravedad de las causales determinantes de la separación.

1.2.2 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO

La palabra divorcio proviene del vocablo latín “divortium” que procede del verbo “divertere”, que significa separación, salir de casa, estableciendo que los cónyuges toman rumbos diferentes fuera del matrimonio. Así podemos

mencionar que en algunas culturas antiguas el divorcio se llegó a constituir a través del tiempo en la única forma de disolver el matrimonio, en aquellos tiempos por medio del repudio del hombre hacia la mujer.

Podemos mencionar que en Babilonia, Persia, China, Grecia, India, Israel y dentro del Código de Manú en los que se reafirma como causal de separación el repudio entre ambos cónyuges lo que estuvo regulado durante mucho tiempo. En otras culturas como la Egipcia, el matrimonio era considerado también un acto sagrado, y el divorcio era considerado como causal de un contrato social. En Grecia, estos por tener muchos cultos a sus dioses, protegían el matrimonio, pero sin embargo se daba el repudio cuando lo pedía el hombre, y el abandono cuando lo efectuaba la mujer.

Mientras tanto en Roma ya se crearon causales específicas del divorcio. Acá el divorcio carecía de formalidades y se materializaban en cualquier forma, eso antes de la llegada de Justiniano, el cual como se mencionó anteriormente creó causales específicas de divorcio. Luego en el Derecho Francés, a partir de la Revolución Francesa, se estableció el divorcio vincular, introduciendo después tres causales de divorcio: el mutuo consentimiento, divorcio por ruptura de la vida en común y divorcio por faltas.

En el Derecho Canónico, en el que la Iglesia tenía influencias en todos los aspectos de la vida social, se consideraba el matrimonio indisoluble, estableciéndolo como un sacramento y por tanto no podía ser disuelto por voluntad del hombre. Estableciendo algunas formas para el matrimonio no consumado, y el matrimonio entre no bautizados. El Derecho Canónico no acepta el divorcio absoluto, solo el divorcio relativo, debido al principio canonista de la indisolubilidad del matrimonio por parte de la Iglesia.

El Derecho Romano admitió el divorcio de la manera más amplia, sin intervención de la justicia ni expresión de causa, por mutuo consentimiento y aún por voluntad de uno solo de los cónyuges. En su concepto era una institución de bien público y se tenía por nulas las estipulaciones tendientes a limitarlo.

La amplia libertad del divorcio subsistió hasta el tiempo de los emperadores cristianos. En la legislación de Justiniano se limitó el divorcio de común acuerdo y establecieron sus causales. Pero el divorcio continuó dependiendo de la voluntad de los cónyuges porque la ausencia de una causa legal determinaba solamente la aplicación de ciertas penas; el divorcio no era por ello menos eficaz.

Desde los primeros tiempos, la Iglesia combatió el divorcio y proclamó la indisolubilidad del matrimonio, tomando pie en palabras de Cristo, acerca de las cuales no están estrictamente acordes los evangelistas. Mientras San Lucas y San Marcos repudian el divorcio absolutamente, San Mateo lo admite en el caso del adulterio.

La tesis de la indisolubilidad fue defendida por San Agustín, fundada principalmente en el carácter sacramental del matrimonio, y terminó por imponerse.

Sin embargo, la Iglesia hubo de admitir algunos paliativos. Admitió la separación de cuerpos, que no quebranta pero debilita el vínculo matrimonial y construyó una teoría de la nulidad del matrimonio que da cabida a verdaderas causales de divorcio, al admitir como tales circunstancias posteriores a su celebración, como la no consumación del matrimonio. La reforma trajo consigo un movimiento a favor del divorcio, que se introdujo en los países protestantes.

La Revolución Francesa, que conceptuó el matrimonio como un contrato civil, debía admitir y admitió el divorcio, con gran liberalidad. El Código Civil Francés conservó el divorcio, en términos más restringidos.

1.2.3 ESTADO DE LA LEGISLACION EN LA MATERIA

Constituye una gran minoría los países que, en la actualidad, no admiten el divorcio vincular. En Europa, se cuenta España y en América, Brasil, Colombia, Argentina, Paraguay y Chile.

En efecto, en Europa, tienen establecido el divorcio:

- Francia, por Ley de 19 de julio de 1884, modificada por leyes de 1886 y 1893;
- Bélgica, en virtud del Código Civil;
- Portugal, por Ley de 25 de Diciembre de 1910;
- Alemania, en virtud de Código Civil de 1900;
- Suiza, por el Código Federal de 1912;
- Holanda, en virtud del Código Civil de 1858;
- Bulgaria por Ley de 1892;
- Hungría, por Ley de 1884;
- Grecia, por Ley de 24 de julio de 1920;
- Dinamarca, por Ley de junio de 1922;
- Suecia, por Ley de 11 de junio de 1920;
- Noruega, por Leyes de agosto de 1909 y marzo de 1910;
- Checoslovaquia, por Ley de 22 de mayo de 1922;
- Inglaterra, por Ley de 22 de diciembre de 1857;
- U.R.S.S., en virtud del Código Civil de 1927;
- Italia, por Ley de 1 de diciembre de 1970.

En América, tienen establecido el divorcio, además de los Estados Unidos de Norte América:

- México, por Código de la Familia de 1917 y el Código Civil de 1932;
- Guatemala, en virtud del Código Civil de 1880;
- El Salvador, por Ley de 1894;
- Nicaragua, por Código Civil de 1903;
- Panamá, en virtud del Código Civil de 1915;
- Costa Rica, por Código Civil de 1924;
- Cuba, por Leyes de 1918 y de 6 de febrero de 1930;
- Santo Domingo, en virtud del Código Civil de 1897;
- Venezuela, por el Código Civil de 15 de agosto de 1922;
- Ecuador, por Leyes de octubre de 1902 y octubre de 1910;
- Bolivia, por Ley de abril de 1932;
- Uruguay, por Ley de octubre de 1907, modificada por Leyes de 1910 y 1913.¹

1.2.4 FUNDAMENTO DEL DIVORCIO

La unión del hombre y la mujer, contraída para toda la vida, suele frustrarse. La vida en común se suspende o, si continua, constituye un motivo de discordias, una fuente de tormento, una causa de escándalo. ¿Cuál ha de ser el remedio de este lamentable estado de cosas? El problema debe plantearse en términos más limitados y concretos. Puesto que no se discute que los cónyuges pueden poner término a una convivencia que les resulta intolerable, la cuestión se reduce de una alternativa: si el remedio de tales

¹ Meza Barros, Ramón; “Manual de Derecho de Familia”, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile 1975, Págs. 125-128

males es la simple separación de cuerpos o el divorcio con disolución del vínculo matrimonial.

La separación de cuerpos pone fin a la vida en común, pero deja subsistente el matrimonio. El vínculo se relaja pero no se rompe; los separados no quedan en libertad de contraer un nuevo matrimonio y, por consiguiente, impedidos para forjar un nuevo hogar y constituir una nueva familia, condenados a un celibato forzoso.

La separación de cuerpos no deja subsistente del matrimonio sino el hombre; el vínculo matrimonial no existe sino teóricamente; los cónyuges siguen nominalmente casados sin estarlo, en verdad. Porque ¿Qué resta del matrimonio suprimida la vida en común? El marido no tiene mujer, la mujer carece de marido. El divorcio absoluto se presenta, así, como la solución más racional.

1.2.5 OBJECIONES AL DIVORCIO VINCULAR

Quienes objetan el divorcio lo combaten desde diversos ángulos, para juzgar las objeciones hay que partir de la base obvia de que el divorcio no es un bien, sino el remedio de un mal; no esta fuera de lugar la expresión manida de que es un mal necesario.

- a) Los impugnadores del divorcio lo condenan porque hieren los sentimientos religiosos de una mayoría que lo repudia, ateniéndose a las enseñanzas de la iglesia a que pertenece. Pero es obvio que las creencias religiosas de una parte de la población no son motivo para vedar el divorcio a la otra, que no las comparte. La Ley no hiere los sentimientos de nadie, puesto que autoriza el divorcio pero no lo impone.

Si uno de los cónyuges se ve constreñido al divorcio, a instancia del otro, ello ocurrirá porque se ha hecho culpable de graves faltas: injurias, sevicias, adulterio, etc.

- b) Se objeta, así mismo, que el divorcio sacrifica a los hijos al interés egoísta de los padres. La penosa situación de los hijos no deriva del divorcio de los padres sino, como observa Planiol, de la ruptura de hecho, de la discordia y aun del crimen de que son testigos y víctimas. Los hijos sufren, sin duda, con la ruptura de los padres; pero no es el divorcio el que crea esta situación, que se produce igualmente en la separación de cuerpos, con la agravante de que los padres quedan inhibidos para formar un nuevo hogar que les acoge dignamente.
- c) Se objeta, aun, que el divorcio debilita el vínculo matrimonial e induce a las gentes a contraer irreflexivamente matrimonio, contando con un camino de retirada. El matrimonio indisoluble, por el contrario, haría que los contrayentes madurasen bien una decisión, que será irrevocable. Pero es esta una objeción más bien de procedimiento que de principios. Deja de tener valor ante una adecuada reglamentación de divorcio y una seria apreciación por los jueces de las causales alegadas.

1.3 FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS

Si en sus orígenes el divorcio era de uso exclusivo del marido para dejar de lado a la mujer, por medio de esto, pero esta figura jurídica ha evolucionado y en todas las limitaciones ha sido aceptado en diversas formas.

El divorcio repudio se ha transformado de acuerdo al desarrollo de la civilización y adquirido formas distintas como las que le podemos mencionar:

A) DIVORCIO UNILATERAL

En este tipo de divorcio ambos cónyuges poseían la libertad de dejar sin efecto el vínculo matrimonial, este tipo de divorcio era practicado mucho en Roma y Persia.

B) DIVORCIO SANCION

En este tipo de divorcio se toman en cuenta las culpas graves, y se sanciona al cónyuge que incumpla con los deberes y derechos familiares, solamente se daba a petición de la parte afectada.

C) DIVORCIO REMEDIO

Acá se limitan o dejan de lado las causas de separación; lo que se busca es una solución a una difícil vida en común entre los cónyuges y no se exigía la culpa.

Luego de muchos estudios, la doctrina moderna toma otros aspectos para realizar estudios acerca del divorcio y de este estudio nacen dos teorías, que hablan de los tipos de divorcio que pueden darse, entre los cuales tenemos:

- El divorcio relativo
- El divorcio absoluto

En el primero se da la simple separación de cuerpos, que consiste en que los cónyuges solicitan ante la autoridad judicial para poner fin a la cohabitación, pero esto no atenta contra el vínculo matrimonial, puesto que los derechos y deberes contraídos al momento de celebrar el matrimonio siempre subsisten. Entre estos podemos mencionar la ayuda mutua, el socorro, etc. Mientras que

en el segundo consiste en la disolución del vínculo con todas sus consecuencias. Los casados dejan de tener el estado civil de casados y pueden casarse de nuevo. Este tipo de divorcio es aceptado en casi todas las legislaciones del mundo, aún con la salvedad que en ordenamientos que se dan en países como Francia, Alemania, Suiza, Portugal y Cuba, admiten el divorcio vincular, y a la vez el de separación de cuerpos o divorcio relativo.

De acuerdo a estas dos clases de divorcios, se da lugar a realizar una clasificación de las legislaciones que aceptan el vincular y las que aceptan el relativo. Entre los países que aceptan el relativo están: Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, España, Italia, Carolina del Sur (USA). Mientras que los que poseen el vincular, son los demás países de América.

1.3.1 OTRAS FORMAS DE DIVORCIO

Como se ha venido mencionando que si bien es cierto que el divorcio constituía en sus orígenes un derecho exclusivo del marido para alejar a su mujer por medio del repudio, lo es también el hecho que esa figura jurídica ha evolucionado y ha sido aceptada en sus diversas formas por toda la universalidad de legislaciones.

Además el divorcio repudio, se tiene noticias que de acuerdo al desarrollo de las civilizaciones, este, o sea el divorcio fue transformándose y adquiriendo formas distintas entre las cuales destacan:

- Divorcio repudio
- Divorcio unilateral
- Divorcio sanción

- Divorcio remedio o mal necesario

El divorcio repudio, su alcance determinaba la exclusiva potestad del marido de arrojar a su mujer, dicha potestad desprotegía completamente la condición de la mujer; ya que la cónyuge carecía de posibilidad de hacer valer sus derechos, idea que tiende a desaparecer completamente por el mismo devenir histórico y constante desarrollo de las civilizaciones modernas.

El divorcio por voluntad unilateral, dejaba a cada uno de los cónyuges la facultad de recuperar a su antojo la libertad.

El divorcio sanción, toma en cuenta como causas las culpas graves cometidas por uno de los cónyuges; se considera un castigo que ha de sufrir el cónyuge culpable, quien por faltas graves, propicia o condiciona el divorcio al cónyuge que resulta ofendido a optar por el divorcio.

El divorcio remedio, por su parte limitaba las causas de la separación a los acontecimientos que forman imposible o difícil la vida en común, pero sin exigir ninguna culpa. Concebido también como un mal necesario, como la posibilidad de poner fin a todas aquellas circunstancias o acontecimientos que tornen imposible la vida en común.

Modernamente la doctrina jurídica, relacionada con la institución del divorcio, orienta su estudio en dos corrientes:

1. Divorcio relativo o simple separación de cuerpos, conocido también en el lenguaje jurídico como divorcio sin disolución del vínculo matrimonial; en este no hay libertad de los cónyuges de contraer nuevas nupcias.
2. Divorcio vincular absoluto, o divorcio con disolución del vínculo matrimonial.

El Divorcio Relativo, consiste en el derecho que tienen los cónyuges para concluir con la cohabitación por medio de resolución judicial, sin intentar disolver el vínculo matrimonial. Importante es señalar que de acuerdo a esta forma de divorcio, subsisten los derechos y deberes derivados del matrimonio tales como: la fidelidad, el socorro, la ayuda mutua, la paternidad, la filiación, etc., hace enfrentar a los cónyuges con una disyuntiva animosa, la castidad forzada o la comisión del delito de adulterio.

El Divorcio Vincular por su parte, consiste en la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges decretada por autoridad competente y por causas posteriores a la celebración del matrimonio establecidas expresamente por la ley.

Estas dos formas de divorcio han permitido una clasificación de los estados que aceptan o rechazan el divorcio dependiendo del que se trate.

De acuerdo a estas formas de divorcio, se ha clasificado las legislaciones de cada Estado así:

En un primer grupo comprendería las legislaciones que rechazan el divorcio vincular y solo admiten la separación de cuerpos; dentro del cual se destacan los estados de Chile, Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. En un segundo grupo estarían comprendidos todas las legislaciones, por exclusión de todos los otros países o estados americanos, no mencionados anteriormente, que recogen el divorcio vincular o divorcio propiamente dicho.

La doctrina extranjera es muy variada sobre el divorcio como institución del Derecho Civil, su origen se remonta al siglo pasado y su regulación ha sido muy diversa desde su aparición, que dicho sea de paso, no surge uniformemente en todos los países del mundo, a ello se debe que hoy en día existen países,

aunque muy pocos, que se niegan aceptar el divorcio en sus legislaciones. En el Derecho Romano, por ejemplo, se admitió el divorcio sin la intervención de la justicia (mutuo consentimiento) y aun por la voluntad de los cónyuges, sin necesidad de alegar causa alguna. Modernamente, esta idea ha desaparecido y las legislaciones solo admiten el divorcio por determinadas causales.

Nuestra legislación y su conglomerado social se han visto influenciado por diversas corrientes de una u otra forma. En sus indicios, la institución del divorcio es regulada en nuestra ley, como divorcio relativo, entendiéndose este como, aquella separación pronunciada por la autoridad judicial competente que deja subsistente el vínculo matrimonial (divorcio absoluto), que para los años de 1860-1880; resulta exagerada, por lo que los legisladores deciden retomar en 1881, la corriente del divorcio relativo.

En 1894 se adopta definitivamente, y sin mayores problemas, la corriente predominante del divorcio absoluto, el cual contrariamente al divorcio relativo, deja afuera la posibilidad de una reconciliación que hace factible en este último.

1.4 EVOLUCIÓN DEL DIVORCIO EN NUESTRO PAIS

Es indispensable hacer un recuento histórico de lo que ha sido la evolución del divorcio en nuestro país.

En el código de 1860, siguiendo la tendencia del Derecho Canónico, se establece que el matrimonio era algo indisoluble y el divorcio era considerado algo aislado, se regulaba como una excepción al matrimonio. Además el divorcio le pertenecía a la Iglesia, quien era la que decidía si se rompía el vínculo matrimonial. Pero aunque se daba el divorcio, no se daba la ruptura del

vínculo, ya que este se rompía por la muerte de uno de los dos cónyuges. En 1880 exactamente el 4 de mayo, es cuando se hace la reforma y se introduce el divorcio absoluto, pero este régimen solo rigió al país por el lapso de un año, ya que en 1881 se da la ley reglamentaria de divorcio civil, que derogaba la ley anterior. Luego en 1885, por Decreto del Presidente Provisional de la República, General Francisco Menéndez, se deroga la ley del divorcio relativo, pero el legislador siempre se mantuvo firme y prevaleció el divorcio relativo. En el año de 1894 se establece el divorcio absoluto y en 1900 se da otra reforma y en ella se incluye el divorcio por abandono por un año, que no era regulada con anterioridad.

En 1901, en el congreso Centroamericano, se reconoce a nivel regional el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, y desde ese año hasta la fecha no se han dado reformas hasta 1994, donde entra en vigencia el Código de Familia e introduce una innovación con respecto al divorcio²

El divorcio, como institución propia del Derecho Civil, aparece en las legislaciones del mundo, a partir del momento mismo que se admite la disolución del vínculo matrimonial y la simple separación de cuerpos como la solución, “como un mal necesario”, al problema que presenta la continuidad de la relación conyugal; nuestra sociedad no es la excepción, y se ha plasmado históricamente en la Legislación Civil y Procesal Civil, y en la actualidad con su propia legislación como es el Código de Familia y su Ley Procesal Familiar, la institución del divorcio, la cual desde sus orígenes hasta nuestros días, se presenta con reformas o modificaciones, tal categoría jurídica aparece por primera vez en El Salvador en 1860, planteada como divorcio relativo o simple separación de cuerpos, entendiéndose este la separación de los cónyuges

² Lindo, Hugo. El divorcio en El Salvador. Ed Universitaria. ES. 1956, Págs. 17-27

ordenada por el Juez competente, dejando subsistente el vínculo matrimonial. Este criterio del Legislador, se ve substancialmente transformado por la ley del 4 de mayo de 1880, que establecía el divorcio absoluto, legalizándolo así, como disolución del vínculo matrimonial, idea que parecía exagerada para aquellos tiempos, debido a las rígidas costumbres y a la realidad social de ese momento histórico.

En 1881, la Ley del Divorcio Absoluto fue derogada, adoptándose nuevamente el criterio del divorcio relativo, idea que se mantiene hasta 1894; cuando por ley del 24 de abril de ese año se estableció: “el divorcio absoluto”. De esa época hasta antes de la creación del nuevo Código de Familia, la institución que nos ocupa no había sufrido más que ligeras reformas, para el caso las causales de divorcio se encontraban establecidas en el Art. 145 del Código Civil, hoy derogado, el cual decía:

“la Ley reconoce como causal de divorcio”:

- 1) La preñez de la mujer por consecuencias de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio, ignoradas por el marido;
- 2) El adulterio de la mujer;
- 3) El adulterio del marido con escándalo público o con abandono de la mujer;
- 4) Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro;
- 5) Graves ofensas o frecuentes malos tratamientos de obra;
- 6) Ebriedad escandalosa y consuetudinaria de cualquiera de los conyugales;
- 7) Abandono voluntario y de hecho que uno de los esposos haga del otro por espacio de seis meses;
- 8) El haber sido condenado cualquiera de los cónyuges, por delito común a la pena del presidio u otra más grave;

- 9) Tentativa de uno de los cónyuges para corromper a sus hijos, o complicidad en la corrupción de estos, o tentativa del marido para corromper a su mujer;
- 10) La separación absoluta de los cónyuges durante uno o mas años consecutivos, pudiendo, en este caso pedir el divorcio cualquiera de ellos.

Es hasta 1994, y luego de superar un período de guerra y de crisis que nuestro país se encontraba afrontando, cuando entra en vigencia el nuevo Código de Familia vigente hasta nuestros días, el cual establece en su Art. 106 las causales de disolución del vinculo matrimonial, estableciéndolas como Motivos de Divorcio, el cual reza:

El Divorcio podrá decretarse:

- 1) Por mutuo consentimiento de los cónyuges;
- 2) Por separación de los cónyuges por uno o mas años consecutivos; y,
- 3) Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges, se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes de matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave o semejante.

En el caso del ordinal anterior el divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaron el motivo.

La sola lectura del artículo anterior, permite hacer numerables críticas e interrogantes; para el caso: que razón de ser tendrá la redacción de la causal tercera en su parte final del Art. 106, será que el legislador resumió los anteriores motivos de disolución en este apartado, o es un claro vacío de ley que se tiene que tratar y buscarle solución; que se debe entender por mala

conducta notoria, hecho grave o semejante, como aplican los jueces este motivo de disolución.

Modernamente a pesar de las corrientes doctrinarias de pensamiento en contra del divorcio, este ha sido aceptado como una necesidad para poner fin a la imposibilidad de continuar con la relación conyugal. Sin embargo, aún cuando esa idea se fundamenta y nace sobre bases muy sólidas, puede argumentarse en contra de esa institución, la justificada pretensión por parte del Estado de conservar la familia por ser esta el componente principal del conglomerado social.

Desde el punto de vista social, el divorcio implica una diversidad de problemas, tales como desintegración familiar, abandono, orfandad, abusos sexuales, etc. Siendo la familia la base fundamental de la sociedad y el matrimonio su instrumento legal, es importante que el Legislador llene los vacíos de Ley con textos más claros que le permitan al Juzgador hacer una valoración del caso acorde a lineamientos previamente establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, evitando valoraciones erróneas de la ley.

Una de las principales innovaciones del Código de Familia en cuanto al divorcio como tal, es que lo considera como un remedio para poner fin jurídicamente a un matrimonio que en los hechos se encuentra destruido y deja a total discrecionalidad del juzgador los motivos para su disolución.

1.5 DEFINICIÓN DE DIVORCIO

Consiste en la disolución de un matrimonio válido en vida de los cónyuges. Así encontramos que muchos autores entienden el divorcio de la

siguiente manera: “Divorcio es la parte legal de extinguir un matrimonio en vida de los cónyuges, decretada por la autoridad competente, que permita a los mismos con posterioridad contraer matrimonio”³

“Divorcio es la ruptura del vínculo conyugal, pronunciado en vida de los cónyuges por tribunal competente a petición de uno, o de ambos cónyuges”⁴

“Divorcio es la disolución del vínculo matrimonial decretado por el Juez”⁵

Del concepto antes vertido, es común encontrar los siguientes elementos:

- A) La disolución de un vínculo matrimonial;
- B) Decretado por autoridad competente;
- C) Debe haber causa existente;
- D) Necesariamente debe ser en vida de los cónyuges;
- E) El matrimonio debe ser contraído válidamente

De los conceptos anteriores, y con los elementos comunes entre ambos, definimos el divorcio de la siguiente manera:

Divorcio es la ruptura del matrimonio, válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad Judicial competente, una alternativa para solucionar grandes conflictos familiares que afecta grandemente al Estado, puesto que si no hay familias estables, por ende el Estado tendrá serios problemas sociales.

³ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 196

⁴ Henry, León y Mazeud, Henry, León y Jean. Lecciones de derecho Civil. Parte IV, Pág. 28

⁵ Código de Familia

1.5.1COMENTARIO

Es importante conocer desde sus orígenes la evolución, que con el tiempo y desarrollo de la sociedad, tiene determinada institución (divorcio), para tener una noción más acertada de la normativa vigente y así poder hacer un análisis claro y específico de un estudio de investigación.

El divorcio constituyó el remedio a una situación en la cual los cónyuges encuentran un escape o la solución a las diferentes dificultades conyugales, pero a la vez constituye un medio generador de un descontrol emocional a las víctimas de este, que en el caso del divorcio son los hijos que tiene que enfrentar un nuevo tipo de vida.

Es importante ver como las uniones de hecho están teniendo una aceptación impresionante en los países de América Latina, lo que trae como consecuencia que muchas parejas prefieran tener una unión de hecho y así poder evadir la responsabilidad que posee todo el matrimonio, ya que cuando optan por el y se dan problemas que hacen insostenible la relación la solución mas sensata es el divorcio, para así evitar daños mayores. De allí que esta sea otra de las tantas situaciones que afectan el matrimonio.

Es importante dejar claro que no es el divorcio el que ponga fin a una relación conyugal sino que son otras situaciones de carácter afectivo o el mismo tipo de patrón cultural, lo que ocasiona este fenómeno que solamente es la forma legal de extinguir una situación de hecho.

1.6 CAUSALES DE DIVORCIO

El Derecho Romano conoció el divorcio sin expresión de causa. No señaló las causas que conducían al divorcio y los cónyuges no tenían consiguientemente que expresar los motivos que lo inducían a divorciarse.

En cambio, las legislaciones modernas solo admiten el divorcio por determinadas causales, sin perjuicio, como se dijo, que estas causales difieren considerablemente por su naturaleza y número.

1.6.1 CLASIFICACION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

Las diversas legislaciones adoptan diversos criterios para señalar las causales de divorcio.

- a) Algunas Legislaciones consideran tales graves faltas a los deberes del matrimonio, como el adulterio, los malos tratos o injurias graves, el abandono del hogar. El divorcio es una sanción por la infracción de dichos deberes.
- b) Otras legislaciones, además, reputan causales de divorcio hechos que no constituyen infracción de los deberes del matrimonio sino una frustración de sus fines, como la demencia, la impotencia, la enfermedad contagiosa, la condena criminal.

El divorcio consigue la liberación de un vínculo cuyos fines no pueden conseguirse. Ej. Del primer criterio es el Código Francés: Ej. Del segundo, los Códigos Suizo y Alemán.

1.6.1.1 MUTUO CONSENTIMIENTO DE LOS CONYUGES

A partir de Enero de 1901, se realizó el segundo Congreso Jurídico Centroamericano, donde se sentaron las bases fundamentales en los Códigos Civiles para que se diera la uniformidad de los mismos.⁶ Pero fué en el año de 1902, donde se da el Tratado sobre Derecho Civil y en donde nuestra legislación introduce la figura del divorcio por mutuo consentimiento, la cual estaba prohibida por la ley de 1894. Dicha causal fue retomada por la mayoría de los países de la región al incorporar esta causal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se estaba ajustando a los cambios morales, sociales y religiosos que se daban en la época, ya que se daba un motivo de divorcio, en el que la causa real no se divulgaba y así no se causaba daño a ninguna de las partes. En la actualidad el mutuo consentimiento lo encontramos regulado en el artículo 106, numeral primero del Código de Familia.

Se considera que es necesario definir lo que se entiende por mutuo consentimiento:

- Se entiende por mutuo consentimiento “Aquel en que las parejas cuyo matrimonio ha fracasado no tengan que recurrir a procedimiento y pruebas similares para obtener el divorcio.”⁷
- Sara Montero, lo define así: “el divorcio por mutuo consentimiento es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente ante solicitud por mutuo acuerdo de los cónyuges”.⁸ Lo que se pretende con este tipo de divorcio, es que los cónyuges no estén obligados a probar causal alguna, sino que estos lo

⁶ Lindo, Hugo. El Divorcio en El Salvador, Ed. Universitaria San Salvador. 1959 Pág. 17-24.

⁷ Calderón de Buitrago, Anita y otros. Pág. 398

⁸ Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 52

único a que están sometidos es a la aprobación del convenio por parte del Juez.

Durante el devenir histórico del divorcio por mutuo consentimiento, se han dado diferentes comentarios en los cuales existen tanto defensores como atacantes. Los segundos, opinan que no es posible dejarle supeditado el derecho a los cónyuges de decidir la disolución del matrimonio. Mientras los defensores sostienen que es necesario este tipo de divorcio, porque si la ley establece que los cónyuges que no quisieran dar a conocer los problemas que pudieran dar a afectar a su familia, no tienen porque obligadamente hacerlo.

El Código Civil regulaba el divorcio por mutuo consentimiento y existían ciertas formalidades, las cuales volvían el proceso tardado y complicado tanto para las partes como el hecho de presentar la demanda en forma personal o por apoderado ante el juez; él procuraba el avenimiento de los cónyuges, pero lo que retardaba el procedimiento era la ratificación de la demanda tres meses después de haberla entablado, y por último la presentación quince días antes de expirar el plazo para ello.

En el Código de Familia, el divorcio por mutuo consentimiento, también requiere que se cumpla con requisitos para invocarlo. Estos son:

1. Que los cónyuges convengan en divorciarse
2. Que ambos sean mayores de edad
3. Que sea ante autoridad competente
4. Que existe una escritura de convenio
5. Que se haya liquidado la sociedad conyugal, si hubiere.
6. Que exista acuerdo sobre guarda y cuidado de los hijos

Si se cumplen estos requisitos, los cónyuges pueden presentarse al Tribunal de Familia por medio de un apoderado, invocando la mencionada causal, la cual se hará mediante una demanda en donde se cumplan los requisitos fundamentales para dicha causal. El juez analizará y observará que esta cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 106 Código de Familia.

- A. Determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado quedaran los hijos sujetos a autoridad parental, régimen de visitas, comunicación y estadía que se hubiere acordado para que el padre o madre que no viva al lado de sus hijos se relacione con ellos.
- B. Expresión de la proporción con que contribuirá cada cónyuge para el sostenimiento de los hijos, con indicación de la base de actualización de la cuantía de los alimentos y garantías reales o personales ofrecidas para su pago.
- C. Determinación de la cuantía alimenticia especial cuando proceda.
- D. Expresión del cónyuge, a quien corresponderá el uso de la vivienda y muebles de uso familiar.
- E. Fijación de las bases para liquidación del patrimonio conyugal, cuando exista régimen económico o para la liquidación de ganancias o determinación de pensión compensatoria en su caso.

Aunque el Código de Familia no estableció ante que funcionario se hará la escritura de convenio, por analogía se deduce que será ante un notario, a la cual puede aplicársele lo establecido en el artículo 84 Código de Familia. Al comparecer ante el juez, las partes deberán hacerlo por medio de un apoderado, el cual deberá presentar la demanda de divorcio con la escritura de convenio dentro de esta, no es necesario que el apoderado este facultado para ello, como era requerido en el Código Civil.⁹

⁹ CORRELESAL. Documento Base. Ob. Cit. Pág. 61

En cuanto a los alimentos, se establece una forma innovadora, ya que se busca la forma de suprimir la irresponsabilidad de los padres al introducir garantías sobre la obligación en base a la actualización y mejoramiento de la capacidad económica de uno de los cónyuges, como la forma de otorgar pensión alimenticia especial cuando esta sea necesaria, cuando uno de los cónyuges adolezca de incapacidad, artículos 107, 248, 253, 254, 259 Código de Familia.

Otra de las modalidades que se dan en el Código de Familia en cuanto a asegurar la vida de los hijos y la del cónyuge, y así se introduce la protección de la vivienda como de los bienes muebles para el uso familiar que se poseen, artículo 46 y 120 Código de Familia. Con respecto al convenio y su eficiencia en la normativa anterior, para que este surtiera efecto solo se requería que se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 583 del Código de Procedimiento Civiles, y para que surtiera efectos después de ejecutoriada la sentencia e inscrita en el registro correspondiente. De lo anterior se sostiene que el Juez solo se limitaba a probar lo establecido por los cónyuges. Este no era parte en el proceso, sino era ajeno a la voluntad de las partes, no era sujeto activo.

En cambio dentro del nuevo Código de Familia, es donde se busca una mayor participación del Juez en dichos procesos, se establece que de conformidad al artículo 109 Código de Familia, es quien aprobará dicho convenio siempre y cuando este reúna los requisitos anteriores señalados y no se vulneren los derechos de los hijos y de uno de los cónyuges, quién además esta facultado para modificarlo en sentencia previa audiencia de las partes y podrá aprobarlo cuando se presente un nuevo convenio que sea justo y ecuánime para las partes y este producirá los efectos desde la aprobación del Juez, aún cuando se hubiere ejecutado la sentencia y se produjeren

alteraciones en el convenio, se podrá modificar judicialmente por otro, el cual quedará siempre bajo la aprobación del Juez, artículo 110 Código de Familia.

1.6.1.1.1 EFECTOS QUE PRODUCE LA CAUSAL

- A. EN CUANTO A LOS CONYUGES: una vez decretado el divorcio, por esta causal, el hombre puede contraer matrimonio en cualquier momento, y la mujer puede hacerlo cuando hubieren transcurrido trescientos días contados desde la fecha de la disolución del matrimonio, artículo 115 Código de Familia.
- B. EN CUANTO A LOS HIJOS: Ambos cónyuges conservan la autoridad y a quien corresponderá la guarda y cuidado personal de los mismos, así como el régimen de visitas y determinación de la cuota alimenticia con que contribuirá para los gastos de alimentación y las garantías que se aportaran con respecto a la obligación, lo que es ofrecido en la escritura de convenio.
- C. EN CUANTO A LOS BIENES: Se determinará la forma como se disolverá la liquidación del régimen al cual estuvieren sometidos, como la determinación del uso de la vivienda familiar y los bienes de uso familiar existente.

1.6.1.1.2 COMENTARIO

A la interpretación de la causal de divorcio por mutuo consentimiento, haremos un análisis en cuanto a dicha causal sin dejar de lado la importancia que posee la unión de la familia. Aunque no sea posible llegar a mantener dicha unidad cuando existan dentro de la vida conyugal diferencias de carácter tan profundo que motivan a estos a tomar la decisión de invocar dicha causal por estar de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial que los une y a la vez los

perjudica, lo que se busca es esconder, a través de esta causal, un problema y una verdad escandalosa que produciría en los cónyuges una imagen negativa de los mismos.

En nuestro particular comentario, estamos de acuerdo con esta causal, pues con la evolución jurídica que ha experimentado el derecho, se vuelve necesaria la mencionada causal por la razón de que no es posible que se de una convivencia cuando existen motivos suficientes para llegar los cónyuges a tomar la decisión de divorciarse y romper totalmente con el vínculo que los une, con la mayor reserva y sin dar a conocer la causa de la desavenencia conyugal, después de muchos o pocos años de vida en común. Por otra parte, consideramos lógico el hecho de incluir esta causal, porque con la nueva filosofía de divorcio remedio, necesariamente tenía que incluirse, porque, como es sabido, en el Código de Familia se da el divorcio inculpable. De lo anterior se dice que el objeto en el mutuo consentimiento no es evadir una verdadera causa de divorcio, sino lo que se busca es dar una solución a un problema familiar que aparentemente no tiene solución y que acarrea consecuencias como problemas psicológicos a los miembros de la familia.

Por tanto, creemos que en nuestro país el divorcio por mutuo consentimiento, es aceptado por razones de tipo moral, ya que se entiende que el matrimonio no tiene más base sólida que el mutuo amor. Cuando este ha desaparecido totalmente, el matrimonio ya no existe y la declaratoria de divorcio no viene a ser más que la legalización por la autoridad competente de un estado de hecho preexistente. De ahí que no sea la intención de poner en tela de juicio la institución del matrimonio, sino poner fin a una unión forzada.

1.6.1.2 SEPARACIÓN DE LOS CONYUGES DURANTE UNO O MAS AÑOS CONSECUTIVOS

Para iniciar el estudio de esta causal, creemos pertinente dejar claro lo que comprenderemos por separación, y es: “El alejamiento o interrupción de la vida conyugal sin ruptura del vínculo, por acto unilateral de uno de los cónyuges”¹⁰. En nuestro país es muy común que uno de los cónyuges, aunque tengan varios años de vida en común, dispongan separarse de su pareja y decida hacer vida continua con otra persona y esto genera una serie de problemas, los cuales afectan tanto al cónyuge desabrigado, como a los hijos. Por tanto, cuando se produce el alejamiento, el cónyuge que abandona esta incumpliendo con uno de los deberes adquiridos al momento de la celebración del matrimonio. De ahí que este incumplimiento conlleve a un total desequilibrio, con respecto del cónyuge que ha sufrido la separación, ya que se le esta violando su derecho de vida en común, es decir, la unidad que se deben los cónyuges, a la vez que se viola también el derecho a la ayuda mutua, las obligaciones de alimentos, el diálogo, sostenimiento del hogar.

Por otra parte, también creemos pertinente hacer la distinción entre separación y abandono, ya que esta terminología muchas veces es interpretada equívocamente, tanto en doctrina como en legislación, y se entenderá por abandono, según el diccionario de la Real Academia Española, “La acción y efecto de abandonar o abandonarse, o dejar desamparada a una persona o cosa”.

Nosotros entenderemos el abandono como el desentendimiento total de los deberes matrimoniales, así como del deber de asistencia para con el

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho. Bibliográfica Omeba, Tomo II. Buenos Aires, Argentina 1968.

cónyuge y sus hijos. Por otra parte, la separación consiste en el alejamiento de unos de los cónyuges pero muchas veces sin incumplimiento con los deberes para con los hijos.

En nuestro Código Civil, se regulaba esta causal en el artículo 145, numeral 10, el cual decía “la separación de los cónyuges durante un año o más consecutivos pudiera pedirlo cualquiera de ellos”.

En doctrinas extranjeras se adopta la separación de hechos justificados, en donde el cónyuge que ha sufrido la separación puede solicitarlo cuando el momento que se da el hecho hubiere maltrato, no importando las consecuencias que estos pudieran producir en los hijos. En la nueva normativa familiar, también fue incluido este causal, y fue muy certera esta situación pues en ella se establece un término prudencial de separación de cuerpos, y si durante dicho lapso de tiempo no se reintegra la vida en común, es injusto pretender tener atados jurídicamente a la pareja casada por lo civil, y bien puede rehacer su vida si obtiene el divorcio.

Es importante mencionar que esta causal posee elementos que deben tomarse en cuenta para que sea prudente alegarla. Ellos son:

- 1) La existencia del matrimonio,
- 2) La existencia de un domicilio conyugal,
- 3) La separación de uno de los cónyuges por el lapso de un año¹¹.

En el artículo 106, numeral 2, Código de Familia, es donde se regula esta causal y es importante hacer mención que no se cambió de cómo estaba reglamentada en la legislación anterior. El cónyuge que es afectado con esta

¹¹ Chávez Ascencio. Ob. Cit. Pág. 25

situación, puede en cualquier momento solicitar el divorcio para darle solución al problema que posee

1.6.1.2.1 EFECTOS QUE PRODUCE LA CAUSAL

En cuanto a los efectos jurídicos que produce esta causal, tenemos la protección al cónyuge y a los hijos que se encuentran desprotegidos. Además, se constituye un problema en cuanto a las decisiones que se deben tomar, en relación a la autoridad parental, en la cual se hace necesario la opinión y decisión de ambos cónyuges, ya que uno de ellos puede pedir autorización judicial para efectuar tales decisiones como producto de la falta de cohabitación, la suspensión de la autoridad parental de conformidad al Art. 240, numeral 2, Código de Familia

1.6.1.2.2 COMENTARIO

Desde nuestro punto de vista acerca de esta causal, lo que esta regula es el incumplimiento del deber de cohabitación y a la vez se regula la falta de responsabilidad de los padres frente a los hijos, cuando estos se ausentan del hogar, ya que se esta vulnerando los derechos de otra persona y la falta hacia los deberes adquiridos del matrimonio. En nuestro medio esta causal es la más invocada de las contenidas en el Art. 106, Código de Familia.

Otro aspecto característico de esta causal, consiste en que por lo general son las mujeres las que le invocan, porque en la mayoría de ocasiones son ellas las que sufren este hecho y el problema se da con respecto a los hijos debido a la guarda y cuidado de los mismos, otro conflicto que se suscita es la cuota alimenticia, debido a que solo se ofrece una mínima cantidad de dinero que no satisface las necesidades de los menores.

1.6.1.3 POR SER INTOLERABLE LA VIDA COMUN ENTRE LOS CONYUGES

Se entiende que concurre este motivo en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de parte de uno de ellos o cualquier hecho grave o semejante.

En el caso del ordinal anterior, el divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge en los actos o hechos que originaron el motivo.

Para introducirnos en el estudio de esta causal, es importante dejar en claro que debemos entender por incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, y se comprende así: los deberes de cada cónyuge existen en un primer término y en segundo lugar con respecto a los hijos¹².

Por cuanto uno de estos no proporciona lo necesario, además de no tener una conducta acorde a la situación que vive, esta incumpliendo con sus deberes. Entre estos podemos mencionar: la cohabitación, el socorro, la ayuda mutua, la vida en común, los alimentos, etc. Y es importante mencionar que este incumplimiento no debe de ser necesariamente de los deberes del matrimonio; si no de uno o varios de ellos, ya que con eso basta para que haya controversia en la relación marital. Dice el Art. 106 C. F. “que el cónyuge que no haya participado en los actos o motivos, podrá solicitar el divorcio”, podríamos confundir que esto significa que estamos en presencia de un divorcio sanción, pero no es así, lo que se da en esta causal es que no es posible ni ético brindarle al cónyuge culpable intentar la acción, debido a que no sería justo para el cónyuge inocente, puesto que no es lo mismo que en el divorcio

¹² Monroy Cabra, Marco Gerardo. Ob. Cit. Pág. 28

que se decreta no se busque un culpable, a negar la legitimación al cónyuge que ha originado el motivo del mismo.

De lo anterior consideramos que es justo que el cónyuge inocente es el que tiene la acción, porque es este a quién se le ha irrespetado sus derechos y por lo tanto no es pertinente que el culpable pueda intentar el divorcio, porque se estaría negando la participación de él en la ruptura del matrimonio.

En otro aspecto en esta causal el legislador abarcó varias causales y las unificó en una sola. Creemos para no entrar en polémicas con relación a la tendencia con respecto del divorcio y la clasificación de sus causas, cuando en una pareja se da una serie de situaciones que le son insostenibles, ya que estos problemas pueden ser desde malos tratos, hasta cualquier otro hecho grave que ponga en peligro la salud tanto física como mental de los mismos.

Muchos opinan que esta causal de divorcio tiende a facilitar a las parejas a divorciarse, pero esto no es del todo cierto, ya que si realmente los cónyuges ya no se soportan, ¿Por qué obligarlos a mantener una relación que no les es provechosa si no por el contrario dañina?

En la causal tercera del código de familia desaparece el perdón, situación que se daba en la legislación anterior, ya que cuando se decretaba el divorcio, el ofendido daba el perdón, pero con la nueva filosofía no tiene razón de ser.

En las causales números dos y tres del artículo 106, muchos llaman a estas causas de divorcio contencioso y lo definen así: “es la disolución de vínculo matrimonial a petición de uno de los cónyuges, decretado por autoridad competente y en base a causas expresamente señaladas en la ley”. Y lo definen así porque se trata de que puede darse controversia en cuanto a los

hijos, por tanto cuando los cónyuges no pueden llegar a un acuerdo, en cuanto a cargo de quién quedarán estos. Y otro aspecto puede ser sobre las cuestiones alimenticias. (Artículos 105, 106, 111 Código de Familia).

1.6.1.3.1 EFECTOS QUE PRODUCE LA CAUSAL

Entre los efectos podemos mencionar:

- Con relación a los cónyuges, la consecuencia más importante que tiene la sentencia de divorcio es que pueden volver a casarse. La mujer después de trescientos días después de pronunciada la sentencia, artículo 115 Código de Familia.
- En relación a los bienes, estos se liquidarán dependiendo el régimen patrimonial que estos optaron al momento del matrimonio.
- En cuanto a los hijos, los padres tratarán de solucionar esta situación, protegiendo siempre a los mismos, artículo 217 Código de Familia.

1.6.1.3.2 COMENTARIO

Es importante dejar muy claro que en nuestro Código de Familia se regulan tres causales de divorcio las cuales creemos son certeras porque son de carácter innovador, ya que se han acumulado en ellas muchos problemas que ahora no interesa averiguar. La causal tercera del artículo 106 C. F. es una causal que se apega a la realidad de muchas parejas que por diferentes razones ya no pueden convivir juntos por que se les dificulta, talvez por el carácter o por otras situaciones, las cuales no permiten el buen desarrollo de la situación. Esta causal es pertinente, ya que con esta se pretende que se resuelvan situaciones de incertidumbre conyugal, ya que esta es una recopilación de muchas causales, las cuales en nuestros días ya no tienen fundamentos.

1.6.2 PREFERENCIA DE UNA CAUSAL FALSA ANTE UNA VERDADERA

Aunque en nuestra legislación de familia se contemplen tres causales de divorcio, las cuales se consideran causas de inculpabilidad, muchas parejas no invocan una causa que realmente haya sido la que originó el conflicto, ya que puede darse el divorcio por la vida intolerable y preferirán la causal de mutuo consentimiento. Esto porque los cónyuges no desean dar a conocer situaciones personalísimas que puedan llegar a afectarlos.

Por otra parte, podemos mencionar entre estos motivos: razones de interés familiar, como decíamos al inicio las causas pueden ser tan penosas que se prefiere ocultar el hecho. Este podría ser adulterio, violencia u otros hechos que acarrearía que se pusiera en juego el honor de ellos y esto sería mucho más dañino para todos. También podemos mencionar que en el campo de la práctica puede ser que los litigantes consideran más fácil el trámite de una determinada causal, porque consideran que esta es más práctica que las otras.

1.6.3 LA REAL CAUSA DE DIVORCIO

Los motivos que dan pie a que las parejas opten por el divorcio son diversos, y aunque nuestro Código de Familia no tiene un amplio repertorio de causales, hay muchos motivos que a diario se dan en la vida de los cónyuges que son tan graves que pueden ocasionar el divorcio. Haremos mención de algunas causas que pueden ser motivos de divorcio:

- Irresponsabilidad económica
- Abandono
- Alcoholismo
- Malas relaciones entre los cónyuges.

Y podríamos mencionar muchas más, ya que no es solo una la verdadera causa de divorcio, sino muchas y que en nuestro medio es muy difícil detectar el por que de estas causas.

Consideramos que el mismo hecho de tener un bajo nivel cultural, es el que puede ser el causante de estos inconvenientes.

1.6.4 NUMERO LIMITADO DE CAUSALES

El divorcio como se ha mencionado varias veces, consiste en la ruptura del vínculo matrimonial por causas posteriores a la celebración; por tanto para que este pueda darse las causas que lo motivan deben ser realmente objetivas puesto que de no ser así podría estar contra los principios fundamentales en pro de la unión familiar. Estas causas deben estar centradas en la existencia del cese efectivo de la convivencia conyugal, independientemente en principio del motivo que lo haya originado.¹³

1.6.5 MOTIVOS DE DISOLUCION DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN NUESTRA LEGISLACION

En nuestra legislación, lo que se pretende es dar otra percepción de lo relacionado con el divorcio y se retoma la moderna concepción de divorcio remedio, la cual como ya se sabe, consiste en poner fin a una relación que ya se ha roto, pero también, en ella no se pretende encontrar un culpable del conflicto, sino, lo que se pretende es solucionar el problema sin ahondar en el porque, hasta cierto punto esta filosofía que ha sido adoptada viene a facilitar la posibilidad del quebrantamiento de la unión conyugal, puesto que desde el

¹³ Albaladejo, Manuel. Curso de Derecho Civil. Ed. Cometa Sexta Edición. Barcelona, España. 1994
Pág.114-123

momento en que se opta por un divorcio remedio, las parejas no desean afrontar los problemas y no buscan solucionar los inconvenientes, y tienden a buscar la salida mas factible, que en este caso es el divorcio, ya que ven en sus causales un medio ligero de terminar con la relación. Se considera que las causales de divorcio no deben ser consensúales; es decir, que quede en manos de los esposos divorciarse, y esto no debe ser así, sino que debe darse nuevamente el cese de la convivencia, para que luego deba ser exclusivamente decisión de la pareja el hecho de preparar el hecho de la separación, para luego dejar en manos del juez la decisión de si es atinente la sentencia de divorcio o no lo es. Por tanto entre “las causas de divorcio no deben admitirse las de menor importancia que solo causan disgustos pasajeros, sino solamente los que revisen tal gravedad que no dejan la menor duda de que son causa o efecto de la distribución del mutuo afecto”¹⁴

El divorcio, tiene sus aspectos que son incuestionables e inconvenientes y a la vez contiene muchas facetas criticables, pero este depende de su acertada regulación jurídica, porque un divorcio que se establece sin una verdadera garantía y sin una buena justificación, es verdaderamente en muchas legislaciones una fuente destructora de la unión familiar; mientras por el contrario, si existe una verdadera codificación en cuanto a las causas y si estas son razonadas, graves y justas y puedan ser probadas ante los tribunales, por ejemplo: el caso del mutuo consentimiento que debe ser estudiado con mucho interés, ya que muchos opinan que es la causa que mas facilita los tramites de divorcio.

En nuestro país, en el año de 1880 las causas por las cuales procedía el divorcio, eran seis y estaban contenidas en una ley especial, estas eran:

¹⁴ Pino Salazar, Federico. Derecho de Familia en el Derecho Internacional Salvadoreño. Ed. Último Decisivo. El Salvador. 1992. Pág. 50.

1. El adulterio de la mujer
2. El adulterio del marido con escándalo publico o con abandono completo de la mujer, o teniendo a la manceba en la casa conyugal
3. Preñez de la mujer
4. Homicidio o tentativa de unos de los cónyuges
5. Graves y frecuentes malos tratamientos de obra
6. Presunción de muerte de uno de los cónyuges declarados de acuerdo a la ley¹⁵

No fue hasta en 1902, cuando se dan nuevas reformas y donde se crean nuevas causales de divorcio, hasta llegar a diez causales, que oscilaban entre el adulterio, abandono, hasta separación absoluta; pero lo mas característico de la normativa anterior se da porque de un abundante número de causales de divorcio, se desconocen por que razón a ciencia cierta solamente eran tres causales eran las invocadas por los interesados. Estas causales eran la de separación absoluta de los cónyuges, la de abandono voluntario y de hecho, y el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, aunque esta última no fue invocada muy frecuentemente, porque contenía un trámite muy largo y complicado para las partes.

Por otra parte, en el Código Civil, para el hecho de determinar las causas de divorcio, se tomaban dos criterios conocidos: el de culpabilidad y el de discrepancia objetiva, porque había causas como adulterio y malos tratos, tentativas de corrupción, que son tomados como actos de culpabilidad y también poseía causas como condenas criminales, separación absoluta, que son de carácter de Sine culpa, como se menciono anteriormente, las diez causales de divorcio que contenía el artículo 145 del Código Civil, obedecían a

¹⁵ Calderón de Buitrago. Anita y otros. Ob. citada

situaciones de carácter moral y religioso; por tanto, podemos decir que estas causas eran bien caracterizadas, esto para que dieran seguridad absoluta de la seriedad del motivo.

También era característico en esta, que los plazos que se escribían, por lo general no se cumplían. Mientras que en 1994 se da un cambio radical en cuanto al divorcio, desde su doctrina hasta su regulación, ya que ahora se adopta la filosofía de divorcio remedio, al igual que muchas legislaciones de Latinoamérica, y como es obvio acá se da la mas grande proyección, a diferencia de la normativa anterior, ya que con este tipo de reglamentación no se trata de encontrar un culpable del hecho que origina el divorcio, sino lo que interesa es el hecho de evaluar si la vida en común es tolerable o no lo es, si es factible dar por terminada la relación. Por otra parte, la gran novedad con respecto al divorcio en el Código de Familia, se da en lo relacionado a las causas que se aceptan para que se de el divorcio, las cuales se encuentran contempladas en el artículo 106 del Código de Familia, en donde se establece que:

“El divorcio podrá decretarse” por:

1. Por mutuo consentimiento de los cónyuges
2. Por separación de los cónyuges por un año o mas consecutivos
3. Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges. Se entiende que concurre este motivo en caso de incumplimiento grave o retirado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave o semejante.

Como podemos notar es un cambio radical, ya que son solamente tres causales, las cuales son un tanto atinadas, puesto que con los antecedentes sobre las causales de divorcio en el Código Civil, el legislador previo la situación aunque se haya dejado de lado causales como adulterio, que es aceptada en

muchas legislaciones del mundo. Desde nuestro punto de vista, creemos que si se adopta la concepción de divorcio remedio, y si se adoptan causales, ya que indudablemente en este caso siempre resultaría un culpable; por tanto puede decirse que aunque el Código de Familia acoja un número reducido de causales estas están enmarcadas en la realidad social que afrontan las mayorías, ya que en nuestro medio se da un inmenso caso de matrimonios disueltos, porque uno de los cónyuges es abandonado, por lo general la mujer.

Por otra parte, también es normal que parejas que soportan graves problemas tomen el acuerdo de divorciarse y lo hacen por mutuo consentimiento para así evitar escándalos o situaciones embarazosas que los comprometan; y por último, en el caso del causal número tres, se da una característica ya que en el inciso final del mencionado artículo dice: “En el caso del ordinal anterior, el divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaren el motivo”. Y pareciera que se esta refiriendo a causas de culpabilidad o divorcio sanción, y no es así, ya que de acuerdo a la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código de Familia, “No es lo mismo que el divorcio que se decreta no se busque un culpable, a negar la legitimación al cónyuge culpable de los actos o hechos que originaron la situación constitutiva del motivo de divorcio¹⁶

Muchos opinan que hubiese sido mas atinente que cualquiera de los cónyuges pudiese intentar la acción de divorcio, pero la realidad de las cosas es que es muy vergonzoso para el ofendido que con todo y haber sido afectado con la irresponsabilidad del otro cónyuge tenga que soportar la carga de que sea aquel quien intente la acción; por tanto no consiste en una sanción para el culpable, sino por el contrario se trata de una situación de ética y porque es

¹⁶ CORRELESAL. Documento base. Exposición de motivos. Págs. 310 - 311

muy distinta la culpabilidad y la falta de legitimación que pueda tener una persona. Las causales de divorcio pueden darse por múltiples motivos; imputables o no. Puede llegar entre los cónyuges a volverse insoportable la convivencia e insostenible la relación conyugal, que como se dijo antes, culposa o no, siempre tiene el mismo resultado. De ahí que el legislador en el numeral tercero del artículo 106 del Código de Familia unificó las causas anteriores y las redujo a una sola donde caben desde malos tratos, adulterio, etc. Para ubicarlos en ese causal, la cual desde nuestro punto de vista es muy acertada con respecto a la nueva tendencia del Código de Familia.

Para finalizar el reducido número de causales de divorcio en la normativa familiar, obedece al cambio de pensamiento que ha operado a nivel mundial, donde se han cambiado las estructuras antiguas en el que en un mundo lleno de complicaciones de todo tipo siempre se buscaba un culpable a cualquier fenómeno que se presentaba, mientras en la actualidad se lucha por el reestablecimiento de la paz y esta no se dará hasta que no cambiemos nuestras conductas para con nosotros mismos y para con los demás.

1.7 DIVORCIO DECRETADO EN PAIS EXTRANJERO

Con respecto a este punto, cuando el divorcio es decretado en país extranjero o distinto al de las partes, surge la interrogante de si este surtirá efectos en el país de los sujetos procesales. Este tipo de divorcio se encontraba regulado en la antigua legislación civil, en el artículo 170, “el matrimonio disuelto en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, pero que no hubiere podido disolverse según las leyes salvadoreñas no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse en el salvador, mientras viviere el otro cónyuge”.

Según el Derecho Internacional Privado, en el caso de cónyuges extranjeros casados según las leyes de otros países y los actos consumados por extranjeros y aceptados con validez de acuerdo con el LEX FORI, son aceptados siempre y cuando estos no sean contrarios al orden público.

Lex fori: “Aplicación de la ley del tribunal en el asunto sometido a su jurisdicción. La expresión latina se define lo mismo al deber nacional que al internacional. Conflicto de leyes”.

La lex fori consiste en que los casos de divorcio sometidos a jurisdicción de un determinado país y resuelto por el mismo, se tendrá como válido en el resto de los demás países de conformidad a las Normas de Derecho Internacional, procurando evitar el conflicto de leyes entre los países.

Anteriormente a la vigencia de la ley de Divorcio Absoluto del 20 de abril de 1894, en El Salvador solo existía la institución de la separación de cuerpos, así los extranjeros que hubieren obtenido el divorcio en país extranjero, no podrán casarse de nuevo en El Salvador por motivos de carácter publico. Así que los que se hubieren divorciado en país extranjero que no tenga fundamento en las causales que regula el Código Civil, entonces este será objeto de rechazo.

La ley familiar en su artículo 117, nos ofrece una solución a la problemática, pues este sigue la tendencia moderna del Derecho Internacional Privado, solo acepta el divorcio decretado en país extranjero cuando la causal invocada fuere semejante o igual a las reguladas en nuestro país, partiendo de esta noción en la cual no importa la nacionalidad a la que estuvieren sometidos los cónyuges, puesto que el estado de todos aquellos que se hubieren divorciado en el extranjero, nos preguntamos si los extranjeros pueden casarse en el país y si pueden, ya que no poseen impedimentos, porque el vinculo ha desaparecido,

esto de acuerdo al Código Bustamante en el artículo 52, el cual dice: “el derecho a la separación de cuerpos y el divorcio se regulan por la ley del domicilio conyugal, pero no pueden fundarse en causa anteriores a la adquisición de dicho domicilio sino lo autoriza con iguales efectos de ley personal de ambos cónyuges”.

Para un divorcio decretado en el extranjero de un matrimonio celebrado en El Salvador, este se regula por el domicilio conyugal y producirá efectos si la causal invocada es admitida por la ley salvadoreña, pero con el requisito fundamental de que el demandado sea emplazado y notificado según la ley de su domicilio.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO A NIVEL INTERNACIONAL

2.1. DISOLUCION DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN EL DERECHO ARGENTINO

El matrimonio puede disolverse por diversas causas sobrevivientes a su celebración, cualquiera que fuera la causa, la disolución importa la extinción de la relación jurídica matrimonial y por ende su contenido. Esto quiere decir que la disolución no opera en referencia a la estructura del acto jurídico matrimonial como tal. La disolución del vínculo supone que el acto constitutivo del matrimonio operó de acuerdo con los supuestos de existencia y de validez exigidos por el ordenamiento jurídico. Y es por eso que la invalidez del acto que implica la nulidad del matrimonio, no constituye supuesto de disolución.

El Art. 213 del Código Civil dispone que el vínculo matrimonial se disuelve en tres supuestos:

- “1) Por la muerte de uno de los esposos;
- 2) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento;
- 3) Por sentencia de divorcio vincular”.

Para el caso nos referiremos a la institución del divorcio que es la causa de disolución que nos interesa.

Se denomina divorcio vincular, pues a la disolución del vínculo matrimonial mediante sentencia judicial. El divorcio constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges, sin perjuicio de la validez y subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo

hasta que la sentencia paso en autoridad de cosa juzgada (así la matrimonialidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, la subsistencia del parentesco por afinidad, etc.).

2.1.1 DIVORCIO VINCULAR Y SEPARACION PERSONAL

La separación de cuerpos, o separación personal de los cónyuges, no disuelve el vínculo matrimonial: se limita a hacer cesar el deber de cohabitación de los cónyuges aún cuando, lógicamente, produzca otros efectos que derivan de la separación misma y, por lo tanto, no restituye la aptitud nupcial que tienen los cónyuges separados.

2.1.2 EVOLUCION DEL DERECHO ARGENTINO

El Código Civil en su Art. 167 dispuso la celebración canónica entre personas católicas y, tratándose de matrimonio entre católico y cristiano no católico autorizado por la iglesia católica, la celebración que fuese de práctica en la iglesia de la comunión a que perteneciere el esposo no católico.

Para ambos supuestos, confirió a la autoridad Eclesiástica el conocimiento y la decisión sobre impedimentos y también en las causas por divorcios, Vélez Sarsfield creyó respetar así las costumbres y la tradición hispánicas, como lo señala en el artículo arriba mencionado.

Respecto del divorcio que correspondía decidir a los Jueces Civiles, es decir, el de los matrimonios celebrados sin autorización de la iglesia católica de conformidad a los ritos de la iglesia a la que los contrayentes pertenecieren: el

Art.183 dispuso que consistía solamente en la separación personal de los esposos sin disolución del vínculo matrimonial.

De tal modo, los efectos de la sentencia no eran otros que la extinción del deber de cohabitación; pero subsistía expresamente consagrado el deber de fidelidad; pudiendo ser criminalmente acusado el que cometiere adulterio.

Los Arts. 216 y 217 consagraron la subsistencia del deber de alimentos entre los cónyuges divorciados; el primero estableciendo que habiendo dado el marido causa al divorcio deberá contribuir a la manutención de la mujer, y el segundo disponiendo que cualquiera de los esposos que hubiese dado causa al divorcio tenía derecho a que el otro, si tuviese medios, le proveyera lo preciso para su subsistencia, si le fuera de toda necesidad y no tuviera recursos propios.

LA LEY 2393. - La ley dictada en 1888, si bien secularizó el matrimonio consagrando la celebración civil obligatoria. Mantuvo la indisolubilidad del vínculo por divorcio. Establecía el Art. 64 que el divorcio consistía únicamente en la separación personal de los esposos sin que se disolviera el vínculo matrimonial.

A su vez el Art. 66, repudió el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, exigiendo la alegación de hechos culpables enumerados en el Art. 67 que constituyeron las típicas causales de divorcio culpable conocidas en nuestro derecho.

Pero debe señalarse que ya desde la entrada en vigencia del Código Civil, e incluso con anterioridad a la Ley 2393, comenzaron a suscitarse

proyectos tendientes a secularizar la materia relativa al matrimonio como lo hizo la ley 2393, sino también para lograr la incorporación del divorcio vincular.

El primer proyecto con tratamiento legislativo fue el del diputado Juan Palestra, presentado a la Cámara de diputados de la Nación en agosto de 1888, que parecía incluido en un proyecto de ley de matrimonio civil. Este proyecto no tuvo tratamiento ulterior. Luego de la sanción de la ley de matrimonio civil se sucedieron diversos proyectos a partir de 1901, ninguno de los cuales obtuvo sanción legislativa.

Fuera del ámbito legislativo el Anteproyecto de Babiloni propuso legislar sobre el divorcio vincular. Pero la Comisión Reformadora de 1936 no logró unanimidad de criterios. Es así que el proyecto de la Comisión contiene dos propuestas alternativas: una manteniendo exclusivamente la separación personal, y la otra incorporando el divorcio vincular.

LA LEY 14.394.- En 1954, el Poder Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley conteniendo diversas normas relativas al régimen de menores y la familia. Entre ellas, se modificaba el régimen de ausencia con presunción de fallecimiento, estableciendo la aptitud nupcial del cónyuge del ausente declarado.

Al tratarse el proyecto, y precisamente al considerarse dicha aptitud nupcial, el proyecto mereció la incorporación de un nuevo apartado que admitía la conversión de la separación personal de los cónyuges en los términos que consagraba el Art. 64 de la ley 2393, en divorcio vincular. Dicho Párr.2, incluido en los debates de la sesión de la Cámara de Diputados, preveía que, transcurrido un año de la sentencia que declaró la separación personal, cualquiera de los cónyuges podría presentarse al Juez que la dictó pidiendo que se declarara disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos

cónyuges no habían manifestado por escrito al juzgado que se habían reconciliado. La norma establecía, además, que el juez debía hacer la declaración, sin más trámite, ajustándose a las constancias del expediente.

Señalaba, después, el artículo, que la declaración de disolución del vínculo matrimonial, autorizaba a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias. La norma rigió desde el 29 de junio de 1955.

El Art. 31 de la ley 14.394 no reglamentó, en realidad, un sistema autónomo de disolución vincular por divorcio. La disolución del vínculo operaba por vía de la conversión de la separación personal decretada, en principio, operando las normas de la ley 2393 en cuanto a los efectos de la separación personal no afectadas por el Art. 31 de la ley 14.394. Así por ej. en lo relativo a los criterios para otorgar la guarda de los hijos menores, la subsistencia de la obligación alimentaria en los términos de los Arts. 79 y 80, e, incluso, se sostuvo la subsistencia de la vocación hereditaria del cónyuge inocente de la separación personal aún cuando, luego, cualquiera de los cónyuges hubiese solicitado la conversión. Estos aspectos provocaron criterios encontrados en la doctrina que finalmente resolvió el Art. 6 de la ley 17.711 al disponer, en una norma transitoria, que en los matrimonios que fueron disueltos durante la vigencia del Art. 31 de la ley 14.394, el cónyuge inocente conserva el derecho a alimentos y vocación hereditaria, salvo que hubiera pedido la disolución del vínculo, o contraído nuevas nupcias, o incurrido en actos de grave conducta moral.

La posibilidad de conversión de la separación personal en divorcio vincular, tuvo vida efímera. El 1 de marzo de 1956, mediante el decreto ley 4070, y hasta tanto se adoptara la sanción definitiva sobre el problema del divorcio, se declaró en suspenso el Art. 31 de la ley 14.394, en cuanto

habilitaba para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas. A su vez, se debían paralizar en el estado en el que se encontraren los trámites judiciales destinados a actuar la conversión del Art. 31 de la ley 14.394, no dándose curso a las nuevas peticiones que se presentaren para ello.

De manera que, a partir del decreto ley 4070/56, fue imposible instar la conversión de la separación personal en divorcio vincular, y las peticiones en trámite, no resueltas y firmes, quedaron ipso iure paralizadas, sin posibilidad de que el juez se pronunciara.

A partir de 1958, año en que nuevamente asume un gobierno no constitucional, volvieron a presentarse diversos proyectos de ley tendientes a reglamentar el divorcio vincular, pero ninguno de ellos tuvo sanción legislativa.

La Ley 23.515, es recién a partir de las sesiones parlamentarias de 1984 que el proyecto de sustitución de la secular ley de matrimonio civil incorporando el divorcio vincular, comienza a tomar cuerpo por iniciativas presentadas tanto en la Cámara de Diputados de la Nación como en el Senado. En 1986, una Comisión, constituida al efecto en la Cámara de Diputados de la Nación, elabora un proyecto que sustituiría a la ley 2393 y que incorporaría al título "Del Matrimonio", originario del Código Civil. Sancionado el proyecto elaborado por dicha comisión en las sesiones ordinarias de 1986, pasó al Senado y este lo trató en las sesiones extraordinarias de 1987. La Cámara de Senadores de la Nación introdujo a su vez diversas modificaciones que, giradas a la Cámara de Diputados, merecieron sanción sin observaciones y fueron convertidas en ley.

De esta manera, en la actualidad, el Código Civil, que legisla orgánicamente sobre el matrimonio, prevé también la disolución del vínculo matrimonial por divorcio en los términos del Art. 213, inc.3.¹⁷

2.2 INTENTOS DE ESTABLECER EL DIVORCIO EN CHILE

Ya al discutirse la Ley de Matrimonio Civil se propuso la admisión del divorcio *chupad vinculum* por el diputado don Jovino Novoa.

En 1917 se presentó a la Cámara de Diputados un proyecto de reforma del Art. 37 de la Ley de Matrimonio Civil. Establecía el divorcio por cinco causales, entre ellas el mutuo consentimiento. Fue rechazado por escasa mayoría.

En 1927 el diputado don Santiago Rubio presentó un nuevo proyecto, que contenía nueve causales, pero no fue considerado.

Al discutirse la Ley de Registro Civil No. 4.808, fue rechazada una indicación de los diputados Matta Figueroa y Moreno Echevarría.

Tampoco llegó a ser discutido el proyecto presentado, en 1933, por los diputados Justiniano Sotomayor, Pedro Castelblanco y Pedro Enrique Alfonso.

Parecida suerte corrió el proyecto presentado, en 1934, por los senadores Luís Álamos, Hernán Figueroa, Octavio Señores, Darío Barrueto y Rodolfo Michels, si bien fue aprobado en la Comisión de Legislación y Justicia de la corporación.

¹⁷ Zannoni, Eduardo A., Bossert, Gustavo A. “Manual de Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2004.

En 1964, la diputado radical Inés Henríquez, presentó un nuevo proyecto y, posteriormente, hicieron lo propio los diputados Carlos Morales y Alfredo Naudón.

2.2.1 SUCEDÁNEO DEL DIVORCIO: LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

La indisolubilidad del matrimonio necesita de una válvula de escape; de otro modo amenaza con hacer saltar la institución misma que trata de proteger. Cuando no existe el divorcio de una manera confesada, aparece de un modo disimulado, por ejemplo, bajo la forma de nulidad del matrimonio.

En Francia, desde 1816, periodo en que no existió el divorcio, se recurrió con largueza a la nulidad del matrimonio; restablecido este último año, los juicios de nulidad son muy escasos.

En el hecho, en Chile existe el divorcio, disfrazado bajo la forma de una nulidad del matrimonio, fundada en la incompetencia del oficial del Registro Civil, la nulidad promueve serias cuestiones, que no logra paliar la institución del matrimonio putativo. Aunque no opere retroactivamente, la nulidad suprime todo efecto del matrimonio para el futuro.

La obligación legal alimenticia cesa entre los ex cónyuges. En lo sucesivo no cabe sino establecerla convencionalmente; pero el régimen de los alimentos legales y voluntarios difiere sustancialmente; estos no gozan de las garantías que aseguran el pago de los primeros.

Por otra parte, la nulidad de matrimonio supone la tramitación de juicio simulado y el empleo de testigos falsos para acreditar la causal. Pero no cabe escandalizarse mas de la cuenta; el derecho debe amoldarse a las necesidades de la vida social y lo hace inclusive por medio del fraude, cuando no le esta permitido hacerlo abiertamente. La solución es el divorcio con disolución del vínculo, cuya necesidad patentiza la nulidad del matrimonio, como se la practica en Chile.

2.2.2 EL DIVORCIO EN CHILE

Concepto: la Ley de Matrimonio Civil emplea el término divorcio para designar lo que con propiedad se denomina separación de cuerpos.

El divorcio en Chile, pues, es solo el estado de los cónyuges, dispensados judicialmente de la obligación de hacer vida en común.

Para paliar el rigor del principio de la indisolubilidad, el derecho canónico consagró esta forma de separación *quoad tborum et mensam*, en cuanto al hecho y a la misma, como única forma de poner remedio a las perturbaciones de la vida matrimonial que hagan intolerable la convivencia de los cónyuges, en un matrimonio indisoluble.

El divorcio no disuelve el vínculo matrimonial ni tampoco rompe el vínculo matrimonial. El Art.19 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone: "El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges".

El divorcio solo relaja el vínculo matrimonial. Los cónyuges continúan casados y, por tanto, impedidos de contraer un nuevo matrimonio.

Divorcio temporal y divorcio perpetuo.

El divorcio puede ser perpetuo o temporal (Art.20 de la Ley de Matrimonio Civil). Como sus respectivas denominaciones lo indican, el primero tiene una duración indefinida, mientras que el segundo tiene una duración limitada.

Además de su diversa duración, una y otra forma del divorcio difieren por las causales que pueden servirles de fundamento y por sus efectos, mucho más radicales en el divorcio perpetuo.

El divorcio perpetuo produce importantes consecuencias de carácter patrimonial, en tanto que el temporal, prácticamente no acarrea ninguna.

El divorcio procede solo por las causas que señala la ley. Así lo demuestra, inequívocamente, el Art. 21: “El divorcio procederá solo por las siguientes causas”. El señalamiento de causas legales supone que debe calificarse los motivos de divorcio alegados, misión que no puede corresponder sino a la justicia.

Por consiguiente, la ley no admite sino un divorcio judicial; requiere un juicio y una sentencia que lo decrete. No acepta el divorcio de común acuerdo, viable en otras legislaciones, en que la justicia solo interviene para prestarle su aprobación.

Esta última forma de divorcio es altamente deseable. Los cónyuges pueden estar cabalmente acordes en la necesidad de separarse. Este mutuo acuerdo encubrirá graves y penosos motivos, que es plausible callar por razones que conciernen a su delicadeza, a su prestigio, a su honor.

2.2.2.1 DIVORCIO PERPETUO

Causales de divorcio perpetuo

El divorcio perpetuo procede por las causales enumeradas en el Art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil Nos. 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, y 13. Las causales de los Nos. 5, 6, 7, 8, y 12 “no son suficientes para pedir y decretar el divorcio perpetuo” (Art. 22 de la Ley de Matrimonio Civil):

1. Adulterio es causal de divorcio perpetuo “el adulterio de la mujer o del marido”.

a) La ley no distingue entre marido y mujer. De esta manera, cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el marido que yace con mujer que no sea la suya.

Difieren sustancialmente, pues, los conceptos de adulterio de la ley civil y de la ley penal, que sanciona el delito de adulterio. El Código Penal castiga al marido solamente cuando tiene manceba en casa o fuera de ella con escándalo Art. 381 Código Penal.

La diferencia de criterios se justifica. La ley civil enfoca el adulterio como una grave infracción del deber recíproco de fidelidad y es lógico que ponga en pie de igualdad a los cónyuges.

La ley penal mira el adulterio desde un punto de vista social, como delito, y es claro que reviste mucha mayor trascendencia el que cometa la mujer, que pone en tela de juicio la filiación de los hijos.

b) La sentencia condenatoria, dictada en el juicio criminal, produce cosa juzgada en materia civil y, como consecuencia, en el juicio civil de divorcio no podrán, tomarse en consideración pruebas o alegaciones contrarias a lo resuelto en el juicio criminal de adulterio, y a los hechos que sirvieron de necesario fundamento al fallo.

La sentencia absolutoria producirá cosa juzgada cuando se funde en la no existencia del delito. Pero la regla no puede aplicarse sino a la mujer, puesto que el marido absuelto en juicio criminal puede haber cometido, no obstante, adulterio civil.

Recíprocamente, la sentencia que se dicte en el juicio de divorcio por adulterio, si es absolutoria, producirá cosa juzgada en materia penal. Pero la sentencia que es condenatoria, y da consiguiente lugar al divorcio, no la produce puesto que el adulterio que la sentencia constata puede no ser constitutivo de delito.

2. Malos tratamientos es causal de divorcio los “malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra”.

Los malos tratamientos de obra son las vías de hecho, los actos de violencia física; los malos tratamientos de palabra, los insultos, las injurias.

Los malos tratamientos deben reunir un doble carácter: han de ser graves y reiterados. La gravedad que invistan es una cuestión de hecho, dependiente de las circunstancias, que el juez debe calificar. Para ello deberá tomar en cuenta la condición de las personas, su situación social, su grado de cultura, factores de que depende la gravedad de los hechos o palabras. Los hechos aislados, no obstante su gravedad, no constituyen causal de divorcio.

3. Delito contra la vida, honor o bienes del otro cónyuge.

Es también causal de divorcio perpetuo “ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice en la perpetración de un delito contra los bienes, la honra y la vida del otro cónyuge”.

La causal tiene estrecho parentesco con la anterior porque la comisión de un delito contra la vida u honra del otro cónyuge constituye un caso calificado de maltrato de obra o de palabra.

- a) Esta vez se trata de la comisión de un delito específico contra la vida, contra el honor o contra los bienes del otro cónyuge.
- b) La causa tiene un carácter perentorio, puesto que el juez no tendrá la facultad de ponderar, como en el caso anterior, la gravedad de los hechos, que indudablemente revisten este carácter por ser constitutivo de delito.
- c) No hace falta que se trate de actos reiterados; bastara un acto aislado que tenga los caracteres delictuosos indicados.
- d) No es necesario que el delito se consuma; por tanto, este puede haber quedado en estado de delito frustrado o tentativa.
- e) El cónyuge debe haber participado en la comisión del delito como autor o cómplice. No bastará que sea encubridor.
- f) Hace falta, finalmente, una sentencia condenatoria criminal. No es posible que el juez civil, que conoce del juicio de divorcio pueda decidir acerca de la comisión de un delito y, por otra parte, no puede decidir que el cónyuge haya delinquido.

4. Tentativa de prostituir a la mujer.

Es también causal de divorcio perpetuo la “tentativa del marido de prostituir a su mujer”.

Es esta una de las causales más graves de divorcio y consiste en el intento del marido de que la mujer se entregue al comercio sexual. La gravedad de esta causal queda en evidencia porque el legislador repudia la reconciliación de los cónyuges divorciados por ella.

5. Vicio de juego embriaguez o disipación.

Es motivo de divorcio perpetuo el “vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación”.

- a) El vicio de juego debe ser arraigado y consiste, por tanto en la práctica habitual de juegos de azar; el cónyuge a de ser un tahúr.
- b) La embriaguez, asimismo, habrá de constituir un hábito en el sujeto. El cónyuge debe de ser ebrio crónico o consuetudinario.
- c) La disipación a la que la ley se refiere consiste en la vida licenciosa, disoluta, en que el sujeto se entrega a los placeres, especialmente a los excesos sexuales.

6. Enfermedad grave, incurable o contagiosa.

La causa requiere que la enfermedad reúna copulativamente los tres caracteres enunciados; en el estado actual de la ciencia es punto menos que imposible que llegue a reunirlos, así, la sífilis no es incurable; el cáncer, grave e incurable, no es contagioso.

Los términos de la disposición excluyen la demencia, causal de divorcio en otras legislaciones.

7. Condena por crimen o simple delito.

La afrenta por la condenación por un crimen afecta, también al cónyuge, del condenado; es de justicia que pueda obtener el divorcio para poner a salvo su reputación. Pero, como se comprende, la condena debe ser por un delito grave y, a más de esto, infamante.

- a) La ley de matrimonio Civil se refiere a la condena por crimen o simple delito y, por tanto, no atiende a la naturaleza del delito sino que a la pena que trae consigo.

De este modo, será causal de divorcio una condena leve, como sería la condenación a una pena de 61 días de presidio o reclusión, que la ley penal reputa, pena de simple delito. Y por otra parte lo sería igualmente la condena por delitos que, en concepto público no son infamantes, como los delitos políticos.

- b) La causal requiere: 1) la condena por crimen o simple delito, excluyéndose consecuentemente la condenación por meras faltas; 2) la circunstancias de que el fallo haya pasado en autoridad de cosa juzgada; y 3) que la condena sea posterior al matrimonio, puesto que la ley habla de la condenación de “uno de los cónyuges”.

8. Tentativa de corromper a los hijos o complicidad en su corrupción.

Esta causal señalada en el Art. 21 n. 13 de la ley del Matrimonio Civil es en extremo grave porque revela una perfidia al pervertir a los hijos o contribuir a su perversión. Por tal motivo, no está permitida la reconciliación de los cónyuges divorciados por esta causal.

No es necesario que se trate de hijos comunes; es suficiente que lo sean de cualquiera de los cónyuges.

2.2.2.2 DIVORCIO TEMPORAL.

El divorcio temporal procede por las mismas causas que el perpetuo y por ciertas causas específicas. El divorcio temporal procede por las mismas causales que justifican el divorcio perpetuo. En otros términos, no hay inconveniente para que por las causales que legitiman el divorcio perpetuo se solicite el divorcio meramente temporal.

Además, el divorcio temporal procede por causales específicas, esto es, por causales que no justifican el divorcio perpetuo, sino únicamente y exclusivamente el temporal.

- 1) Avaricia del marido. Se da si el marido llegara hasta privar a su mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades.

La ley erige en causal de divorcio, en suma, la infracción por parte del marido del deber de socorro, el incumplimiento de su obligación de suministrar a la mujer lo necesario, según sus facultades.

Es esta causal que solo puede invocar la mujer porque la ley solo ha previsto el caso normal; solo excepcionalmente deberá la mujer socorrer al marido y ello es posible únicamente si se encuentra alterado, en mayor o menor medida, el régimen normal de matrimonio.

- a) La avaricia del marido debe llegar al extremo de someter a la mujer a un estado de privación que le hace imposible la vida.

b) El marido a de tener los medios adecuados para proveer a las necesidades de la mujer. Deben tenerse en cuenta “sus facultades” porque la causal, como es lógico, supone que el marido no socorra a la mujer, pudiendo hacerlo.

2) Negativa de seguir la mujer al marido.

La causal de divorcio sanciona, esta vez, obligación de la mujer de seguir al marido, que consagra el Art. 135. la única causa legal que puede legitimar el incumplimiento de este deber es que “su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer”.

3) Abandono del hogar y resistencia al cumplimiento de las obligaciones del matrimonio.

El abandono del hogar es la deserción deliberada del domicilio conyugal y la consiguiente infracción del deber de convivir los cónyuges.

El resto de la disposición alude, eufemísticamente, al debito conyugal, que el diccionario de la lengua define como la ejecución de actos aptos para la propagación de la especie.

4) Ausencia prolongada.

De los diversos conceptos de ausencia que formula el Código parece el más adecuado el que reputa ausente a la persona cuyo paradero se ignora y que ha dejado de estar en comunicación con los suyos.

Solo de esta manera puede diferenciarse netamente esta causal de la anterior. El solo hecho de no estar el cónyuge presente se confundiría con el abandono del hogar común.

5) Malos tratos a los hijos.

Los padres tienen derecho a castigar moderadamente a los hijos. Los castigos brutales que comprometen la vida del hijo, aparte de las sanciones penales en que puede incurrir el padre o madre y que determinan la emancipación del hijo constituyen la causal de divorcio temporal de que se trata.¹⁸

2.3 EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO

a) Derecho precortesiano

Poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos que habitan el actual territorio del país antes de la llegada de los españoles. Estos pueblos tenían culturas y civilizaciones varias, y estaban unidas entre si por estrechas ligas étnicas o sociales que fueron causa de afinidades numerosas.

Entre ellos ejerció una hegemonía severa el pueblo de los aztecas, asentados en la parte central del actual territorio, y que fueron los que sufrieron en forma más directa el impacto de la conquista.

¹⁸ Véase Meza Barros, Ob. cit., Pág. 131-149

Entre los aztecas, el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya porque hubiera causas que ameritaran la disolución.

El divorcio requería para su validez y para que produjera efectos de rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara y que el que pidiera la autorización se separara efectivamente de su cónyuge.

Las causas de divorcio eran variadas. El marido podía exigirlo en caso de que la mujer fuera pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, sufriera una larga enfermedad o fuera estéril.

La mujer a su vez, tenía las siguientes causas: que el marido no pudiera mantener a ella o a los hijos, o que la maltratara físicamente.

Realizada la separación, los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre. El cónyuge culpable era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes, y ambos divorciados podían contraer nuevo matrimonio, salvo entre ellos mismos.

El divorcio no era frecuente ni bien visto entre los aztecas, los jueces se resistían a otorgarlo cuando se presentaba uno de los cónyuges solicitándolo, y solamente después de reiteradas gestiones autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera.

Cuando la petición era hecha por los dos, los jueces trataban de reconciliarlos, invitándolos a vivir en paz, y si no aceptaban, los despachaban

rudamente dándoles su tácita autorización. La misma, solamente podía otorgarse ante las causales mencionadas con anterioridad.

Caso curioso para la época era la causal de incompatibilidad de caracteres que parece existía entre los tarascos.

b) Derecho Colonial.

En la rama que nos ocupa y en toda la materia de derecho privado, rigió la legislación española, que como hemos señalado, no conoció el divorcio vincular en el pasado. Es hasta la reciente ley de julio de 1981, con excepción de un brevísimo periodo durante la República (1932 a 1939) que España ha establecido esta forma de divorcio.

En México colonial en materia de divorcio rigió el derecho Canónico, mismo que imperaba en la España peninsular. El único divorcio admitido por esta legislación es el llamado divorcio separación que no otorga libertad para contraer un nuevo matrimonio mientras vive el otro cónyuge.

c) México Independiente

Consumada la independencia en 1921, el flamante estado requería de una organización política propia. Debido a ello todos los esfuerzos legislativos tendieron a la creación de las normas jurídicas básicas que dieron como resultado la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

La materia privada siguió siendo regulada por el viejo derecho español, fundamentalmente por las partidas.

Algunos intentos surgieron a nivel de las entidades federativas que dieron como resultado la creación de Códigos civiles o de proyectos de los mismos, a nivel local. En cuanto al Distrito y Territorios Federales, hubo que esperar hasta el año de 1870 para que surgiera el primer Código Civil.

A nivel de Provincia surgieron las siguientes legislaciones: Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827, Proyecto de Código Civil del Estado de Jalisco de 1833, Código Civil Corona del Estado de Veracruz de 1868, Código Civil del Estado de México de 1870.

Entre las legislaciones del siglo XIX hay que mencionar también, en relación con nuestro tema la ley de Matrimonio Civil de 1859, expedida por Benito Juárez, en la cual se desconocía el carácter sacramental del matrimonio para convertirlo en un acto regido por las leyes civiles y el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, expedido por Maximiliano de Hapsburgo.

Todas las legislaciones o proyectos legislativos del siglo XIX, en materia de divorcio tienen como semejanza un solo tipo de divorcio: el divorcio separación. Con ligeras variantes en cuanto a las causales, requisitos formales y consecuencias jurídicas, son fundamentalmente semejantes.

Para el Distrito Federal, surgió el primer Código Civil en 1870, de breve vigencia de catorce años, pues en 1884 entro en vigor el segundo Código Civil, mismo que fue abrogado hasta el 1 de octubre de 1932 en que entro en vigor el que rige hasta el momento.

El Código de 1884 fue derogado parcialmente en 1917 por la entrada en vigor de la Ley sobre Relaciones Familiares.

d) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870

La entrada en vigor de este Código el 1 de marzo de 1871 trajo la consecuencia de unificar la materia civil en todo el territorio de la República, pues, con variantes ligeras en cada entidad federativa, sirvió de modelo a todas ellas para la elaboración de sus propios códigos civiles.

Reguló el divorcio separación estableciendo siete causas para pedirlo, a saber:

- 1) El adulterio de uno de los cónyuges;
- 2) La propuesta del marido para prostituir a la mujer;
- 3) La incitación a la violencia hecha al cónyuge para cometer algún delito; 4) La corrupción o la tolerancia en ella, de los hijos;
- 5) El abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años;
- 6) La sevicia;
- 7) La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

En cuanto a la primera causa el adulterio, el de la esposa era siempre causa de divorcio y el del marido únicamente cuando lo cometiera en la casa común, que hubiera concubinato o que la esposa fuera maltratada por la co-adúltera o que hubiera escándalo o insulto público del marido a su esposa.

El divorcio no podía pedirse sino trascurrido dos años de matrimonio. Se realizaban dos juntas de avenencia, con separación de tres meses entre una y otra; después de la segunda junta había que esperar de nuevo otros tres meses más y si reiteraban su deseo de separarse, el juez decretaba la separación.

Al admitirse la demanda de divorcio se adoptaban medidas provisionales, entre ellas, el infamante depósito de la mujer, en casa de persona decente, designada por el esposo o por el juez.

Las audiencias en los juicios de divorcio eran secretas y se requería la intervención del Ministerio Público.

e) Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California y Tepic en 1884.

Redujo los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, reduciendo los trámites necesarios para la consecución del mismo.

A las siete causas que establecía el Código derogado añadió seis más:

- 1) El que la mujer diera a luz a un hijo concebido antes del matrimonio y fuera declarado ilegítimo;
- 2) La negativa a ministrarse alimentos;
- 3) Los vicios incorregibles del juego o embriaguez;
- 4) Las enfermedades crónicas, incurables, contagiosas o hereditarias, anteriores al matrimonio y no confesadas al cónyuge;
- 5) La infracción a las capitulaciones matrimoniales;
- 6) El mutuo consentimiento.

f) Ley del divorcio vincular de 29 de diciembre de 1914.

Fue expedida en Veracruz por Venustiano Carranza. Esta ley, en dos únicos artículos expone:

Art. 1 se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

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

Art. 2 entretanto se establece el orden Constitucional en la República, los gobernadores de los estados quedan autorizados para hacer en los respectivos códigos civiles las modificaciones necesarias, a fin de que esta ley pueda tener aplicación.

Esta ley, por su enorme liberalidad, recuerda la primera ley de divorcio vincular surgida en Francia en la época de la Revolución.

En circunstancias análogas, en plena Revolución Mexicana entro en vigor la que reseñamos y la misma fue igual que en su época la de Francia atemporal en su excesiva laxitud, por una ley posterior próxima en el tiempo.

En México, tres años después, la Ley sobre Relaciones Familiares, también expedida por Venustiano Carranza, moderó los preceptos de la ley de 1914 y limitó sus alcances.

La opinión de los legisladores revolucionarios y radicales quedó expresada en los Considerandos de la ley.

“Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, o sea, la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo... lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, solo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse...; que esa simple separación de los consortes crea, además, una situación anómala, de duración indefinida que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida; etc.”.

g) Ley sobre Relaciones Familiares de 1917

Regula el divorcio en los artículos 75 al 106. Se asemeja en las causales al Código de 1884, más en esta ley son causas de divorcio vincular.

Establece doce causas, muy semejantes a las que señala el Código vigente en las primeramente enumeradas del artículo 267. En el mutuo consentimiento se requieren tres juntas de avenencia. Incluye a las enfermedades como causa de divorcio o de simple separación y regula los efectos del divorcio en forma bastante semejante al código derogado.

2.3.1 REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

El Código Civil para el Distrito Federal vigente desde el 2 de octubre de 1932, regula el divorcio en los artículos 266 al 291 inclusive.

Permite este ordenamiento tanto el divorcio vincular como la simple separación judicial con persistencia del vínculo. En cuanto al divorcio vincular se divide el mismo en dos clases: el necesario y voluntario. El primero puede ser pedido por un solo cónyuge en base a causa específicamente señalada por la ley (Art. 267 y Art. 268). El divorcio voluntario es el solicitado por el mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Este segundo presenta a su vez dos aspectos que dependen de las circunstancias en que se encuentren en cada caso los esposos. Estas dos formas diferentes que asume el divorcio voluntario son el judicial y el administrativo. El judicial ante un juez de lo familiar y el administrativo ante un juez del registro civil.

2.3.2 DIVORCIO SEPARACION, DIVORCIO NO VINCULAR

Consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persisten en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio tales como fidelidad, los alimentos, etc.

Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitación, termina también la figura del domicilio conyugal. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario.

Este tipo de “divorcio” fue el único conocido en los códigos mexicanos del siglo pasado por la influencia en los mismos del derecho canónico que establece la indisolubilidad del matrimonio.

2.3.2.1 CAUSAS DE DIVORCIO SEPARACION

En el código vigente puede demandarse la separación judicial basada únicamente en dos causales señaladas en las fracciones VI y VII del Art. 267, que a la letra dicen:

Art. 267. F.VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

F.VII. Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga al respecto de cónyuge demente.

Estas dos fracciones, conocidas en la doctrina como “causas eugenésicas”, otorgan la opción a uno de los cónyuges de pedir el divorcio vincular o solamente la separación judicial, de acuerdo con el texto del artículo 277 que señala:

“El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI Y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

El legislador estableció estas causales con sus consecuencias disyuntivas de divorcio o simple separación tomando en cuenta dos factores primordiales:

1) Que la convivencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad descrita puede ser nociva y hasta peligrosa para el esposo sano y para los hijos, y

2) Los posibles sentimientos afectivos o religiosos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el que da la causa.

No se quiere romper el vínculo, sino solo suspender la convivencia sin incurrir el que quiere separarse en la causal de divorcio señaladas en las fracciones VIII Y IX que hablan de la “separación de la casa conyugal”. Al extinguirse el domicilio conyugal no puede haber separación del mismo, justificada ni injustificada.

El divorcio separación no puede pedirse por mutuo consentimiento ni por ninguna otra causal distinta de las dos transcritas anteriormente. La mayor parte de las legislaciones modernas permiten la separación judicial por cualquier causa incluyendo el mutuo consentimiento, como un paso previo y necesario y hasta conveniente, añadiríamos para obtener posteriormente el divorcio vincular.

2.3.2.2 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO SEPARACION

El divorcio separación produce las siguientes consecuencias jurídicas:

- a) Extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal.
- b) Persisten los demás derechos deberes del matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo.

- c) Custodia de los hijos por el cónyuge sano (Art. 283 F. III). La persistencia de ciertos deberes entre los cónyuges separados judicialmente presenta una peculiar problemática jurídica, que analizaremos de inmediato.
- d) El deber de fidelidad. El divorcio separación extingue el débito sexual entre los cónyuges; obliga en consecuencia a ambos a una forzada castidad legal. El cónyuge que entabla relaciones sexuales con tercero comete delito de adulterio.
- e) Paternidad y filiación. El hijo de la mujer casada y separada judicialmente, que nazca dentro de los trescientos días contados a partir de la orden judicial de separación, se reputa hijo de matrimonio con certeza de paternidad (Art. 324, F. II). Si el hijo nace después de transcurridos trescientos días de la orden judicial de separación, nacerá también con paternidad cierta con respecto al marido de su madre; pero en este caso la ley permite al marido desconocer a ese hijo en base al Art. 327 que señala:

El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de este, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Esta regla es genérica para todos los casos de separación que prevé el código y que opera en toda demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio como medida provisional, de acuerdo con los Arts. 275 y 282. Más la presunción de paternidad a que hemos hecho referencia funciona con más firmeza en el caso de la separación judicial como forma de divorcio que no extingue el deber de fidelidad que se deben los cónyuges aunque vivan separados.

f) La ayuda recíproca. El divorcio separación no extingue el deber de ayuda recíproca como lo expresa el Art. 323 al siguiente tenor:

El cónyuge que se haya separado del otro sigue obligado a cumplir con los gastos a que se refiere el Art. 164. En tal virtud, el que no haya dado lugar a ese hecho, podrá pedir al juez de lo familiar de su residencia, que obligue al otro a que le ministre los gastos por el tiempo que dure la separación en la misma proporción en que lo venía haciendo hasta antes de aquella, así como también satisfaga los adeudos contraídos en los términos del artículo anterior. Si dicha proporción no se pudiere determinar, el juez, según las circunstancias del caso, fijara la suma mensual correspondiente y dictara las medidas necesarias para asegurar su entrega y de lo que ha dejado de cubrir desde que se separó.

2.3.3.3 DIVORCIO VINCULAR

Es la disolución del vínculo matrimonial en la vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente por causas posteriores a la celebración del matrimonio y establecidas expresamente en la ley.

El código no define el divorcio. Se limita a expresar sus efectos en el artículo 266: “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

De inmediato en el artículo 267, se señalan las causas de divorcio en dieciocho fracciones. La diecisiete se refiere al mutuo consentimiento. Las restantes del artículo 267 y el artículo 268 enumeran las causas de divorcio contencioso necesario.

2.3.3.4 DIVORCIO CONTENCIOSO NECESARIO

Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causas expresamente señaladas en la ley.

El código civil para el Distrito Federal es actualmente uno de los más casuísticos del mundo. Enumera diecinueve causas de divorcio.

Las causas de divorcio son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón, según tesis sentada por la corte suprema.

2.3.3.5 CAUSAS DE DIVORCIO NECESARIO

Las causas que enumera el Art. 267 son las siguientes, expresadas en forma sintética, no textual:

- I. El adulterio de uno de los cónyuges.
- II. El hecho de que la mujer de a luz a un hijo concebido antes del matrimonio y que sea desconocido legalmente por su marido.
- III. La propuesta del marido de prostituir a su mujer.
- IV. La incitación o la violencia para cometer un delito hecha por un cónyuge al otro.
- V. Los actos inmorales con respecto a los hijos.
- VI. Ciertas enfermedades lesivas para la salud del cónyuge sano o de los hijos, y la impotencia sobrevenida.
- VII. La enajenación mental incurable.

- VIII. La separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses.
- IX. La separación con causa justa si se prolonga por más de un año sin demandar el que abandona, el divorcio.
- X. La declaración de ausencia o la de presunción de muerte.
- XI. La sevicia, las amenazas y las injurias graves.
- XII. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.
- XIII. La acusación calumniosa del delito penado con más de dos años de prisión.
- XIV. La comisión de un delito infamante con penalidad mayor de dos años de prisión.
- XV. El juego, la embriaguez o la drogadicción.
- XVI. Cometer contra el cónyuge un delito que tenga una penalidad superior a un año.
- XVII. Mutuo consentimiento.
- XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

El Art. 268 señala la última causa de divorcio necesario: la demanda de nulidad o de divorcio que no fue probada, y el desistimiento de la demanda.

2.3.3.6 CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS

Diversos criterios doctrinarios se han empleado al clasificar las causales. La dificultad para clasificar en forma totalmente distintiva consiste en que muchas de las causas de divorcio pueden clasificarse en diferentes grupos. Por

ejemplo, el adulterio, que puede considerarse tanto como delito, como divorcio sanción, como incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, como conducta desleal, como injuria.

Estos criterios son los siguientes: causas que implican delito; causas que constituyen hechos inmorales, las contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales, causas eugenésicas llamadas también causas remedio, causas que implican conducta desleal, etc. La doctrina más reciente agrupa las causas en dos únicos sectores: causas que implican culpa y causas objetivas. Y los últimos avances legislativos nos muestran el abandono total de las causales resumiéndose todas en una sola: la quiebra afectiva, total y comprobada del matrimonio.

Si bien se mira, cualquiera de las causas que señala el código que nos ocupa, o cualquier legislación del mundo de ayer o de hoy, implica que el matrimonio se ha roto. Cuando un cónyuge demanda a otro, o cuando la demanda es interpuesta por ambos, significa que la relación afectuosa entre los dos ha dejado de existir.

La comunidad total de vida que significa el matrimonio con su implicación de solidaridad profunda entre dos seres, se ha desvanecido. Son ahora dos extraños que necesitan rehacer su existencia. El divorcio es un camino para lograrlo. Las causas que llevaron al fracaso son en este aspecto intrascendentes. Lo único válido es la constatación de tal fracaso.

2.3.3.7 ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO

I. El adulterio de uno de los cónyuges.

El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; se entiende por adulterio en su acepción gramatical “el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados”, “violación de la fe conyugal”.

Ante la ausencia de una definición legal, quedan fuera de esta causa los actos sexuales “contra natura”. A pesar de su gravedad el legislador no tomó en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma.

El adulterio asume dos formas diferentes: como causa de divorcio y como delito. Un cónyuge puede demandar al otro por adulterio como simple causa de divorcio, o puede optar por la vía penal para acusarlo de delito cuando el mismo se ha configurado en su forma típica, o sea, cometer el adulterio en la cosa conyugal o con escándalo.

En el primer caso, probado el adulterio, el cónyuge demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor. En el segundo, probado el delito, el culpable será condenado a la sanción penal respectiva y el cónyuge demandante tendrá a su favor sentencia como prueba plena para obtener divorcio, si opta por las dos consecuencias.

II. El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

Esta causa implica una conducta desleal de la mujer hacia su prometido al no confesarle su estado de gravidez antes de contraer matrimonio, y por consiguiente, querer atribuirle una falsa paternidad.

De acuerdo con el Art. 324, un hijo se reputa concebido antes del matrimonio si nace antes de que transcurran ciento ochenta días después de celebrado el mismo. Si nace después de ese plazo, se presume hijo del marido; ello de acuerdo con la realidad más frecuente, en el sentido de que los cónyuges tuvieron relaciones premaritales. Caso contrario el marido puede ejercer la acción de desconocimiento de ese hijo.

- III. “La propuesta del marido de prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir de otro tenga relaciones carnales con su mujer”.

Implica esta causal una conducta inmoral, injuriosa y en ciertos casos delictiva. Se puede configurar el delito de lenocinio si se prueba que el marido recibió dinero o cualquiera otra retribución por prostituir o permitir la prostitución de su mujer.

- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer un delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

Contempla esta fracción una conducta inmoral del que quiere provocar un delito en el otro y totalmente lesivo para este, dicha conducta puede constituir un delito sancionado penalmente.

La incitación para cometer un delito puede tomar dentro del matrimonio innumerables formas. Puede ser de palabra, por escrito y hasta por medio de determinados actos como el desprecio, la sonrisa burlona, el negarse a cumplir con el deber conyugal y otros análogos con los que de una manera u otra se lleva a la provocación.

- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

La tolerancia en la corrupción debe consistir en actos positivos, y no en simples omisiones. Creemos que la expresión de que la tolerancia debe consistir en actos positivos no se compagina con el sentido gramatical y usual de la palabra tolerar; sufrir, llevar con paciencia, disimular algunas cosas que no son lícitas, soportar, llevar, aguantar, etc. Que significa todo ello conducta de inactividad. La tolerancia bien vista significa un no hacer. No puede darse, por tanto, la tolerancia en actos positivos.

El vocablo corrupción tiene un sentido tan amplio que caben dentro de él toda clase de conductas inmorales y de miserias humanas cuales son, entre otras: la embriaguez, la fármaco-dependencia, la mendicidad, el robo, o la comisión de cualquier delito.

Para que la causal exista es necesario que los cónyuges ejecuten actos inmorales tendientes a corromper a sus hijos o que permitan que estos actos los ejecute un tercero con su expresa o tácita condescendencia, dicha causal también puede al igual que la anterior constituir un delito penalmente sancionado.

- VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

- VII. Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga al respecto del cónyuge demente.

Configuran estas dos fracciones las llamadas por la doctrina causas eugenésicas o causas remedio.

El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o por la separación de cuerpos.

En la actualidad y con los avances de la medicina tanto la sífilis como la tuberculosis son perfecta u prontamente curables si se detectan en sus primeras etapas. Más aún, puede decirse que en el estado actual de la ciencia médica casi no existe una enfermedad que tenga al mismo tiempo dos de las cuatro características unidas que pide la ley, a saber crónica y contagiosa, crónica y hereditaria; incurable y contagiosa, o incurable y hereditaria.

Se consideran estas causas como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley en las causales que se dan en un hecho determinado en el tiempo. Cuando estas condiciones se dan en un sujeto antes de contraer matrimonio, se consideran impedimentos para su celebración.

La impotencia es también un impedimento para contraer matrimonio. Podrá pedirse la nulidad por esta causa, pero dentro del término de caducidad de sesenta días.

Nos surge la interrogante: ¿la impotencia natural derivada de la edad avanzada puede constituir causa de divorcio? Tomando en cuenta que el legislador la colocó en la misma fracción de las enfermedades, habrá que considerarla como tal y no como una manifestación natural derivada de la edad avanzada.

Esta causa particular, de nulidad y de divorcio, la impotencia, debiera regularse con mayor cuidado. Primero, permitiendo la nulidad del matrimonio en cualquier momento cuando la impotencia es de origen. Y como una causa de divorcio con un amplio criterio judicial; o mejor aun suprimiéndola como causa de divorcio en vista de que se regula el divorcio por mutuo consentimiento; ya que se puede suponer que el cónyuge impotente prefiera otorgar su consentimiento para el divorcio antes de ser demandado por una causa que puede considerarse como humillante.

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

Esta causal significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal. No importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar. Basta el hecho objetivo de haberse roto la cohabitación por más de seis meses para tener causa de divorcio.

El Código no habla de abandono de un cónyuge por el otro, sino únicamente de separación de la casa conyugal.

- IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por mas de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

El cónyuge que abandona la casa conyugal porque ya no soporta la vida en común, en base a que el otro le ha dado una o muchas causas de divorcio, debe demandar el mismo antes de que transcurra un año, o corre el peligro de ser el demandado por abandono de hogar.

- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia.

El estado de ausencia o de presunción de muerte no operan en forma autónoma como disolución del vínculo matrimonial, sino que el cónyuge que demanda tiene que probar con la sentencia que declara este estado, la causa de divorcio; dicha causa no tiene razón de ser, pues para obtener una sentencia en que se declare la ausencia o la presunción de muerte, se necesita el transcurso de varios años, y como ya se dijo con el solo transcurso de seis meses de la separación del hogar conyugal se tiene causa suficiente de divorcio.

- XI. La sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro.

La sevicia significa genéricamente, “crueldad”: consiste la misma en los malos tratamientos de hecho que revelan crueldad, sin que impliquen peligro para la vida del ofendido. Son todos aquellos actos ejecutados por un cónyuge con el ánimo de hacer sufrir al otro.

Las amenazas son las palabras o hechos mediante los cuales se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le puede ocurrir a él o a sus seres queridos. La amenaza puede consistir también en un delito, con independencia de la causal de divorcio en materia civil.

Injuria es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio.

Para calificar esta causal el juez tiene que tomar en cuenta diversos factores, entre ellos la frecuencia y reiteración de la conducta del ofensor, el grado de educación de los cónyuges, la clase social a que pertenecen y sus particulares formas de convivencia.

- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin causa justa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

La redacción del Art. 168 la juzgamos un tanto inoperante en nuestro medio. Significa que si los cónyuges no se ponen de acuerdo en todas las cuestiones de su vida en común, deben recurrir al juez para que resuelva lo conducente. Así, en el hipotético caso de que recurran al juez y este resuelva

mediante sentencia que cause ejecutoria, los cónyuges están obligados a cumplir la determinación judicial. El incumplimiento a la misma constituye la causal de divorcio.

Independientemente de que los cónyuges hayan recurrido al juez para solicitar su intervención en la forma de cumplir con sus obligaciones de cargas del hogar y que el juez haya otorgado sentencia ejecutoriada, la simple negativa de cumplir con los deberes señalados en el Art. 164 es causa de divorcio.

- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

La simple acusación que haga un cónyuge del otro, constituye una profunda deslealtad, aunque la misma no fuere calumniosa. Habiendo calumnia de por medio, implica esa conducta una aversión profunda del cónyuge calumniador respecto del otro que evidencia la ruptura total del afecto conyugal.

- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el que tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

Para que se configure esta causal se necesita forzosamente que exista una sentencia que cause ejecutoria en la cual se declare culpable a un cónyuge de un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

- XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal.

El juez debe calificar en cada caso si se aúnan las dos circunstancias, pues puede suceder que los hábitos de vicios señalados en alguno de los cónyuges, hayan sido siempre tolerados por el otro y no amenacen la ruina de la familia, y ante circunstancias posteriores (el interés sentimental por una tercera persona) toma esos vicios como causa de divorcio.

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes de otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Existen determinados hechos que se tipifican como delitos si se realizan entre extraños y que no tienen ese carácter tratándose de cónyuges, ej. El abuso de confianza.

Realizada esta conducta por uno de los cónyuges en contra del otro, no procede la acción penal pero si puede dar causa de divorcio.

XVII. Mutuo consentimiento.

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

Cuando los cónyuges han roto de hecho el vínculo afectivo que los unía y viven separados por más de un tiempo más o menos largo, parece que existe causa justa para pedir y obtener el divorcio que de seguridad jurídica a una situación incierta.

Sin embargo, la inclusión de la causal citada, sin una correcta reglamentación posterior, nos parece sumamente peligrosa, en cuanto a los efectos que produce la sentencia de divorcio en las personas de los cónyuges. En efecto, en los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad de trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente. Y en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga matrimonio o se una en concubinato. Mismo derecho que tendrá el cónyuge varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, en las mismas circunstancias que la cónyuge.

Pues bien, la fracción XVIII no encuadra dentro del mutuo consentimiento, no se tendrán por ello los alimentos en las circunstancias arriba señaladas; será por ello un divorcio necesario, con la circunstancia de que no habrá calificación del cónyuge inocente ni culpable; no se tendrá tampoco derecho a alimentos. De ahí que hemos calificado a esta fracción de sumamente peligrosa pues desprotege fundamentalmente a la mujer que a dedicado sus años de matrimonio a los trabajos del hogar. Si durante la separación por más de dos años el marido a pasado o no pensión alimenticia al grupo familiar, al cumplirse ese periodo, podrá pedir el divorcio basado en la causal XVIII y en la sentencia no se le podrá obligar a pasar alimentos a su esposa que no tenga ingresos suficientes por no estar preparada para el trabajo fuera de casa; pues su actividad anterior fue exclusiva dentro del hogar durante el tiempo que duró el matrimonio.

Se podrán objetar los anteriores argumentos en el sentido de que la esposa (o el esposo en su caso) tienen a su alcance las causales “abandono

injustificado del hogar conyugal” para demandar el divorcio a su cónyuge abandonador y así obtener la calidad de cónyuge inocente y el correspondiente derecho a alimento; sin embargo, la mayor parte de nuestra población desconoce sus derechos, o deja pasar el tiempo esperando la vuelta del cónyuge descarriado; o sus sentimientos religiosos le impiden divorciarse, o tantas cuestiones que pueden darse y que se darán en nuestra realidad si la norma que comentamos no se adiciona con el derecho a alimentos que tendrá, a juicio del juez, el cónyuge que los necesite en razón del divorcio obtenido por la causal de separación de hecho que dure más de dos años.¹⁹

¹⁹ Montero Duhalt, Sara: “Derecho de Familia”, Ed. Porrúa, México, 1984. Pág. 208-239

CAPITULO III

CAUSALES DE DIVORCIO

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

En las legislaciones que admiten esta forma de disolución vincular, el divorcio constituye el origen de un verdadero estado de familia, el divorciado, que restituye la aptitud nupcial de los cónyuges divorciados sin perjuicio, claro está, de la validez y subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en calidad de cosa juzgada.²⁰

En nuestra legislación, los motivos de divorcio se encuentran estipulados en el Art. 106 CF y reza de la siguiente forma:

Art. 106.- El divorcio podar decretarse:

1º.) Por mutuo consentimiento de los cónyuges;

2º.) Por separación de los cónyuges durante uno o mas años consecutivos; y

3º.) Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges. Se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notaria de uno de ellos o cualquier **otro hecho grave o semejante.**

²⁰ Bautista Bayona, Aracely; “Manual de Derecho de Familia”, Centro de información Jurídica, 1996, Pág. 378

En el caso del ordinal anterior el divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaron el motivo.²¹

3.1 Divorcio por mutuo consentimiento

Se considera por la mayoría de autores que el divorcio por mutuo consentimiento es aquel en el cual “se pretende que las parejas cuyo matrimonio ha fracasado no tenga que recurrir a procedimientos y pruebas simuladas para obtener el divorcio”²²

Lo que nos lleva a admitir que el reconocimiento conjunto de la incompatibilidad de caracteres, por ejemplo y aun mutuo acuerdo para disolver el matrimonio, aunque no este basado en ningún hecho susceptible de apreciación objetiva, sirve de base suficiente para el pronunciamiento de los cónyuges por medio del convenio respectivo en el cual se declara la decisión de disolver el vínculo por el mutuo consentimiento. La diferencia entre esta causal y el divorcio por cualquiera de las otras causales que establece el Art. 106 CF reside en que en el primero es necesaria la concurrencia de voluntades para interrumpir la vida en común, mientras en los restantes existe el supuesto de la decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges que interpone la demanda de divorcio ante el juez de familia.

El profesor Carbonnier en atención a las anteriores consideraciones expresa “debería considerarse no ya como una causal de divorcio sino mas bien como la expresa de la existencia de una causa que los cónyuges preferirían mantener

²¹ Código de Familia, art. 106.

²² Gómez Piedrahita, Hernán. Ob. Cit, Pág. 41.

en secreto”²³. Por consiguiente, la noción de culpabilidad e inocencia de los esposos no es determinante, únicamente su voluntad. Cuando los cónyuges solicitan conjuntamente el divorcio, no están obligados a dar a conocer la causa. Deben nada más someter a la aprobación del juez el convenio que regula todo lo concerniente al cuidado personal de los hijos sujetos a la autoridad paternal, visitas, comunicación y estadía que hubiese acordado, alimentos, contribución económica para los gastos del hogar, pensión alimenticia, especies cuando proceda, vivienda, muebles de uso familiar, bases para la liquidación del matrimonio conyugal si existiere algunos de los regímenes de comunidad.

Doctrinariamente ha existido una antigua controversia con relación a estas clases de divorcio, así se han dividido los criterios al respecto. Los que sostiene que no es aceptable legal, ni moralmente, dejar supeditada la ruptura del vínculo conyugal a la simple decisión de los cónyuges y los defensores de estas clases de divorcio. Ellos sostienen lo contrario y argumentan que si la ley admite esta forma de disolver el matrimonio, es para que los cónyuges no se vean obligados a deshonrar a su familia. Revelando hechos que puedan traer sobre el cónyuge culpable condenas y sanciones.

En nuestro ordenamiento jurídico, se encontraba regulado el mutuo consentimiento en el Art. 148 CC que disponía las siguientes condiciones:

1ª) Que la demanda escrita de divorcio fuera presentada al juez por los cónyuges en persona o por medio de apoderado especial constituido para este tipo de divorcio,

2ª) El avenimiento que el juez debía procurar entre los cónyuges,

3ª) La ratificación de la demanda tres meses después de haberla

²³ Trejos Gerardo. Derecho de Familia Costarricense. Tomo I. 4ª. Ed., Editorial Juricentro, Pág. 269.

entablado,

4ª) La presentación de la ratificación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo para ratificarla. El Código de Familia, en cambio no los exige de esta manera, porque consideró que los mismos, tienen un carácter procesal.

Si bien el Código de Familia, al igual que la legislación civil ya derogada. Han establecido el convenio como un requisito previo de esta clase de divorcio, el contenido del mismo difiere en ambas normativas en muchos aspectos. El Código de Familia ha tratado de adaptarlo a las necesidades familiares y mejorar su eficacia, por lo que se establece en este:

1º) El régimen de visitas, comunicación y estadía que se hubiere acordado a fin de que el padre o la madre que no viva al lado de los hijos pueda visitarlos (Art. 108 ordinal 1º del CF) estas cláusulas estipuladas en el convenio, son de estricto cumplimiento, pues la legislación de familia las considera primordiales, a efecto de no perjudicar a los hijos en sus relaciones paterno-filiales.

2º) Con respecto a la determinación de la proporcionalidad de las cuotas alimenticias y actualización de ellas, supera los obstáculos de la legislación anterior que no lo comprendía y daba lugar al incumplimiento de este derecho deber. Las circunstancias especiales que conforman esta prestación hacen necesario que se actualicen periódicamente estas cuantías; por las fluctuaciones económicas y la variabilidad en los costos; por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda nacional. Esta realidad analiza por el legislador motivo la inclusión de esta norma.

También se ha previsto aumento de los ingresos de uno de los cónyuges con posterioridad al divorcio; se ha tratado de equilibrar situaciones gravosas

para aquellos miembros de la familia que hayan tenido un menoscabo económico al disolverse el vínculo; por ello se trata por todos los medios, que el cónyuge que no declara verdaderamente la cuantía de sus ingresos, en un momento determinado lo haga y así actualizar las cantidades fijadas para el paga de las mismas.

3º) La determinación de la cuota alimenticia especial de la que habla el ordinal 3º del Art. 108 del CF esta relacionada con las disposiciones contenidas en los arts. 107, 248 y 250 del mismo cuerpo de leyes. Esta norma tiene como finalidad proteger a aquellos ex cónyuges que adolecieren de alguna de las discapacidades que les impidan valerse por si mismo.

4º) La determinación de la vivienda y del manejo familiar se ha regulado con la finalidad de proteger a los hijos beneficio de sus derechos (Art. 211 del citado cuerpo de leyes).

5º) Bases para la liquidación del patrimonio conyugal cuando exista cualquiera de los regímenes de comunidad y la determinación de la pensión compensatoria, en todos los casos de disolución del vinculo matrimonial, ya sea que los cónyuges tengan bienes separados o en comunidad.

No contiene el Código de Familia ninguna norma que regule las formalidades externas del convenio, ni ante quien deba celebrarse. Creemos que este convenio, debe constar en escritura pública o en acta suscrita ante el Procurador General de la República tal; como lo previó la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código de Familia al no contemplar esta situación, existe un vacío legal que puede colmarse por analogía, y resolverse en forma similar a las capitulaciones previstas para los regímenes matrimoniales, reguladas en el Art. 85 del Código de Familia que dispone “las capitulaciones matrimoniales

deberán otorgarse en escritura pública o en acta ante los procuradores auxiliares departamentales”. La disposición anteriormente citada nos da un marco de referencia con relación a la factibilidad de la Procuraduría General de la República.

Actualmente los convenios relativos al divorcio por mutuo consentimiento de conformidad a la ley derogada, se otorga ante los notarios, lo que redujo la cantidad de personas que pudieron acceder a este tipo de divorcio. La normativa familiar en cambio, facilita a toda la población el acceso a los medios legales establecidos y rompe esquemas tradicionales, que impedían divorciarse a las personas de escasos recursos económicos por esta causal, ya que estas no podían pagar los honorarios profesionales que los notarios estipulan para este tipo de convenios.

Según el Código de Familia el Convenio debe ser aprobado por el Juez de Familia, si reúnen los requisitos estipulados en el Art. 109 del citado cuerpo de leyes. El objetivo de esta norma, es no aprobar un Convenio cuando sus cláusulas sean atentatorias a los derechos de los hijos y del otro cónyuge; en relación a la prestación de alimentos, régimen de visitas u otros aspectos análogos, que los perjudican gravemente. Lo anterior es consecuencia del conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga a los padres y sus hijos menores de edad o declarados incapaces para que los protejan, eduquen y los preparen para la vida y de la aplicación del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges. El Convenio no solo está sujeto a aprobación del juez, sino que este queda facultado para modificarlo en la sentencia, previa audiencia en común con los cónyuges, si antes de pronunciarla estos no han presentado otro que sea justo y equitativo.²⁴

²⁴ Cita Documento Base CORELESAL, Pág. 313.

Además de quedar este Convenio en la perspectiva de ser modificado tal y como lo señala el Art. 110 del Código de Familia; este solo tiene pleno valor legal a ser aprobado e incorporado a la sentencia judicial que declare el divorcio por mutuo consentimiento. En atención a ello el legislador ha expresado “Por lo demás, aunque el convenio forma parte de la sentencia definitiva de divorcio, es modificable en el supuesto que las circunstancias bajo las cuales fue aprobado cambien sustancialmente. Esta modificación podrá hacerse preceda o no otro convenio. Si los ex cónyuges acuerdan modificar el primero, el nuevo convenio siempre deberá ser aprobado por el juez. Podría decirse que hay acá una modificación de la sentencia por voluntad concorde de las partes; pero eso no es del todo cierto, puesto que el nuevo acuerdo de los ex cónyuges, para que modifique el primero, necesita aprobación judicial, lo que significa que en definitiva es el juez quién modifica su sentencia, teniendo como base, desde luego, el nuevo convenio de los ex cónyuges.”²⁵

3.2 Divorcio Contencioso

El Divorcio contencioso es “la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley”.²⁶

Tenemos que analizar entonces el divorcio contencioso, como un acto jurisdiccional que se alcanza a través de una sentencia.

²⁵ Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. Manual de Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1991. Pág. 315.

²⁶ Montero Duhalt, Sara, Pág. 15

El juicio de divorcio implica una controversia, que se tramita según las regulaciones establecidas en la normativa vigente (arts. 105, 106, 111 del Código de Familia). El divorcio contencioso ofrece en el nuevo ordenamiento de familia una nueva imagen que esta basada en la teoría del divorcio remedio que trata de poner fin a una relación conyugal insostenible y que evidencia el resquebrajamiento de la unión matrimonial; en todo caso se convierte en la liquidación total del vínculo matrimonial, con los consiguientes efectos jurídicos (Arts. 115 y 116 Código de Familia).

Tenemos que diferenciar las causas del divorcio sanción y del divorcio remedio; en el primer caso, estamos ante una gama de posibilidades que tienen como primordial objetivo la culpabilidad de uno de los cónyuges frente al otro y la sanción pertinente establecida previamente por el legislador; en tal sentido estas causas como las enunciaba el Art. 145 del Código Civil varían con relación al divorcio remedio que se dan en la nueva legislación de familia, es decir, causas contenciosas o de motivos no contenciosos.

Introduciéndose en esta normativa, una proyección diferente a la que teníamos en materia de divorcio ya que a pesar de que se conservan algunas disposiciones relativas al divorcio sanción, como la parte final del Art. 106 del Código de Familia , se ha adoptado la tesis del divorcio remedio en el contexto general de las disposiciones, al disponer por ejemplo que será motivo para decretar el divorcio la ausencia del cónyuge, legalmente declarada durante uno o mas años consecutivos (Art. 106 ord. 2º del Código de Familia), el mutuo consentimiento de lo cónyuges, y el tratamiento que el legislador le da a la novedoso causal contemplada en el ordinal tercero del Art. 106 del Código de Familia que engloba una serie de motivos que perjudican principios y deberes del matrimonio , lo que hace intolerable la vida en común.

3.2.1 Separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos.

En similares circunstancias las separaciones de hecho, por uno o más años consecutivos, tienden a incrementarse; por una parte hombres y mujeres optan por vivir en unión libre y por la otra, los esposos optan por vivir separadamente, sin que haya sido pronunciado el divorcio. Las razones de esta situación, son diversas; a veces las conveniencias, los escrúpulos morales o la esperanza de una reanudación a futuro de la vida en común con otra persona, el temor a los costos del proceso, y las complicaciones de estos procesos. La mayoría de las veces son el preludio de la acción judicial de divorcio por esta causal.

El matrimonio crea entre los esposos una comunidad de vida plena. La separación de hecho por lo tanto es una situación irregular al incumplir la obligación de convivencia. El grado de irregularidad, es cuestión de los límites que de comunidad de vida establece y depende de la manera en que se produce la separación, puede mediar entre ambos el derecho de no convivir y hacerlo separadamente o la voluntad unilateral de uno de los esposos, que abandona sin motivos válidos el domicilio conyugal, puede también finalmente justificarse esta separación porque la vida en común se ha vuelto intolerable, por culpa de uno de los esposos o simplemente se ha hecho imposible de reestablecer.

Con frecuencia la separación, es el resultado del hecho de que uno de los esposos se marcha, deja el domicilio común abandonado, a su cónyuge y eventualmente a los hijos. Este abandono contra la voluntad del otro esposo, constituye indiscutiblemente una violación al derecho- deber de cohabitación

que el esposo(a) abandonado puede alegar en apoyo de la petición de divorcio por esta causal.

La doctrina y algunas legislaciones, como la francesa contemplan, la separación de hecho justificada; cuando uno de los esposos le es permitido abandonar la residencia común, porque ha sufrido de hecho, por parte del otro cónyuge un trato cruel e indigno que le hace insoportable la vida en común. En cierto modo se produce una suspensión de la obligación de comunidad de vida y el abandono se justifica si el otro esposo no cumple las obligaciones legales o morales que le impone su condición de esposo. Este derecho de separarse, con frecuencia ha sido considerado un beneficio de la mujer y los tribunales admitían que había lugar para dispensa de cohabitación, en el caso que el marido fuera culpable de malos tratos, de relaciones sexuales extramatrimoniales, de violación del deber de cooperación en el hogar y de los demás derechos- deberes matrimoniales.

Nuestra legislación en la Ley Procesal de Familia, ha contemplado medidas de separación justificada cuando se presenten casos de violencia domestica, tanto por el deterioro de la salud y el peligro incluso de la vida del cónyuge perjudicado con los malos tratos, golpizas, amenazas, etc. que van deteriorando la convivencia y la armonía familiar.

3.2.2 Efectos Jurídicos

a) La separación de hecho, es tomada muchas veces por el legislador como un divorcio neutro y de aspectos diversos. El legislador y los tribunales respectivos, han encontrado soluciones temporales, como la

protección del cónyuge abandonado y de ciertas medidas cautelares que benefician tanto al cónyuge abandonado como a los hijos.

b) La separación de hecho en el momento de la concepción de un hijo puede aducirse como prueba de no paternidad del marido; este puede ejercer acción de impugnación de paternidad en (Art. 151 CF) tal separación puede hacer imposible la constitución de la posesión de estado de hijo.

c) La falta de cohabitación, y por el hecho de la separación pueden poner un peligro los intereses de la familia ya que la colaboración de los esposos se vuelve imposible y como consecuencia, un esposo puede obtener la autorización de realizar el solo actos para los cuales se requiere el consentimiento de su cónyuge, como lo es la autoridad parental (arts. 207, 226, 240 No. 2º, Código de Familia). Así como también lo relativo a la administración de cualquiera de los regímenes de comunidad y su consiguiente disolución (arts. 54 No 4º y 72 No 3º CF).²⁷

3.3 Por se intolerable la vida en común.

Esta tercera causal del divorcio que señala el Art. 106 del Código de Familia, reúne la mayoría de los supuestos que contenía el Art. 145 del Código Civil (derogado) que regulaba taxativamente las causales de divorcio.

En el Código de Familia, el legislador, ha tratado de unificarlas en una sola causal con la finalidad de no legislar con el criterio del divorcio sanción que

²⁷ De Buitrago, Anita Calderón. Manual de Derecho de Familia. Centro de Información Jurídica, 3ª Edición, 1996. Págs. 398 - 405

era la tesis que aceptaba el Código Civil, sino que con la nueva proyección del divorcio remedio que es la filosofía que sigue la legislación familiar actual.

Tenemos de esta manera, que “este motivo de divorcio deja al juzgador la latitud suficiente para comprobar en cada caso si existe la discrepancia objetiva que justifica la ruptura del vínculo, pero no se ha querido proporcionarle una discrecionalidad tan amplia, que le permita distorsionar el criterio por exceso o por defecto y por ello se añade que se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave y reiterado de los deberes matrimoniales, mala conducta notoria de uno de los cónyuges o cualquier otro hecho grave o semejante.”²⁸

Con relación a la perentoriedad de las causales de divorcio la ley los enumeraba taxativamente en el Art. 145 del CC. Las causales excepto las graves ofensas o frecuentes malos tratamientos de obra, eran perentorias.

En el Código de Familia en cambio, solamente es perentoria la separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos, la vida matrimonial intolerable carece del carácter de perentoriedad, pues el juez, con su criterio, es quién valora los hechos probados para tener por establecida la situación de hecho que da lugar al divorcio.

Hay que diferenciar las causales enumeradas tradicionalmente denominadas, causas subjetivas de divorcio o causas culpables, es decir, imputables a título de dolo o de culpa a cualquiera de los cónyuges; por las enumeradas en el Código de Familia, que toma en cuenta el criterio jurídico del divorcio remedio.

²⁸ Documento Base. CORELESAL, Pág. 309.

A pesar de la subjetividad que puede presentarse con esta causal que estudiamos que engloba una serie de factores negativos, como el incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave, debe partir del criterio, que este tipo de incumplimiento o mala conducta sean continuos y que pongan en peligro la vida en común de los cónyuges.

En resumen, diremos que se hace intolerable la vida en común, cuando la imposibilidad de continuar conviviendo se hace patente, por diversas razones que van desde la violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones derivados del matrimonio como las relaciones extramatrimoniales, maltratos en el hogar faltando al deber de respeto y consideración, como el hecho de realizarse el coito entre los cónyuges, sin la voluntad de uno de ellos, mediando la violencia física y verbal, podemos señalar también acá casos de violencia doméstica que tanto daño ocasionan a las relaciones de pareja, y que han motivado una variedad de problemas que van desde el aspecto legal hasta el psicológico-social; ya que ponen en peligro la salud, la integridad corporal o la vida incluso de los cónyuges, lo que hace imposible la concordia y el sosiego doméstico.

El incumplimiento de las obligaciones inherentes al matrimonio, a la paternidad y a la maternidad debe ser grave e injustificado, violando de una manera determinante las obligaciones mas elementales derivadas del matrimonio, conducta delictual de uno de los cónyuges contra el otro y con relación a los hijos.

Cuando el divorcio era regulado por el Código Civil, las causales que ahora se encuentran enmarcadas en el Art. 106 ord. 3º del Código de familia eran:

- a) La preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio, ignoradas por el marido;
- b) El adulterio de la mujer;
- c) Adulterio del marido con escándalo público o con abandono de la mujer;
- d) Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro;
- e) Graves ofensas o frecuentes malos tratamientos de obra;
- f) La ebriedad escandalosa y consuetudinaria de cualquiera de los cónyuges;
- g) El haber sido condenado cualquiera de los cónyuges, por delito común, a la pena de presidio u otra más grave;
- h) Tentativa de uno de los cónyuges para corromper a sus hijos, o complicidad en la corrupción de estos, o tentativa del marido para corromper a su mujer;
- i) La obligación de asistencia de un cónyuge a otro;
- j) El deber legal de cohabitación.²⁹

Legislar sobre el divorcio equivale por contraste legislar sobre el matrimonio. Las opiniones sostenidas acerca de la ruptura del vínculo matrimonial se deducen de las que se tienen sobre el matrimonio. Por el contrario se desprende que el matrimonio es al mismo tiempo consentimiento o mejor “consentimiento”, que también es comunidad de vida por la duración de los deberes mutuos.

El divorcio por lo tanto, no pone en tela de juicio a la institución del matrimonio; mas bien refleja lo que esta no debe ser, una unión forzada en la

²⁹ Guzmán, Mauricio. La acción de divorcio en la Ley Salvadoreña. Departamento Editorial del Ministerio de Cultura, 1956.

cual los sentimiento que los unieron han desaparecido y partimos de una unión ficticia que ya no se fundamenta en la vida en común. Por lo que no es cierto que el liberalizar los medios de disolverlo el legislador contemporáneo le ha fallado a la familia.

Sociologicamente el fenómeno del divorcio, aunque ha aumentado solo concierne todavía a una minoría de la población de personas casadas. Y aunque inestable, la familia sigue siendo una realidad palpable, una aspiración y un ideal para la inmensa mayoría de seres humanos; sus fracasos todavía no la han hecho desaparecer.

La frecuencia de los segundos matrimonios por ejemplo demuestra de otra manera que el divorcio, no atenta contra la institución misma del matrimonio, sino contra una unión específica. Si observamos la importancia estadística de la nupcialidad nos revela que aun hoy en día no hay una desafección general para contraer matrimonio.

Las consecuencias jurídicas, de esta causal, cubren una amplia gama de situaciones que van desde el rompimiento de la vida en común y posteriores efectos jurídicos.³⁰

En primer lugar, el cónyuge que no es responsable por los hechos que han vuelto intolerable la vida en común con su pareja, enfrenta la ya de por si difícil decisión de divorciarse legalmente; para tal efecto, se avoca a la Procuraduría General de la República o ante un Abogado Particular.

³⁰ Bautista Bayona, Aracely; “Manual de Derecho de Familia”, Centro de información Jurídica, 1996, Págs. 405-408.

En el primer caso se encuentra con que, si bien es cierto se le ofrece ayuda para resolver algunos de sus problemas; tales como: cuota alimenticia, régimen de visitas y otros aspectos conexos, esta representación del Ministerio Público no tramita procesos de divorcio; debido a una política institucional basada en el precepto constitucional y familiar de fomentar el matrimonio; por lo que necesariamente, si esta persona decide divorciarse de su cónyuge, debe contratar los servicios profesionales de un Abogado de la República particular.

Este abogado, que lógicamente cobra por sus servicios, le explicará a la persona que pueden interponer una solicitud de divorcio por mutuo consentimiento, en caso de que sea posible llegar a un acuerdo con el otro cónyuge en este sentido; asimismo, si lo anterior no es posible, el abogado planteará la posibilidad de una demanda de divorcio por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos ; y, en última instancia, la remota posibilidad de alegar en la demanda el tercer motivo de divorcio establecido en el Art. 106 ord. 3º CF, que es el estudio de nuestro trabajo.

Evidentemente existe una gran problemática en lo que respecta al divorcio por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges, ya que es una de las situaciones que mayormente enfrentan las parejas en la práctica y cuando quieren hacer uso de este tercer motivo, se les presenta varias situaciones que les imposibilitan divorciarse por el mismo; entre las que podemos mencionar situaciones de orden económico, social y jurídico.

Entre las razones de orden económico podemos señalar, la falta de recursos económicos para cubrir los gastos de un proceso de esta naturaleza, pues las condiciones económicas en que viven la mayor parte de familias son de escasez y pobreza.

Entre las razones de orden social se encuentran los motivos de carácter personal de los cónyuges, principalmente cuando se trata de casos que son tan delicados e íntimos, por lo que consideran que no es prudente que salga a la luz pública; ya que estos pueden causar graves daños a una de las partes, a ambos, a los hijos si los hubiera, o a la familia entera, motivo por el cual deciden divorciarse por otro de los motivos del Art. 106 CF. también puede suceder que no se divorcien alegando el tercer motivo del artículo en mención, porque no quieren que sus familiares conozcan cual es la verdadera razón de su separación.

Otra de las razones de que no se haga uso del tercer motivo de divorcio es el aspecto cultural, por idiosincrasia; ya que, por la poca preparación que tienen las parejas, se les hace imposible hacer una buena narración de cómo sucedieron los hechos motivo del rompimiento del vínculo matrimonial.

En cuanto a la razón de orden jurídico, podemos señalar algunas por las cuales se da la inaplicabilidad del tercer motivo de divorcio. Una de ellas es la dificultad probatoria en ciertos casos, pues su misma naturaleza hace imposible o muy difícil la aportación de pruebas al proceso.

Concretamente, la falta de recursos económicos para divorciarse y, especialmente, para utilizar el tercer motivo de divorcio; la vergüenza social de sacar a la luz los problemas familiares mas íntimos; la lentitud y complejidad que caracteriza este tipo de casos, son los aspectos más importantes a considerar en cuanto a la inaplicabilidad del tercer motivo de divorcio establecido en el numeral 3º Art. 106 CF.

CAPITULO IV

NORMATIVA Y FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS DEL DIVORCIO

4.1 NORMATIVA

El origen del moderno Derecho de Familia en nuestra República surge a nivel Constitucional, en 1950 y se reafirma en la Constitución de 1962, en los Arts. 180 y 179, respectivamente; los cuales literal e igualitariamente establecían:

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

En la Constitución vigente de 1983³¹, se reafirman estos principios, pero también surgen innovaciones en materia de familia; reconociendo que esta es la base fundamental de la sociedad, por lo que el estado debe de dar protección al grupo familiar por mandato constitucional; estando obligado a dictar la legislación necesaria, creando los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges, pero se incluye y reconoce la protección a las

³¹ Constitución Política de El Salvador.

familias formadas en base a uniones de hecho o “no matrimoniales”, incluyendo la igualdad de derechos entre los convivientes y la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del mismo y de los adoptivos, sin distinción alguna; según el Art. 32 Cn.

Nuestra Constitución vigente regula los preceptos en que se basa la normativa familiar, en el Capítulo II “Los Derechos Sociales, Sección Primera, Familia, Arts. del 32 al 36. Estos Artículos constituyen el principal fundamento constitucional sobre el cual, teóricamente, se desarrolla el Marco Jurídico Familiar Salvadoreño.

Asimismo existe un artículo en nuestra Constitución que permite incorporar a la legislación salvadoreña, instrumentos jurídicos de carácter internacional; este es el Art. 144 Cn.; el cual literalmente dice:

“Los Tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con Organismos Internacionales, constituyen Leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo Tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”

Como podemos observar, este artículo pone sobre la legislación secundaria en materia de familia y en todas las áreas, a los instrumentos jurídicos internacionales.

En realidad, han sido precisamente los instrumentos jurídicos internacionales y las corrientes proteccionistas que los ha inspirado, los que han originado tanto las reformas constitucionales como la legislación secundaria; debido a las presiones internacionales, especialmente de la Organización de las Naciones Unidas. Aunque, en teoría, la legislación nacional debe ser el desarrollo de los preceptos constitucionales.

Entre los principales instrumentos jurídicos internacionales relativos a nuestro tema, tenemos:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos³², donde se han incluido los derechos fundamentales del hombre, en base a la dignidad y el valor inherentes a la persona humana; así como en la igualdad de los derechos, sin distinción de raza, sexo, religión, nacionalidad, etc.

En base a esta Declaración, los Estados que forman parte de las Naciones Unidas, se han declarado resueltos a elevar el nivel y la calidad de vida del ser humano, dentro de un concepto más amplio de Libertad; así tenemos que, en el Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se plantea:

“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derechos, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

La familia es el elemento natural y fundamental de la Sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

³² Declaración Universal de los Derechos Humanos

b) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)³³; reconoce que los Derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana; razón por la cual justifican una adecuada protección internacional.

En cuanto a la constitución y protección de la familia, el Art. 6 de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁴, Capítulo I, Derechos, plantea que:

“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y recibir protección para ello.”

c) En la convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)³⁵, en su Art. 17 – Protección a la Familia -, el numeral quinto nos enuncia:

“La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacido dentro del mismo (refiriéndose al matrimonio), como fuera del matrimonio”

En el Art. 19 del mismo instrumento jurídico, denominado – Derechos del Niño -, Se plantea:

“Que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”

³³ Protocolo de San Salvador

³⁴ Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

³⁵ Pacto de San José.

La violencia cometida por o contra alguno de los miembros de la familia, constituye una agresión al derecho a la vida libre, a la integridad física, psíquica, moral y sexual de la persona humana, así como de su dignidad y seguridad; ya que este es un fenómeno social complejo, que ha permanecido oculto, lo que ha permitido la impunidad del infractor y la desprotección de la víctima.

Debido a este fenómeno se promulgó, el 20 de diciembre de 1996, la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar³⁶; la cual, en su Art. 2 plantea los principios rectores de la misma ley; los cuales son:

1. El respeto a la vida, a la dignidad e integridad física, psicológica y sexual de la persona;
2. La igualdad de los derechos del hombre, de la mujer y de los hijos e hijas;
3. El derecho a una vida digna y libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado;
4. La protección de la familia y de cada una de las personas que la constituyen; y
5. Los demás principios contenidos en las convenciones y tratados internacionales, y la legislación familiar vigente.

Así como también, para erradicar las diferentes formas de violencia intrafamiliar, se establecen las medidas de protección en el Art. 7 de la Ley Contra la Violencia Familiar.

³⁶ Ley Contra la Violencia Intrafamiliar

El análisis jurídico sustantivo y procesal en este tema es, prácticamente, el análisis del Código de Familia y de la Ley Procesal de Familia; las cuales constituyen una normativa autónoma que responde a principios distintos a los del Código Civil que incluía esta materia antes de 1994.

Los cinco libros que conforman el Código de Familia establecen el Régimen Jurídico de la Familia, de los menores y de las personas de la tercera edad, y consecuentemente, regula las relaciones de sus miembros, de estos con la Sociedad y con las entidades Estatales³⁷ .

La familia se define como el grupo social permanente constituido en base al matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco, de conformidad al Art. 2 del mismo Código; y el Estado, de conformidad al Art. 3 C.F., esta obligado a proteger a la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico.

Este derecho sustantivo está fundamentado en los denominados principios rectores establecidos en el Art. 4 del mismo Código, los cuales son: La unidad de la Familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas de la tercera edad y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar.

En cuanto a la Ley Procesal de Familia³⁸, lógicamente tiene por objeto hacer efectivos los derechos y deberes regulados en el Código de Familia y otras leyes sobre la materia; incluyendo la Constitución de la República³⁹.

³⁷ Art. 1 Código de Familia.

³⁸ Constitución de la República de El Salvador.

³⁹ Art. 1 Ley Procesal de Familia

El Art. 3 de la Ley Procesal de Familia establece los principios rectores en este campo; los cuales son:

- El proceso se inicia a instancia de parte, salvo las excepciones legales⁴⁰. Las partes podrán ofrecer pruebas, presentar alegatos y disponer de sus derechos, excepto cuando estos fueren irrenunciables;
- Iniciado el proceso, esta será dirigido e impulsado de oficio por el juez, quien evitará toda dilatación o diligencia innecesaria y tomará las medidas pertinentes para impedir su paralización;
- El Juez deberá estar presente en todas las actuaciones y procurará la concentración de las mismas;
- Las Audiencias serán orales y públicas, el Juez de oficio o a instancia de partes, podrá ordenar la reserva de la Audiencia;
- El juez garantizará la igualdad de las partes durante todo el proceso;
- Las partes deberán plantear simultáneamente todos los hechos y alegaciones en que fundamenten sus pretensiones o defensas y las pruebas que pretendan hacer valer;
- El juez deberá resolver exclusivamente los puntos propuestos por las partes y los que por disposición legal correspondan; y
- Los sujetos que actúen en el proceso deberán comportarse con lealtad, probidad y buena fe.

El 20 de septiembre de 1994 se promulga el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia.

⁴⁰ Iniciación Oficiosa del Proceso de Familia. Art. 41 LPrF

El libro primero – Constitución de la Familia -, Título I – El matrimonio -, Capítulo I – Constitución del matrimonio – contiene los Arts. 11 y 12 C.F.; en los cuales se plantea la definición legal de matrimonio y la forma de constitución del mismo, respectivamente; en los siguientes términos:

“CONCEPTO DE MATRIMONIO

Art. 11 – El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida”

“CONSTITUCION DEL MATRIMONIO

Art. 12 – El matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario autorizado, celebrado en la forma y con los demás requisitos establecidos en este Código; se entiende contraído para toda la vida de los contrayentes y surte efectos desde su celebración”.

Como quedó planteado en la parte final del capítulo anterior, doctrinariamente existen dos criterios para determinar un Divorcio:

- A. El criterio de la Culpabilidad; y
- B. El criterio de la discrepancia objetiva.

En el primero se toman en cuenta actos o hechos “Culpables”, que implican una infracción a los deberes que surgen del matrimonio.

En el segundo se consideran los actos o hechos que implicando o no un quebrantamiento a dichos deberes, hacen intolerable la vida en común; produciendo una discrepancia objetiva entre los cónyuges. En este caso no es importante la “Culpabilidad” por las acciones u omisiones que producen la

discrepancia; pero, según las circunstancias de cada caso, si se toma en cuenta el grado de responsabilidad por los mismo, para efectos prácticos de aplicación.

Estos criterios originan dos sistemas:

- El sistema de Divorcio Sanción; y
- El sistema de Divorcio Remedio

En este sentido en el Libro Primero – Constitución de la Familia -, Título Tercero – Nulidad y Disolución del Matrimonio -, Capítulo II – Disolución del Matrimonio -, encontramos los Arts. del 104 al 117 relativos a la disolución del matrimonio.

“El catálogo de hechos constitutivos de causas de divorcio no es arbitrario, sino que obedece a un criterio metódico.

El Código Civil podría decirse, según un criterio ecléctico, pues acogía los dos sistemas: hay causas como el adulterio, el abandono voluntario y de hecho, las graves ofensas, los malos tratamientos de obra, etc. que estaban inspirados en el criterio de culpabilidad; y hay otras como la condena criminal por delito común grave, la ebriedad escandalosa y consuetudinaria, etc. que tiene como base el principio “sine culpa”.

Nuestra legislación, al igual que otras de Latinoamérica acoge actualmente principios del divorcio remedio (Causales 1 y 2 del Art. 106 C.F.).

En el Código de Familia, encontramos una proyección diferente a la legislación anterior, con respecto al tratamiento del divorcio tomando en consideración criterios del divorcio sanción y del divorcio remedio; y se ha

optado por este último, que hace énfasis en la discrepancia objetiva que se produce en la vida de los cónyuges sin importar que los actos o hechos de los cuales se originan, impliquen o no incumplimiento de los deberes que genera la comunidad de vida en el matrimonio.

No se parte ya del hecho de encontrar un culpable, sino de valorar si la vida en común es tolerable o no, si el matrimonio de hecho está destruido o no. Con base en este criterio, se han establecido en el Art. 106 del C. F. Las causales de divorcio y se establece que podrá decretarse:

1. Por mutuo consentimiento de los cónyuges;
2. Por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos;
y,
3. Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges. Se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave o semejante.

La Comisión Redactora del Anteproyecto del Código de Familia ha señalado “Como puede apreciarse, el anteproyecto, se aparta del criterio de culpabilidad y enfoca el divorcio objetivamente, tomándolo como un remedio que pone fin jurídicamente a un matrimonio que en el hecho está destruido, y sin entrar en el porque del fracaso conyugal ni a quien de los cónyuges le es imputable; para decirlo con otras palabras, lo toma como un divorcio aséptico e inculpable.

La finalidad alcanzada por la legislación familiar al respecto, es encomiable, ya que se parte de una realidad actualizada, que aunque no se fundamenta en el perdón, ni en la culpa, con relación al divorcio, el basamento jurídico del mismo, obedece a criterios que se adaptan de una manera más eficaz y

objetiva al tratar los hechos que se generan con relación a esta forma de disolución del matrimonio.

No obstante que el criterio del divorcio remedio es acogido, se dispone en el inciso último del Art. 106 antes relacionado, que la acción de divorcio por el motivo previsto en el ordinal tercero de dicho artículo, corresponde únicamente al cónyuge que no ha participado en los actos o hechos , que dan origen a dicho motivo.

Esto podría dar lugar a pensar que hay cierta contradicción o incongruencia con relación al criterio adoptado; pero el contraste es aparente, “puesto que no es lo mismo, que en el divorcio que se decreta no se busque un culpable, a negar la legitimación al cónyuge culpable de los actos o hechos, que originaron la situación constitutiva del motivo de divorcio.

Son dos casos diferentes, sin embargo podría creerse que para ser consecuentes con el criterio adoptado, lo lógico hubiera sido que en todo caso la acción de divorcio la pudiera intentar cualquiera de los cónyuges; pero se estimó que no era ético ni conveniente concederle al culpable la legitimación activa, sobre todo que entre culpabilidad y falta de legitimación no puede haber contradicción alguna por tratarse de categorías jurídicas de naturaleza distinta.

4.2 CAUSALES DE DIVORCIO EN EL CÓDIGO DE FAMILIA

1. Divorcio por mutuo consentimiento

Se considera por la mayoría de autores que el divorcio por mutuo consentimiento es aquel en el cual “se pretende que las parejas cuyo

matrimonio ha fracasado no tengan que recurrir a procedimientos y pruebas simuladas para obtener el divorcio.

2. Divorcio contencioso

El divorcio contencioso es “la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causas expresamente señalada en la ley.

Tenemos que analizar entonces el divorcio contencioso, como un acto jurisdiccional que se alcanza a través de una sentencia.

El juicio de divorcio implica una controversia, que se tramita según las regulaciones establecidas en la normativa vigente. El divorcio contencioso ofrece en el nuevo ordenamiento de familia una nueva imagen que esta basada en la teoría del divorcio remedio que trata de poner fin a una relación conyugal insostenible y que evidencia al resquebrajamiento de la unión matrimonial; en todo caso se convierte en la liquidación total del vínculo matrimonial.

a) Separación de los cónyuges durante uno o mas años consecutivos;

En similares circunstancias las separaciones de hecho, por uno o más años consecutivos, tienden a incrementarse; por una parte hombres y mujeres optan por vivir en unión libre y por la otra, los esposos optan por vivir separadamente, sin que haya sido pronunciado el divorcio. Las circunstancias de esta situación, son diversas; a veces las conveniencias, los escrúpulos morales o la esperanza de una reanudación a futuro de la vida en común con otra persona, el temor a los costos del proceso, y las complicaciones de estos procesos. La mayoría de las veces, son el prelude de la acción judicial de divorcio por esta causal.

Con frecuencia la separación, es el resultado del hecho de que uno de los esposos se marcha, deja el domicilio común abandonando, a su cónyuge y eventualmente a los hijos. Este abandono contra la voluntad del otro esposo, constituye indiscutiblemente una violación al derecho-deber de cohabitación que el esposo(a) abandonado puede alegar en apoyo de la petición de divorcio por esta causal.

b) Por ser intolerable la vida en común

Esta tercera causal de divorcio que señala el Art. 106 del C. F., reúne la mayoría de los presupuestos que contenía el Art. 145 del C. C. (derogado) que regulaba taxativamente las causales de divorcio.

En el Código de Familia el Legislador, ha tratado de unificarlas en una sola causal con la finalidad de no legislar con el criterio del divorcio-sanción que era la tesis que aceptaba el Código Civil, sino que con la nueva proyección del divorcio-remedio que es la filosofía que sigue la legislación familiar actual.

Tenemos de esta manera, que “este motivo de divorcio deja al juzgador la latitud suficiente para comprobar en cada caso si existe la discrepancia objetiva que justifica la ruptura del vínculo, pero no se ha querido proporcionarle una discrecionalidad tan amplia, que le permita distorsionar el criterio por exceso o por defecto y por ello se añade que se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave y reiterado de los deberes matrimoniales, mala conducta notoria de uno de los cónyuges o cualquier otro hecho grave o semejante”.

Con relación a la perentoriedad, en el código de familia solamente es perentorio la separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos, la vida matrimonial intolerable carece del carácter de perentoriedad, pues es el

juez, con su criterio, quien valora los hechos probados para tener por establecido la situación de hecho que da lugar al divorcio.

Hay que diferenciar las causales enumeradas tradicionalmente denominadas, causas subjetivas de divorcio o causas culpables, es decir, imputables a título de dolo o de culpa a cualquiera de los cónyuges; por las enumeradas en el Código de Familia, que toma en cuenta el criterio jurídico del divorcio remedio.

A pesar de la subjetividad que puede presentarse con esta causal que estudiamos que engloba una serie de factores negativos como el incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave o semejante, debe partir del criterio, que ese tipo de incumplimiento o mala conducta sean continuas y que pongan en peligro la vida común de los cónyuges.

En resumen, diremos que se hace intolerable la vida en común, cuando la imposibilidad de continuar conviviendo se hace presente, por diversas razones que van desde la violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones derivados del matrimonio como las relaciones extramatrimoniales, malos tratos en el hogar faltando al deber de respeto y consideración, como el hecho de realizarse el coito entre los cónyuges, sin la voluntad de uno de ellos, mediando la violencia física y verbal, podemos señalar también casos de violencia doméstica que tanto daño ocasionan a las relaciones de pareja, y que han motivado una variedad de problemas que van desde el aspecto legal hasta el psicológico-social; ya que ponen en peligro la salud, la integridad corporal o la vida incluso de los cónyuges, lo que hace imposible la concordia y el sosiego doméstico. El incumplimiento de las obligaciones inherentes al matrimonio, a la paternidad y al maternidad debe ser grave e injustificado, violando de una

manera determinante las obligaciones mas elementales derivadas del matrimonio, conducta delictual de uno de los cónyuges contra el otro y con relación a los hijos.⁴¹

El Art. 104 C.F. establece las causas de disolución del matrimonio en los siguientes términos:

“CAUSAS DE DISOLUCION”

Art. 104 – El matrimonio se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Expresamente se plantea la posibilidad de que el matrimonio se disuelva por la muerte real o presunta, previo trámite legal correspondiente, de uno de los cónyuges; pero también por la disolución del vínculo matrimonial decretada por el Juez, denominada divorcio, según el Art. 105 C.F

En este punto es necesario y oportuno plantear los tres motivos de divorcio que reconoce nuestro Código de Familia; así:

4.3 MOTIVOS DE DIVORCIO

Art. 106 – El divorcio podrá decretarse:

- 1) Por mutuo consentimiento de los Cónyuges
- 2) Por separación de los cónyuges durante uno o mas años consecutivos; y
- 3) Por ser intolerable la Vida en común entre los Cónyuges. Se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento

⁴¹ Calderón de Buitrago, Anita y otros, Manual de Derecho de Familia, 3° edición, 1996. El Salvador, C. A. Pág. De 378-407.

grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave o semejante.

En el caso del ordinal anterior, el Divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originare el motivo”.

El Art. 111 C.F. nos plantea aspectos generales relativos al divorcio contencioso y, en su inciso final establece una regla especial en caso de que el divorcio se decrete por el motivo tercero del Art. 106; en los siguientes términos:

“Si el divorcio se decretare por el motivo tercero del Art. 106 y los hechos que hicieron intolerable la vida en común entre los cónyuges, constituyeren causa de pérdida o suspensión de la autoridad parental, en la sentencia de divorcio el Juez decretará dicha pérdida o suspensión”.

Aunque nuestro Código de Familia toma partido, como ya dijimos, por el sistema del denominado Divorcio Remedio, puesto que hace énfasis en la discrepancia objetiva que se produce en la vida de los cónyuges, sin importar que los actos o hechos que la originen sean responsabilidad de uno o ambos; en el tercer motivo de divorcio planteado por el mismo, encontramos ciertos elementos especiales.

Efectivamente, en el inciso último del Art. 106 del referido Código, se plantea que en el caso del Divorcio por el tercer motivo expuesto en el mismo artículo, corresponde únicamente al cónyuge que no ha participado en los actos o hechos que dan origen a dicho motivo, la potestad de entablar una demanda de divorcio en este caso.

Lo que podría parecer una contradicción, en esencia no lo es; puesto que no es que en el Divorcio que se decreta se busque a un culpable; sino que, se pretende negar la posibilidad al cónyuge responsable (“Culpable”) de que sea el quién solicita el divorcio, siendo quién realizó los actos o hechos que originaron la situación constitutiva del motivo de divorcio.

Así mismo, es necesario reiterar que aunque la separación o falta de convivencia física de los cónyuges, sin que medie un acuerdo entre ellos, constituye una infracción a uno de los deberes matrimoniales, no era necesario pero si conveniente, regular dicha circunstancia en el ordinal segundo del Art. 106 C.F.; aunque estaría incluida en la primera circunstancia del tercer motivo.

Si bien es cierto, con la separación efectivamente se incumple el deber de convivencia, la situaciones que origina es diferente; en términos generales y abstractos, la separación no vuelve intolerable la vida en común entre los casados, sino que la imposibilita.

Como ya dijimos, en la Práctica Judicial Salvadoreña, la separación de los cónyuges durante uno o mas años consecutivos, constituye el motivo usualmente invocado para pedir el divorcio; aunque es difícil por no decir imposible establecer en la realidad, cuantas de estas separaciones encubren una situación que se prefiere no hacer pública o, simplemente, disfrazan un mutuo consentimiento no declarado, para evadir un trámite más complicado.

El que el divorcio por Mutuo Consentimiento propicia la disolución de la Familia, es un argumento simplista que carece de solidez; ya que no es el divorcio en si lo que disuelve a la familia, sino los conflictos internos surgidos en el seno familiar. El divorcio únicamente constituye el punto final de la relación jurídica y el vínculo establecido con el matrimonio.

En la realidad, son las desavenencias entre los cónyuges las que vuelven intolerable la comunidad de vida plena y permanente que debe caracterizar la unión matrimonial; por lo que los cónyuges, desean ocultar las verdaderas causas de su separación por razones de conveniencia moral o social, utilizan el divorcio por mutuo consentimiento o por simple separación como motivo de divorcio.

Efectivamente, existen casos en que los cónyuges por evitar el escándalo, la deshonra o la vergüenza de uno de ellos o de ambos, sobre todo en los matrimonios que tiene hijos, realizan sus trámites de divorcio sin necesidad de dar a conocer las verdaderas causas de la desavenencia conyugal; lo cual no es negativo en si mismo, a menos que esta situación permita que a una de las partes le sean violentados o disminuidos sus derechos.

Esto es principalmente injusto en dos sentidos, tanto cuando el cónyuge “Inocente” se aprovecha injustamente de las debilidades o problemas del cónyuge “Culpable”, como cuando el cónyuge “Culpable” presiona al “Inocente” utilizando a los hijos o la propia vergüenza que acarrearía al “Inocente”, el sacar a la luz ciertas situaciones íntimas de la pareja, con lo cual se vulnerarían doblemente los derechos del que poca o ninguna responsabilidad tienen la situación; última situación que es más común que la primeramente planteada.

No es que estemos en desacuerdo con que, en el caso de dos personas maduras que se respetan y no se están aprovechando una de la otra se pueda plantear un divorcio sin aludir a las verdaderas causas de separación de la pareja; sino que, lo incorrecto, es que como resultado de una situación negativa, uno de los cónyuges se aproveche en detrimento del otro y logre un beneficio injusto como resultado de la separación.

Suele suceder que la verdadera razón del divorcio sea un secreto de familia que no se desea divulgar, ya que acarrearía el deshonor la ruina o desgracia de un cónyuge, de ambos, de los hijos e inclusive de terceras personas; o que la separación sea motivada por enfermedades o vicios vergonzosos; pero también podría darse el caso de que la vida en común se haya hecho imposible o intolerable, simplemente por la falta de amor, aborrecimiento o repulsión de uno de los cónyuges hacia el otro.

No debemos dejar de tomar en cuenta que el tercer motivo de divorcio establecido en el Art. 106 es el único que, en forma indirecta, plantea algún grado de responsabilidad y "Culpabilidad" para uno de los cónyuges; y, por ende, es en el que se puede apreciar una verdadera contención.

CAPITULO V

ANALISIS DE ENCUESTAS

La Constitución define a la familia como base fundamental de la sociedad, y al matrimonio como fundamento de la familia. El Estado tiene la obligación de fomentar el matrimonio. Se reconoce la igualdad entre los cónyuges al establecer que el matrimonio “descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges”.

El Código de Familia, aprobado en 1993, desarrolló el principio de igualdad en la legislación secundaria al derogar algunas normas discriminatorias contra las mujeres, en especial contra aquellas que vivían en unión marital. El Código de Familia define el matrimonio como la unión legal de un hombre y una mujer que se unen en “permanente comunidad de vida”.

En concordancia con la Constitución, el Código de Familia establece la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges: vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia, tratarse con respeto, tolerancia, consideración.

Los cónyuges deben decidir de común acuerdo todos los asuntos domésticos. Ambos aportan a la familia en proporción a sus recursos económicos; si uno de los cónyuges no tiene bienes, el trabajo del hogar o cuidado de los hijos es considerado un aporte igual al del otro cónyuge.

Ninguno de los cónyuges puede limitar el derecho del otro a emprender actividad económica lícita, estudiar o perfeccionar sus conocimientos. Además,

los cónyuges deben prestarse cooperación y ayuda mutua, y el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos es responsabilidad de ambos.

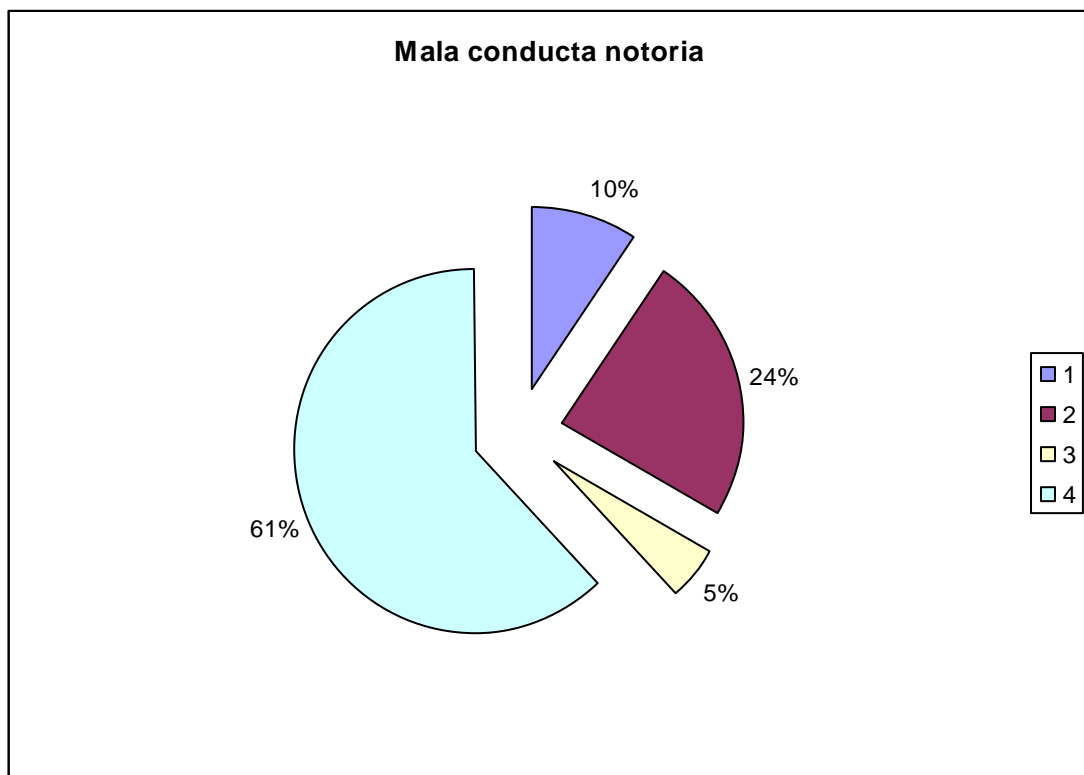
Un diagnóstico sobre el artículo 106 inciso tercero parte final implica, de entrada, la necesidad de precisar a que se refiere el legislador al decir que el divorcio podrá decretarse por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges y al decir que este podrá decretarse por cualquier otro hecho grave o semejante.

Según el personal encuestado, entre los que se encuentran colaboradores jurídicos del 1°, 2°, 3° de Familia de San Salvador, Abogados Particulares especializados en el área de familia y estudiantes de Ciencias Jurídicas de esta Universidad, cada uno dio a conocer a groso modo su punto de vista al respecto del artículo 106 numeral 3° parte final del Código de Familia y por ende del divorcio.

Se plantean únicamente diez preguntas que se entiende cubren los aspectos más significativos de las dudas más comunes que surgen en la aplicación del artículo 106 numeral 3° parte final del Código de Familia, teniendo en cuenta que un número excesivo de ellas predispondría a los encuestados a rechazar la encuesta o a responder sin una mínima reflexión.

Por otra parte complicaría la evaluación y análisis. Sin embargo la Encuesta resulta ser interesante e iluminadora, en algunos aspectos, por lo tanto es relevante conocerla y revisarla detenidamente, aunque en algunas de las preguntas que se verá a continuación se podrá observar que al momento de comparar, los resultados arrojados por la encuesta se contradicen.

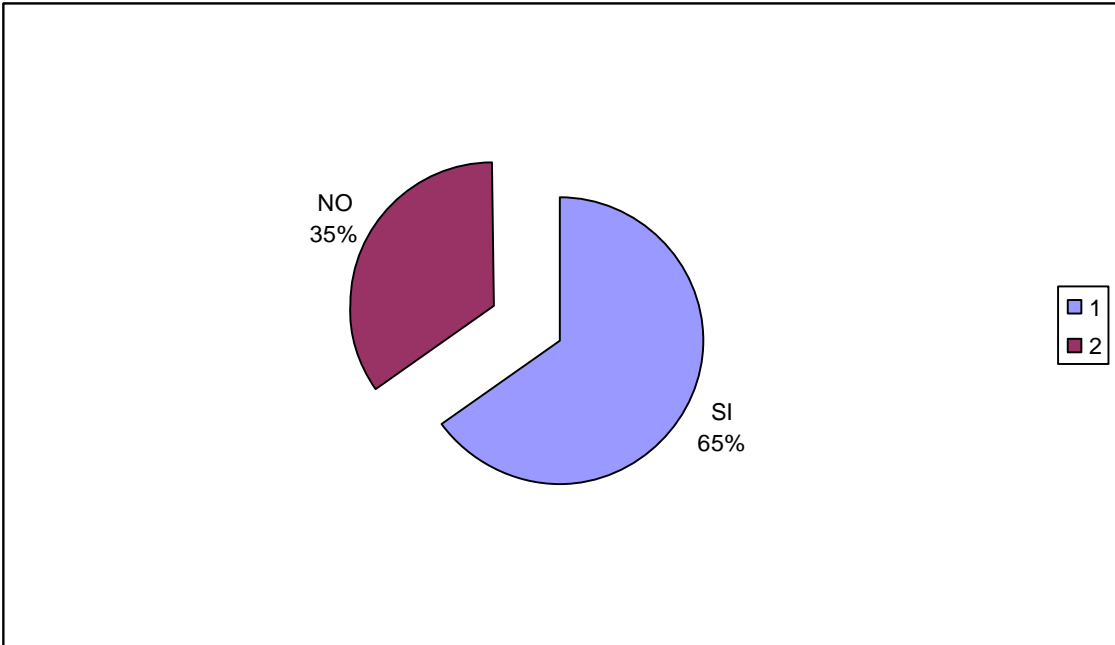
- Que se entiende por mala conducta notoria, hecho grave o semejante?
 1. Estado de ebriedad consuetudinaria de cualquiera de los cónyuges.
 2. Graves ofensas o frecuentes malos tratamientos físicos y psicológicos.
 3. Cometimiento de algún delito contra alguno de los cónyuges.
 4. Todas las anteriores.



Como se puede observar en este gráfico la mayoría de la población encuestada entiende por mala conducta notoria estado de ebriedad consuetudinaria de cualquiera de los cónyuges, graves ofensas o frecuentes malos tratamientos físicos y psicológicos y cometimiento de algún delito contra alguno de los cónyuges; esto significa que en realidad la mayoría de la población enmarca cualquier comportamiento inadecuado por alguna de las

partes dentro de la mala conducta notoria que se encuentra tipificada en el artículo 106 numeral 3° parte final del Código de Familia, dejando como letra muerta la parte del inciso que dice: **cualquier otro hecho grave o semejante**, ya que cualquier conducta negativa estará en mala conducta notoria.

- Considera que el Legislador resumió las causales establecidas en el C.C. en el numeral 3° parte final del artículo 106 C.F.?



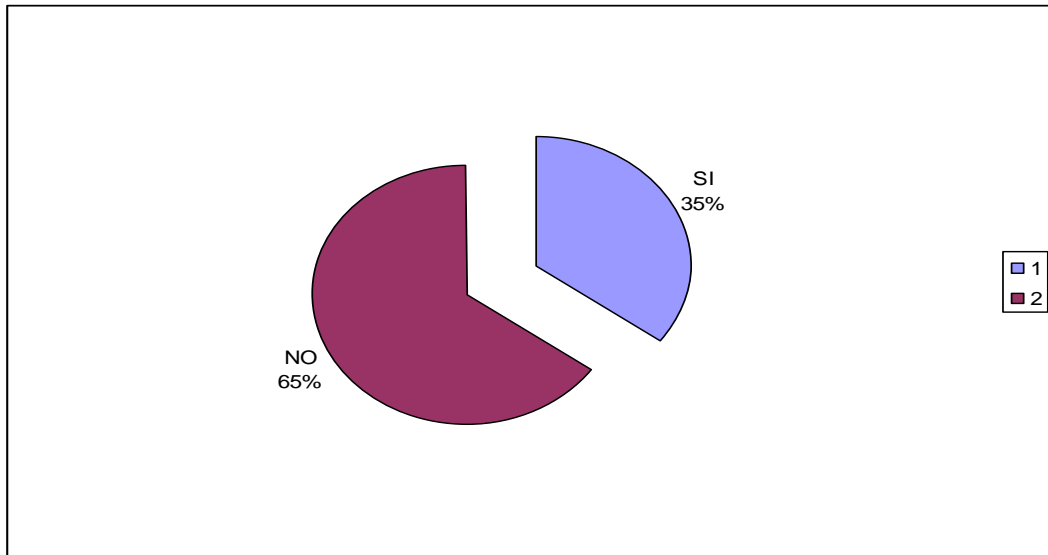
En este caso la mayoría dice que el Legislador resumió las causales establecidas por el Código Civil en el numeral 3º parte final del artículo 106 C.F. las cuales eran:

“la ley reconoce como causal de divorcio”:

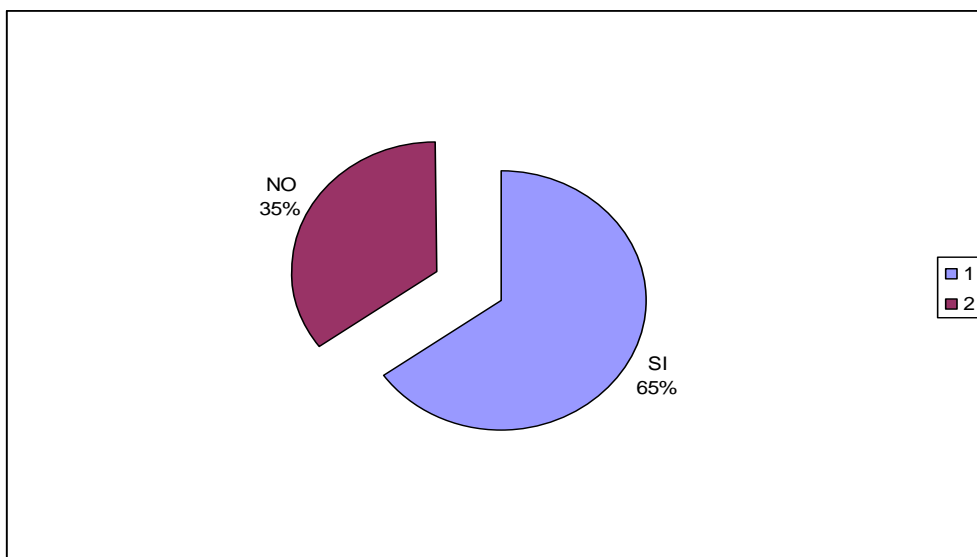
- 1) La preñez de la mujer por consecuencias de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio, ignoradas por el marido;
- 2) El adulterio de la mujer;
- 3) El adulterio del marido con escándalo público o con abandono de la mujer;
- 4) Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro;
- 5) Graves ofensas o frecuentes malos tratamientos de obra;
- 6) Ebriedad escandalosa y consuetudinaria de cualquiera de los cónyuges;
- 7) Abandono voluntario y de hecho que uno de los esposos haga del otro por espacio de seis meses;
- 8) El haber sido condenado cualquiera de los cónyuges, por delito común a la pena del presidio u otra más grave;
- 9) Tentativa de uno de los cónyuges para corromper a sus hijos, o complicidad en la corrupción de estos, o tentativa del marido para corromper a su mujer;
- 10) La separación absoluta de los cónyuges durante uno o mas años consecutivos, pudiendo, en este caso pedir el divorcio cualquiera de ellos. (Este último numeral esta comprendido en la causal segunda de divorcio del artículo 106 CF.)

Como podemos observar, evidentemente el legislador prácticamente resumió el artículo 145 del Código Civil en la causal tercera de divorcio del CF, más sin embargo agregó cualquier otro hecho grave o semejante dejando a la interpretación de cada quien.

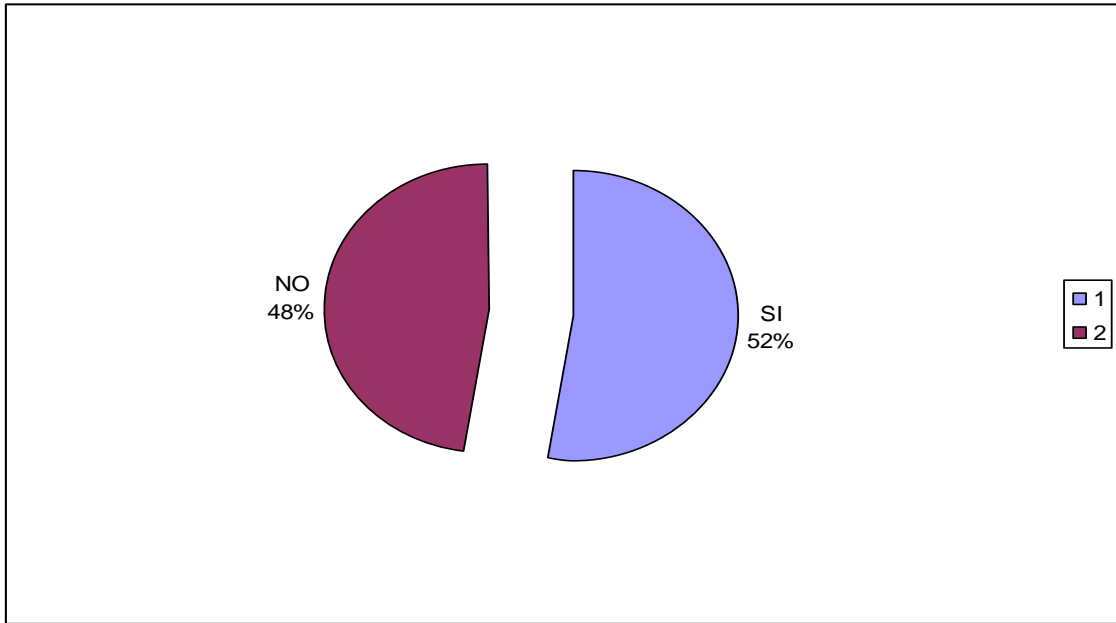
- Considera que la aplicación de este numeral crea incertidumbre en los aplicadores del Derecho al momento de emitir su fallo?



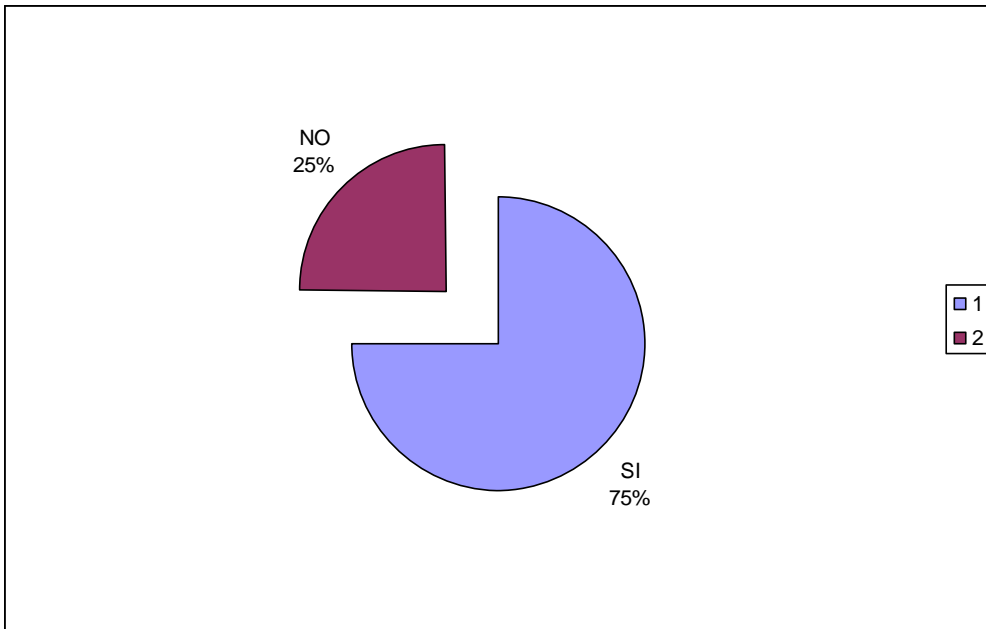
- Cree que existe un vacío de ley en el motivo 3º parte final del código de familia?



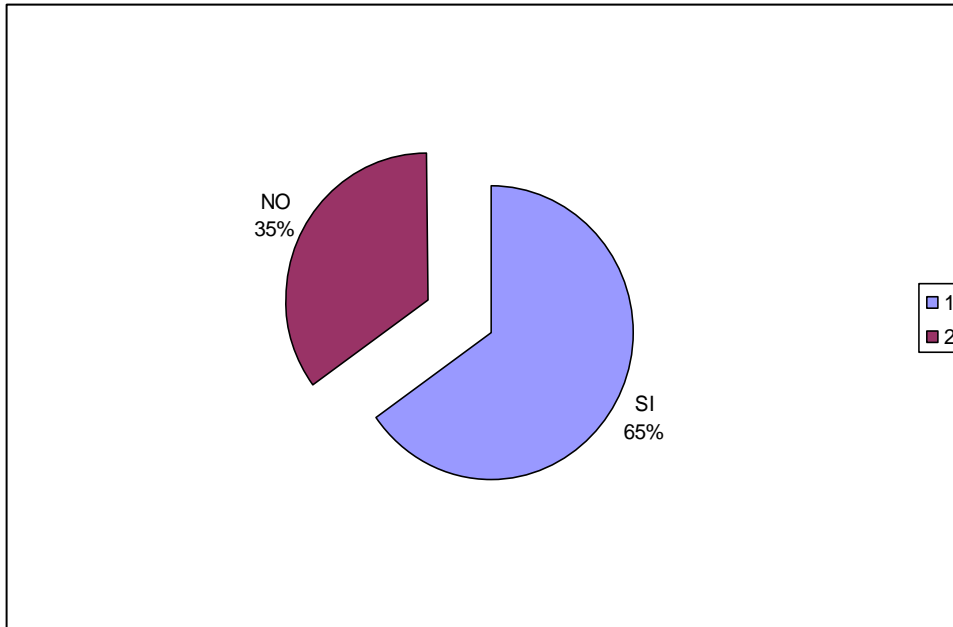
- Considera que el Legislador debiera reformar este numeral para no aplicar erróneamente la Ley?



- Considera que existe la necesidad de unificar criterios para una aplicación eficaz de este motivo?

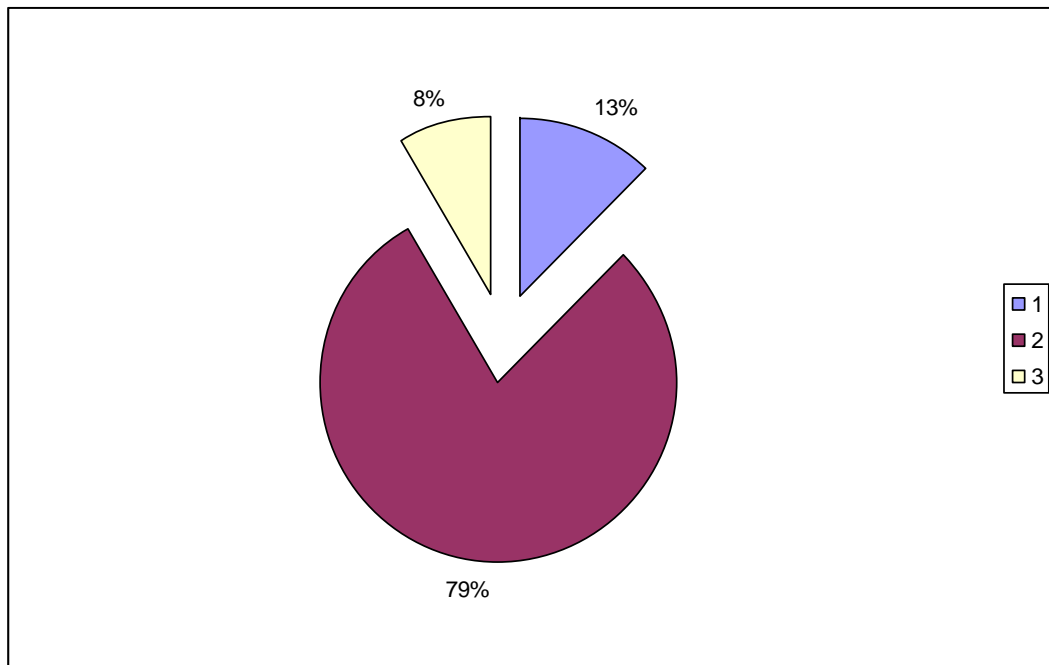


- Considera que el Legislador debió ser mas preciso y especificar las causas por las que procede dicho motivo?



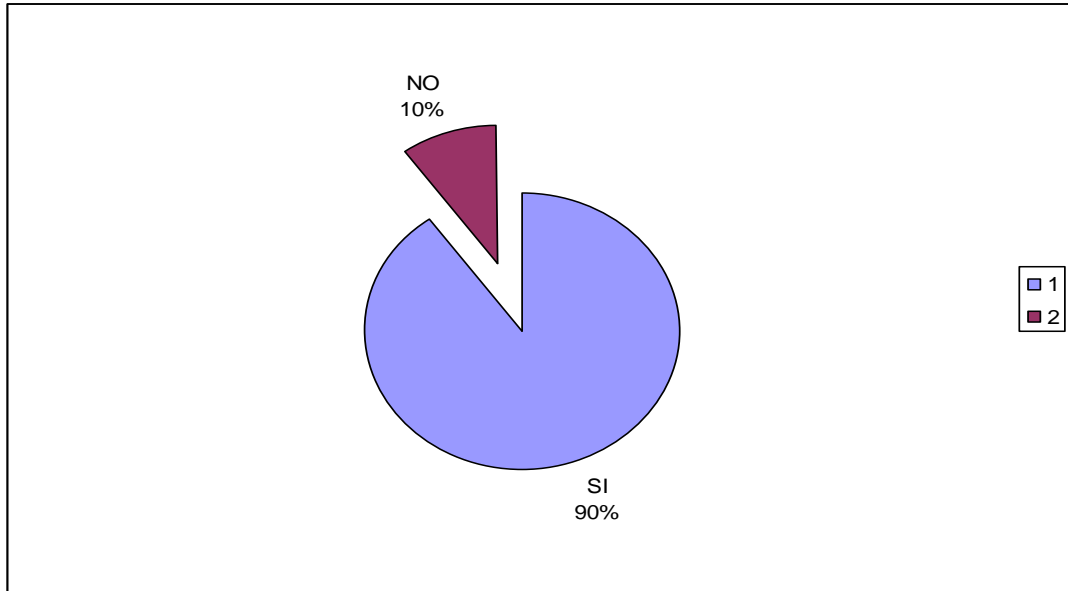
Si se observa detenidamente las anteriores cuatro gráficas se puede deducir que existe una gran contradicción en los datos arrojados ya que dice que el vacío que existe en la causal tercera en la parte final **no** genera incertidumbre al momento de emitir el fallo pero que **si** debería haber unificación de criterios para la aplicación eficaz de este motivo, que **si** existe un vacío de ley en la parte final de este numeral y que **si** debería ser reformado, entonces a la conclusión que se llega es que si hay evidentemente un vacío de ley al dejar al decir **otros hechos graves o semejantes** y en la última gráfica se reafirma que el legislador debió ser más preciso y especificar las causas por las que procede dicho motivo.

- Cuál cree que sea la razón por la que no se demanda por este motivo?
 1. Por razones económicas.
 2. Por no dar a conocer situaciones privadas de los cónyuges y que atentan contra su dignidad.
 3. Por ser un trámite demasiado engorroso.

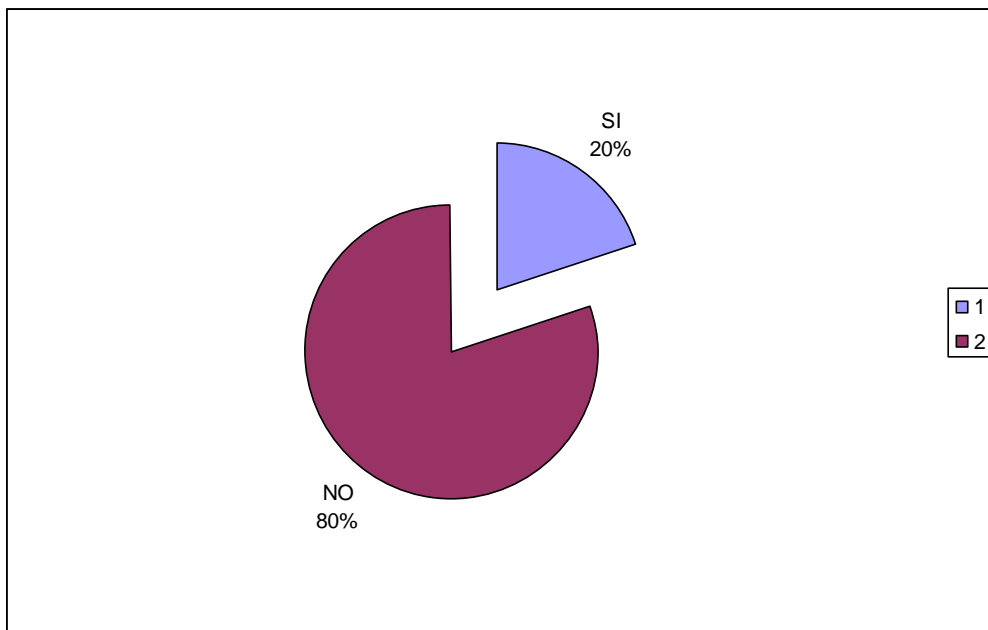


Y al final esta causal no se usa en realidad en el sentido que debería de ser, sino que la usan como un escape para poder mantener las apariencias ante la sociedad y consiguiendo una justicia parcial ya que el trasfondo de la causa de separación nunca se sabe a ciencia cierta.

- Cree usted que existen parámetros a valorar por el Juez al momento de aplicar este motivo?



- Sabe usted si la sala se ha pronunciado al respecto?



Estas últimas dos gráficas explican que a pesar de “supuestamente” haber parámetros para interpretar por el Juez esta causal, realmente se desconoce si hay un fallo emitido por la Sala o por la Cámara al respecto.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente capítulo significa la culminación del proceso de nuestra investigación en relación al tema: **“Disolución del vínculo matrimonial por la causal tercera parte final del artículo 106 Código de Familia”**, y por lo tanto resumimos el esfuerzo de nuestra investigación tanto metodológica, doctrinaria y jurídica para dar paso a las conclusiones y recomendaciones que como grupo podemos determinar. Dicho proceso consideramos que hemos concluido con éxito; ya que la hipótesis y sus variables se lograron comprobar; ello con la metodología utilizada en el proceso; tal y como se abordó en el capítulo anterior, por lo que con tal comprobación, en este capítulo podemos hacer las conclusiones y recomendaciones siguientes:

6.1 CONCLUSIONES

1. Los factores que generan la mala aplicación del artículo 106 parte final del Código de Familia son: la falta de antecedentes doctrinarios y jurídicos que permitan a los aplicadores del derecho una aplicación correcta de dicho motivo; porque los cónyuges no están interesados en sacar a la luz cuestiones íntimas de su vida privada; por no hacer más largo y engorroso el proceso que culminará siempre con una sentencia de divorcio; pero sobre todo la causa principal de mora judicial es la poca importancia que el legislador ha mostrado al no reformar este motivo de

disolución especificando que se debe entender por mala conducta de uno de los cónyuges o cualquier otro hecho grave o semejante.

2. Se puede concluir también que el motivo tercero parte final del Art. 106 C. F. el legislador resumió las 10 causales que el Código Civil contemplaba en su Art. 145, que en la redacción de dicho motivo el legislador creo un vacío de ley al no especificar que se deberá entender por “mala conducta notoria, cualquier otro hecho grave o semejante”, pero que sin embargo se considera que ello no genera incertidumbre a los jueces de familia al momento de aplicar la norma, no obstante se estableció que existe la necesidad de reformar dicho numeral y de unificar criterios que le sirvan de base a los jueces para evitar una aplicación errónea del mismo.

3. Además, se puede concluir que especificar las causas por las que procede este motivo es necesario ya que de lo contrario se podría solicitar el divorcio por cualquier causa que posiblemente no se enmarcaría dentro de este numeral.

4. Así mismo se logró determinar que este motivo no se aplica en el sentido que la ley establece, ya que los cónyuges por lo general lo invocan para no dar a conocer situaciones de su vida íntima.

5. En el terreno procesal y procedimental, se deben crear mecanismos necesarios que faciliten y aseguren una aplicación eficaz de la ley.

La síntesis de las conclusiones, ha de tomarse en un entendido alegato en pro de lograr una aplicación correcta y efectiva del motivo tercero parte final del artículo 106 Código de Familia, que sirva de incentivo a generar un cambio en nuestra legislación.

6.2 RECOMENDACIONES

Después de haberse realizado un proceso de investigación minucioso y objetivo; se han encontrado grandes vacíos que imposibilitan la efectiva aplicación del motivo tercero del artículo 106 parte final del Código de Familia, por lo cual se considera conveniente recomendar:

1. Al legislador, que tome cartas en el asunto reformando dicho numeral en el sentido de colaborar con una aplicación eficaz de la ley, estableciendo parámetros y/o criterios específicos que proporcionen a los jueces de familia una visión más amplia al momento de aplicar este motivo, logrando que tal normativa cumpla con la finalidad para la cual fue creada que es la protección del núcleo familiar a través del matrimonio que es la institución jurídica que le da legalidad a la familia.
2. A los expertos en el área de familia, unificar criterios acerca de la necesidad que existe en cuanto a determinar que es lo que los jueces deben entender por “mala conducta notoria, cualquier otro hecho grave o semejante”, ya que la falta de dichos criterios ocasiona una aplicación errónea de dicho numeral.

3. Realizar capacitaciones constantes tanto a magistrados, jueces, colaboradores jurídicos que laboran en el área de familia para que permita el buen entendimiento y por tanto la correcta aplicación de dicho numeral para lograr así que no se llegue a una mora judicial como se dijo con anterioridad.
4. Que los jueces de familia hagan una valoración apegada a derecho cuando reciban una demanda de esta naturaleza, evitando que proceda por un motivo o causa que conforme a la doctrina y jurisprudencia, no se podría considerar como “mala conducta notoria, cualquier otro hecho grave o semejante.
5. A las Asociaciones de Abogados, Centros de estudios jurídicos, así como también, a los jueces como directores del proceso y representantes de la Administración de Justicia en su rol de cumplimiento efectivo de la pronta justicia, con el fin de obtener una verdadera aplicación del proceso de familia, se recomienda que se establezcan las herramientas necesarias que garanticen su cumplimiento; además de que exista algún seguimiento o monitoreo de su aplicación por parte de instituciones vinculadas a la comunidad jurídica nacional.
6. Al Órgano Jurisdiccional e instituciones de Estudios Jurídicos poner mayor énfasis en los estudios e informes judiciales del ramo y revisar objetiva y constantemente el comportamiento jurídico de los procesos de familia con el objeto de generar entre la población confianza en el sistema judicial.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AMEZQUITA DE ALMEIDA, JOSEFINA. **“Lecciones de Derecho de Familia”**. Ed. Temis. Bogota, Colombia. 1980.

BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR. **“Manual de Derecho de Familia Tomo II”**. Ediciones Desalma. Buenos Aires, Argentina. 1990.

BOSSER, GUSTAVO A., ZANNONI, Eduardo. A. **“Manual de Derecho de Familia”**. Buenos Aires, Argentina. 2004.

CHÁVEZ ASCENCIO, MANUEL F. **“La Familia en el Derecho; Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Conyugales”**. Cáp. XV. Ed. Porrúa, México. 1990.

CLÉRIGO, LUIS FERNANDO. **“Derecho de Familia en la Legislación Comparada”**. Ed. Hispano-americana. Buenos Aires, Argentina. 1947.

DIEZ PICASO, LUIS. **“Familia y Derechos”**. Cáp. IV. Ed. Civitas. Madrid, España. 1984.

GÓMEZ PIEDRAHITA, HERNÁN. **“Disolución del Matrimonio Civil y católico”**. Ed. Librería Jurídica Welches. Santa Fe de Bogota, Colombia. 1993.

GÓMEZ PIEDRAHITA, HERNÁN. **“Introducción al Derecho de Familia”**. Cáp. XVI. Ed. Librería Profesional. Bogota, Colombia. 1992.

JUNCO GÓMEZ, SIXTO TIRSO. **“Derecho de Familia y del Niño”**. Ed. Universitaria Santo Tomás. Cáp. IV. Bogota, Colombia. 1986.

LINDO, HUGO. **“El Divorcio en El Salvador”**. San Salvador. Jurisprudencia 2ª Ed. Universitaria 1956.

MEZA BARROS, RAMÓN. **“Manual de Derecho de Familia”**. Tomo I Cáp. V, Ediciones Jurídicas de Chile, Santiago de Chile. 1975.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. **“Derecho de Familia”**. Cáp. XIX Ed. Wilches, Bogota, Colombia 1982.

MONTERO DUHALT, SARA. **“Derecho de Familia”**. Ed. Porrúa, S. A. México D. F. 1985.

RODRÍGUEZ RUIZ, NAPOLEÓN. **“Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas”**. Tomo II. Ed. Universitaria 2ª Ed. 1959.

TORRES RIVERO, ARTURO LUIS. **“Derecho de Familia Parte General”**. Ed. Escolar, Caracas, Venezuela. 1967.

DICCIONARIOS

CABANELAS, GUILLERMO. **“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”**. Edición año 2000, Editorial Heliasta.

OSORIO, MAMUEL. “**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**”. Edición Año 2000. Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanelas de las Cuevas.

TESIS

CEA AGUILAR, SILVIA ROSARIO. “**Causas de inaplicabilidad de la intolerancia entre los cónyuges**”. Universidad de El Salvador. El Salvador 1999.

LARA REYES, OSCAR ALBERTO. “**Las causales del divorcio frente a la transición socio-económica**”. Universidad de El Salvador. El Salvador 1995.

LEGISLACION

Constitución de la República de El Salvador. D. C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D. O. No 234, Tomo No 281, del 16 de diciembre de 1983.

Código de Familia de la República de El Salvador. D. L. No. 677 del 11 de octubre de 1993, D. O. No 231, Tomo 321 publicado el 13 de diciembre de 1993.

Ley Procesal de Familia de la República de El Salvador. Publicado en el Diario Oficial No. 173, Tomo 324, de fecha 20 de septiembre de 1994.

Ley Contra la Violencia Intrafamiliar. D. L. No. 902, del 28 de noviembre de 1996. Publicado en el D. O. No. 241, tomo 333, del 20 de diciembre de 1996.

Pacto de San José. Entrada en Vigor el 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones). Serie sobre Tratados OEA N° 36 – Registro ONU 27/08/1979 N° 17955.

Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, (Bogotá, Colombia, 1948)

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

ANEXOS

ENCUESTA

1- QUE SE DEBE ENTENDER POR MALA CONDUCTA NOTORIA, HECHO GRAVE O SEMEJANTE.

A) ESTADO DE EBRIEDAD CONSUECUDINARIA DE CUALQUIERA DE LOS CÓNUGES.

B) GRAVES OFENSAS O FRECUENTES MALOS TRATAMIENTOS FÍSICOS Y PSICOLÓGICOS.

C) COMETIMIENTO DE ALGÚN DELITO CONTRA ALGUNO DE LOS CÓNUGES.

D) TODAS LAS ANTERIORES.

2- CONSIDERA QUE EL LEGISLADOR RESUMIÓ LAS CAUSALES ESTABLECIDAS EN EL C.C., EN EL NUMERAL 3o PARTE FINAL DEL ARTICULO 106 DEL C.F.

SÍ-----

NO-----

3- CREE QUE EXISTE UN VACÍO DE LEY EN EL MOTIVO 3º PARTE FINAL DEL CÓDIGO DE FAMILIA.

SÍ-----

NO-----

4- CUAL CREE QUE SEA LA RAZÓN POR LA QUE NO SE DEMANDA POR ESTE MOTIVO.

A) POR RAZONES ECONÓMICAS

B) POR NO DAR A CONOCER SITUACIONES PRIVADAS DE LOS CÓNYUGES Y QUE ATENTAN CONTRA SU DIGNIDAD.

C) POR SER UN TRAMITE DEMASIADO ENGORROSO.

5- CONSIDERA QUE EL LEGISLADOR DEBIÓ SER MAS PRECISO Y ESPECIFICAR LAS CAUSAS POR LAS QUE PROCEDE DICHO MOTIVO.

SÍ-----

NO-----

6- CREE USTED QUE EXISTEN PARÁMETROS A VALORAR POR EL JUEZ AL MOMENTO DE APLICAR ESTE MOTIVO.

SÍ-----

NO-----

7- SABE USTED SI LA SALA SE HA PRONUNCIADO AL RESPECTO.

SÍ-----

NO-----

8- CONSIDERA QUE EL LEGISLADOR DEBIERA REFORMAR ESTE NUMERAL PARA NO APLICAR ERRÓNEAMENTE LA LEY.

SÍ-----

NO-----

9- CONSIDERA QUE LA APLICACIÓN DE ESTE NUMERAL CREA INCERTIDUMBRE EN LOS APLICADORES DEL DERECHO AL MOMENTO DE EMITIR SU FALLO.

SÍ-----

NO-----

POR QUE-----

10- CONSIDERA QUE EXISTE LA NECESIDAD DE UNIFICAR CRITERIOS PARA UNA APLICACIÓN EFICAZ DE ESTE MOTIVO.

SÍ-----

NO-----

POR QUE-----

