

UNIVERSIDAD GERARDO BARRIOS

FACULTAD DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO FAMILIA



**TRABAJO PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTRO (A) EN DERECHO DE
FAMILIA:**

**“EL DIVORCIO INCAUSADO Y SU REGULACIÓN ANTE LA VULNERACIÓN A
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA
PERSONALIDAD”**

PRESENTADO POR:

LICDA. RAQUEL STEFANI SALMERÓN ARIAS

LIC. ROBERTO MILO SALMERÓN ARIAS

LICDA. MARÍA ALEJANDRA SÁNCHEZ GONZÁLEZ

ASESOR:

MS. JOAQUÍN AMÍLCAR CÁRDENAS MARTÍNEZ

SAN MIGUEL, EL SALVADOR, 9 DE SEPTIEMBRE DE 2024

NOMBRE DE RECTOR

LIC. JOSÉ SALVADOR ALVARENGA RIVERA

NOMBRE DEL FISCAL

MSC. LICDA. YANETH RUBIDIA CAMPOS DE RIVAS

NOMBRE DEL DECANO DE LA FACULTAD DE POSTGRADO

MSC. LIC. MIGUEL ANTONIO FLORES CASTRO

AGRADECIMIENTOS

A Dios todo poderoso por iluminarme y darme la fortaleza necesaria en este proceso de tesis, a todas las personas que de muchas maneras me apoyaron, en especial a mi familia por motivarme y animarme a salir adelante; a mi madre por sus oraciones y apoyo incondicional; y mis compañeros de equipo de tesis por el apoyo mutuo.

Licda. Raquel Stefani Salmerón Arias

AGRADECIMIENTOS

Todo es por la gracia de Jehová Dios Todopoderoso por su infinita misericordia, pues a lo largo de este proceso he sentido su presencia y guía en cada paso, ya que me llenó de conocimiento, paciencia y perseverancia en cada momento, cuando las fuerzas parecían flaquear, Dios me otorgó la fortaleza, la sabiduría, la fe para continuar. Todo lo que he logrado es gracias a su bendición y amor incondicional, y por eso, le dedico este trabajo con profundo agradecimiento.

Y a mi familia, mi madre que Dios la ha puesto para darme esa fuente de apoyo en este mundo instantáneo desde el principio, gracias por su amor y por los sacrificios que ha hecho para brindarme las oportunidades que me han permitido llegar hasta aquí. Sus consejos, su ejemplo y su confianza.

Lic. Roberto Milo Salmerón Arias

AGRADECIMIENTOS

Agradezco especialmente al Divino Niño Jesús, a la Virgen de Guadalupe y a San Judas Tadeo, por darme la sabiduría y la perseverancia de poder obtener con éxito mi tesis.

Infinitas gracias a los amores de mi vida, mi mami y papi, por su apoyo incondicional quienes han estado a mi lado en todo momento, principalmente en este proceso de formación.

A mi mamá nena quien es mi abuelita, porque gracias a sus oraciones constantes ha estado presente en todo momento y sobre todo en este proceso de formación.

Agradezco y dedico esta tesis, a mi tío Oscar que está en el cielo, ya que él fue el pionero quien me impulso a que realizara esta escala académica.

Gracias a mi novio, Alfredo Portillo, por ser parte importante en este proceso, por apoyarme tanto profesional como académicamente.

Muchas gracias a mi único y mejor amigo Mauricio Claros, porque él ha sido clave fundamental ya que con su apoyo y animo que siempre me brindo en toda esta etapa académica.

Gracias fraternas a mi hermano Josué y mi hermana Fátima, por su apoyo y ánimos constantes que nunca faltaron a lo largo de este proceso académico.

Infinitas gracias a cada uno de ustedes por ser parte fundamental en mi vida.

Licda. María Alejandra Sánchez González

ÍNDICE

ÍNDICE DE TABLAS	8
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	12
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	12
1.2 DELIMITACIÓN	15
1.2.1 Delimitación espacio	15
1.2.2 Delimitación temporal	15
1.2.3 Delimitación temática.....	16
1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA	16
1.4 JUSTIFICACIÓN	16
1.5 OBJETIVOS	18
1.5.1 Objetivo general.....	18
1.5.2 Objetivos específicos	18
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	19
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	19
2.1.1 Antecedentes sobre el matrimonio.....	20
2.1.2 Antecedentes sobre el divorcio.	21
2.1.3 Antecedentes sobre el divorcio en El Salvador.	23
2.1.4 Del divorcio contencioso o incausado.....	26
2.1.5 Desarrollo de causales de divorcio que potencializan derechos fundamentales de los cónyuges.....	28
2.1.6 Del Divorcio incausado.	30
2.1.7 Divorcio incausado: una urgente actualización normativa.....	34
2.1.8 Estudios sobre el divorcio incausado.....	37

2.2 ELEMENTOS TEÓRICOS.....	55
2.2.1. El divorcio por causales en la Legislación de Familia Salvadoreña y los efectos que produce.....	56
2.2.2 Desarrollo de causales de divorcio que potencializan derechos fundamentales de los cónyuges.....	62
2.2.3 Divorcio incausado: una urgente actualización normativa.....	64
2.2.4 El divorcio sin causa en la legislación internacional.....	65
2.2.5. Los derechos fundamentales a la autonomía de la voluntad e intimidad	78
2.2.6. La diferencia entre control de constitucionalidad y convencionalidad	81
2.3 Hipótesis	88
2.3.1 Hipótesis de investigación	88
2.4 Operacionalización de variables.....	89
2.5 Codificación de categorías cualitativas.....	90
CAPÍTULO III: MÉTODOLÓGIA DE LA INVESTIGACIÓN	91
3.1 TIPO DE ESTUDIO	91
3.2 MÉTODO.....	91
3.2.1 Método del estudio.....	91
3.2.2 Diseño del estudio	92
3.2.3 Enfoque del estudio	92
3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA.....	93
3.3.1 Población.....	93
3.3.2 Diseño muestral.....	94
3.3.3 Muestra.....	94
3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	98
3.4.1 La encuesta	98
3.4.2 La entrevista	98
3.5 ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	99

3.6 PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	99
CAPÍTULO IV: HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN	100
4.1 Presentación de resultados	100
4.1.1 Resultados: encuestas de personas usuarias en procesos de divorcio	100
4.1.3 Resultados: encuesta a Procuradores	109
4.1.3 Resultados: encuesta con abogados en el libre ejercicio.....	119
4.1.4 Resultados: entrevistas a Jueces de Familia y Magistrado de Cámara	129
4.1.5 Resultados: entrevista con especialistas en derecho de familia	133
4.2 Discusión de resultados	138
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA	141
5.1 Conclusiones.....	141
5.2 Recomendaciones.....	142
5.3 Propuesta.....	143
BIBLIOGRAFÍA.....	151

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Muestra	95
Tabla 2. Género de participantes	96
Tabla 3. Procedencia de participantes	97
Tabla 4. Causal o motivo para decretar el divorcio.....	100
Tabla 5. Vulneración de derechos durante el proceso judicial de divorcio.....	101
Tabla 6. Intromisión a su intimidad personal durante el proceso de divorcio.....	102
Tabla 7. Intromisión a la intimidad familiar	103
Tabla 8. Vulneración a la voluntad de disolver su matrimonio	104
Tabla 9. Vulneración a su elección individual.....	105
Tabla 10. Preferencia a no exponer su vida personal durante el proceso de divorcio.....	106
Tabla 11. Preferencia a no exponer su vida familiar durante el proceso de divorcio	107
Tabla 12. Proceso de divorcio debería ser más fácil o ágil.....	108
Tabla 13. Promoción de procesos y/o diligencias de divorcio como procurador/a.....	109
Tabla 14. Vulneración a los derechos de los cónyuges.....	110
Tabla 15. Los motivos o causales para el divorcio vulneran derechos a los cónyuges	111
Tabla 16. Los motivos o causales representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges	112
Tabla 17. Los motivos o causales vulneran el principio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges.....	113
Tabla 18. Reforma a los motivos o causales.....	114
Tabla 19. Conocimiento sobre el divorcio incausado o sin expresión de causa	115
Tabla 20. Regulación del divorcio incausado en otros países	116
Tabla 21. El divorcio incausado debería ser regulado en El Salvador.....	117

Tabla 22. El divorcio incausado puede garantizar el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad	118
Tabla 23. Promoción de procesos y/o diligencias de divorcio como abogado en el libre ejercicio	119
Tabla 24 Vulneración de los derechos a los cónyuges.....	120
Tabla 25. Los motivos o causales vulneran derechos a las partes o personas implicadas	121
Tabla 26. Los motivos o causales representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges	122
Tabla 27. Los motivos o causales vulneran el principio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad	123
Tabla 28. Reforma a los motivos o causales vigentes.....	124
Tabla 29. Conoce sobre el divorcio incausado	125
Tabla 30. Regulación del divorcio incausado en otros países	126
Tabla 31. El divorcio incausado debería ser regulado en El Salvador	127
Tabla 32. El divorcio incausado puede garantizar el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad	128

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos evolucionan a medida que las sociedades también lo hacen. La interacción entre la historia, cultura y relaciones humanas no pueden quedar ajenas al derecho y las instituciones que lo regulan. La creación de un marco legal para el matrimonio y el divorcio también debe ser evaluada por quienes aprueban las leyes, sus reformas y propuestas, desde un enfoque de derechos humanos.

En esta dirección, el informe final sobre el divorcio incausado y su regulación ante la vulneración de la autonomía de la voluntad y al libre desarrollo de la personalidad, presenta cinco capítulos, en coherencia con el protocolo para trabajo de graduación de la Maestría en Derecho de Familia.

El planteamiento del problema, capítulo uno, describe la situación sobre las causales del divorcio que regula el Código de Familia y su incompatibilidad con el principio de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, especialmente, cuando se ha presentado una inconstitucionalidad como principal antecedente para el presente estudio, por considerarse, que dos de las tres causales para el divorcio son contrarias a la integridad, dignidad y autonomía de la persona humana que se somete a un proceso de divorcio. En este mismo capítulo se delimita el área geográfica de la investigación, considerando la legislación nacional e internacional con el tema en estudio y el tiempo a desarrollarse. De igual manera, el enunciado y los objetivos del estudio están orientado a analizar la falta de regulación del divorcio incausado ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad; y, especialmente, la falta de estudios sobre la materia justifica la relevancia de la presente investigación. No encontrándose actualmente, un estudio, que analice explícitamente la regulación del divorcio incausado en El Salvador.

El capítulo dos, el marco teórico, presenta brevemente los antecedentes históricos del divorcio, un análisis de derecho comparado y su evolución con relación al tema en estudio; entre los elementos teóricos, se aborda el divorcio con sus causales y el divorcio sin causa en la legislación internacional. Además, se presenta la operacionalización de variables y las categorías cualitativas del estudio.

La metodología de investigación, capítulo tres, describe el tipo de estudio, con su alcance descriptivo; por su método el estudio fue de tipo mixto, es decir, que integra los métodos cuantitativos y cualitativos, incluyendo un diseño que teóricamente está basado en el enfoque de los derechos humanos; al definirse la población y muestra, se ha considerado la participación voluntaria de personas en procesos y/o diligencias de divorcio; procuradores, abogados en el libre ejercicio, jueces, magistrados y especialistas en derecho de familia, en un muestreo no probabilístico que incluyó la participación de 96 personas, con un 61.4% de participación femenina y un 38.55% de participación masculina, con representación siete departamentos de El Salvador. Se presenta además las técnicas cuantitativas y cualitativas, considerando el análisis e interpretación de encuestas estructuradas para la fase cuantitativa y entrevistas abiertas para la fase cualitativa.

El capítulo cuatro, hallazgos de la investigación, presenta los resultados obtenidos en encuestas y entrevistas usuarios, procuradores que asisten procesos de divorcio, abogados en el libre ejercicio, jueces de familia, magistrados de cámara y especialistas en derechos de familia. Se presenta un apartado que integra resultados cuantitativos, cualitativos y las diferentes perspectivas de los participantes.

Las conclusiones, recomendaciones y propuesta, se presentan en el capítulo cinco, seguido de las referencias bibliográficas utilizadas durante la investigación.

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

“El mundo de los adultos en las relaciones familiares comprende una gran cantidad de temáticas y conflictos —algunos más interdisciplinarios que otros—, como el matrimonio, las parejas que no se casan —o uniones convivenciales, en terminología del instrumento proyectado en análisis—, el régimen de bienes y la vivienda, entre otros; temáticas éstas que incluso exceden el campo del derecho de familia e incursionan en otras ramas del derecho como el sucesorio, penal, tributario o el derecho comercial... [igual de importante resulta el] impacto en el sistema legal referido a la ruptura del vínculo matrimonial por causa de divorcio” (Herrera, s.f., pág. 276).

En esta dirección, debe considerarse que el derecho de familia ha estado centrado históricamente más en el matrimonio que en el divorcio.

Una breve lectura a la Constitución de la República (1983), especialmente en el artículo 32, define que “el fundamento legal de la familia es el matrimonio”. Sin embargo, “cabe interrogarse acerca de qué le interesa al Estado —a través de uno de sus tres Poderes, el Legislativo— o cuál es el papel que debe asumir para regular, limitar y controlar las situaciones de crisis matrimoniales” (Herrera, s.f., pág. 276). No debe omitirse que el divorcio históricamente ha estado atado a factores históricos, culturales y religiosos, más que a factores jurídicos o de derechos humanos.

Por tanto, el divorcio surge también como una institución que debe ser regulada desde un enfoque basado en los derechos humanos. En palabras coloquiales, el divorcio es el otro lado de la moneda del matrimonio; pero en ningún momento queda exento de derechos o a los derechos humanos, o peor aún, que el matrimonio debe garantizar más derecho, que un divorcio.

De esta manera, cuando el Código de Familia (1994) entró en vigencia, definió el divorcio como la “disolución del vínculo matrimonial decretado por el juez” y en el artículo siguiente, que este 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.

Sin embargo, dos décadas más tarde de la entrada en vigencia del Código de Familia, las causales de divorcio decretadas en la normativa salvadoreña pueden representar un obstáculo para quien desea divorciarse, especialmente, para quienes no encajan en ninguna de esas causas. Es decir, en la práctica las causales del divorcio conllevan a que, cuando un cónyuge no ha podido acreditar el motivo alegado, no se le decreta el divorcio y lejos de ello, se mantiene vigente el vínculo matrimonial, cuestión que se traduce en una afectación a la libertad personal y autonomía de la voluntad, porque prácticamente, el Estado obliga a que una persona siga casada, aún sin su voluntad.

En esta dirección, la Sala de lo Constitucional admitió una demanda contra el Código de Familia en el año 2023, a la vez que pidió opinión a la Asamblea sobre las causas legales por las que una persona puede solicitar el divorcio (Portillo, 2023). Dicha demanda fue interpuesta por las abogadas Aleyda Marcela Sandoval Ayala, Karen Rebeca García Portillo, Génesis Mariela Montoya Romero, Marta Emely Morejón Bracamonte y el abogado Pablo German Cruz Orellana, en las que solicitó declarar inconstitucionales dos de tres causas por las cuales se puede solicitar el divorcio en El Salvador.

El 11 de septiembre del año recién pasado, la Asamblea recibió notificación de parte de la Sala sobre dicha admisión, y una petición en la que le pide un informe con el que emita opinión sobre los argumentos expresados por las abogadas para declarar inconstitucionales los ordinales 2 y 3 del artículo 106 del Código de Familia.

En este sentido:

“Las demandas de divorcio presentadas por los dos últimos motivos son conocidos en el marco legal como divorcios contenciosos. Abogadas expertas en derecho de familia explican que las demandas de divorcio por intolerabilidad en la vida en común

suelen estar relacionadas con casos de violencia o maltrato, o infidelidad, y obligan a la realización de audiencias en las que se debe comprobar dicha situación mediante pruebas o testigos.

Según los argumentos presentados por las demandantes, los ordinales 2 y 3 del artículo 106 del Código de Familia violentan el libre desarrollo de la personalidad, así como también la intimidad personal y familiar, y la autonomía de la voluntad” (Portillo, 2023).

En este escenario, se evidencia el debate incipiente sobre la regulación del divorcio incausado o sin expresión de causas, en la medida que se puede establecer un procedimiento más simple, que produzca efectos de menor intensidad en las relaciones familiares, personales y jurídicas.

Debe entenderse el divorcio incausado o sin expresión de causa, como un “proceso judicial de extinción del vínculo matrimonial sin alegación de causa” (RAE, s.f.). En esta dirección, el estudio sobre el divorcio contencioso, sus efectos socio jurídicos y la regulación de divorcio sin expresión de causa afirma que “el divorcio afecta en mayor medida a las personas involucradas en el mismo y repercute por supuesto en todos los factores, siendo principalmente los más afectados los hijos e hijas, obteniendo como resultado final la ruptura de lazos de afinidad entre progenitores e hijos” (Ortega, Morales, & Gómez, 2021, pág. 76). Agrega, por lo tanto, que “con la regulación del divorcio sin expresión de causa se respeta el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, en virtud de que esa voluntad no está sometida a explicación alguna sino, simplemente, a su deseo de ya no continuar unido en matrimonio”.

En otras palabras, “si el divorcio en sí sería una cuestión privada o que hace a la intimidad de las personas, claro está que la regulación tal como está planteada implicaría una injerencia estatal ilegítima, es decir, infundada e irrazonable” (Herrera, s.f., pág. 278).

Por consiguiente, el presente estudio se plantea como problema de investigación el divorcio incausado y su regulación ante el principio de la autonomía de la voluntad y el libre

desarrollo de la personalidad. Es decir, “las bases jurídicas y doctrinarias de la autonomía de la voluntad donde se establece que el fundamento central de la misma es la libertad contractual, mismas que permiten establecer libremente le contenido del contrato y de celebrarlo con quienes queremos, de culminarlo cuando queramos sin más trabas que los derechos fundamentales de terceros ajenos al acto jurídico a resolver” (Guzmán, 2017).

Con relación al divorcio incausado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad esta es directa, materializada a través de este último, con el fin de divorciarse sin razón aparente. Porque el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental, cuyo espacio significativo para la libertad humana obliga a terceros a evitar que interfieran con las elecciones hechas por los propios individuos (Gaete, 2022).

De esta manera, visto desde el enfoque basado en derechos humanos, el divorcio no debe restringir derechos, sino, garantizarlos en todo momento. En esta dirección, el estudio plantea como problema de investigación el divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad.

1.2 DELIMITACIÓN

1.2.1 Delimitación espacio

El estudio está delimitado al ordenamiento jurídico y geográfico de El Salvador. Sin embargo, para motivos del estudio consideró las Cámaras de Familia de la zona Oriental, Central y Occidental; Juzgados de Familia de la zona Oriental, Procuradores de la zona Oriental; personas usuarias en procesos y/o diligencias y abogados en el libre ejercicio en el resto del país.

1.2.2 Delimitación temporal

El estudio se desarrolló durante el presente año, que incluye la formulación del anteproyecto, recolección de información y presentación del informe final.

1.2.3 Delimitación temática

El estudio estuvo delimitado a las causales de divorcio establecidas por el Código de Familia de El Salvador, el divorcio incausado, el principio de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿De qué manera la falta de regulación del divorcio incausado vulnera la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad en el Código de Familia?

1.4 JUSTIFICACIÓN

En el derecho de familia se regula una de las instituciones más importantes de la sociedad, pues se considera una de las bases de la existencia de la familia; aunque claro, no es la única: el matrimonio, y parte de su regulación implica su forma de disolución (Raymundo, s.f.). Sin embargo, debe considerarse que el divorcio o la disolución del matrimonio, es un tema complejo desde diferentes perspectivas. Histórica, cultural y religiosamente ha sido así. Sin embargo, esta complejidad no se reduce desde la perspectiva jurídica o legal. Por lo tanto, el Estado y los legisladores, tienen la obligación de “observar las necesidades de la sociedad y modificar la ley cuando está lejos de beneficiar a los ciudadanos y los perjudica, ya sea de manera particular o agraviando a terceros” (Rosales, 2014, pág. 1).

Ante este contexto, el presente estudio busca sentar un precedente para la generación del debate jurídico sobre la necesidad de incluir un tipo de divorcio sin expresión de causa en El Salvador, como ha sucedido en otros países de América latina, especialmente de España y México. Es decir, el actual Código de Familia obliga a optar por una de las tres causales expresas en el artículo 106, constituyéndose una vulneración al principio de la autonomía de la voluntad y al derecho al libre desarrollo de la personalidad, como lo evidencian algunos estudios de derecho comparado y en otros países de América Latina en la que se propone

el derecho incausado frente a estas vulneraciones y otras implicaciones para quienes desean disolver su matrimonio.

Como se ha citado anteriormente, ya se ha iniciado un proceso de inconstitucionalidad por declarar una supuesta vulneración a los artículos 1, 2 y 23 de la Constitución; sin embargo, sigue sin resolverse, cuestión que revela la importancia de llevar a cabo una investigación para determinar los argumentos a favor o en contra del sistema de divorcio vincular desde un enfoque constitucional y convencional.

Debe considerarse que, tradicionalmente, en los procesos de divorcio la etapa probatoria lleva al cónyuge a ventilar su vida privada matrimonial para encontrar junto con su abogado las pruebas que le permitan lograr el divorcio. Aun cuando se opte por el divorcio de mutuo consentimiento se hace necesario exhibir públicamente los aspectos íntimos y más bien oscuros de la relación, pese a que en origen es una decisión sin causa. Según Parada Gámez “la prueba deba producirse en audiencia, frente al juez, quien a continuación de ello y previos los alegatos respectivos, resuelve la cuestión sometida a su consideración”. Por tanto, significa que las personas implicadas en el proceso de divorcio deben exponer todos los elementos de prueba que incluyan aspectos de su vida privada, su intimidad, ante los entes judiciales, a fin de lograr la pretensión. Se advierte, por lo tanto, que las causales vienen a constituir una limitante injustificada del derecho al ejercicio de la autonomía de la voluntad de uno de los cónyuges, a la intimidad y a la autonomía de la voluntad.

En tanto, ante la importancia de este tema en materia legislativa y de reformas, se hizo necesaria estudiar la finalidad que persiguen las causales del divorcio reguladas en el Código de Familia salvadoreño y el principio de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, considerando que puede sentar de esta forma, las bases requeridas para optar por la regulación de un divorcio incausado o sin expresión de causa en El Salvador. Por lo que, con base a los hallazgos y conclusiones del estudio se elaboró una propuesta para regular el divorcio incausado en el Código de Familia de El Salvador.

1.5 OBJETIVOS

1.5.1 Objetivo general

- Analizar el divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad en el Código de Familia de El Salvador.

1.5.2 Objetivos específicos

- Identificar las vulneraciones al honor, la intimidad personal y familiar en los procesos y/o diligencias de divorcio en El Salvador
- Establecer un análisis comparativo de las legislaciones que regulan el divorcio incausado a nivel nacional e internacional.
- Desarrollar una propuesta de reforma al Código de Familia orientada a la regulación del divorcio incausado.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La familia, representa un grupo de organización social, que goza del máximo nivel de protección e interés por parte del Estado, cuyo asidero constitucional se encuentra anclado en el artículo 32, donde a su vez, la define como “la base fundamental de la sociedad” (Asamblea Legislativa, 1983), y se establece expresamente el compromiso adquirido por el mismo Estado, a fin de crear organismos y servicios apropiados con el objeto de alcanzar su mayor bienestar en diversos aspectos.

Asimismo, en el ámbito internacional, muchos son los instrumentos que brindan protección a la familia; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como instrumento jurídico vinculante para El Salvador a partir de su suscripción y ratificación, en el artículo 17, la reconoce como “elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (OEA, 1969).

En ese sentido, es innegable el interés que la familia representa para el Estado, y los diversos compromisos que este tiene, para garantizar todas las necesidades y condiciones que por su naturaleza amerita. Sin embargo, pese a que ese compromiso constitucional de crear diversos mecanismos, entre los cuales estaba el de una normativa especial, data de 1983 -año de creación de la Constitución vigente- e internacionalmente desde 1978, lo cierto es que su desarrollo ha sido paulatino.

Si bien, la familia ha tenido reconocimiento a lo largo de las 13 Constituciones salvadoreñas, ha sido en las dos últimas donde se ha notado un mayor interés y desarrollo, pues resultado del artículo 32 de la Constitución de El Salvador, es que ya en el año 1994, se creó una normativa especial denominado Código de Familia; a partir del cual, se sustrajo del derecho común a la familia y lo que de esta depende y a su vez, se configuró todo un sistema judicial con funcionarios debidamente capacitados para resolver las necesidades de este grupo social por la vía legal. Por su parte, el Código de Familia, en el artículo 2, establece que “la familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco” (Asamblea Legislativa, 1994), de ello podemos deducir las formas

mediante las cuales es posible configurar la familia, y si bien, se permiten formas alternas, como la unión no matrimonial, lo cierto es que se sigue dando preferencia al matrimonio, y al darle desarrollo, a partir de los artículos 11 y siguientes del Código de Familia, se observa que el legislador pretende la integración y reunificación familiar, e incluso se dice que el matrimonio tiene por finalidad “una plena y permanente comunidad de vida” (Ulloa, Melendez, & Coreas, 2023)

2.1.1 Antecedentes sobre el matrimonio

El derecho al matrimonio se consagra en el numeral 16 Declaración Universal de Derechos del Hombre, en el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el numeral 9 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 32 de la Constitución de la Republica de El Salvador y el artículo 11, 12 del Código de Familia.

Por lo tanto, el instituto del matrimonio tiene su origen básicamente en el acto de voluntad de las personas; más el aval del Estado; en otros términos, depende del consentimiento, autonomía de la voluntad de los contrayentes, siempre que cumplan los requisitos de ley. El matrimonio, popularmente se liga al ámbito religioso, sin embargo, constituye una figura legal, propia de la legislación que regula las relaciones familiares y el reconocimiento de derechos y obligaciones derivadas de la unión matrimonial. Las personas crean un vínculo social que se consolida formalmente con el matrimonio; no obstante, ante la falta de éxito en la relación familiar, se reconoce la figura del divorcio, pasando por diversos estadios y fines, desde su prohibición casi absoluta hasta su aceptación como una forma de respetar y garantizar los derechos de quienes deciden romper el vínculo matrimonial.

La idealización popular del matrimonio es generar un proyecto de vida en común entre los contrayentes, con cooperación, ayuda y mutuo auxilio; e incluso en algunas ocasiones deciden procrear; por ende, merece la protección del Estado; sin embargo, ello no debe implicar, necesariamente, que a toda costa, deba mantenerse, aún por encima de los derechos de las persona, de manera tal, que es necesario determinar si, el reconocimiento del divorcio no vincular, constituye una forma de debilitar o poner en crisis la institución del

matrimonio; o, si por el contrario, es una alternativa viable para el reconocimiento o la no negación de los derechos de las personas, en especial, a su autonomía de la voluntad y al libre desarrollo de su personalidad.

2.1.2 Antecedentes sobre el divorcio.

El divorcio (del latín *divortium*) es la disolución del matrimonio, mientras que, en un sentido amplio, se refiere al proceso que tiene como intención dar término a una unión conyugal.

Para Planiol (1946) citado por (Ruiz, 2016), “la palabra divorcio proviene del latín *divertere*”. Dicho término entraña que cada cual se va por su lado, divergen sus caminos. Quienes tenían vida en común, cambian su ruta. Originalmente iban juntos”. Gramaticalmente es “Acción o efecto de divorciar o divorciarse”.

A su vez, divorciarse significa, según la Real Academia Española:

1. “dicho de un juez competente. Disolver o separar, por sentencia el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal.
2. Separar, apartar personas que vivían en estrecha relación o cosas que estaban o debían estar juntas.
3. Dicho de una persona: obtener el divorcio legal de su cónyuge”.

“El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad nuevo matrimonio válido. De acuerdo a su forma legal, el divorcio solo puede demandarse por las causas previamente establecidas en la ley, ante la autoridad competente y cumpliendo con todos los requisitos legales de procedimiento” (UNAM, 1989).

En términos legales modernos, el divorcio fue asentado por primera vez en el Código Civil francés de 1804, siguiendo por cierto aquellos postulados que veían al matrimonio como una verdadera unión libre (para contraerlo basta el acuerdo libre de los esposos), y al

divorcio como una necesidad natural; en este sentido, el divorcio moderno nace como una degeneración de un matrimonio vincular cristiano, siguiendo la lógica de la secularización de este, teniendo por cierto raíces provenientes del Derecho romano, según Rodríguez (s.f.)

La historia de la legislación del divorcio es un reflejo de la compleja interacción entre las normas sociales, religiosas y legales a lo largo del tiempo. Desde tiempos antiguos hasta la era moderna, el concepto del divorcio ha evolucionado en respuesta a cambios en la percepción del matrimonio, la autoridad de las instituciones religiosas y la búsqueda de la autonomía individual.

Por tanto, en el ensayo “Breve historia sobre el divorcio y su legislación” (Rodríguez, s.f.), se presenta brevemente la trayectoria histórica de la legislación del divorcio, destacando momentos clave y factores influyentes en su desarrollo:

Los Inicios en las Civilizaciones Antiguas:

Las raíces de la legislación del divorcio se encuentran en las civilizaciones antiguas, como la Babilonia y Egipto. En estas sociedades, el divorcio se basaba en razones pragmáticas y económicas, y estaba permitido tanto para hombres como para mujeres. Sin embargo, los motivos variaban ampliamente, desde la infertilidad hasta la incompatibilidad personal. A medida que las religiones desempeñaron un papel más prominente en la sociedad, el divorcio comenzó a ser influenciado por consideraciones morales y religiosas.

Influencia de las Religiones:

La llegada de las religiones monoteístas, como el judaísmo, el cristianismo y el islam, introdujo restricciones más estrictas sobre el divorcio. En la tradición judía, por ejemplo, el divorcio estaba permitido, pero seguía un proceso regulado por la ley religiosa. El cristianismo primitivo, influenciado por las enseñanzas de Jesús, inicialmente condenaba el divorcio, lo que reflejaba la importancia del matrimonio en la estructura social. Sin embargo, con el tiempo, algunas denominaciones cristianas comenzaron a permitir el divorcio en circunstancias específicas.

La Reforma y la Era Moderna:

La Reforma Protestante del siglo XVI marcó un punto de inflexión en la legislación del divorcio. Martín Lutero y otros reformadores abogaron por un enfoque más pragmático, argumentando que el divorcio podía ser justificado en casos de abuso, adulterio o abandono. Este enfoque se reflejó en algunas legislaciones civiles y religiosas de la época.

Durante la Ilustración y la era de la Revolución Industrial, las ideas de la libertad individual y la autonomía ganaron terreno, influyendo en las actitudes hacia el divorcio. En el siglo XIX, varios países comenzaron a promulgar leyes que permitían el divorcio por causas como la crueldad conyugal, el adulterio o la deserción. Estas leyes representaban un cambio significativo en la percepción del matrimonio y la capacidad de las personas para tomar decisiones sobre sus propias vidas.

Siglo XX y más Allá:

El siglo XX presenció una expansión y liberalización gradual de las leyes de divorcio en muchas partes del mundo. Los movimientos feministas y la lucha por la igualdad de género desempeñaron un papel importante en este proceso, al resaltar la necesidad de brindar a las mujeres opciones para escapar de matrimonios abusivos o insatisfactorios.

Hoy en día, la legislación del divorcio varía ampliamente según la cultura, la religión y el país. Algunas naciones han adoptado sistemas de «divorcio sin culpa», donde las parejas pueden disolver su matrimonio sin la necesidad de alegar razones específicas.

2.1.3 Antecedentes sobre el divorcio en El Salvador.

En el caso de El Salvador, se detalla que fue en 1,880 cuando se implantó la ley del divorcio, según documentos de la Corte Suprema de Justicia. Hasta la reforma del Código Civil de ese año, según Puente (2018) el matrimonio y divorcio en El Salvador, estuvieron regulados por la ley canónica, la cual establecía que el matrimonio era algo indisoluble y el divorcio era considerado algo aislado, que le pertenecía a la Iglesia y ésta decidía si se rompía el vínculo matrimonial.

Según la Corte Suprema de Justicia “en la historia del divorcio en El Salvador, se pueden distinguir cinco períodos: el primero que finalizó en marzo de 1880 y establecía el divorcio sin disolución del vínculo; el segundo, desde marzo de 1880 hasta el mismo mes de 1881, cuando existió el divorcio con disolución del vínculo; el tercero que va desde marzo de 1881 hasta octubre de 1894, donde existió el divorcio sin disolución del vínculo; el cuarto que va desde 1894 hasta 1902, donde la legislación civil ha mantenido el divorcio absoluto y el quinto, caracterizado por el mutuo consentimiento”

En el estado actual de las cosas, para divorciarse en El Salvador, es menester invocar una causal prevista en la ley, siendo una lista taxativa, el artículo 106 del Código de Familia, establece causales remedio y causales sanción; sin embargo, si no existe una causal de divorcio, el mismo no puede ser solicitado, anulándose toda posibilidad de un divorcio incausado o no vincular, lo que supone una limitación, que puede considerarse excesiva, desproporcionada e injustificada por parte del Estado, en los derechos de las personas, con el afán, de mantener o proteger a la familia como institución.

Si bien es cierto, en lo que al divorcio atañe, nuestro sistema jurídico recoge la tesis como base doctrinal del divorcio remedio, contrario a la tesis del divorcio sanción; en base a la cual estimamos no tendría sentido que continúe vigente el matrimonio en el que ni siquiera se cubran las apariencias (como en el presente caso), pero que en su realidad vital ya no exista por haber desaparecido el afecto y demás deberes matrimoniales, así como el hecho de vivir separados, en otros términos, no sería apropiado obligar a los cónyuges que persistan en estar unidos legalmente, cuando el matrimonio ya fracasó en los hechos, a tal punto que ya no tenga sentido continuar con la unión matrimonial, puesto que ha desaparecido la comunidad plena de vida entre ellos, es decir que la comunidad de vida plena se ha perdido entre los cónyuges, puesto que éstos ya no comparten sus vidas, ni sus intereses, ni sus afectos, es decir, entre los cónyuges, la finalidad del matrimonio ya no existe, por lo tanto, no hay asistencia ni cooperación mutua o recíproca.

El divorcio unilateral e incausado no existe en nuestro ordenamiento jurídico, únicamente, se establece la causal de divorcio por mutuo acuerdo, pero, ello supone que, ambos cónyuges, deben mostrar su voluntad de disolver el vínculo legal que los une. Por ende, en ocasiones las personas que ya no quieren seguir ligadas a la otra, se separan, y esperan

hasta que se cumpla el plazo de la causal remedio de separación, lo que, es decir, que exista al menos una separación por más de uno o más años consecutivos, y sin reconciliación alguna entre los cónyuges, lo que se podría cuestionar si es realmente justo o no, o si resulta ser proporcional o no, el tiempo que se le obliga a esperar a quien ya no quiere seguir unido en matrimonio, para poder solicitar el divorcio por separación de más de uno o más años consecutivos; si bien, nuestra legislación de familia da salidas legales para poner fin al vínculo del matrimonio, cuando ya no existen los principios del matrimonio ni una vida en pareja entre las partes, no obstante la causal tiempo sigue siendo un obstáculo, y la demostración de dicha separación se convierte en un tema complicado desde el punto de vista probatorio.

Por otro lado, la otra causal, divorcio sanción, supone que el cónyuge víctima, acredite circunstancias que justifican la disolución del vínculo matrimonial, pues, debe demostrar que hay un incumplimiento de los deberes del matrimonio, lo que implica su quiebre y ruptura; o, en su caso, debe demostrarse que existen hechos de violencia en perjuicio de un cónyuge, generalmente, la mujer, en atención a la cultura machista que permea en El Salvador.

Estos aspectos, sin duda alguna, suponen que el disfrute y ejercicio de derechos, tales como, la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, ceden frente a la medida del Estado de no decretar el divorcio en pro del mantenimiento de la relación familiar, siendo una cuestión que puede constituir una injerencia indebida, ilegítima o arbitraria en la vida privada y familiar de las personas, más aún, supone que, existe una mirada restringido del concepto de familia, pues, el divorcio, no implica necesariamente dejar en una situación de desprotección a los miembros de la familia, lejos de ello, esto da lugar a otras formas de organización familiar, siendo necesario, únicamente, la adopción de medidas especiales de protección para los miembros de la familia que, con el divorcio, puedan resultar indirecta o directamente afectados en el disfrute y ejercicio de sus derechos, tales como, en el caso de los hijos, a tener garantizados los alimentos, la protección de la vivienda, la relación con ambos progenitores, etc.

2.1.4 Del divorcio contencioso o incausado.

El divorcio contencioso, necesario o también llamado por causales requiere que uno de los cónyuges plantee la demanda de divorcio, que tiene una razón de ser, por su puesto contenida en la norma legal pertinente que ha hecho que el fin del matrimonio en esa pareja haya dejado de cumplirse así lo menciona Baqueiro y Buenrostro (2010) citado por Ruiz (2016).

“El divorcio es un mal necesario. Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio, haciendo imposible o en extremo difícil la vida en común, se permite la ruptura del vínculo matrimonial. Divorcio causal, necesario o contencioso” (Baqueiro, Buenrostro, 2010).

En este tipo de divorcio es necesaria de manera obligada la existencia de una causa lo suficientemente grave que torne imposible, o al menos difícil, la convivencia conyugal. La acción se otorga al cónyuge que no haya dado motivo para el divorcio

Por lo tanto, en el divorcio contencioso o por causales, uno de los cónyuges, quién desea divorciarse, debe invocar una causal y probar la misma en el procedimiento respectivo para el efecto, por lo cual hay voluntades encontradas. En este sentido, Hernando Devis Echandía (2009) considera que “se ejercita entre personas que requieren la intervención del órgano jurisdiccional a fin de que se desate una controversia o litigio existente entre ellas, sobre el cual no han podido llegar a un acuerdo, es decir, que ella se ejercita inter invitos o adversus volente” (Ruiz, 2016).

Por lo cual, se trata de un proceso que cuenta con dos partes un demandante y un demandado. En este tipo de proceso contencioso, la causal que como mencionamos antes debe ser probada. Por lo mismo, es un sistema de divorcio causado o causal (mediante catálogo causal, o con una lista taxativa de causales), y genéricamente el mismo es un divorcio sanción.

Como se menciona anteriormente, en El Salvador existe el divorcio contencioso y se puede apreciar en el artículo 106, ordinales 2° y 3°, del Código de Familia, que reza de la siguiente manera:

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 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 semejante.

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

Por lo cual, las causales reguladas en el artículo 106 ordinales 2° y 3° del Código de Familia tipifican hechos imputables a uno de los cónyuges, es decir, una de las partes tiene que ser declarada culpable indiscutiblemente. Y como consecuencia de ello el cónyuge cuyas actuaciones se adecuan perfectamente a la causal invocada se le denomina como culpable; por otro lado, el cónyuge que se dice perjudicado, es aquél que sufre las consecuencias provocadas por su cónyuge y por tanto tendría el papel de “víctima”.

Esto es así, porque ambas causales son contenciosas, implica decir que uno de los cónyuges no está dispuesto a divorciarse, y al no ser posible plantear la causal de mutuo consentimiento, debe ser por una de las últimas dos causales. En cuanto a la segunda, se obliga a que los cónyuges tengan que esperar al menos un año para promover el proceso de divorcio, y dentro de este, es necesario probar tal separación por el lapso de tiempo exigido. En otras palabras, antes de un año, aunque uno de los cónyuges en ejercicio de su autonomía de la voluntad, tome a bien poner fin al matrimonio, no lo puede hacer, pues tal decisión está supeditada al transcurso del tiempo, que en este caso es un año.

Este sistema de divorcio causalista implica una sanción al imponer la culpa en el esposo causante de la violación de los deberes o derechos propios del matrimonio.

2.1.5 Desarrollo de causales de divorcio que potencializan derechos fundamentales de los cónyuges

Las nuevas doctrinas del derecho de familia se decantan, por otras causas de divorcio, que tengan como fundamento los derechos de vida privada y familiar, dignidad humana y libre autonomía de la voluntad. Entre los motivos de separación, que mejor potencializan tales derechos, tenemos:

- a) divorcio solicitado por ambos cónyuges,
- b) Divorcio solicitado unilateralmente, también denominado divorcio incausado, y
- c) Divorcio solicitado ante notario.

a) Divorcio solicitado por ambos cónyuges

Esta modalidad, básicamente es la misma que preceptúa el numeral primero del artículo 106 del Código de Familia, y solo requiere la voluntad de ambos cónyuges para poner fin al vínculo matrimonial existente, sin mayores tramites y mucho menos, sin dejar esta decisión en manos de un tercero, pues solo quienes integran el matrimonio, tienen esa facultad. Debe aclararse que si bien, debe promoverse ante el juez competente, pero con la finalidad de que este vele porque esa voluntad no este viciada ni coaccionada, así como también, para determinar el cumplimiento de otros requisitos procesales como el hecho de que el convenio de divorcio garantice la igualdad de ambos y también aquellos aspectos colaterales que puedan deducirse de la separación, por ejemplo, el cuidado personal, obligación alimenticia y régimen de comunicación y trato de los hijos en común.

b) Divorcio solicitado unilateralmente o divorcio incausado.

El artículo 32 de la Constitución impone al Estado el deber de fomentar el matrimonio; no obstante, esto no puede ser interpretado como la posibilidad de obligar a los cónyuges a permanecer unidos en vínculo matrimonial en contra de su voluntad, por un lapso breve o prolongado; y, mucho menos a exponer frente a terceras personas aspectos relativos a su vida privada, pues constituyen categorías protegidas por la legislación salvadoreña y también por la CADH, tal como antes se ha expuesto.

En realidad, el mandato de la expresada disposición, de acuerdo con jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, se perfila en posicionar a la institución jurídica del matrimonio en una ubicación distinta a otras formas de organización familiar, en tanto, sus efectos son inmediatos. En palabras de dicho tribunal constitucional, se ha dicho: “siendo un postulado constitucional el fomento de la institución del matrimonio, no resulta conciliable con el mismo que una pareja que convive de hecho y sin impedimento legal para contraerlo, pretenda incorporar dentro de su esfera jurídica los derechos y obligaciones que derivan de aquél.”

Ahora bien, dicha postura ha sido objeto de crítica por la Dra. Marisa Herrera (s.f.), pues el constituyente ha colocado al matrimonio en una posición privilegiada, en la cual, no debería estar, pues para ella, todas las formas de organización familiar deben ser aceptadas en igualdad de condiciones, y, los Estados deben promover no una forma en particular, sino la protección y garantía de los derechos humanos de los integrantes de las familias.

A pesar de ello; y, más allá de dicha discusión, el punto central es que, la idea de fomentar el matrimonio debe encontrarse en el establecimiento de facilidades y amplias posibilidades para que las personas puedan contraerlo, incluso de forma gratuita; y, a esto responde el artículo 13 del código de familia, que faculta un conjunto de funcionarios y a los Notarios para autorizarlo. Esto es en realidad una forma de fomentarlo; pero, nunca podría serlo una restricción a la autonomía de voluntad de las personas, que incide en su dignidad humana e invade indebidamente su vida privada.

En consecuencia, la regulación de un divorcio sin expresión de causa no solo es acorde con el artículo 32 de la Constitución, sino que garantiza mejor un plexo de derechos de todos los integrantes de la familia. Respecto a esta causal, la Dra. Marisa Herrera la define como: “aquel en que los cónyuges no tienen que esgrimir las razones por las cuales no pretenden continuar unidos en matrimonio” (Herrera, s.f.).

d) Divorcio ante un notario

Al delegar a los Notarios salvadoreños para los divorcios solicitados por existir acuerdo entre los cónyuges, es posible descongestionar el sistema judicial.

2.1.6 Del Divorcio incausado.

La figura del divorcio constituye una respuesta a la necesidad social de una pareja que, cualquiera que haya sido el motivo, ya no desea estar junta, por ende, es violatorio de la decisión y libertad de los cónyuges que la estructura estatal se empeñe en mantener de forma ficticia un vínculo que ya no cumple con el fin que persigue el matrimonio y por ello resulta irreconciliable (Ramírez, 2011).

El filósofo Voltaire, una vez mencionó: “...el hombre es libre en el momento que desea serlo...”. El expresidente norteamericano Abraham Lincoln indicó: “...Los que niegan la libertad a otros no la merecen para ellos mismos...”. El escritor George Orwell, escribió: “...La libertad es el derecho de decirle a la gente lo que no quiere oír...”. Las anteriores frases, son escritas para diferentes circunstancias, motivos, épocas y fines; pero, también tienen algún valor cuando se piensa en el divorcio incausado; ya que en ocasiones una persona ligada en matrimonio requiere su libertad de estado civil, aunque su cónyuge, por diferentes motivos o circunstancias, como su creencia religiosa, la venganza, el capricho, el despecho, el egoísmo, u otras razones, no le quiere dar el divorcio.

Hoy en día, la legislación del divorcio varía ampliamente según la cultura, la religión y el país. Algunas naciones han adoptado sistemas de «divorcio sin culpa», donde las parejas pueden disolver su matrimonio sin la necesidad de alegar razones específicas.

Muchos instrumentos internacionales amparan derechos que son la base primordial para la implementación del divorcio sin causa, su cumplimiento ha llevado a que la doctrina busque una reforma completa para el divorcio que refleje la realidad social y su avance, de igual manera busca que se respeten los principios y derechos básicos, inherentes a cada persona que se encuentran tutelados en documentos internacionales.

El divorcio sin expresión de causal tiene como directrices: la libre actuación de los sujetos, la defensa de los intereses de los hijos, y la dignidad humana. La libre actuación de los sujetos porque permite que una vez que el matrimonio haya perdido sentido cualquiera de los cónyuges solicite su terminación, y al hacerlo sin necesidad de causal la solo y significativa ruptura del vínculo, la defensa de los intereses porque en su trámite no se declara el divorcio sin arreglo de la situación de los hijos y más aún este divorcio evita que se siga manteniendo un matrimonio disuelto que provoca riñas constantes entre los cónyuges y al hacerlo causa daños irreversibles a los hijos.

Por último, pero no menos importante, este divorcio tiene como límite la dignidad humana, ya que más allá de plantearnos fórmulas legales que buscan atribuir la culpabilidad o inocencia a uno de los cónyuges, lo que este divorcio busca es lograr humanizar el derecho, al entender que lo que la pareja pretende, ya que termino el afecto que sustentaba el matrimonio, es terminar jurídicamente una relación que afectivamente está disuelta. Dicha humanización del derecho no debe ser irresponsable, al contrario, las normas procesales sirven como instrumentos para regular las consecuencias de tal disolución y que ello no afecte a los hijos o a alguno de los cónyuges. Por ende, podríamos definir al divorcio unilateral, como el procedimiento jurídico empleado de forma unilateral y voluntaria por parte de uno de los cónyuges que, sin necesidad de invocar, justificar y probar su pretensión, presenta su acción ante un juez, quien previa las formalidades que la ley establece será el encargado de declararlo en sentencia.

Entiéndase como divorcio incausado, aquel en el que la disolución del vínculo matrimonial no requiere que las partes justifiquen las causas para tal petición, ya que permite que se solicite sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva, solo priva el derecho de querer hacerlo sin necesidad de elegir un motivo o una causa para poder decretarse la disolución del vínculo matrimonial.

El Divorcio Incausado por voluntad Unilateral.

Al hacer una retrospectiva histórica acerca del divorcio sin causal, encontramos que en la mayoría de civilizaciones, como la romana, que históricamente aceptaron la figura del divorcio, normalmente se aplicaba el repudio, sin embargo encontramos antecedentes en la civilización Hindú, en donde la mujer tenía la potestad de abandonar al marido cuando éste era considerado vagabundo o si se alejaba de su hogar por un largo período de tiempo, de igual manera en el caso del hombre si la mujer era estéril o su descendencia había procreado únicamente mujeres.

El divorcio sin expresión de causal es aplicado en el Código de matrimonio Sueco, en el que cualquier cónyuge de manera unilateral, puede requerir su divorcio sin necesidad de invocar y mucho menos probar la concurrencia de hechos subjetivos mismos que se refieren a la imputación de conductas reprochables del otro cónyuge o en su defecto objetivos los cuales se refieren al quiebre irreconciliable del matrimonio, y separación de hecho. Sin embargo, la legislación sueca hace una sola exigencia, el transcurso de un período de reconsideración, ello con el objetivo de evitar decisiones precipitadas, y quizá llegar a posibles acuerdos en la pareja.

El divorcio sin causal en la legislación sueca, española y mexicana

El tema del divorcio ha sido muy controversial a nivel mundial y esto ha originado que en la mayoría de países su implementación tenga que pasar por procesos largos y con gran carga moral además de la influencia que la Iglesia Católica ha tenido, mucho más al tratar acerca de este tipo de divorcio que resulta más liberalizado, son únicamente cuatro legislaciones las que contemplan este tipo de divorcio incausado por voluntad unilateral, en primer lugar se encuentra el Uruguay, que si bien trató de ir un paso adelante con la aprobación del mismo, considero que no cumple con el fin mismo que persigue este tipo de divorcio, ya que puede ser pedido únicamente por la mujer y al final contempla un sin número de procedimientos que entorpecen su ejecución, por lo cual no es viable en la legislación uruguaya.

Ahora bien, un ejemplo de lo tratado en esta tesina acerca del divorcio sin expresión de causal es sin duda el caso sueco, el cual se establece que cualquiera de los cónyuges, sin la necesidad de esperar el transcurso de un plazo mínimo de matrimonio, podrá solicitar el divorcio, sin expresar el motivo. Lo que sí exige este código es un plazo de reconsideración el cual comenzará a partir con la notificación de uno de los cónyuges al otro con la manifestación de querer presentar una solicitud de divorcio. Lo cual resulta obvio para que exista un período razonable de reconsideración de la pareja entorno a la decisión tomada por alguno de ellos.

También encontramos este tipo de divorcio incausado lo encontramos en la legislación española cuya implementación es relativamente reciente, fue adoptada mediante la Ley 15/2005 con la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio y que a su vez reformó el régimen que había sido establecido previamente en el año de 1981: solo se mantuvo el divorcio por mutuo consentimiento, de legislación anterior.

La disposición contenida en el artículo 86 del Código Civil español reza: “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.1” como vemos recoge todas las características que plantea el divorcio sin causal anteriormente desarrollada en esta investigación, la novedad española en este sentido viene dada por el planteamiento de un “convenio regulador”, que vendría a constituir una propuesta, que debe ser presentado el momento de la demanda, planteando situaciones delicadas como la situación de los hijos. Para concluir encontramos el caso de México, país en el cual se implementó este tipo de divorcio muy recientemente y en el cual nos hemos apoyado en su mayoría en esta investigación por considerarla más cercana al menos en aspectos geográficos y de cierta manera culturales, aunque considerando el fenómeno globalizador del derecho no resulta una barrera con cualquier país. Se introduce este tipo de divorcio mediante Decreto de Ley publicado en Gaceta Oficial del Distrito Federal el 03 de octubre de 2008. A pesar de ello es hasta ahora que se ha logrado su implementación para el Distrito Federal.

En el Código Civil del Distrito Federal de México, en el artículo 266 establece que “el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo. Sólo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo”. Como podemos evidenciar la norma legal mexicana implementó casi en su totalidad lo que se encontraba vigente en España, encontramos la diferencia en el articulado que claramente menciona “sin causa” y esto, por qué México quiere poner énfasis en que el divorcio es un nuevo tipo de solución para la pareja y la familia, cuando el matrimonio en sí ha dejado de cumplir con sus fines y obligaciones, y su unión lo único que provoca son situaciones desagradables y poco saludables para la familia y su entorno, este divorcio es una protección para evitar estas situaciones (Ruiz, 2016).

2.1.7 Divorcio incausado: una urgente actualización normativa

Se puede decir que el divorcio incausado, es aquel que no tiene una causal para ser solicitado; ya que tal vez no existe vida Intolerable, infidelidad, ni cualquier otro motivo preestablecido; más que el deseo de alguno de los cónyuges de no seguir en matrimonio con el otro, y que este último no desea brindar el divorcio.

El divorcio incausado o también conocido como divorcio express elimina el vínculo matrimonial entre los cónyuges; y su fin es defender la autonomía de la voluntad de quienes conforman el matrimonio, y que con tan solo uno de ellos no decida continuar en dicho instituto, se finalice el mismo. La perspectiva del divorcio incausado está en la protección a los individuos que están ligados en matrimonio, y no a la institución en sí.

Para algunos el divorcio incausado es el divorcio por mutuo consentimiento; pero hasta cierto punto, no debería ser tomado así, ya que la misma (mutuo consentimiento) está dentro de las causales taxativas para poder divorciarse, establecidas por el legislador.

Cabe mencionar que las leyes se crean conforme a los derechos humanos y no hay que olvidar que estos son progresivos, y que además pueden servir como parámetro de interpretación evolutiva del derecho, por ejemplo anteriormente existió gran controversia ante el matrimonio y las relaciones estables entre personas del mismo sexo a nivel mundial, pero en la actualidad, la visión respecto al tema se resuelve y se piensa de manera muy distinta, lo cual podría darse con el divorcio incausado, en un futuro jurídico.

El divorcio incausado ya ha sido adoptado por varios países en el mundo. Nuñez (s.f.), en su estudio el “divorcio incausado: una urgente actualización normativa”, presenta una síntesis sobre su aprobación en cuatro países.

España

En España también rige un sistema de divorcio incausado. Desde el año 2005 se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La exposición de motivos anota que adoptar un divorcio incausado protege y promueve la dignidad de los cónyuges. Además, que eso supone “favorecer al libre desarrollo de la personalidad”.

La exposición de motivos ha ilustrado otros puntos dignos de consideración. Afirma que perpetuar el conflicto entre los cónyuges con un divorcio contencioso es inconveniente. No solo para los cónyuges, sino también para sus familias que se ven indirectamente incluidas en la disputa. También expone que este sistema causalista, al condicionar el divorcio a la prueba de una causal particular, sacrifica la voluntad de los cónyuges “por razones inaprensibles” a los mismos. La única “causal”, en este sistema, es el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, esta exposición de motivos hace hincapié en la libertad como valor fundamental del ordenamiento jurídico español. Así pues, el ordenamiento español encontró urgente una reforma que permita reflejar a la libertad en su institución matrimonial.

México

A partir del 2008, México consagra la figura de divorcio incausado o exprés. No es el único tipo de divorcio en este país, pues también existe el divorcio necesario o el divorcio por mutuo consentimiento. México tiene un particular requisito, y es que el divorcio incausado solo puede ser accionado después de un año de celebrado el contrato matrimonial. El fin de esta disposición es brindar a los cónyuges un período de reflexión para que no tomen la decisión de una manera apresurada.

Dentro de la exposición de motivos y las consideraciones oficiales a esta reforma, se expresa una argumentación concordante con la del resto de ordenamientos. Así, manifiesta que la familia surge por razones naturales, en la que dos personas se unen para emprender un proyecto de vida común. Es por eso, expresan los considerandos, que se trata a estas disposiciones como de orden público y de interés social. Sin embargo, afirma que no hay razón para ignorar una realidad social en la que el índice de divorcios por falta de armonía doméstica, por situaciones irremediables, es muy elevado. Por lo mismo, consideran que el divorcio es un remedio o una solución para diferencias irreconciliables.

Sostiene también que es la obligación del Estado proteger a la familia. No obstante, que también es la obligación del Estado “velar por el derecho de toda persona a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar sustentado en la libertad e igualdad”.

Argentina

El Código Civil argentino entró en vigencia en el año 2015. Este cuerpo normativo cambió el paradigma en el divorcio conyugal. Ahora, el CCyC regula un solo tipo de divorcio: el incausado. El capítulo primero del Libro II, que trata sobre las relaciones de familia, se titula “Principios de libertad e igualdad”. Desde un inicio, el CCyC proclama a la libertad como uno de los principios rectores en materia familiar.

Para la transformación, varios puntos y argumentos fueron recurrentes. Primero, se cuestionó con alta rigurosidad el rol de cuidado que el Estado debe asumir dentro de la

relación familiar. Además, se enfatizó en la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad que un sistema causalista generaba. Asimismo, se hizo hincapié en todos los conflictos que son producto del proceso de este divorcio contencioso.

En ese sentido, los fundamentos del anteproyecto del CCyC argentino mencionaron que “la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso” Por lo tanto, el divorcio incausado también es un intento de apaciguar los problemáticos procesos judiciales de divorcio. Pretende “colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible”.

Suecia

En Suecia solo existe un tipo de divorcio: el incausado. Si ambos cónyuges están de acuerdo, o solo uno lo está, es indiferente. Es particular porque, en ciertos casos, tiene una limitación temporal: no se puede solicitar el divorcio dentro de los próximos seis meses desde que se verifica alguna de las siguientes condiciones:

1. Ambos cónyuges solicitan este período para reflexionar y reconsiderar la decisión;
2. Uno de los dos cónyuges vive permanentemente con un hijo propio que es menor de 16 y está bajo su custodia; y
3. Solo uno de los cónyuges desea terminar la relación matrimonial.

Lo que queda claro, sin embargo, es que el divorcio no requiere de justificación ni causal alguna. A pesar de exigir el período de reflexión de seis meses, el Estado sueco no interfiere con la vida privada de los cónyuges ni se inmiscuye en situaciones domésticas privadas. Si uno de los cónyuges quiere divorciarse, lo hará.

2.1.8 Estudios sobre el divorcio incausado.

A continuación, se presenta una serie de estudios sobre el divorcio incausado, en países de América Latina; a diferencia de un análisis en derecho comparado, los estudios

que aquí se presentan, permite orientar el presente estudio. Por ejemplo, el método, enfoque, técnicas o instrumentos para investigación.

El Salvador

Los efectos jurídicos y sociales del divorcio por mutuo consentimiento en las familias salvadoreñas (Lima, 2016)

Con el objetivo de determinar los principales efectos jurídicos y sociales del divorcio por mutuo consentimiento en las familias salvadoreñas, mediante el estudio de casos concretos, con el propósito de evaluar dichos efectos y proponer reformas al marco jurídico vigente, se realizó una investigación de tipo cualitativa, en la que además de técnicas documentales se obtuvo información mediante entrevistas y encuestas a una muestra de la población que fue seleccionada con base a criterios de idoneidad, entre ellos, jueces, personas cuyos divorcios fueron por el motivo de mutuo consentimiento e hijos de personas divorciadas por dicho motivo.

Entre las conclusiones jurídicas, se destacan:

1. El Salvador, al igual que la mayoría de la comunidad internacional, ve en el divorcio por mutuo consentimiento la posibilidad de remediar los problemas que aquejan a su matrimonio, permitiéndoles a los cónyuges con base a la autonomía de la voluntad de las partes obtener el divorcio por mutuo consentimiento.
2. La legislación familiar no es clara respecto al contenido que debe poseer el poder al momento que el abogado otorgue, modifique o amplíe el convenio por mutuo consentimiento.
3. El Código de Familia o la Ley Procesal de Familia no son claros sobre los requisitos de formas o los requisitos extrínsecos con que debe contar el convenio de divorcio por mutuo consentimiento, permitiendo la interpretación a veces amplia y a veces restringida por parte de los aplicadores de justicia, lo que implica en ocasiones dilaciones innecesarias en los trámites de divorcio.
4. La legislación familiar no es clara respecto a, si otorgar el convenio de divorcio por mutuo consentimiento con todas las formalidades legales, constituye un requisito de

admisibilidad de la solicitud de divorcio, lo que muchas veces acarrea retrasos en el trámite de divorcio.

5. No se regula de forma precisa en la legislación familiar, si el régimen patrimonial adquirido por los cónyuges al contraer matrimonio se puede liquidar en las diligencias de divorcio por mutuo consentimiento o debe ser un proceso independiente, en la medida que uno de los efectos jurídicos de la sentencia de divorcio es la disolución del régimen patrimonial.
6. Existen casos en los que, no obstante, el abogado es apoderado de los dos solicitantes, no representa los intereses de ambos en las diligencias de divorcio por mutuo consentimiento, y termina beneficiando a uno de los cónyuges.

En las conclusiones sociales, destaca:

1. Existe poca investigación o estudios sobre los efectos legales y sociales del divorcio en general, lo que imposibilita a las autoridades, elaborar políticas públicas y tomar acciones que contribuyan a disminuir los efectos sociales negativos en los padres y en los hijos, producto del divorcio por mutuo consentimiento.
2. Numerosos autores han llegado a la conclusión que, es el conflicto que precede al divorcio por mutuo consentimiento, el que afecta en mayor medida a las personas involucradas en el mismo y repercute por supuesto en todos los factores, siendo principalmente los más afectados los hijos.
3. El divorcio conlleva la formación de hogares monoparentales de jefatura femenina con recursos escasos o, en algunos casos, situados bajo la "línea de pobreza".
4. Los hijos de padres divorciados presentan mayores dificultades en sus relaciones paternofiliales y sociales.
5. Los hijos de padres divorciados tienen mayores problemas psicológicos y de aprendizaje.
6. El divorcio, no siendo la excepción el divorcio por mutuo consentimiento, trae efectos negativos no solo en los cónyuges o en los hijos, sino además trae efectos en la familia como base fundamental de la sociedad y desde luego en la sociedad en general.

El divorcio contencioso y sus efectos socio-jurídicos en las relaciones de los hijos e hijas de los cónyuges involucrados en los procesos del juzgado de familia del departamento de Usulután, durante el año 2018-2019, y regulación del divorcio sin expresión de causa, por la normativa legal como una solución a dichos efectos (Ortega, Morales, & Gómez, 2021).

Con el enunciado del problema ¿cuáles son los efectos socio jurídicos que producen los divorcios contenciosos contemplados por el Código de Familia para los hijos e hijas y las parejas cuyo vínculo matrimonial pretenden disolver?, la investigación tuvo como objetivo general proponer la adopción del divorcio sin expresión de causa como solución a los conflictos socio-jurídicos con hijos e hijas de las familias involucradas en los procesos contenciosos del Juzgado de Familia de Usulután durante el período 2018-2019.

El estudio, con un método cualitativo, la muestra estuvo constituida por excónyuges que hayan pasado por un proceso de divorcio contencioso, hijos e hijas entre doce y dieciocho años, agentes auxiliares de la Procuraduría General de la República del departamento de Usulután, abogados litigantes y Juez de familia.

Dentro de las conclusiones del estudio, se destacan:

1. Actualmente, el matrimonio como institución del derecho de familia parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas, es decir, que se debe dar el consentimiento de ambas partes para que se pueda celebrar el matrimonio; partiendo de esta idea es necesario evitar que al momento es que los cónyuges opten por la disolución del vínculo matrimonial, afecte en menor proporción el núcleo familiar, puesto que el entorno familiar se ve envuelto en enfrentamientos constantes.
2. Existe poca investigación sobre los efectos socio jurídicos del divorcio contencioso en general, lo que imposibilita, elaborar políticas públicas y tomar acciones que contribuyan a disminuir los efectos sociales negativos en los padres y en los hijos.
3. Con el resultado de la investigación concluimos como equipo investigador que el conflicto precede al divorcio que afecta en mayor medida a las personas involucradas en el mismo y repercute por supuesto en todos los factores, siendo

principalmente los más afectados los hijos e hijas, obteniendo como resultado final la ruptura de lazos de afinidad entre progenitores e hijos.

4. El divorcio contencioso con lleva la formación de hogares monoparentales de jefatura femenina con recursos escasos o, en algunos casos, obliga a los hijos trabajar a la corta edad para cubrir necesidades del hogar, como uno de sus principales efectos, además perdiendo total vínculo de relación con el otro progenitor.
5. En la investigación, lejos de atentar la sociedad tiene como objeto el facilitar los canales de entendimiento entre quienes viven los procesos de divorcio, eliminando una motivación más de enfrentamiento entre los sujetos en conflicto es decir cónyuges y sus hijos e hijas, minimizando los efectos socio jurídicos posteriores a la sentencia de divorcio, efectos reales que ya no son conocidos por el juez, como la disputa entre los progenitores con relación a las actividades realizadas por los hijos, las decisiones que hay que tomar en relación al desarrollo físico y emocional de los hijos, el aporte financiero que se vuelve necesario para cubrir las necesidades básicas, de los hijos e hijas.
6. Con la regulación del divorcio sin expresión de causa se respeta el libre desarrollo de la personalidad, pues es preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, en virtud de que esa voluntad no está sometida a explicación alguna sino, simplemente, a su deseo de ya no continuar unido en matrimonio.
7. Con la investigación se pudo probar que los hijos e hijas de padres divorciados con procesos contencioso presentan mayores dificultades en sus relaciones futuras, por haber tenido relación directa en un proceso donde el único vínculo a finalizar era el vínculo matrimonial de sus progenitores, no la relación entre estos y ellos, no es posible que en la finalización de un proceso que es calificado como uno de los más doloroso para el ser humano, no se agrieten sentimientos de los hijos e hijas inmersos, sin embargo es posible disminuir la intensidad de los sentimientos, que afectan a toda la familia.
8. Resulta de gran importancia de adoptar del divorcio sin expresión de causa en la normativa salvadoreña ya que la misma ampara el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas, protegiendo así la seguridad jurídica y social de la familia.

Colombia

Un estudio de Derecho Comparado del divorcio unilateral en Argentina y España, con una mirada al derecho colombiano Fuente especificada no válida.

El estudio de derecho comparado por las juristas con relación a Argentina, España y Colombia, reflexionan que:

1. Los defensores del divorcio incausado se fundamentan en los derechos de la libertad, la igualdad, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad.
2. En el Proyecto de Ley C050 de 2021 que se encuentra en trámite en el Senado, se observa que su motivación se fundamenta en argumentos similares a los que se expusieron y radicaron en los ordenamientos jurídicos de España y Argentina, en el momento en que implementaron el divorcio unilateral en estas legislaciones.
3. Tales argumentos se pueden resumir en la pertinencia de que las leyes que regulan la familia avancen conforme las transformaciones de las sociedades y en consonancia con la necesidad de desligar la disolución del vínculo matrimonial del concepto de culpabilidad. Lo anterior con el fin de hacer valer, en mayor medida, los derechos de libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana en las relaciones conyugales.
4. Es claro, que el legislador colombiano, debe observar lo que ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos, en los que se ha implementado este tipo de divorcio con el fin de realizar una adecuada implementación de esta figura jurídica.
5. En este orden de ideas nos preguntamos: en un primer momento, cuál sería el fundamento central que podría permitir el tránsito de un divorcio fundado en unas causales subjetivas y objetivas a un divorcio sin causa, como un tipo de divorcio adicional. En un segundo momento, cuáles podrían ser las implicaciones y efectos, positivos y negativos, que generaría la adopción del divorcio sin causa como una causal más en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los motivos inconstitucionales que se expresan en los argumentos del mismo proyecto de ley frente a las otras causales que ya existían. En un tercer momento, qué implicaciones generaría permitir mezclar las causales subjetivas con la causal unilateral, en el supuesto de presentarse demanda de reconvención por el demandado, además

verificar cómo el juez debería resolver tales peticiones de divorcio y si ello va conforme a la motivación de la ley que se señalaron en el mismo texto del proyecto.

6. Por último, podemos cuestionar si la posición de la Corte Constitucional, al no asumir un papel en la incorporación de esta figura jurídica es adecuada o, por el contrario, es errónea, teniendo en cuenta que el deber del Alto Tribunal es proteger y hacer valer los derechos fundamentales contenidos en la Carta Política. Como observamos, en España y Argentina, el amparo de estos derechos fueron el motor para “constitucionalizar el derecho privado de familia” en sus legislaciones.

“Aplicación del sistema de divorcio incausado en la legislación civil colombiana. Análisis de los sistemas causado e incausado”

La investigación, concluyó que:

1. El matrimonio en el ordenamiento jurídico colombiano se basa en un sistema absolutamente consensual en lo que se refiere al momento de constitución de la unión, pero totalmente restrictivo con relación al momento de ponerle fin, ya que para su terminación el cónyuge inocente es el único que tiene la facultad de pedir el divorcio mediante la invocación de las causales taxativas establecidas por el Legislador.
2. Esta restricción a la voluntad del cónyuge culpable (divorcio contencioso) para solicitar su divorcio, fue justificada por la protección especial, tanto legal como constitucional, que se ha dado a la familia; se dio mayor trascendencia al fin del Estado de proteger la familia como núcleo fundamental de la sociedad, sacrificando la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge sin poder invocar una de las causales taxativas.
3. La promoción y protección de la dignidad de los cónyuges y sus derechos, así como su autonomía, son los principios que deben regir la normatividad del matrimonio; debe procurarse que mediante estos principios se favorezca el libre desarrollo de la personalidad de sus miembros y el derrotero que evidencie la forma como se deben concebir las relaciones de la pareja dentro de una sociedad pluralista. El artículo 154 del Código Civil al exigir la demostración de determinada causal para lograr la disolución del vínculo matrimonial, cuando no existe mutuo consentimiento, es

inconstitucional al restringir el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, ya que vulnera abiertamente aquellos derechos que deben asegurar su pleno desarrollo, como el derecho al matrimonio y a su estado civil, a la vida familiar y al desarrollo de su proyecto de vida. Así lo dejó sentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando afirmo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe primar sobre el derecho a la familia, expresión que es justificada por el análisis que se realizó en torno a la distinción entre matrimonio y familia

4. Los derechos y deberes inherentes al matrimonio deberían subsistir mientras así lo quieran ambos cónyuges, y por el contrario, van a desaparecer por voluntad bilateral o unilateral de cualquiera de ellos; es decir, baste que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición.
5. La institución familiar dispone de muchas prerrogativas en la legislación y jurisprudencia nacionales, pero eso no significa que dicha protección alcance un grado tal que incida negativamente en la individualidad de sus integrantes; la singularidad propia de la persona no queda anulada por la pertenencia a la familia. Queda claro que la familia ha de concebirse al servicio de sus miembros y no a la inversa, sin dejar de considerarla como institución básica de la sociedad. De otra parte, si bien la legislación colombiana aún no contempla una causal taxativa unilateral para solicitar el divorcio, si se han realizado avances jurisprudenciales significativos alrededor de la indemnización por la ruptura del vínculo matrimonial a favor del cónyuge inocente, indemnización que se consideraría como posible consecuencia de una futura implementación del divorcio unilateral.
6. En igual sentido, las obligaciones que corresponden a los padres respecto de los hijos, por ley deben quedar garantizadas con los convenios o con las órdenes judiciales que se impartan al respeto, ya que los mismos son de ley y no están atados a la causal de terminación del matrimonio. Basta que el cónyuge que solicite el divorcio manifieste la forma como se van a cumplir con dichos deberes y las garantías para su cumplimiento.
7. El estudio jurisprudencial sobre el libre acceso al divorcio debe tener en cuenta los nuevos principios del derecho de familia que se han incorporado a través de los tratados internacionales de derechos humanos: igualdad, libertad y autonomía. Es

por ello, que los nuevos principios que orienten la aplicación e interpretación del derecho de familia deberían ser: la protección de la familia, la igualdad entre los integrantes del grupo familiar (de los cónyuges y de los hijos), la protección del más débil en las relaciones de familia (interés superior del niño y cónyuge más débil), la autonomía de la voluntad y, por último, el principio de intervención mínima del Estado.

8. Una interpretación jurisprudencial acorde con esos principios y tendencias internacionales sería acoger el principio consensualista en formación del matrimonio y que llevaría consecuentemente también en aplicar el mismo principio consensualista a su disolución: el divorcio es, por tanto, la consecuencia de una previa ruptura del consentimiento que mantiene viva la relación matrimonial (Roca, 2016, pág. 164 y 165). Así también, se estaría reconociendo principios como el de la autonomía y la libertad, con menos intervención estatal en un asunto que interesa solo a los cónyuges. Por último, el derecho de familia no solo debe responder a casos domésticos, sino que debe responder al litigio internacional y es así que se debe armonizar, no solo la legislación sino también la interpretación jurisprudencial, a esos compromisos que el Estado Colombiano ha asumido a través de diferentes instrumentos internacionales, que ya hacen parte de una codificación internacional en materia de familia y niñez a través del bloque de constitucionalidad.
9. Es necesario establecer conceptos únicos de familia y matrimonio en el derecho de familia comparado contemporáneo, pues se evidencia cada vez más esfuerzos integradores y unificadores en este sentido, pues los mismos sistemas jurídicos que se veían aislados o radicales en sus concepciones de derecho de familia, van poco a poco y de manera autónoma están poniéndose al día con sistemas más avanzados, precisamente en desarrollo del uso cada vez más frecuente de estudios en derecho comparado.

Ecuador

La autonomía de la voluntad como causal de divorcio: estudio comparado de las legislaciones España, México y Ecuador (Gonzabay & Liyohet, 2023)-

La investigación tuvo como objetivo comparar los Códigos civiles de cómo cada norma rige la voluntad como causal de divorcio, mediante un estudio jurídico las diferencias y semejanzas en diversos sistemas normativos en las legislaciones de España, México y Ecuador.

El estudio fue de tipo exploratorio, ya que se orientó al análisis, fundamentación que ayudo a la recopilación con respecto a la normativa que regulan el divorcio incausado España y México, fundamentado en las técnicas documental, y análisis del contenido.

Entre las conclusiones del estudio se encuentran:

1. La autonomía de la voluntad como causal de divorcio se aborda de manera distinta en Ecuador, España y México. En Ecuador, se reconoce y permite el divorcio por mutuo acuerdo, lo que refleja el respeto hacia la capacidad de las parejas para tomar decisiones conjuntas sobre su matrimonio. Este tipo de divorcio permite a ambos cónyuges poner fin a su unión de forma consensuada, sin necesidad de alegar causas específicas. Además, en Ecuador también existe la opción del divorcio unilateral, en el cual un cónyuge puede solicitar el divorcio sin el consentimiento del otro. Sin embargo, en este caso se deben cumplir ciertas causales establecidas por la ley, como el abandono, la separación de hecho o la falta de voluntad para cumplir con los deberes conyugales.
2. Estas disposiciones legales demuestran que la autonomía de la voluntad tiene un papel relevante en el ámbito del divorcio en Ecuador. En España, desde la Ley del Divorcio de 2005, se estableció el divorcio sin necesidad de alegar causas específicas. Esto significa que los cónyuges tienen el derecho de poner fin a su matrimonio sin tener que justificarlo ante un juez. Esta concepción del divorcio se basa en la premisa de la autonomía de la voluntad, que reconoce y respeta la capacidad de las personas para tomar decisiones sobre su estado civil.

3. En este sentido, se reconoce el derecho fundamental de los individuos a decidir libremente sobre su vida y sus relaciones matrimoniales, sin estar sujetos a criterios externos de culpabilidad o responsabilidad. En México, la autonomía de la voluntad como causal de divorcio varía según el estado. Algunos estados permiten el divorcio sin necesidad de alegar causas, lo que significa que las parejas pueden solicitar el divorcio de mutuo acuerdo, ejerciendo su autonomía para poner fin a su matrimonio sin la necesidad de justificarlo mediante causales específicas. Sin embargo, en otros estados mexicanos, aún se requiere alegar causas específicas para obtener el divorcio, como adulterio, violencia doméstica o abandono. A pesar de esta diversidad, existe un movimiento en varios estados mexicanos para reformar las leyes y permitir el divorcio sin necesidad de alegar causas, basándose en la premisa de respetar la autonomía de la voluntad de las personas y su derecho a decidir sobre su propia vida y relaciones matrimoniales
4. El divorcio incausado o sin causal es una forma diferente para dar por terminado el vínculo matrimonial, es así como en otros países tales como España y México ambos países se han acogido en su legislación este tipo de divorcio, ya que es un proceso rápido y también no se vulnera ningún derecho de las personas. El divorcio por causales es uno de los procesos para dar por terminado el vínculo matrimonial, es por ello que se implica una intromisión en la vida de los cónyuges, que si bien el que demanda el divorcio en este caso debe demostrar, que por parte de uno de los cónyuge ha cometido una conducta que afecto el matrimonio, por ende, una de las partes inicia la acción de divorcio y es aquí donde se exhibe las razones por el cual se están divorciando y por ende se están vulnerado el derecho a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, que si bien es cierto esto va en contra de los derechos constitucionales en él está reconocido en la misma norma.
5. Como mencione anteriormente la Constitución de la República del Ecuador hace énfasis a que vivimos en un estado constitucional de derechos y justicia, pero sin embargo hay una contradicción al referirse que debe existir la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad.
6. En la normativa ecuatoriana si bien es cierto no encontramos el divorcio incausado por el cual se debería implementar, así mismo se harían valer los derechos constitucionales que posee los ciudadanos en este caso los cónyuges en vivir en un ambiente adecuado y no se vulneren sus derechos

“El divorcio sin expresión de causal en la legislación ecuatoriana” (Ruiz, 2016)

La investigación tuvo como objetivo analizar la factibilidad del divorcio sin expresión de causa en la legislación ecuatoriana.

Fue planteada desde un enfoque crítico propositivo, de carácter cualitativo, el mismo que tuvo la modalidad bibliográfica-documental, porque en la investigación se utilizó libros, leyes, textos, revistas, internet, etc, que constituyen información secundaria referente al tema de investigación, además se aplicó la información receptada en base a documentos válidos y confiables a manera de información primaria, con lo cual se determinó de manera clara la factibilidad de la implementación del divorcio sin expresión de causa en el Ecuador, y de campo, porque la investigadora asistió de forma personal a recabar información con un experto en esta área del derecho, lo cual permitió determinar si en el país pudiera darse la implementación de este tipo de divorcio.

La técnica utilizada fue la entrevista, realizada a los profesionales expertos en el tema del Ecuador y de México. Para operativizar las técnicas anteriormente mencionadas fue necesaria la aplicación de un instrumento para la recolección de información, que fue el cuestionario estructurado y semi estructurado de la entrevista

Entre sus conclusiones se encuentran:

1. La factibilidad de la implementación del divorcio sin expresión de causal es sin duda posible en la realidad ecuatoriana a pesar de que resulta compleja, por las connotaciones morales que tiene, no obstante que la moral y el derecho son ámbitos distintos, se ha observado que en materia familiar (y particularmente en el tema de divorcio) existe una gran participación e influencia de la moral en ésta rama de derecho, ello no impide que sea totalmente además necesaria su implementación en nuestra legislación.
2. Después del análisis de una parte importante del Derecho de Familia que abarca el matrimonio y una de sus formas de terminación: el divorcio, sostengo que requiere urgentemente de una evolución a la luz de los postulados del derecho de familia pos moderno, con la incorporación del divorcio incausado por voluntad unilateral.

3. Existe una obsolescencia de las normas que regulan el divorcio, ya que no se puede concebir que en pleno siglo XXI resulta absurdo que la función jurisdiccional se estanque en la culpabilidad sobre la terminación del matrimonio, cuando el hecho es simple y complejo a la vez, el matrimonio terminó sin importar quien lo provocó (Salvo que se requiera el resarcimiento de daños y perjuicios)
4. Resulta urgente, necesaria y de vital importancia implementar este tipo de divorcio en la normativa ecuatoriana ya que la misma ampara el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas, evitando así el menoscabo de sus derechos.

“El divorcio incausado y unilateral: Una reforma normativa que busca el libre desarrollo de la personalidad del ser humano en el Ecuador” (Gaete, 2022)

La relación entre el divorcio incausado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad es directa, materializada a través de este último, con el fin de divorciarse sin razón aparente. Porque el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental, cuyo espacio significativo para la libertad humana obliga a terceros a evitar que interfieran con las elecciones hechas por los propios individuos. Razón por cuanto como el matrimonio no puede darse sin el consentimiento de los cónyuges, dicho matrimonio no debe continuar si falta el consentimiento de los contrayentes, debido a que sus vidas están guiadas por su libertad, sus deseos y sus creencias.

Por lo tanto, los estados que tienen como objetivo el respeto a la dignidad, no solo ello, la legislación debe facilitar la realización de este derecho, pero también crear condiciones más propicias para el ser humano ejercer sus derechos al amparo de la ley. El divorcio incausado está regulado en países latinoamericanos, según el respeto al concepto de autonomía partidaria y libre desarrollo de las personas. Se hace referencia a la base para mantener las premisas de autonomía de la voluntad, libre desarrollo de la personalidad, rapidez y economía procesal. Además de la necesaria discusión sobre la forma legislativa del divorcio, en la que el proceso no pasa la evaluación constitucional y deba ser implementada en el Código Civil. Se puede dar el divorcio por motivos destinados a terminar el matrimonio, pero significa interrupción de la vida conyugal. Dicha intimidad conyugal pende de un hilo,

ya que quien demanda el divorcio para demostrar que su cónyuge participó en un comportamiento que afectó el matrimonio, y por esto el proceso de divorcio debe someterse a un deterioro de la intimidad conyugal; esto se opone al derecho reconocido y protegido a la intimidad de las personas y las familias según el Artículo 66 número 20 de la Constitución de la República del Ecuador.

Aunque es considerado complicado la implicación y correspondiente tipificación del divorcio incausado en el Ecuador, porque la sociedad es muy conservadora, es importante explicar que la implementación en otros países nos dice que la disolución del matrimonio no releva al cónyuge de las obligaciones derivadas del matrimonio. Tales como dar alimentos a los hijos, así como garantizar su cuidado y protección.

Finalmente, uno de los beneficios de esta propuesta es agilizar y simplificar el divorcio al acortar el plazo y proceso de resolución, en armonía con el desarrollo del divorcio, ya que tampoco existe una imagen de los cónyuges inocentes y culpables como las disputas económicas que surjan en los procesos judiciales, independientemente de la declaración judicial de divorcio, se resolverán por separado; además, se evitarán procesos largos y costosos que perjudiquen la economía familiar y se ahorrarán fondos públicos al acortar los tiempos de los procesos judiciales.

Perú

“El divorcio incausado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges en el Perú” (Chávez, 2021)

Con el objetivo de identificar cuál es la relación que existe entre el divorcio incausado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges en el Perú, la investigación se desarrolló con un enfoque cualitativo, dado que, que pretendía realizar un análisis jurídico legal sobre el divorcio incausado fundamentado en el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges.

Considerando el tipo de investigación, aplicaron la técnica de análisis documental, desarrollando una revisión de:

1. Literatura sobre el divorcio incausado.
2. Literatura sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
3. Normativa sobre el divorcio en el Perú.
4. Normativas que regulan el divorcio en España, Ciudad de México, Uruguay y Argentina.
5. Dos sentencias de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Contradicción de Tesis 73/2014 y Amparo Directo 32/2017).

Entre las conclusiones se destacan:

1. La relación que existe entre el divorcio incausado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad es directa, materializándose este último, con el divorcio incausado. Siendo el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que consagra un espacio vital de libertad para el ser humano, que obliga a terceros de abstenerse de interferir en la elección de las opciones que el propio individuo realiza para direccionar su vida en razón de la libertad, a sus aspiraciones y creencias. En consecuencia, el Estado cuyo fin es el respeto de la dignidad tienen el rol de no solo legislar en pro al cumplimiento de este derecho sino también de crear las condiciones más favorables para que los seres humanos ejerzan sus derechos al amparo del derecho al libre desarrollo de su personalidad.
2. Entre los fundamentos identificados para incorporar el divorcio incausado en el Perú están: El derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú. Reducir situaciones de conflicto familiar ya que no el juez no se adentra en el motivo del divorcio. Evitar la revictimización de los cónyuges y sus hijos, debido a que no se busca que las partes expongan hechos de carácter privado y familiar ante terceros ajenos a ellos. Contribuir con la celeridad y economía procesal, dado que, al primar la voluntad, este se resuelve más rápido.
3. En el derecho comparado países como España, México (CDM), Uruguay y Argentina cuentan con legislaciones modernas, basadas en conceptos actuales de lo que se entiende por familia y matrimonio; enarbolando derechos fundamentales como es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y el principio de autonomía de la voluntad, viéndose reflejado en la regulación del divorcio

incausado sin dejar de lado que los cónyuges asuman su responsabilidad sobre los temas inherentes al matrimonio. El divorcio incausado es el resultado de un medio social cambiante, pues la dinámica y complejidad de la sociedad moderna nos lleva a nuevas exigencias y la búsqueda del estricto cumplimiento de derechos.

El divorcio incausado en el Perú: análisis para su inclusión en el código civil peruano (Gonzalez, 2023)

La investigación tuvo como objetivo analizar qué tan importante sería la incorporación del divorcio sin causa en el sistema civil peruano. El enfoque de esta investigación fue cualitativo, el cual se pretendió adquirir información y recabar los datos, con el propósito de analizar el tema a tratar, tomando como referencia el análisis documental, que permitió la obtención de información amplia, profunda que da el soporte material, entre las que incluyó:

1. Legislaciones o Normativas que incorpora el divorcio incausado en países como Argentina, España y México.
2. Literatura respecto al proceso de divorcio incausado.
3. Normativa sobre el divorcio en el Perú.

Dentro de la reflexión final, se destaca:

“La actual legislación de divorcio, está dividido en dos categorizaciones, de los cuales, podemos identificarlos entre el divorcio sanción y divorcio remedio, cada una tipificada en nuestro Código Civil, para cada caso en particular; mientras que la primera obedece a determinar al culpable y aplicarle sanción, por incumplimiento de los deberes del matrimonio que torne intolerante la vida en común; la segunda, ocurre cuando la convivencia se torna imposible sin culpa de las partes, no hay la necesidad de buscar al culpable. Dicha situación ha generado diversas opiniones, respecto al proceso, entre las cuales, muchas veces se ha visto que, en el divorcio judicial, cuando se invoca una de las causales frecuentemente son muy largos y tediosos, hasta llegar a tal punto de que el proceso dure por lo menos 3 años, por la misma carga laboral del poder judicial, de manera que se suelen emitir sentencias deficientes. Es por ello, que resulta importante y necesario la inclusión del divorcio incausado en el sistema peruano, para evitar procesos largos y sentencias defectuosas en la búsqueda de solución a la problemática sobre el proceso de

disolución de la relación matrimonial de las parejas. Segunda: Uno de las razones identificados para la inclusión del tema de “divorcio incausado en el Perú” son los siguientes: la autonomía de la voluntad que está prescrito en el artículo 2, inciso 24, literal A de la Constitución Política del Perú de 1993. El derecho de la libre determinación de los cónyuges tipificado en la misma carta magna, en su artículo 2, inciso 1. Reducir la carga laboral en los juzgados de familia y coadyuvar con la prontitud y economizar sobre el costo procesal en el trámite. Evitar la carga emocional de los hijos, ex 74 cónyuges y entorno familiar, respecto a la manifestación de las razones de carácter personal y privado, que los llevo a decidir iniciar su proceso de divorcio, eliminado las causales establecidas en el Código Civil. Y por supuesto, el divorcio incausado estaría regulado respetando las obligaciones parentales para con los hijos. Tercera: El proceso de divorcio incausado en los países como Argentina, España y México, regulan al divorcio incausado, a través de los nuevos conceptos de familia y matrimonio. Tomando en cuenta y respetando, la autonomía de las partes, el derecho a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto por la libertad, puesta en valor a su proyecto de vida, evitando al individuo a forzarlo a continuar en el vínculo matrimonial, sin embargo, cumpliendo y no dejando desapercibo las obligaciones propias del matrimonio. Por otro lado, este tipo de trámite de divorcio es el resultado de los cambios radicales que va experimentando nuestra sociedad, puesto que la vida, es algo compleja, que muchas veces no quieren hacerse cargo del proyecto existencial”.

“La instauración del divorcio incausado y la autonomía de la voluntad en el Perú.”
(Guzmán, 2017)

La investigación tuvo como objetivo determinar en qué medida resulta necesario la instauración del Divorcio Incausado para garantizar la autonomía de la voluntad de las partes en el Perú.

Por su enfoque, la investigación fue Cualitativa, debido a que se analizó la jurisprudencia, doctrina y Sentencias referente al divorcio y al derecho a la autonomía de la voluntad.

La investigación consideró un diseño no probabilístico de muestreo por conveniencia, en la que participaron tres jueces.

Entre las conclusiones del estudio se encuentra:

1. Se determinó que Sí resulta necesaria la Instauración del Divorcio Incausado para garantizar la autonomía de la voluntad de las partes en el Perú. En la medida que se pueda garantizar el interés de divorciarte por el hecho factico de interponer una demanda de divorcio, pero no dejando de lado el amparo a las demás instituciones que trae consigo el vínculo matrimonial, como son los alimentos, patria potestad, régimen de visitas, tenencia, liquidación de la sociedad de gananciales.
2. Se analizó las bases jurídicas y doctrinarias de la autonomía de la voluntad donde se establece que el fundamento central de la misma es la libertad de la persona dirigida en dos vertientes, la libertad de contratar y la libertad contractual, mismas que permiten establecer libremente le contenido del contrato y de celebrarlo con quienes queremos, contrario sensu, de culminarlo cuando queramos sin más trabas que los derechos fundamentales de terceros ajenos al acto jurídico a resolver; de igual modo, la autonomía de la voluntad es fuente de derechos fundamentales de la persona como la libertad, autorrealización, igualdad y demás que garantizan un total respeto a su dignidad y decisiones.
3. Luego del análisis de las sentencias de divorcio por causal tramitados en los juzgados de familia de la ciudad de Trujillo, podemos concluir en que muchos de los casos que son tramitados suelen concluir como procesos infundados o hasta ser rechazados (improcedentes) por cuanto se requiere del estricto cumplimiento de las causales establecidas en nuestra legislación, lo que no se consigue en la mayoría de procesos, perdiendo de este modo tiempo, dinero, esfuerzo y sacrificio en pro de un divorcio que no llega, a pesar de ser deseado incluso en algunas ocasiones por ambas partes, por lo que dentro del sistema actual muchas parejas se encuentran sometidas a un contrato (matrimonio) ya no deseado.
4. Dentro de los lineamientos del derecho comparado lo que podemos observar es que existen distintas legislaciones extranjeras que ya han modernizado sus regulaciones adjuntando el mecanismo que buscamos instaurar con la presente investigación, que es el divorcio incausado; este es el caso de México, Argentina y España países que contemplan la posibilidad de un divorcio sin que medie causa alguna más que

el solo deseo de divorciarse, pues con ello resulta suficiente para dar por concluida una relación matrimonial, puesto que no pueden obligar a las partes a mantener un vínculo que ya no desean, lo que garantiza la autonomía de las partes

2.2 ELEMENTOS TEÓRICOS

El Código de Familia en su artículo 12 entiende el matrimonio como “contraído para toda la vida de los contrayentes” y surte efectos desde su celebración. No obstante, el mismo Código establece las causales de su disolución en el artículo 104, por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Se destaca que el vínculo matrimonial se puede disolver. La disolución del matrimonio es el término o conclusión del vínculo personal y económico entre los cónyuges reales o aparentes. Puede ser natural, por muerte de uno o de ambos consortes; legal, el divorcio (v.) (Osorio, 1981). Donde no se acepta la ruptura vincular, existe una cuarta posibilidad: la separación de cuerpos, a la que acompaña una independencia patrimonial ulterior de amplitud variada (L. Alcalá-Zamora como se citó en Osorio, 1981).

Con respecto a la disolución del matrimonio, el Código de Familia salvadoreño en su artículo 104, expresa que el matrimonio se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges y por el divorcio. Por ello, este Código en su artículo 105 define que el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial decretado por el juez.

Osorio (1981) explica que existen en las legislaciones diversas posturas sobre el divorcio: Las que admiten la separación de cuerpos, que con ella conllevan efectos sobre el régimen de bienes y la custodia de los hijos; y esto se entiende que al romperse el vínculo y poder los cónyuges contraer nuevas nupcias, se suprime la estabilidad de la familia, base de la sociedad. (p. 260). Las que admiten el divorcio con ruptura del vínculo; ya que pueden estimar inútil y hasta perjudicial mantener la ficción de que existe unión cuando realmente no hay tal; e incluso la situación de los hijos es peor por tener que ser involuntarios testigos de las desinteligencias, serias en general, de sus padres. Y es que esta postura prohíbe a los divorciados contraer un nuevo matrimonio, situación que los lleva a contraer relaciones

extramatrimoniales. (p. 261). Las admiten el divorcio por consentimiento de ambos cónyuges, pues estiman que el matrimonio se puede deshacer como cualquier otro contrato. (p. 261)

En El Salvador, el Código de Familia en su artículo 106 admite el divorcio, el cual podrá decretarse:

- 1o) Por mutuo consentimiento de los cónyuges;
- 2o) Por separación de los cónyuges durante uno o más 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 notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave semejante. En el caso del ordinal anterior el divorcio podrá ser solicitado sólo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaren el motivo.

Entonces, la condición previa del divorcio, según Fernández (2023) es que las personas deben estar casadas; mientras que la separación no pone fin al matrimonio, ya que ambos cónyuges seguirán siendo considerados marido y mujer. Esto impide que puedan casarse con otra persona.

Por lo que se puede determinar que el divorcio, es la disolución del matrimonio, es decir darle fin a la unión que existía entre dos personas, decretadas por un juez competente en materia de familia; mientras que la separación solo es aquella donde aún existe aquel vínculo matrimonial, sin embargo, no están juntos, se puede decir que estos cónyuges no conviven en el mismo hogar. Por lo que Fernández lo define muy bien diciendo que la separación mantiene el vínculo matrimonial, mientras que el divorcio lo extingue o lo disuelve.

2.2.1. El divorcio por causales en la Legislación de Familia Salvadoreña y los efectos que produce

Según lo establecido por el artículo 106 del Código de Familia establece tácitamente tres motivos para decretar el divorcio los cuales son: Por mutuo consentimiento de los

cónyuges; por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos; y por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges.

Separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos y los efectos que produce.

Esta causal se determina cuando existe una distancia o como lo establece la causal una separación de uno o más años, ya que es esencial demostrar ante el juez que si llevan ese tiempo separados el uno del otro. Por lo que parten del supuesto de hecho, es decir la separación por más de un año que la norma acoge en el citado artículo 106 del Código de Familia, se configura en la *litis* como el objeto de la prueba y naturalmente debe acreditarse en el proceso a través de los medios pertinentes, de modo que al juzgador no le quede duda que la separación de hecho que sustenta la petición de divorcio, verdaderamente se configura como causal objetiva del mismo, la que se ha dado ininterrumpidamente por el lapso de tiempo que la misma ley establece (uno o más años consecutivos), el elemento subjetivo que consiste en la falta de voluntad de unirse puede estar o no presente en uno o ambos cónyuges (Sánchez, 2010).

El motivo que puede producir en esta causal es aquel conflicto de intereses que puede existir entre uno de los cónyuges, ya que es necesario que solo uno de los cónyuges presente la demanda por la causal de separación, y es que acá tal como se estableció anteriormente es necesario demostrar por medio de testigos o prueba documental, de que efectivamente sí existe la separación por el tiempo de un año o más, exponiendo así su vida privada a los entes establecidos en los tribunales de familia, violentando así el derecho a la intimidad de los cónyuges.

Al respecto, el ensayo sobre las relaciones de pareja agrega que, en cuanto a esta causal segunda, se obliga a que los cónyuges tengan que esperar al menos un año para promover el proceso de divorcio, y dentro de este, es necesario probar tal separación por el lapso de tiempo exigido. En otras palabras, antes de un año, aunque uno de los cónyuges en ejercicio de su autonomía de la voluntad, tome a bien poner fin al matrimonio, no lo puede

hacer, pues tal decisión está supeditada al transcurso del tiempo, que en este caso es un año. (Ulloa, D.,2023).

Razonamientos por los cuales se ha dictado una sentencia de No ha lugar al divorcio por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos:

1. Por haber contradicción en el testimonio de las personas ofrecidas como testigos dentro del proceso de divorcio, siendo uno de los tantos ejemplo el siguiente: los testigos han expresado una fecha diferente de separación de los cónyuges, la cual difiere con la fecha plasmada en la demanda, es decir que por existir contradicción entre lo dicho por el testigo y lo planteado en la demanda en un inicio, no se dictó una sentencia estimativa y favorable para las partes en donde se resolviera disolver el vínculo matrimonial que los une, dejando como consecuencia el matrimonio válido y vigente; que lo único que debió verificarse y debe de verificarse en los procesos de divorcio por separación de los cónyuges, es que los cónyuges en efecto se encuentren separados por un año o más y no centrarse en que el día, mes y año coincidían tanto con el testimonio de los testigos y con los hechos expuestos en la demanda.
2. Por no haber comparecido la parte demandante y los testigos a la celebración de la audiencia de sentencia, por lo que los hechos no podían ser probados sin que los testigos.
3. Cuando los testigos no cumplen con los elementos objetivos y subjetivos de probabilidad; por lo que dentro de los procesos no se ha logrado acreditar el elemento objetivo de la pretensión, el cual es la separación material de los cónyuges, por no mencionar fecha alguna, como tampoco se ha probado el elemento subjetivo volátil, el cual se refiere al deseo de los cónyuges de ya no seguir con el vínculo matrimonial; así mismo los testigos no hablaron de la vida actual de las partes demandante y demandado, no dijeron si poseen nuevas parejas y no les consta a los testigos que las cónyuges tengan o no comunicación.
4. Que cuando los hechos alusivos se enmarcan en la causal segunda contenidas en el art. 106 del Código de Familia, para probarlos, se debe presentar prueba documental y testimonial, los cuales son los medios probatorios y estos son admitidos en la audiencia preliminar y son los que deben de producirse en la audiencia de sentencia, sin embargo, hay casos donde únicamente es posible

controvertir la prueba documental no así la prueba testimonial que sería la prueba pertinente (según el sistema procesal Salvadoreño) para comprobar los extremos procesales de separación a efecto de acceder al divorcio planteado si fuera el caso, ya que al no comparecer los testigos propuestos como tampoco se presenta justificación alguna ante su incomparecencia, por lo tanto por no producirse la prueba testimonial ofrecida no ha sido posible probar la separación de los cónyuges.

5. Que se considera que el testigo escuchado no aporta elementos relevantes para confirmar los hechos de separación, en vista en la aplicación de la sana crítica, se considera que los testigos referenciales sobre todos los propuestos a pesar de la cercanía de los cónyuges, no les consta personalmente que los cónyuges no mantengan comunicación y que la separación se haya dado en la fecha que se menciona en la demanda, de conformidad al art. 357 del Código Procesal Civil y Mercantil en aplicación al art. 218 de La Ley Procesal de Familia, no hará fe la declaración del testigo que no tenga conocimiento personal sobre los hechos objeto de la prueba o los hubiere conocido por la declaración de un tercero.

Se podría decir que el no permitir el divorcio antes de algún tiempo, debe tener algunas motivaciones y desde las reglas de la lógica, y las mismas podrían ser:

- 1- Brindar un tiempo para la reconciliación entre las partes.
- 2- Evitar saturar los sistemas judiciales.

La primera supuesta motivación, podría ser nefasta y muy perjudicial para la persona que quiere divorciarse, e incluso para el resto de los miembros de la familia. Con el plazo, se está protegiendo a la institución familiar, pero no al individuo que también la conforma. Se estaría poniendo limitaciones a las personas para rehacer su vida, incluso se estaría obligado a vivir una situación ficticia, porque legalmente están en una relación que no existe, y a la cual no quiere pertenecer más; y dando como resultado una afectación en la dignidad de la persona. En relación a la segunda supuesta motivación, el acceso a la justicia no se le puede denegar a las personas, sin importar cuantas veces se casen y se divorcien; por lo que no sería razonable pensar que así sea. Pero, si las anteriores no son las razones del plazo, entonces: ¿Qué justifica que una persona deba esperar tanto tiempo para divorciarse?

Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges y los efectos que lo produce.

En esta causal y tal como lo estipula el artículo 106 en su numeral 3 e inciso último, se entiende que ocurre este motivo, en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de los cónyuges o cualquier otro hecho grave o semejante.

Los efectos que produce esta causal es la violación a su vida privada, al derecho a la intimidad y a la autonomía de la voluntad, ya que están expuestos a que las partes en proceso escuchen o presidan los motivos, así como irrespeto, intolerancia, inconsideración e infidelidad, además es importante determinar que solo en esta causal el divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaren el motivo.

En consecuencia, si bien es cierto el Art. 106 inc. segundo del Código de Familia establece que en el caso de la tercera causal (intolerabilidad de vida en común), sólo el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos dañosos que originaren el motivo de divorcio está legitimado para pedirlo, sin desconocer que en la realidad de la vida matrimonial, también, puede volverse intolerable por hechos o actos recíprocos de ambos cónyuges, lo que, a tenor literal de lo dispuesto en el precepto señalado, no legitimaría a ninguno de los cónyuges para promover la demanda de divorcio, lo que conllevaría a que mientras no se configurara otra causal, dichos cónyuges continuarán viviendo en ese estado de conflicto, aunque de hecho el matrimonio ya no fuera funcional, situación que no es aceptable pues de hecho ya no se cumplen los fines del matrimonio y en este caso cualquiera de ellos a nuestro juicio puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial, previendo cualquier daño irreparable a futuro (Sánchez, 2010).

En tal sentido, Tito (2021) advierte dos teorías sobre el divorcio: el divorcio sanción y el divorcio remedio.

“El divorcio es una sanción contra el cónyuge que ha incurrido en alguna de las causales expresamente determinadas por el legislador” (p.42). Este aspecto del divorcio sanción se identifica de modo específico en el Código de Familia, artículo 106 ordinal 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 notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave semejante. En el caso del ordinal anterior el divorcio podrá ser solicitado sólo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaren el motivo. El divorcio remedio, destinado a remediar una situación insostenible (p.43)

De igual manera, Calderón de Buitrago et. al (1995) explica que el artículo 12 del Código de Familia señala que el matrimonio se entiende contraído para toda la vida de los contrayentes; “el divorcio no es un camino o forma de vida, sino una situación de fracaso conyugal, remedio, o sanción ante el no cumplimiento de sus deberes, es decir la excepción a la regla general” (p.180).

Por otra parte, la tercera causal invade la privacidad de los cónyuges y del grupo familiar en general, ya que el requisito exigido no es el tiempo, sino la vida intolerable, que se traduce en reiterados escenarios de diversos tipos de violencia que en el seno familiar se han perpetuado y que deben salir a relucir en el estrado judicial para demostrar al juez la existencia de la causal, y sólo si es probado debidamente, se procede a la disolución del matrimonio. En esta causal, básicamente se está obligando desde la normativa legal a que exista efectivamente actos de violencia, de lo contrario, no es posible decretar. (Ulloa, D.,2023).

Como puede observarse, ambas causales dejan en manos del juzgador una decisión meramente personalísima que solo debería depender de quienes están unidos por el vínculo legal, aquellos que en su libre autodeterminación decidieron contraer matrimonio y dar inicio a un proyecto de vida sin necesitar aprobación de un tercero, pero que, en el camino hacia ese proyecto de vida, se dieron cuenta que este no es posible continuarlo y es irremediable.

Las dos causales en comento, requeridas por el legislador salvadoreño implican una injerencia arbitraria por parte del Estado en la vida privada y familiar, prohibida por la Convención Americana en el Art 11 numeral 2. Sobre esto, la Corte IDH, ha sostenido: “que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o

agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”, en esa misma línea, “la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”. Este derecho se encuentra íntimamente en esa misma línea, “la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”. Este derecho se encuentra íntimamente vinculado con la dignidad humana, así lo reafirma el Tribunal regional, al indicar: “el principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio)”. (Ulloa, D.,2023).

2.2.2 Desarrollo de causales de divorcio que potencializan derechos fundamentales de los cónyuges.

Las nuevas doctrinas del derecho de familia se decantan, por otras causas de divorcio, que tengan como fundamento los derechos de vida privada y familiar, dignidad humana y libre autonomía de la voluntad. Entre los motivos de separación, que mejor potencializan tales derechos, tenemos:

- e) divorcio solicitado por ambos cónyuges,
- f) Divorcio solicitado unilateralmente, también denominado divorcio incausado, y
- g) Divorcio solicitado ante notario.

a) Divorcio solicitado por ambos cónyuges

Esta modalidad, básicamente es la misma que preceptúa el numeral primero del artículo 106 del Código de Familia, y solo requiere la voluntad de ambos cónyuges para poner fin al vínculo matrimonial existente, sin mayores tramites y mucho menos, sin dejar esta decisión en manos de un tercero, pues solo quienes integran el matrimonio, tienen esa facultad. Debe aclararse que si bien, debe promoverse ante el juez competente, pero con la finalidad de que este vele porque esa voluntad no este viciada ni coaccionada, así como también, para determinar el cumplimiento de otros requisitos procesales como el hecho de que el convenio de divorcio garantice la igualdad de ambos y también aquellos aspectos

colaterales que puedan deducirse de la separación, por ejemplo, el cuidado personal, obligación alimenticia y régimen de comunicación y trato de los hijos en común.

b) Divorcio solicitado unilateralmente o divorcio incausado.

El artículo 32 de la Constitución impone al Estado el deber de fomentar el matrimonio; no obstante, esto no puede ser interpretado como la posibilidad de obligar a los cónyuges a permanecer unidos en vínculo matrimonial en contra de su voluntad, por un lapso breve o prolongado; y, mucho menos a exponer frente a terceras personas aspectos relativos a su vida privada, pues constituyen categorías protegidas por la legislación salvadoreña y también por la CADH, tal como antes se ha expuesto.

En realidad, el mandato de la expresada disposición, de acuerdo con jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, se perfila en posicionar a la institución jurídica del matrimonio en una ubicación distinta a otras formas de organización familiar, en tanto, sus efectos son inmediatos. En palabras de dicho tribunal constitucional, se ha dicho: “siendo un postulado constitucional el fomento de la institución del matrimonio, no resulta conciliable con el mismo que una pareja que convive de hecho y sin impedimento legal para contraerlo, pretenda incorporar dentro de su esfera jurídica los derechos y obligaciones que derivan de aquél.”

Ahora bien, dicha postura ha sido objeto de crítica por la Dra. Marisa Herrera (Herrera, 2015), pues el constituyente ha colocado al matrimonio en una posición privilegiada, en la cual, no debería estar, pues para ella, todas las formas de organización familiar deben ser aceptadas en igualdad de condiciones, y, los Estados deben promover no una forma en particular, sino la protección y garantía de los derechos humanos de los integrantes de las familias.

A pesar de ello; y, más allá de dicha discusión, el punto central es que, la idea de fomentar el matrimonio debe encontrarse en el establecimiento de facilidades y amplias posibilidades para que las personas puedan contraerlo, incluso de forma gratuita; y, a esto responde el artículo 13 del código de familia, que faculta un conjunto de funcionarios y a los Notarios para autorizarlo. Esto es en realidad una forma de fomentarlo; pero, nunca podría serlo una

restricción a la autonomía de voluntad de las personas, que incide en su dignidad humana e invade indebidamente su vida privada.

En consecuencia, la regulación de un divorcio sin expresión de causa no solo es acorde con el artículo 32 de la Constitución, sino que garantiza mejor un plexo de derechos de todos los integrantes de la familia. Respecto a esta causal, la Dra. Marisa Herrera la define como: “aquel en que los cónyuges no tienen que esgrimir las razones por las cuales no pretenden continuar unidos en matrimonio”

h) Divorcio ante un notario

Al delegar a los Notarios salvadoreños para los divorcios solicitados por existir acuerdo entre los cónyuges, es posible descongestionar el sistema judicial.

2.2.3 Divorcio incausado: una urgente actualización normativa

Se puede decir que el divorcio incausado, es aquel que no tiene una causal para ser solicitado; ya que tal vez no existe vida Intolerable, infidelidad, ni cualquier otro motivo preestablecido; más que el deseo de alguno de los cónyuges de no seguir en matrimonio con el otro, y que este último no desea brindar el divorcio.

El divorcio incausado o también conocido como divorcio express elimina el vínculo matrimonial entre los cónyuges; y su fin es defender la autonomía de la voluntad de quienes conforman el matrimonio, y que con tan solo uno de ellos no decida continuar en dicho instituto, se finalice el mismo. La perspectiva del divorcio incausado está en la protección a los individuos que están ligados en matrimonio, y no a la institución en sí.

Para algunos el divorcio incausado es el divorcio por mutuo consentimiento; pero hasta cierto punto, no debería ser tomado así, ya que la misma (mutuo consentimiento) está dentro de las causales taxativas para poder divorciarse, establecidas por el legislador.

Cabe mencionar que las leyes se crean conforme a los derechos humanos y no hay que olvidar que estos son progresivos, y que además pueden servir como parámetro de interpretación evolutiva del derecho, por ejemplo anteriormente existió gran controversia ante el matrimonio y las relaciones estables entre personas del mismo sexo a nivel mundial, pero en la actualidad, la visión respecto al tema se resuelve y se piensa de manera muy distinta, lo cual podría darse con el divorcio incausado, en un futuro jurídico.

El divorcio incausado ya ha sido adoptado por varios países en el mundo. Nuñez (s.f.), en su estudio el “divorcio incausado: una urgente actualización normativa”, presenta una síntesis sobre su aprobación en cuatro países.

2.2.4 El divorcio sin causa en la legislación internacional

En el divorcio sin causa lo que prevalece es la “decisión de uno de los cónyuges como causal de divorcio, liberándolos de asumir la carga de la prueba o de convencer a la contraparte para llegar a un acuerdo” (Movilla Suarez, 2016, p.54). Este tipo de divorcio ha sido regulado en México, Francia, Argentina, Suecia, Nicaragua y España.

México

A partir del 2008, México consagra la figura de divorcio incausado o exprés. No es el único tipo de divorcio en este país, pues también existe el divorcio necesario o el divorcio por mutuo consentimiento. México tiene un particular requisito, y es que el divorcio incausado solo puede ser accionado después de un año de celebrado el contrato matrimonial. El fin de esta disposición es brindar a los cónyuges un período de reflexión para que no tomen la decisión de una manera apresurada.

Dentro de la exposición de motivos y las consideraciones oficiales a esta reforma, se expresa una argumentación concordante con la del resto de ordenamientos. Así, manifiesta que la familia surge por razones naturales, en la que dos personas se unen para emprender un proyecto de vida común. Es por eso, expresan los considerandos, que se trata a estas

disposiciones como de orden público y de interés social. Sin embargo, afirma que no hay razón para ignorar una realidad social en la que el índice de divorcios por falta de armonía doméstica, por situaciones irremediables, es muy elevado. Por lo mismo, consideran que el divorcio es un remedio o una solución para diferencias irreconciliables. Sostiene también que es la obligación del Estado proteger a la familia. No obstante, que también es la obligación del Estado “velar por el derecho de toda persona a un ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar sustentado en la libertad e igualdad”.

En México está regulado el divorcio sin causales en 26 de sus 32 entidades federativas: Aguascalientes, Baja California Sur, Chiapas, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. Mientras que Baja California, Chihuahua, Campeche, Guanajuato, Sonora y Tabasco, son las entidades que no contemplan esta regulación (CNDH, 2021).

Al analizar el Código Civil para el Distrito Federal de México, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CSN, 2012), el divorcio sin causa se adiciono porque “el legislador partió de la base de que en los juicios en que se demanda el rompimiento del vínculo matrimonial las partes sufren un desgaste mayor que trasciende, incluso, a los hijos y al resto de la familia”, además, “...consideró preponderante la voluntad del individuo cuando ya no desea continuar casado (CSN, 2012, pp. XII, XIII y XIV).

Este Código Civil en su artículo 266 define que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Por tanto, podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita. Solo se decretará cuando se cumplan los requisitos exigidos por el siguiente artículo.

Al mismo tiempo, en su artículo 267 define los siguientes requerimientos: El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo

matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos: guarda y custodia de los hijos menores o incapaces; derecho de visitas, respetando los horarios, el uso del domicilio conyugal, administración de los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide. Así como, si el régimen fue de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

Además, en ese Código Civil se estableció el trámite específico para este tipo de divorcio, las cuales se detallan: presentación de la demanda y pretensiones, auto inicial, emplazamiento y contestación de la demanda, la audiencia previa y de conciliación, actos procesales después de celebrada la audiencia previa y de conciliación y dictado de la sentencia definitiva, recursos y amparo (CSN, 2012).

Cabe destacar que México ha desarrollado jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad de las causales del divorcio; por ejemplo, Contradicción de Tesis 73/2014, 25 de febrero de 2015 de la Suprema Corte de la Nación, Primera Sala, con respecto al artículo 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y el artículo 141 artículo del Código Civil del Estado de Veracruz, entre las argumentaciones de la sentencia se encuentran:

“Al sujetar a las personas para que puedan disolver el vínculo matrimonial de manera unilateral, esto es, sin el consentimiento de la contraparte, a la acreditación necesaria de las diversas causales previstas por el referido precepto legal, se atenta contra la dignidad humana, el derecho a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, en el que se encuentra su derecho a permanecer en el estado civil en que se desee sin que el Estado lo impida (p.4).

Resulta inconstitucional en virtud de que el legislador local restringe sin justificación alguna el derecho relativo al desarrollo de la personalidad humana estando íntimamente relacionado con la libre modificación del estado civil de las personas, que deriva a su vez del derecho fundamental de la dignidad humana consagrada en los tratados internacionales de los que México es parte y reconocido implícitamente en los artículos 1º y 4º constitucional, conforme al cual todas las personas tienen derecho a elegir en forma autónoma su proyecto de vida, en el que se comprende

precisamente el estado civil en que deseen estar, como ocurre en este caso con la quejosa al pretender colocarse en el estado civil de soltera. (pp.5 y 6)

El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de “autonomía de la persona”, de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tienen prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en la persecución de esos planes de vida.

También, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México presentó a la Corte Suprema de la Nación, una acción de Inconstitucionalidad 113/2018, referida a la porción del artículo 420 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Jalisco, que dice: "*siendo indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio*". La Suprema Corte declaró la invalidez del artículo 420, en su porción normativa siendo "*indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio*", del Código Civil del Estado de Jalisco reformado, entre las incidencias analizadas para fundamentarla se encuentran:

“Que la reforma y derogación de diversos preceptos del Código Civil de Jalisco, fue eliminar del ordenamiento la figura del divorcio necesario o bajo el régimen de causales, e incluir el divorcio sin expresión de causa. Dada que la exigencia de acreditación de causales era violatorio del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y que en la exposición de motivos no se advierte alguna reflexión o justificación expresa sobre la necesidad de imponer esa condición de temporalidad a los divorciados para que pudieran volver a contraer matrimonio (párrafos 38 y 39). Que la limitación o prohibición temporal que establece el artículo 420 que se analiza, que impide a las personas que se divorcian poder contraer un nuevo matrimonio dentro del plazo de un año siguiente a que se decretó la disolución del matrimonio anterior, es una medida legislativa que sí incide en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. (párrafo 87)

Que se ha precisado, disuelto el vínculo jurídico matrimonial, el efecto esencial en relación con las personas de los ex cónyuges, es que éstos quedan libres para

contraer, si así lo quieren, un nuevo matrimonio, lo cual es acorde con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que les permite auto determinarse en la elección de su proyecto de vida, y de acuerdo con éste, decidir libremente conforme a su autonomía no sólo volver a casarse si eso es lo que a sus objetivos conviene, sino también cuándo hacerlo, se reitera, porque ya quedaron jurídicamente libres del vínculo matrimonial previo desde el momento en que causó ejecutoria la sentencia que decretó el divorcio. (párrafo 88)

Que la imposición de un plazo de espera durante el cual se les prohíbe ejercer el derecho a contraer matrimonio, trastoca ese derecho humano en el que se inscribe, sencillamente porque se coarta una parte importante de la elección que corresponde realizar a cada persona, relativa a decidir el momento en que conviene a sus intereses personales la celebración de ese acto jurídico. (párrafo 89)

Francia

Por su parte, en Francia, el Código Civil Francés, en su artículo 227 dispone que el matrimonio se disuelve:

- 1º Por la muerte de uno de los cónyuges.
- 2º Por el divorcio legalmente declarado.

Por tanto, puede observarse que el sistema de divorcio en este Código es causalista, al respecto, Núñez Iglesias et al. (2023) aporta que “el legislador de 2004, al reformar el divorcio por Ley de 26 de mayo, ha superado la tentación de instaurar un divorcio sin proceso judicial y de eliminar el divorcio por culpa (...). De los tres tipos de divorcio, se ha pasado a cuatro”, los cuales quedaron establecidos en su Capítulo I De los supuestos del divorcio, artículo 229¹ que éste puede declararse en caso: - de mutuo acuerdo; - de aceptación del principio de la ruptura del matrimonio; - de alteración definitiva del vínculo conyugal; - de culpa.

En el análisis de este Código, Ortega Hernández et al. (2021) en su tesis advierte que “el divorcio incausado no es un concepto nuevo, el Código Francés lo contempla bajo el disfraz

¹Traducción del Código Civil Francés de Núñez Iglesias, Álvaro and Andrés Santos, Francisco Javier and Domingo Osle, Rafael, Código Civil Francés. Traducción. Estudio Preliminar y Notas (The French Civil Code. Translation into Spanish, Introduction and Notes) (Febrero 14, 2023).

de incompatibilidad de caracteres, el cual procedía si lo alegaba uno sólo de los cónyuges sin tomar en cuenta el sentir del otro” (p.41).

No obstante, al revisar el Código Francés, se advierte que lo legislado no busca una figura de divorcio sin proceso judicial ni bajo un disfraz de incompatibilidad de caracteres, sino de una disposición denominada divorcio consentido estipulado en la Sección II, artículo 233, el cual puede pedirse por uno u otro cónyuge, o por los dos cuando consientan en el principio de la ruptura del matrimonio, sin consideración a los hechos que la originan. Este consentimiento no es susceptible de arrepentimiento, ni por vía de apelación.

Como puede observarse, el divorcio consentido no requiere la consideración de los hechos que lo originan, en tal sentido, es el Juez quien verifica si cada uno de cónyuges ha prestado el consentimiento (artículo 234), por tanto, se está frente a un divorcio sin expresión de causa o incausado.

Argentina

El Código Civil argentino entró en vigencia en el año 2015. Este cuerpo normativo cambió el paradigma en el divorcio conyugal. Ahora, el CCyC regula un solo tipo de divorcio: el incausado. El capítulo primero del Libro II, que trata sobre las relaciones de familia, se titula “Principios de libertad e igualdad”. Desde un inicio, el CCyC proclama a la libertad como uno de los principios rectores en materia familiar.

Para la transformación, varios puntos y argumentos fueron recurrentes. Primero, se cuestionó con alta rigurosidad el rol de cuidado que el Estado debe asumir dentro de la relación familiar. Además, se enfatizó en la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad que un sistema causalista generaba. Asimismo, se hizo hincapié en todos los conflictos que son producto del proceso de este divorcio contencioso.

En ese sentido, los fundamentos del anteproyecto del CCyC argentino mencionaron que “la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso” Por lo tanto, el divorcio incausado también es un intento de apaciguar los problemáticos procesos

judiciales de divorcio. Pretende “colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible”.

En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 de 2014 establece en su artículo 435 que el matrimonio se disuelve por:

- a) muerte de uno de los cónyuges;
- b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;
- c) divorcio declarado judicialmente.

Respeto del divorcio, el Código dispone en el artículo 436 que es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito. Por tanto, es en el artículo 437 en el que se establece la legitimación del divorcio. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. Al mismo tiempo, el Código incluye los requisitos y procedimiento del divorcio en el artículo 438 incisos primero y segundo, aclarando que toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Además, dispone en el inciso tercero del mismo artículo que al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. Cabe destacar que se especifica que puede el divorcio puede ser solicitado por uno de los cónyuges, por tanto, no media causal alguna, solamente el requerimiento de una propuesta que regule los efectos derivados del divorcio.

Por su parte, Ortega Hernández et al. (2021) en su tesis identifica dos eslabones en el Código Civil y Comercial de Argentina, el primero es “la eliminación de los deberes matrimoniales como deberes jurídicos, a excepción de la obligación alimentaria”; el segundo eslabón “se han suprimido todos los plazos tanto los que exigían un número de años de matrimonio como aquellos en que se debían acreditar los lapsos de separación de hecho” (p.42).

Al revisar el articulado del Código argentino se encontró que en su artículo 439 define el contenido del convenio regulador (estipulado en el artículo 438), el cual debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Suecia

En Suecia solo existe un tipo de divorcio: el incausado. Si ambos cónyuges están de acuerdo, o solo uno lo está, es indiferente. Es particular porque, en ciertos casos, tiene una limitación temporal: no se puede solicitar el divorcio dentro de los próximos seis meses desde que se verifica alguna de las siguientes condiciones:

1. Ambos cónyuges solicitan este período para reflexionar y reconsiderar la decisión;
2. Uno de los dos cónyuges vive permanentemente con un hijo propio que es menor de 16 y está bajo su custodia; y
3. Solo uno de los cónyuges desea terminar la relación matrimonial.

Lo que queda claro, sin embargo, es que el divorcio no requiere de justificación ni causal alguna. A pesar de exigir el período de reflexión de seis meses, el Estado sueco no interfiere con la vida privada de los cónyuges ni se inmiscuye en situaciones domésticas privadas. Si uno de los cónyuges quiere divorciarse, lo hará.

El Código de Matrimonio Sueco de 1974, según Delgado Cifuentes (s.f.) en el capítulo quinto establece que el divorcio puede ser solicitado por ambos cónyuges y por uno de ellos sin causa alguna, es decir en cualquier momento se puede presentar la demanda de divorcio, siempre que se acompañe de un periodo de seis meses denominado periodo de reflexión. (p.42). Ese período de reflexión de seis meses debe ser precedido de determinadas circunstancias. Esto ocurre cuando: ambos cónyuges así lo soliciten; uno de los cónyuges viva permanentemente con su hijo menor de 16 años del que tenga la

custodia, o solo uno de los cónyuges desee la disolución del matrimonio (Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, 2021).

España

En España también rige un sistema de divorcio incausado. Desde el año 2005 se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La exposición de motivos anota que adoptar un divorcio incausado protege y promueve la dignidad de los cónyuges. Además, que eso supone “favorecer al libre desarrollo de la personalidad”.

La exposición de motivos ha ilustrado otros puntos dignos de consideración. Afirma que perpetuar el conflicto entre los cónyuges con un divorcio contencioso es inconveniente. No solo para los cónyuges, sino también para sus familias que se ven indirectamente incluidas en la disputa. También expone que este sistema causalista, al condicionar el divorcio a la prueba de una causal particular, sacrifica la voluntad de los cónyuges “por razones inaprensibles” a los mismos. La única “causal”, en este sistema, es el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, esta exposición de motivos hace hincapié en la libertad como valor fundamental del ordenamiento jurídico español. Así pues, el ordenamiento español encontró urgente una reforma que permita reflejar a la libertad en su institución matrimonial.

La Ley 15/2005, del 8 de julio, modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La exposición de motivos de dicha modificación se argumenta que la Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, así como el procedimiento seguido en las causas de nulidad, separación y divorcio. En esa Ley 30 se concebía el divorcio como último recurso y para acceder a este, se debía demostrar que ya no había “convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose”.

El Artículo 86 de la Ley 15/2005, de 8 de julio en su artículo primero, modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, dispone: El artículo 86 queda redactado del siguiente modo: «Artículo 86. Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

Lo dispuesto en el artículo 81 del Código Civil de España hace referencia a que se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1°. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2°. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Nicaragua

El Código de Familia de Nicaragua, Ley N°. 870, aprobada el 24 de junio de 2014, en su artículo 137 dispone que el matrimonio se disuelve:

- a) Por sentencia firme que declare la nulidad del matrimonio;
- b) Por mutuo consentimiento;
- c) Por voluntad de uno de los cónyuges;

d) Por muerte de uno de los cónyuges.

El divorcio por voluntad de una de las partes es regulado en el artículo 171 de ese Código en el que se establecen los requisitos: presentará por escrito personalmente o por apoderado especialísimo, la demanda en duplicado, ante la autoridad judicial competente. La solicitud referida a la pretensión, según el Código en su artículo 174 establece que deberá expresar claramente la voluntad de disolver el vínculo matrimonial, sin dar razón alguna para ello. Si existieren además hijos o hijas comunes que sean niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad o declarados judicialmente incapaces, deberá contener: el cuidado y crianza de los hijos e hijas, régimen de visitas, alimentos, pensión, distribución de los bienes conforme al régimen económico patrimonial adoptado y el monto de la pensión alimenticia provisional para los hijos e hijas que sean niños, niñas o adolescentes, personas con discapacidad o declarados judicialmente incapaces o la o el cónyuge en caso que corresponda, en tanto no se dicte sentencia definitiva.

A la solicitud deberá acompañarse los siguientes documentos: certificación del acta de matrimonio y del acta de nacimiento o negativa de hijos o hijas; presentar inventario de los bienes y derechos adquiridos antes del matrimonio para ese fin y durante la vida matrimonial, si los hubiere; poder especialísimo cuando corresponda, que deberá contener los requisitos generales de toda demanda y los especiales.

Derecho comparado

PAÍS	AÑO	LEY	OBJETO
Argentina	2004	Código Civil De La Republica De Argentina (Argentina, 2014)	Artículo 437. Divorcio-Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. Artículo 438. Requisitos procedimiento del divorcio Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivadas de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

			Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estimen pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.
Nicaragua	2014	Código De Familia (Nicaragua 2014)	Art. 137. Disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve: a) Por sentencia firme que declare la nulidad del matrimonio. b) Por mutuo consentimiento. c) Por voluntad de uno de los cónyuges. d) Por muerte de uno de los cónyuges.
México Estado de Nuevo León.	2018	Código Civil para El Estado de Nuevo León (Estado de Nuevo León 2014)	Artículo 267.- y por mutuo consentimiento, cuando se solicita de común acuerdo en forma judicial o administrativa en los términos de este Código, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado y de la Ley del. Registro Civil del Estado
España	2005	Ley de 2005 (España 2005)	Artículo primero. Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio. El Código Civil se modifica en los siguientes términos: Dos. -El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 81. Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este

			<p>Código. 2.º A petición de una solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el trascurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación».</p>
--	--	--	--

2.2.4. Los derechos Humanos

Se ha mencionado al inicio de la investigación que los derechos humanos, son progresivos y que sirven como parámetro de interpretación evolutiva del derecho.

Ahora bien, por definición de los derechos humanos, se puede entender: “Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos...”.

Todos los derechos humanos tienen las siguientes características: son universales por lo que protege a todo ser humano por el hecho de ser un ser humano, son inalienables por lo que nadie se le puede despojar de los mismos, son irrenunciables ni siquiera a voluntad propia, son intransferibles por lo que son exclusivamente del titular, son imprescriptibles desde el nacimiento hasta el fallecimiento del portador, y son indivisibles porque no se puede prescindir de alguno.

Así las cosas, se le reconoce al ser humano el derecho de poder contraer matrimonio, ya que cumple con la condición de ser un ser humano, con la suficiente capacidad intelectual

de tener voluntad y libertad de elección; pero que pasa cuando quiere poner fin al vínculo matrimonial que lo uno con su cónyuge, porque cuando ya no quiere seguir con su proyecto de vida al lado de la persona que en su momento decidió escoger, debe esperar cumplir ciertos requisitos para solicitar su disolución, no se estaría así ante una violación a los derechos humanos, ya que el obligar a la persona, que desea el divorcio, el tener que esperar hasta que exista causal aplicable para pedir el divorcio, o bien esperar que se cumpla el factor tiempo, para alegar la separación, no es más que un castigo o sanción para la libertad de la persona humana y su derecho a decidir y elegir.

2.2.5. Los derechos fundamentales a la autonomía de la voluntad e intimidad

Son derechos fundamentales, según Ferrajoli (2002) “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto a su *status* de persona, de ciudadano con capacidad de obrar” (p.37). El derecho subjetivo son expectativas que tiene el sujeto con respecto a los derechos y garantías contenidas en una norma jurídica y no sufrir vulneraciones. Por *status*, “la condición de este sujeto prevista en una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o actor de los actos que son ejercicio de éstas”. (Ferrajoli, 2002, p.37).

Los derechos fundamentales tienen su asidero en el derecho “al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”, tal y como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000. (p.76).

En ese orden de ideas, el derecho a la autonomía de la voluntad es la capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala (RAE, 2024). Con relación a los límites que la ley señala, la Constitución de la República establece en su artículo 8 que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, en tal

sentido, en materia contractual, en el artículo 10 aclara que la ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona. Tampoco puede autorizar convenios en que se pacte proscripción o destierro.

Por tanto, Ramírez (s.f.) afirma que en la autonomía de la voluntad “deben concurrir dos factores elementales a saber: la voluntad como causa eficiente de las consecuencias jurídicas de los actos que realizan los particulares y el reconocimiento de esa voluntad por el ordenamiento jurídico” (Pp-18-19).

Es así que, el matrimonio, según el artículo 12 del Código de Familia 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; en síntesis la decisión de casarse se refiere primeramente a un acto de acuerdo de voluntades, en la concepción del matrimonio mayor mente aceptado; por cuanto si no existe voluntad, nos encontramos ante un matrimonio inexistente.

En ese sentido, la autonomía de la voluntad consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos, libremente y sin intervención de la ley, el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. La libertad de contratación (art. 23 de la Constitución) supone que entre individuos libres e iguales solo puede haber una forma de relación patrimonial: el acuerdo de voluntades. Así, en principio, la contratación debe ser el resultado de una decisión personal de los contratantes, pues no es posible que el Estado obligue a convenir, sobre todo en las relaciones privadas (Corte Suprema de Justicia, 2009)

Cabe destacar, que por cualquiera de las causales que se opte para dar por terminado el matrimonio, a los cónyuges se les limita el ejercicio pleno de su derecho a la autonomía de la voluntad expresada al momento de contraerlo. En ese sentido, se hará necesario a optar por una de esas causales y presentar las pruebas para lograr la pretensión. Por lo que, se está frente a la vulneración de la autonomía de la voluntad, así como se creó el vínculo legal del matrimonio en el mismo sentido se debería dar por terminado.

Los medios de prueba a ofrecer, según la causal por la que se motive la pretensión, obligará al cónyuge a exponer aspectos de la intimidad que estaban reservados al ámbito privado de la relación. Es de aclarar, que en este punto no se trata de un divorcio por violencia en razón de la desventaja de la mujer con respecto al hombre o por asuntos relacionados con la convivencia o de mutuo consentimiento, sino al hecho de tomar una decisión unilateral que expresa la voluntad de no querer seguir en el vínculo legal de matrimonio. Por lo que, al analizar el contenido del derecho a la intimidad, para Do Amaral De Pauli (2014), este derecho “es considerado como aquél que protege a las personas de los sentidos ajenos, especialmente de la vista y de los oídos de otros. Se clasifica como derecho individual relativo a la libertad”. (p.111).

Lo anterior, se relaciona con la protección a la vida privada, la cual según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs Costa Rica, explica que engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona (párrafo 143).

Por su parte, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia define el contenido del derecho a la intimidad en su Sentencia de 2-II-2004, Amp. 118-2002 el cual “hace referencia al ámbito que se encuentra reservado *ad intra* de cada persona, cuyo conocimiento importa únicamente a éste y a un círculo concreto de personas seleccionadas por el mismo. En dicho ámbito opera la voluntad del individuo”. En tal sentido, la Observación General (OG) No.16 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos explica que en el artículo 17 se prevé el derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación.

Con respecto al término "ilegales", el Comité en dicha Observación, explica que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse

a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto. Que, la expresión "injerencias arbitrarias" atañe también a la protección del derecho previsto en el artículo 17. A juicio del Comité, la expresión "injerencias arbitrarias" puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley (párrafos 3 y 4). Además, los propios Estados Partes tienen el deber de abstenerse de injerencias incompatibles con el artículo 17 del Pacto y de establecer un marco legislativo en el que se prohíban esos actos a las personas físicas o jurídicas (párrafo 9 de la OG No.16).

Como puede observarse, son los medios de prueba los que generan un portillo legal o habilitador para ventilar en la audiencia aspectos de la intimidad personal de los cónyuges para ofrecer al Juez, a fin de que las aprecie según las reglas de la sana crítica. Es importante señalar, que una de las pruebas que pueden ventilarse en la audiencia es la confesión y exime de la presentación de pruebas (Ley Procesal de Familia, Art. 55).

Lo antes expuesto, el divorcio no está relacionado con el concepto de familia ni la pone en peligro, dado que en las legislaciones que garantizan el derecho a la autonomía de la voluntad e intimidad tienen una serie de disposiciones para protegerla, mediante un convenio en el que se especifican las cláusulas de los términos del divorcio relativas a los deberes, responsabilidades y derechos compartidos del padre y la madre con respecto a los hijos e hijas, el régimen patrimonial del matrimonio, entre otros.

2.2.6. La diferencia entre control de constitucionalidad y convencionalidad

El control de constitucionalidad es aquel mecanismo donde se verifican o posiblemente validan, que una norma sea acorde o no a la Constitución, que respete los parámetros constitucionales; ya que, si una norma se excede, supera, sobrepasa o simplemente no es funcional respecto a los parámetros de la Constitución, tanto lo que establece dogmática o estructuralmente la Constitución no se va a aplicar esa norma, y por lo tanto se dice que esa norma o ley es inconstitucional.

El control Convencional: se basa en el respeto a los actos y leyes que el Estado de El Salvador ejecuta con respecto a los Tratados Internacionales en lo concernientes a los

derechos humanos, lo cual se basa en la Convención Americana Sobre Los Derechos Humanos.

Esto implica que, todos los países firmantes de la Convención antes mencionada están en la obligación de no violar ningún derecho que la convención ampara, por lo tanto, si los países adheridos a esta convención transgreden derechos fundamentales que ahí se contemplan, por medio de una ley que emitan, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la competente para invalidar o ajustar dicha ley.

La diferencia que existe es que, el Control de Constitucionalidad es aquella donde las leyes secundarias tienen que estar acorde a lo que rige la Constitución; mientras que el Control de Convencionalidad es aquella donde cada ley secundaria, tratado o convenio celebrado acá en El Salvador, debe de estar regido de acuerdo a lo que estipula la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En base al anterior análisis se puede determinar que existe en el artículo 106 del Código de Familia una clara y alta vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad que se encuentra implícitamente contenido en los artículos 2, 3, 6, 18 y 36 de la Constitución de la República, de igual manera se viola el derecho de intimidad que se encuentra regulado implícitamente en los artículos 2, 6, 20, 24 de La Constitución De La República; y así mismo viola el principio de la autonomía de voluntad que también se encuentra regulado de forma implícita en los artículos 2, 3, 6, 8, 18 de la Constitución de la República, lo cual nos lleva a concluir que el artículo 106 del Código de Familia es inconstitucional con respecto a lo anteriormente fundamentado; ya que en los procesos de divorcios la protección de estos derechos fundamentales como la intimidad, integridad, la libertad, la igualdad y la no coacción es sumamente esencial, ya que con esas causales que están reguladas en nuestro código de familia salvadoreño los vulneran y transgreden en su totalidad, irrespetando a cada uno de ellos.

El control de legalidad es aquella facultad basada en la posibilidad de asegurar el respeto a la ley, es decir que vayan acorde al ordenamiento jurídico existente, ya que este control se compromete esencialmente a la defensa de los derechos, constituyendo así una garantía necesaria de la protección de cualquier derecho que se encuentre vulnerado.

Por lo tanto, es importante que dichos derechos plasmados en nuestro marco normativo sean sometidos por el Control de Legalidad, que impidan la vulneración de los atributos inviolables de la persona humana en cualquier marco legal.

En ese orden de ideas, es necesario ahondar, en lo que nuestra legislación se conoce como familia y la obligación del Estado de protegerla, a lo cual podemos comenzar diciendo que la familia, representa un grupo de organización social, que goza del máximo nivel de protección e interés por parte del Estado; ese sentido, si bien el Estado es el principal obligado a la protección y conservación de la familia, no debe olvidarse que esta es la base fundamental de la sociedad y, como tal, la sociedad misma debe brindarle protección, como un mecanismo de autoconservación que asegura la perpetuación de la especie y el mantenimiento de dicha institución –con todos los aspectos sociales y culturales, además de jurídicos, que ella conlleva– a través del tiempo.

Tomando en cuenta la concepción constitucional de la familia, en la Sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95, se sostuvo que la familia, como grupo social primario, tiene su origen –según establece la doctrina del Derecho de Familia– en los datos biológicos de la unión sexual y de la procreación. Estas circunstancias permanentes del vivir humano las toma en cuenta el legislador y establece con respecto a las mismas una multiplicidad de normas que, en su conjunto, configuran el Derecho de Familia.”

Ya que se dice que la familia es el sostén emocional de los individuos, que al igual provee valores, creencias culturales, ideas de pertenencia, realización personal de cada uno de los miembros.

Por ello la obligación del Estado de proteger a la familia viene de la fundamentalidad que la misma norma suprema le reconoce a dicha institución. Ese carácter fundamental tiene su origen en la composición de la familia, en el sentido de que, si la persona humana es el origen y el fin de la actividad del estado (art. 1 inc.1° Cn.), entonces una agrupación de personas unidas por rasgos biológicos y afectivos que se establecen de forma permanente en una sociedad merece una especial protección (familia).

Deviniendo de ahí que la protección del Estado a la familia no es una simple protección jurídica. Existe un mandato constitucional de integrar los organismos, los servicios y formular la legislación necesaria para la integración, el bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

Por lo que el derecho a la protección familiar puede definirse como: "...aquel en virtud del cual el Estado debe asegurar a todas las personas el disfrute de una convivencia digna con su núcleo familiar, independientemente de la forma que este adopte, y eliminar toda forma de obstrucción arbitraria a este derecho por parte de cualquier entidad pública o privada...". Por ello una de las atribuciones del juzgador (a) debe ser encaminada en la búsqueda de soluciones justas y creadora dentro de un marco abierto de posibilidades, donde no sólo está motivado por el respeto de la ley, sino que también le guía la idea de justicia, como en estos casos.

Por tanto, toda limitación arbitraria a este derecho es inconstitucional. Lo anterior implica un deber de abstención por parte del Estado, en el sentido de no injerencia, y obligaciones positivas o prestacionales, es decir, de realizar todo lo que esté a su alcance para fomentar la protección familiar y la conservación de la familia como base fundamental de la sociedad.

En esa línea de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Ríffo y Niñas vs. Chile sostuvo que "el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo"

El derecho a la protección familiar encuentra raigambre constitucional en el art. 32 inc. 1° de la Cn., al establecer que la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, imponiendo a este último la obligación de dictar la legislación necesaria y crear los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico."

A nivel internacional, numerosos instrumentos han considerado fundamental la protección de la familia por parte del Estado y de la sociedad en general; entre ellos se pueden mencionar:

1. Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 16 reconoce a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad y [que] tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".
2. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone en su art. 6 que "toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".
3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 10 retoma a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad", a la cual debe concederse "la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo".
4. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23 afirma también que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"; además, reconoce "el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tienen edad para ello".
5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 17 reconoce a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad y [que] debe ser protegida por la sociedad y el Estado".

En ese sentido, es innegable el interés que la familia representa para el Estado, y los diversos compromisos que este tiene, para garantizar todas las necesidades y condiciones que por su naturaleza amerita.

Si bien, la familia ha tenido reconocimiento a lo largo de la historia de forma Internacional y nacional (ya que dentro de nuestro sistema Jurídico se ha mencionado dentro de las 13 Constituciones salvadoreñas que han existido), más sin embargo, ha sido en las dos últimas Constituciones Salvadoreñas, donde se ha notado un mayor interés y desarrollo, pues resultado del Art 32 Cn, es que ya en el año 1994, se creó una normativa especial denominado Código de Familia (en adelante CF), a partir del cual, se sustrajo del derecho común (Código Civil) a la familia y lo que de esta depende y a su vez, se configuró todo un

sistema judicial con funcionarios debidamente capacitados para resolver las necesidades de este grupo social por la vía legal.

Estableciendo así en el Código de Familia, lo que debía entenderse como familia, por lo que en el Art 2, se estableció que: “La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco”, de ello podemos deducir las formas mediante las cuales es posible configurar la familia, y si bien, se permiten formas alternas, como la unión no matrimonial, lo cierto es que se sigue dando preferencia al matrimonio, y al darle desarrollo, a partir de los Arts. 11 y siguientes CF, se observa que el legislador pretende la integración y reunificación familiar, e incluso se dice que el matrimonio tiene por finalidad “una plena y permanente comunidad de vida”.

No obstante, a ello se debe agregar que las relaciones humanas tienden a presentar quebraduras tal y como se conoce, porque el legislador tampoco puede desconocer esas circunstancias que la familia puede acarrear y que incluso, le pueden reconducir a su descomposición como tal, es por ello que ha establecido en el Art 106 CF, las causales de divorcio, dicha disposición establece:

El divorcio 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.

En la actualidad, las causales de divorcio han sido objeto de debate, pues muchos consideran que al menos las últimas dos, representan vulneraciones a los derechos de vida privada y familiar, dignidad humana y son atentatorias a la libre autonomía de la voluntad.

Como se ha hecho mención, en nuestro país, el Tribunal Constitucional, está conociendo el proceso de inconstitucionalidad 29-20233, donde se plantea que los artículos 106, numeral 2° y 3° e inciso final CF, vulneran derechos constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, y la autonomía de la voluntad. Planteando que los procesos de divorcio contenciosos obligan a las personas a exponer razones que revelan aspectos de su vida personal, lo cual viola su derecho a la intimidad.

En El Salvador, el divorcio al estar planteado bajo el sistema de causales, tal y como lo es actualmente, obliga, restringe y vulnera la Libertad de las personas; lo cual no se daría si el divorcio en nuestra legislación estuviera regulado bajo el llamado divorcio incausado, también conocido como divorcio unilateral, el cual permite a cualquiera de los cónyuges a solicitar el divorcio sin necesidad de justificar una causa específica, lo que se hace actualmente, si se desea obtener el divorcio en el país, ya que nuestro sistema está regido bajo causales tradicionales, las cuales incluso generan conflictos en el aparato jurisdiccional al ser invocadas; enumerar causales para que el cónyuge pueda solicitar el divorcio, no es otra cosa más que, obstáculos para disolver el matrimonio, situación que ha sido prevista por varios países, pues ellos en sus legislaciones familiares o civiles, ya se desencantan por adoptar el divorcio incausado y en otros que no se atreven a dar el gran paso, van de poco a poco, queriendo probar otro mecanismo diferente que es el aumentar causales, entre las que encontramos la incompatibilidad de caracteres de los cónyuges, que no es más que otra causal, lo ideal es que el cónyuge sin tener que probar o argumentar que no es compatible su carácter con el de su otro cónyuge, que no hay necesidad de esperar un tiempo separado, que no hay que pedirle al otro cónyuge que esté de acuerdo, que no hay que esperar que se den los malos tratos, si no que solo porque es su deseo el ya no continuar con su matrimonio pueda libremente pedir que este se disuelva, evitando así un desgaste moral, físico y espiritual para los conyuges.

Dentro de los principales argumentos que se podrían advertir sobre el porqué no sería ideal, el mantener el sistema de causales para poder obtener el divorcio en nuestro país, versarían sobre lo siguiente:

1-Violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad: Las causales de divorcio tradicionales imponen una carga de prueba y justificación de conductas negativas del otro cónyuge, lo cual puede limitar la libertad individual de las personas para disolver un matrimonio si ya no desean continuar en él.

El divorcio incausado, en contraste, respeta este derecho, al permitir que matrimonio se disuelva por simple voluntad de una de las partes, sin necesidad de probar culpa o responsabilidad.

2. Desigualdad ante la ley: Las causales de divorcio pueden discriminar a personas que no pueden probar de manera fehaciente los hechos requeridos para una disolución del matrimonio (adulterio, violencia, abandono, etc.).

El divorcio incausado es accesible a todos, independientemente de las circunstancias específicas del matrimonio. Esto puede generar una desigualdad al someter a algunos a un proceso más largo y doloroso solo por las limitaciones de las pruebas.

3. Afectación a la dignidad humana: Las causales de divorcio basadas en la demostración de conductas inapropiadas, como el adulterio o la violencia, obligan a las personas a exponer aspectos íntimos de su vida en tribunales esto puede considerarse violatorio de la dignidad humana.

El divorcio incausado evita este tipo de exposiciones innecesarias.

4. Cargas procesales excesivas: El sistema de causales exige la demostración de hechos que, en muchos casos, son difíciles de probar o requieren largos procedimientos judiciales, lo que puede llevar a la perpetuación de un matrimonio insostenible. Esto afecta el derecho a la libertad de las personas que desean cambiar su proyecto de vida. Esto afecta el derecho de las personas a una solución rápida y efectiva de conflictos familiares, que es promovida por el divorcio incausado.

En resumen, las causales de divorcio tradicionales pueden ser consideradas inconstitucionales en comparación con el divorcio incausado, pues limitan derechos fundamentales como la libertad, igualdad y dignidad de los cónyuges.

2.3 Hipótesis

2.3.1 Hipótesis de investigación

La falta de regulación del divorcio incausado vulnera la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad en el Código de Familia

2.3.2 Hipótesis nula

La falta de regulación del divorcio incausado no vulnera la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad en el Código de Familia

2.4 Operacionalización de variables

Tabla 1. Operacionalización de variables

Variables	Dimensiones	Indicadores
Divorcio incausado	Motivos o causales Regulación del divorcio incausado	Proceso Causales Proceso ágil Reforma Conocimiento Regulación Garantías
Autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad	Vulneración a derechos Intromisión personal y familiar	Vulneración Voluntad Elección individual Intromisión personal Intromisión familiar Exposición de vida personal Exposición de vida familiar

2.5 Codificación de categorías cualitativas

Tabla 2. Codificación de categorías

Categorías	Codificación	Subcategorías
Divorcio incausado	Causales Reformas Conocimiento Garantía Factores	Motivos o causales Reformas a causales ante vulneraciones Conocimiento sobre divorcio incausado Regulación en otros países Garantía a la autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad Jurisprudencia
Autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad	Vulneración Intromisión Intimidad personal y familiar Autonomía de la voluntad Libre desarrollo de la personalidad	Vulneración a derechos de los cónyuges Intromisión al honor Intimidad personal y familiar Vulneración a la autonomía de la voluntad Vulneración al libre desarrollo de la personalidad

CAPÍTULO III: METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 TIPO DE ESTUDIO

Por su alcance, la investigación tendrá un alcance descriptivo. Este tipo de estudio, “busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis” (Sampieri, 2014, pág. 92).

La utilidad de este alcance o tipo de estudio es “mostrar con precisión los ángulos o dimensiones de un fenómeno, suceso, comunidad, contexto o situación” (Sampieri, 2014, pág. 92).

Es esta investigación, se pretendió describir de qué manera la falta de regulación del divorcio incausado vulnera al principio de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad considerando la perspectiva de personas en procesos y/o diligencias de divorcio, abogados en el libre ejercicio, procuradores, Jueces de Familia, Magistrados de Familia y Especialistas en Derecho de Familia.

De esta manera, el estudio ha mostrado las diferentes perspectivas de los procesos de divorcio regulados actualmente en El Salvador, por el Código de Familia, y las vulneraciones que implica la actuación regulación de sus motivos o causales, y como el divorcio incausado pueden evitar las vulneraciones al principio de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3.2 MÉTODO

3.2.1 Método del estudio

El método para el estudio fue de tipo mixto, caracterizado por la integración de “procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación e implican la recolección y el análisis de datos cuantitativos y cualitativos, así como su integración y discusión conjunta,

para realizar inferencias producto de toda la información recabada y lograr un mayor entendimiento del fenómeno bajo estudio” (Sampieri, 2014, pág. 534). Es decir, para el estudio se incluyeron tanto técnicas e instrumentos cuantitativos como cualitativos, que se integran en el análisis e interpretación de los resultados.

3.2.2 Diseño del estudio

El diseño, considerando su enfoque, fue transformativo secuencial, donde “la prioridad y fase inicial puede ser la cuantitativa o la cualitativa, o bien, otorgarles a ambas la misma importancia y comenzar por alguna de ellas. Los resultados de las etapas cuantitativa y cualitativa son integrados durante la interpretación. Lo que la diferencia de los diseños secuenciales previos es que una perspectiva teórica amplia guía el estudio” (Sampieri, 2014, pág. 556).

En este sentido, se otorgó la misma importancia a la fase cuantitativa y cualitativa e integrando finalmente los resultados en la discusión conjunta. Sin embargo, a diferencia de otros estudios, la perspectiva teoría que guio el estudio, fue el enfoque de derechos humanos.

3.2.3 Enfoque del estudio

En coherencia con el diseño transformativo secuencial, la investigación estuvo guiada por una perspectiva teórica, en este caso, el enfoque basado en los derechos humanos.

Por su parte, las Naciones Unidas define el enfoque basado en los derechos humanos como:

“Un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que se basa normativamente en estándares internacionales de derechos humanos y está operacionalmente dirigido a promover y proteger los derechos humanos. Su objetivo es analizar las desigualdades que se encuentran en el corazón de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y las distribuciones injustas de

poder que impiden el progreso del desarrollo y que a menudo resultan en grupos de personas que se quedan atrás” (ONU, s.f.)

De esta manera, la investigación reconoce la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad y otros derechos, que deben garantizarse a las personas en los procesos y/o diligencias de divorcio en el marco de los derechos humanos.

3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.3.1 Población

En una investigación, la población se define básicamente como un “conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones” (Sampieri, 2014, pág. 174). En este caso, personas relacionadas con procesos y/o diligencias de divorcio durante el presente año.

“La población o en términos más precisos población objetivo, es un conjunto finito o infinito de elementos con características comunes para los cuales serán extensivas las conclusiones de la investigación” (Arias, 2012, pág. 81).

Debe comprenderse, que la población finita es una “agrupación en la que se conoce la cantidad de unidades que la integran” (Arias, 2012, pág. 82). Por ejemplo, la cantidad de Juzgados de Familia y Cámaras de Familia en El Salvador.

En cambio, la población infinita “es aquella en la que se desconoce el total de elementos que la conforman, por cuanto no existe un registro documental de éstos debido a que su elaboración sería prácticamente imposible” (Arias, 2012, pág. 82). Por ejemplo, la cantidad de abogados en el libre ejercicio que realizan procesos y/o diligencias de divorcio durante el presente año.

En este caso, la investigación integra poblaciones finitas e infinitas, pero fue delimita a personas relacionadas con procesos y/o diligencias de divorcio durante el presente año.

3.3.2 Diseño muestral

En toda investigación, la población debe ser delimitada mediante un diseño muestral, ya sea probabilístico o no probabilístico.

El diseño muestral probabilístico es “un proceso en el que se conoce la probabilidad que tiene cada elemento de integrar la muestra” (Arias, 2012, pág. 83); en cambio, el diseño muestral no probabilístico es “es un procedimiento de selección en el que se desconoce la probabilidad que tienen los elementos de la población para integrar la muestra” (Arias, 2012, pág. 84).

Por lo tanto, en el presente estudio, fue seleccionada un diseño muestral probabilístico, dado que se desconoce la probabilidad o la posibilidad de integrar la muestra, con base a los participantes. Por ejemplo, se desconoce el total de abogados en el libre ejercicio que han realizado procesos y/o diligencias de divorcio durante el presente año.

3.3.3 Muestra

La muestra, definida como “un subconjunto representativo y finito que se extrae de la población accesible” (Arias, 2012, pág. 83). Para el estudio, la muestra fue no probabilística; es decir, un “subgrupo de la población en la que la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de las características de la investigación” (Sampieri, 2014, pág. 176).

Por lo tanto, se utilizó una muestra de participantes voluntarios o también llamadas “autoseleccionada”, ya que las personas se proponen como participantes en el estudio o responden a una invitación.

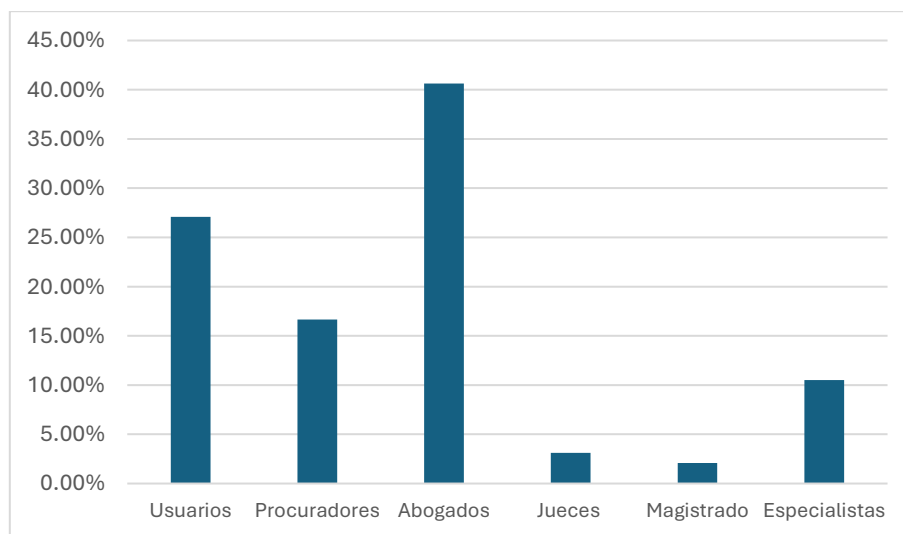
En este caso, se contactaron a personas en procesos y/o diligencias de divorcio, procuradores, abogados en el libre ejercicio, jueces, magistrados y especialistas en derecho de familia, quienes aceptaron participar de manera voluntaria, luego de contactarlas, informarles sobre el objetivo de la investigación y el instrumento a responder.

De esta manera, la población estuvo integrada por 95 personas, en la que se obtuvo mayor representación de abogados en el libre ejercicio y usuarios, ambos, relacionados con procesos y/o diligencias de divorcio.

En el caso de Jueces y Magistrados, tuvieron menor participación, cuya proporción está relacionada con la cantidad de Juzgados y Cámaras de Familia instaladas en El Salvador. En la siguiente tabla se presentan los detalles:

Tabla 3. Muestra

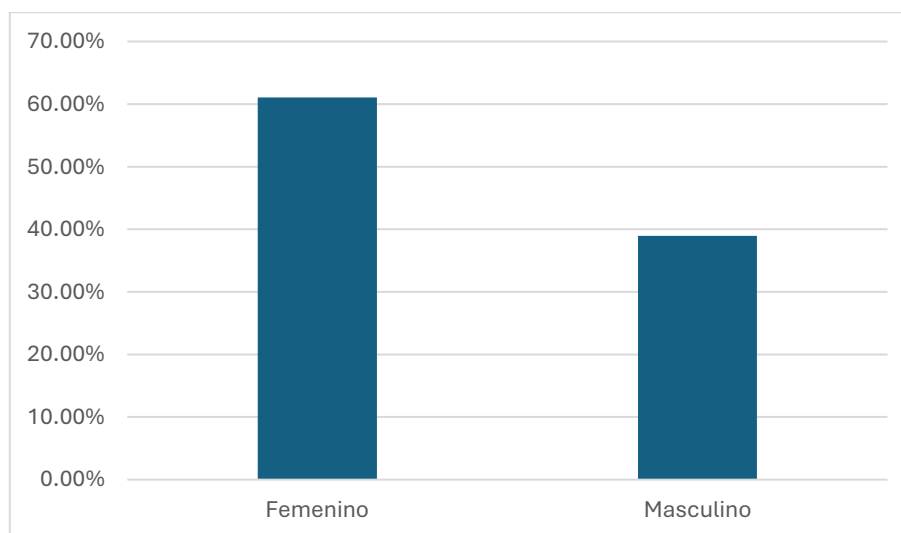
Participante	Cantidad	Porcentaje
Usuarios	26	27.08%
Procuradores	16	16.66%
Abogados	39	40.62%
Jueces	03	3.12%
Magistrados	02	2.08%
Total	96	100.00%



Según el género, las mujeres tuvieron mayor participación en el estudio, con más del 60.00%, tal y como se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 4. Género de participantes

Género	Cantidad	Porcentaje
Femenino	59	61.45%
Masculino	37	38.55%
Total	96	100.00%



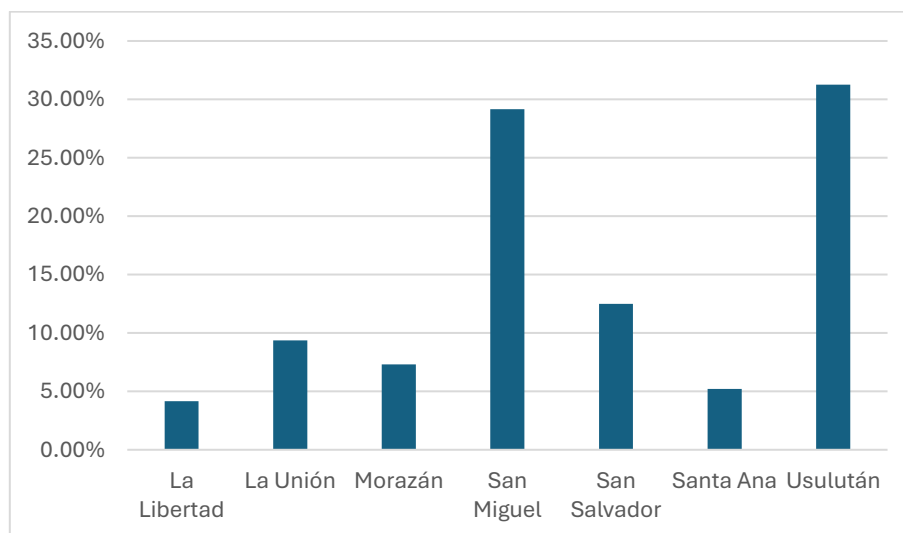
En la siguiente tabla, se detalla la cantidad de participantes según el género, por sector.

Participantes	Femenino	Masculino
Usuarios	17	9
Procuradores	13	3
Abogados	22	17
Jueces	0	3
Magistrado	1	1
Especialistas	6	4
Total	59	37

El estudio también incluyó representación geográfica de 7 departamentos, especialmente de San Miguel, San Salvador, Santa Ana y Usulután. Tal y como se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 5. Procedencia de participantes

Departamento	Cantidad	Porcentaje
La Libertad	4	4.16%
La Unión	9	9.37%
Morazán	7	7.30%
San Miguel	28	29.16%
San Salvador	12	12.50%
Santa Ana	5	5.20%
Usulután	30	31.25%
Total	96	100.00%



3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Las técnicas e instrumentos aplicadas durante el estudio fue la encuesta estructurada y la entrevista semiestructurada. La encuesta, como técnica cuantitativa; y la entrevista semiestructurada como técnica cualitativa.

3.4.1 La encuesta

La encuesta, definida como “una técnica que pretende obtener información que suministra un grupo o muestra de sujetos acerca de sí mismos, o en relación con un tema en particular” (Arias, 2012, pág. 71).

En este caso, la encuesta fue aplicada a 26 personas voluntarias en proceso de divorcio, 39 abogados en el libre ejercicio con experiencia en procesos de divorcio y 16 procuradores, para analizar las variables del estudio: divorcio incausado, principio de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3.4.2 La entrevista

La entrevista, “es una técnica basada en un diálogo o conversación “cara a cara”, entre el entrevistador y el entrevistado acerca de un tema previamente determinado, de tal manera que el entrevistador pueda obtener la información requerida”. (Arias, 2012, pág. 73).

En este caso, la entrevista semiestructurada fue desarrollada con 3 jueces, 2 magistrados y 10 especialistas en derechos de familia, para explorar las categorías del estudio: divorcio incausado, principio de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3.5 ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación tuvo las siguientes etapas:

1. Aprobación del tema de investigación. En esta etapa se presentó el tema para su evaluación y aprobación.
2. Presentación del anteproyecto. La segunda etapa desarrolló el problema de investigación, marco teórico y metodología para el estudio.
3. Levantamiento de información. En esta etapa se obtuvo la información con los participantes del estudio.
4. Análisis de información. En esta etapa se analizó las encuestas aplicadas con usuarios, procuradores y abogados en el libre ejercicio, además, de las entrevistas desarrollados con jueces, magistrados y especialistas en derecho de familia.
5. Informe final. La cuarta etapa presenta los resultados, conclusiones, recomendaciones y propuesta con base a la información recolectada.

3.6 PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Para el análisis e interpretación de los resultados, se utilizaron procedimientos diferenciados por cada fase: cuantitativa, cualitativo y mixto.

En la fase cuantitativa, se utilizó un análisis descriptivo con base a las dos variables del estudio y respectivos indicadores, en coherencia con cada pregunta de la encuesta, presentada con su respectiva tabla, gráfica e interpretación. En la fase cualitativa, se retomó las categorías, se codificaron mediante preguntas y se crearon subcategorías del estudio, considerando el texto y la interpretación de las participaciones.

Por el método, enfoque y diseño del estudio, se incluye una discusión de resultados, considerando la integración o “triangulación” de los datos cuantitativos y cualitativos, considerando la perspectiva de todos los participantes, tal y como adelanta en el alcance del estudio. Las conclusiones se construyeron con base a los resultados, cuantitativos y cualitativos, al igual que las recomendaciones y la propuesta.

CAPÍTULO IV: HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN

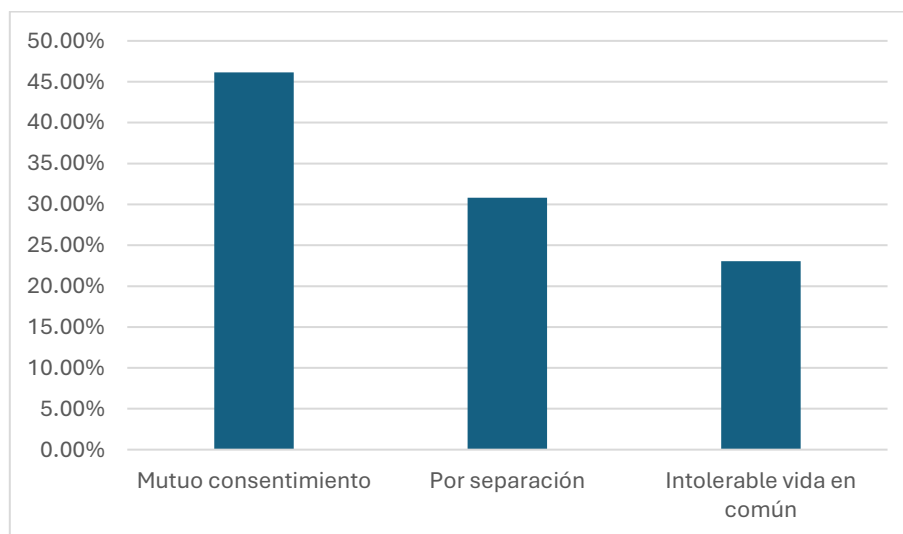
4.1 Presentación de resultados

4.1.1 Resultados: encuestas de personas usuarias en procesos de divorcio

Causal o motivo para decretar el divorcio

Tabla 6. Causal o motivo para decretar el divorcio

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Por mutuo consentimiento	12	46.15%
Por separación de cónyuges	08	30.80%
Por intolerable vida en común	06	23.05%
Total	26	100%



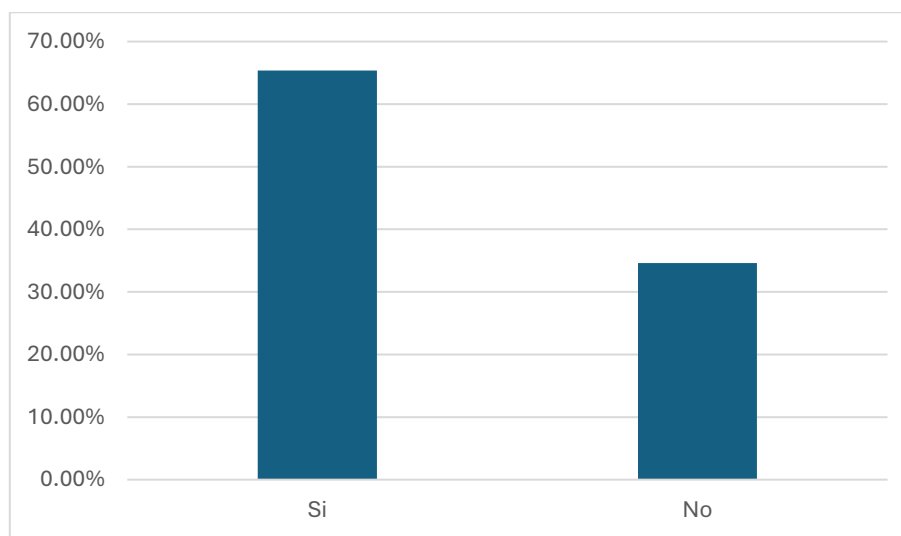
De los usuarios encuestados, el 46.15% de los divorcios fueron decretados por mutuo consentimiento. El 30.80% por separación de los conyugues y el 23.05% por ser intolerable la vida en común.

La causal o motivo para divorcio, puede estar relacionado con la opinión sobre la vulneración de sus derechos en los procesos de divorcio como se reflejan en las siguientes preguntas.

Vulneración de derechos durante el proceso judicial de divorcio

Tabla 7. Vulneración de derechos durante el proceso judicial de divorcio

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	17	65.38%
No	09	34.62%
Total	26	100.00%

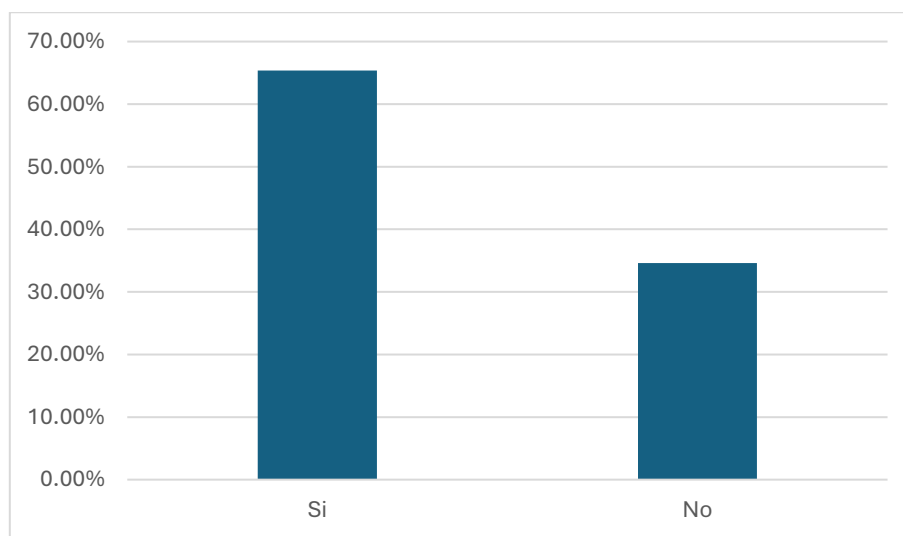


El 65.38% de los usuarios encuestados, afirmó que durante su proceso judicial de divorcio se le vulneró algún derecho. En cambio, un 34.62% afirmó que no. Posiblemente, esté relacionado con la respuesta anterior, sobre la causal o motivo que llevó al divorcio.

Intromisión a su intimidad personal durante el proceso de divorcio

Tabla 8. Intromisión a su intimidad personal durante el proceso de divorcio

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	17	65.38%
No	09	34.62%
Total	26	100.00%

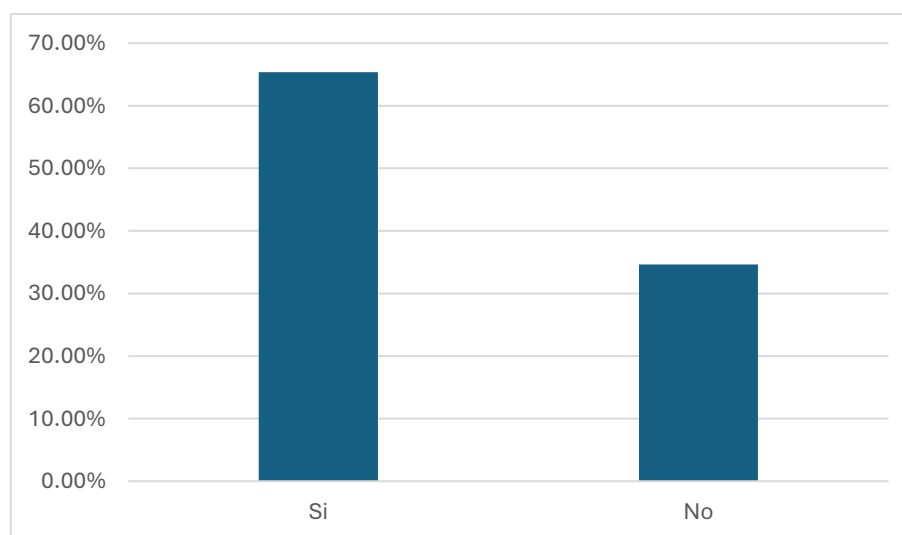


De los usuarios encuestados, el 65.38% afirmó que a su consideración durante el proceso de divorcio se hizo intromisión a su intimidad personal. En cambio, el 34.62% consideró que no se le hizo intromisión a su intimidad personal durante el proceso de divorcio.

Intromisión a la intimidad familiar, entre su excónyuge e hijos/a durante su proceso de divorcio

Tabla 9. Intromisión a la intimidad familiar

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	17	65.38%
No	09	34.62%
Total	26	100.00%

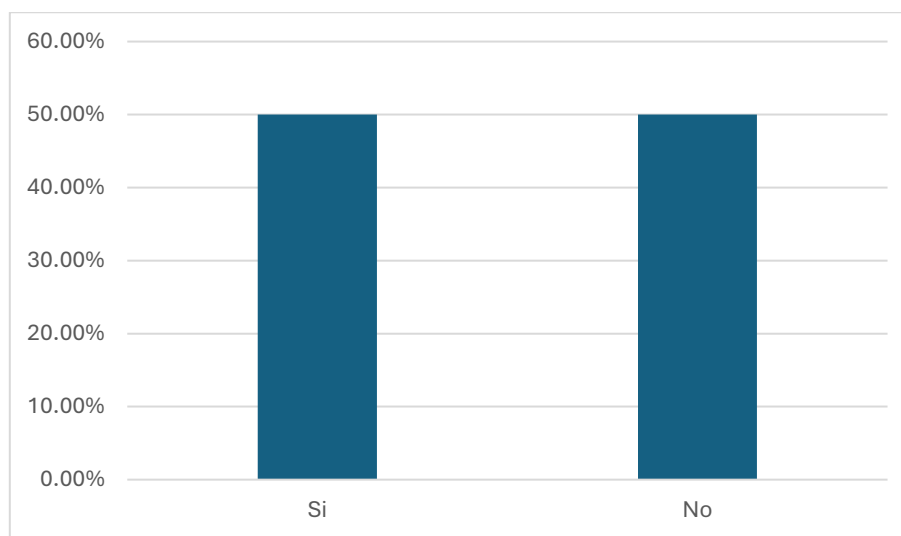


El 65.38% de las personas encuestadas, consideró que durante su proceso de divorcio se hizo intromisión a su intimidad familiar, entre su excónyuge e hijos. El 34.62% consideró que no existió intromisión familiar durante el proceso de divorcio.

Vulneración a su voluntad para disolver su matrimonio durante el proceso de divorcio

Tabla 10. Vulneración a la voluntad de disolver su matrimonio

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	13	50.0%
No	13	50.0%
Total	26	100%

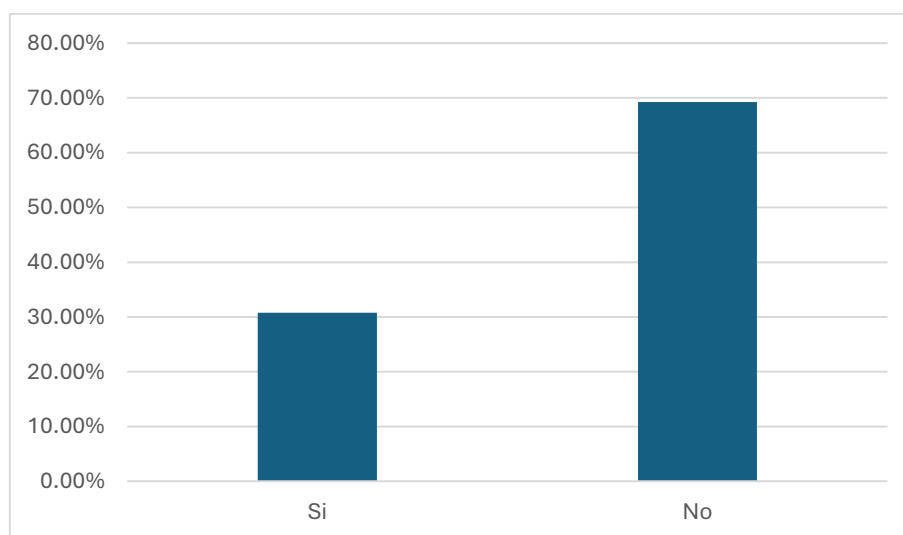


El 50% de las personas encuestadas, considera que existió vulneración a su voluntad de disolver el matrimonio durante el proceso de divorcio. En cambio, el 50% de las personas encuestadas, considera que no se le vulneró la voluntad de disolver el matrimonio. Es posible la consideración esté relacionada con la causal de divorcio.

Vulneración a su elección individual de no estar más con su ex conyugue durante el proceso de divorcio

Tabla 11. Vulneración a su elección individual

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	8	30.76%
No	18	69.24%
Total	26	100.00%

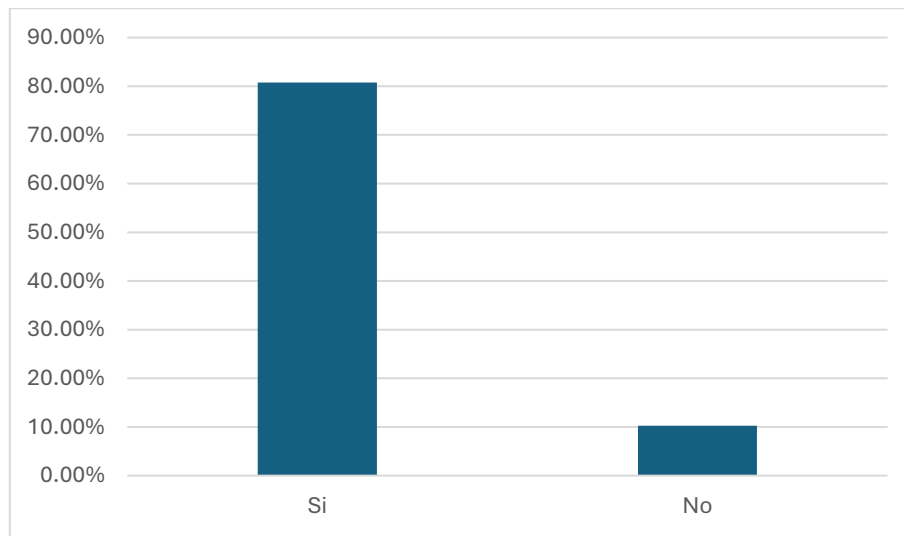


De las personas encuestadas, el 30.76% considera que se le vulneró su elección individual de no estar más con su excónyuge durante el proceso de divorcio. En cambio, un 69.24% de las personas encuestadas considera que no.

Preferencia a no exponer su vida personal durante el proceso de divorcio

Tabla 12. Preferencia a no exponer su vida personal durante el proceso de divorcio

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	21	80.77%
No	05	19.23%
Total	26	100.00%

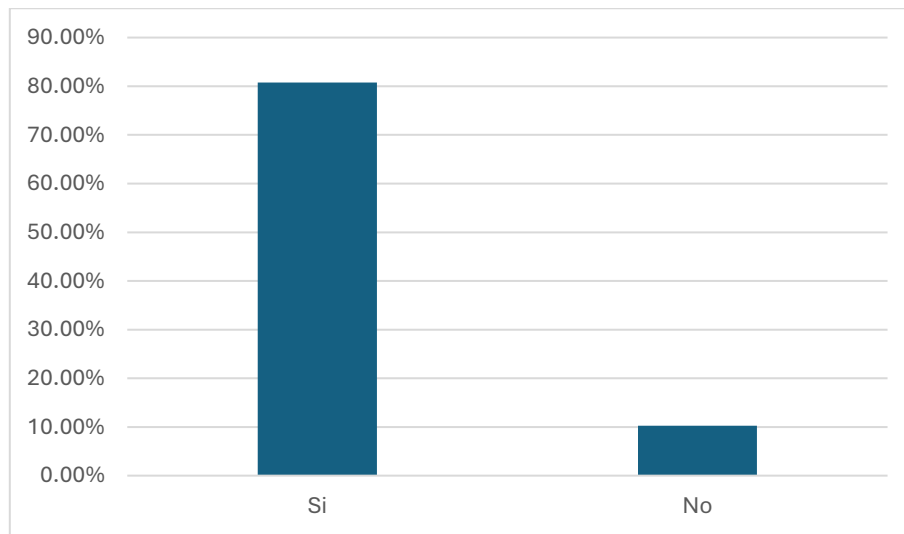


El 80.77% de las personas encuestadas, consideró que durante el proceso de divorcio hubiera preferido no exponer su vida personal durante el proceso de divorcio. Únicamente el 19.23% respondió que no.

Preferencia a no exponer su vida familiar durante el proceso de divorcio

Tabla 13. Preferencia a no exponer su vida familiar durante el proceso de divorcio

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	21	80.77%
No	05	10.23%
Total	26	100%

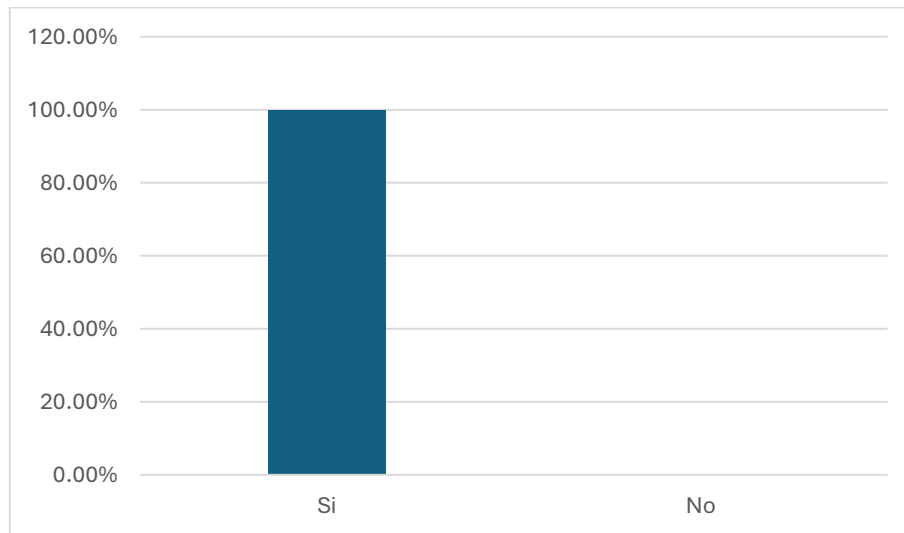


De las personas encuestadas, el 80.77% respondió que hubiera preferido no exponer su vida familiar ante el juzgado durante el proceso de divorcio. En este sentido, es alto el porcentaje, independiente de la causal o motivo de divorcio, que hubiera preferido exponer su vida familiar durante el proceso de divorcio en el juzgado.

Proceso de divorcio debería ser más fácil o ágil e incluir menos situaciones privadas de su familia

Tabla 14. Proceso de divorcio debería ser más fácil o ágil

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	26	100.0%
No	00	0.0%
Total	26	100%



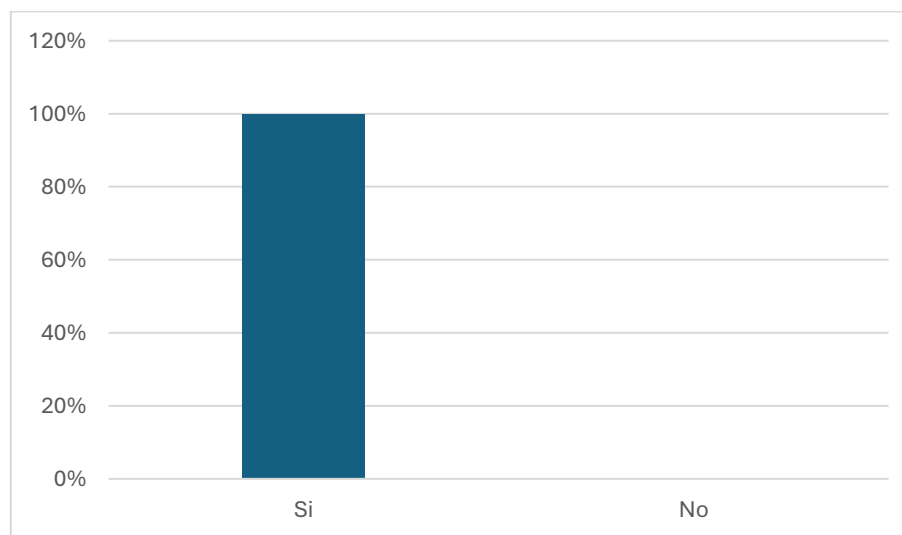
Al preguntarles si les parecía que el proceso de divorcio debería ser más fácil o ágil e incluir menos situaciones privadas de su familia, el 100% respondió que sí. Es decir, recomiendan que el proceso debiese ser más ágil pero también incluir menos situaciones privadas que exponer de su familia durante el proceso de divorcio.

4.1.3 Resultados: encuesta a Procuradores

Promoción de procesos y/o diligencias de divorcio como procurador/a

Tabla 15. Promoción de procesos y/o diligencias de divorcio como procurador/a

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	16	100%
No	00	0%
Total	16	100%

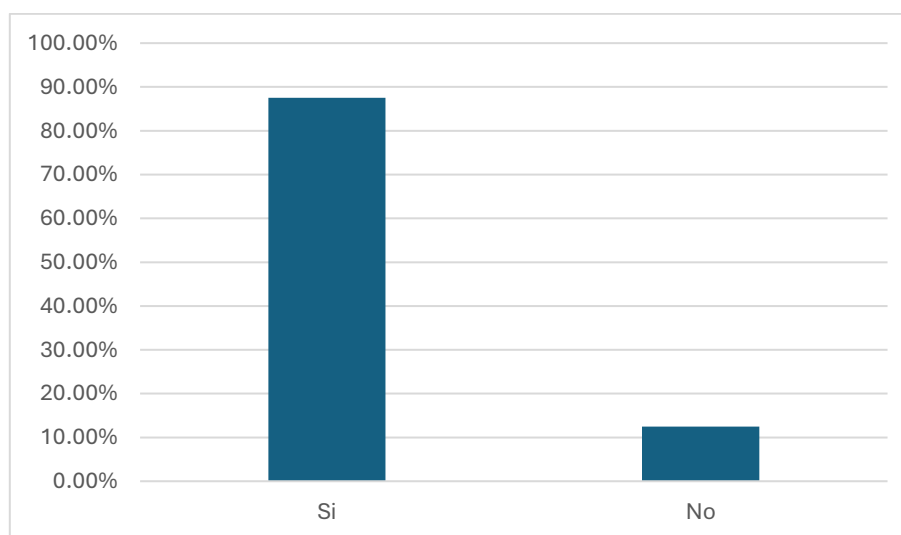


El 100% de las y los procuradores encuestados, afirmó que ha promovido procesos y/o diligencias de divorcio en su labor profesional.

Vulneración a los derechos de los cónyuges a su deseo de poner fin al vínculo matrimonial

Tabla 16. Vulneración a los derechos de los cónyuges

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	14	87.5%
No	02	12.5%
Total	16	100%

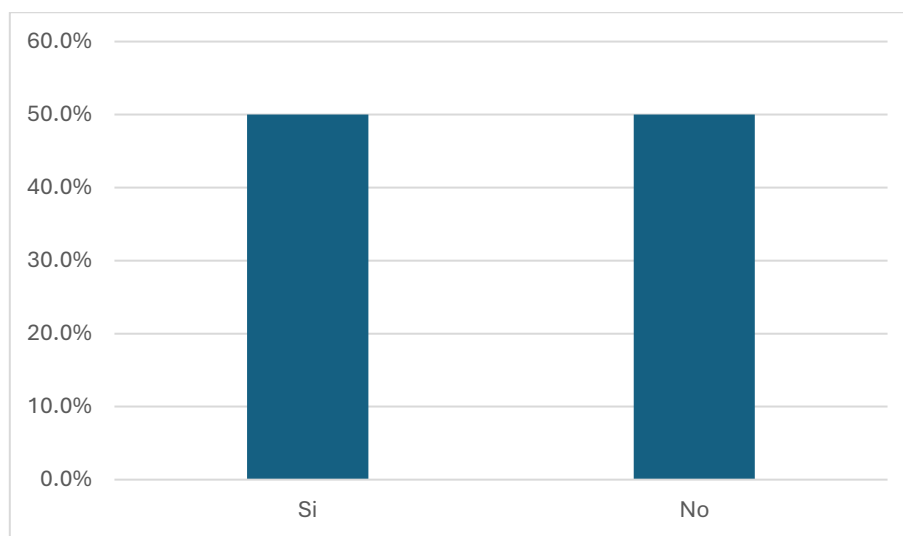


Al consultar a las y los procuradores si en los procesos y/o diligencias en las que no se disuelve el vínculo matrimonial, por ser las pruebas insuficientes ¿considera usted que se vulneran los derechos a los cónyuges a su deseo de poner fin al vínculo matrimonial? el 87.5% considera que sí.

Los motivos o causales para el divorcio vulneran derechos a los cónyuges

Tabla 17. Los motivos o causales para el divorcio vulneran derechos a los cónyuges

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	8	50%
No	8	50%
Total	16	100%

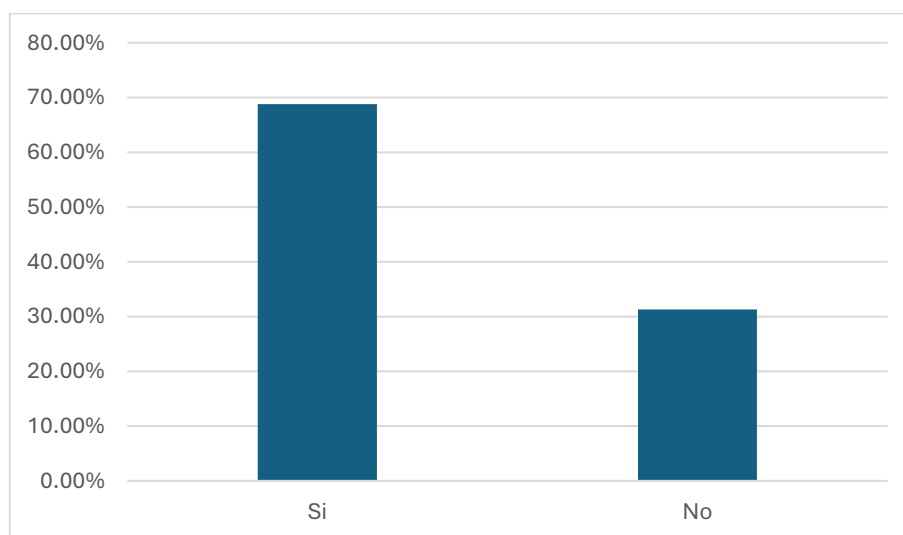


El 50.00% de las y los procuradores afirmó, al preguntarles que los motivos o causales actuales, reguladas en el artículo 106 del Código de Familia, sobre el divorcio, vulneran los derechos a los cónyuges. Es posible, como en el caso de las y los usuarios, que la consideración esté relacionada con la causal del proceso de divorcio.

Los motivos o causales representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges

Tabla 18. Los motivos o causales representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	11	68.80%
No	05	31.30%
Total	16	100%

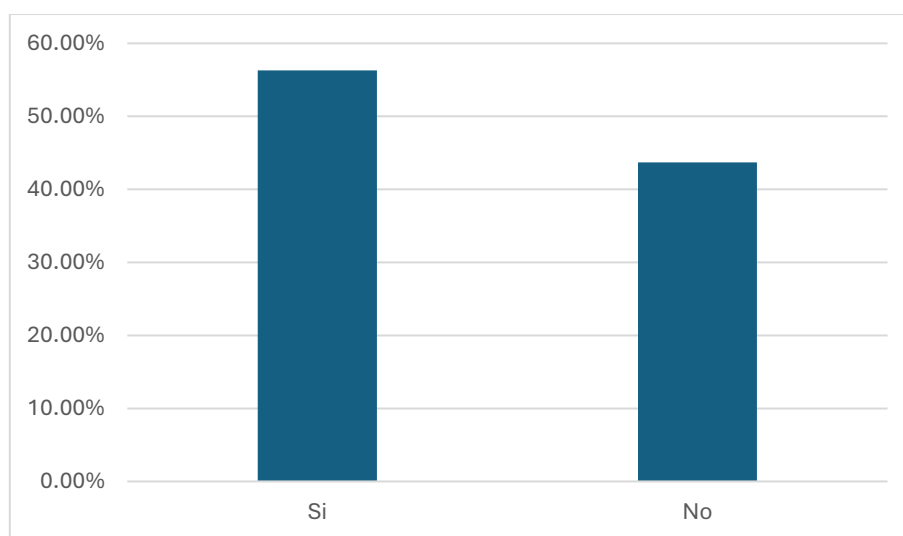


Al preguntar, si en su opinión, los motivos o causales reguladas en el artículo 106 del Código de Familia sobre el divorcio, representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges, el 68.80% respondió que sí. Es decir, un aproximado de 7 por cada 10, considera que los motivos o causales actualmente regulados, representan una intromisión a la intimidad personal y familiar.

Los motivos o causales vulneran el principio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges

Tabla 19. Los motivos o causales vulneran el principio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	09	56.30%
No	07	43.70%
Total	16	100%

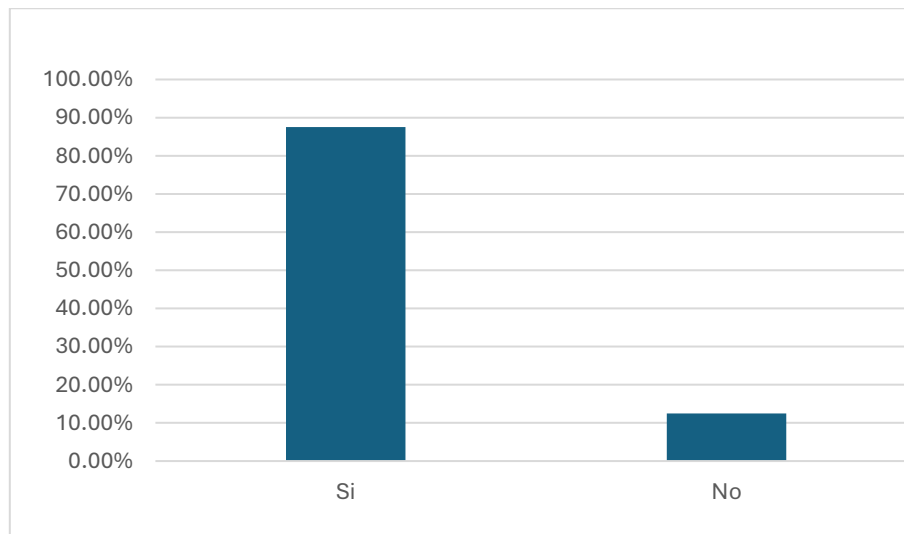


El 56.30% de las y los procuradores, considera que los motivos o causales actualmente reguladas sobre el divorcio, en el artículo 106 del Código de Familia, vulneran el principio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges. En cambio, el 43.70% considera que no vulnera el principio de la autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

Reforma a los motivos o causales

Tabla 20. Reforma a los motivos o causales

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	14	87.5%
No	02	12.5%
Total	16	100%

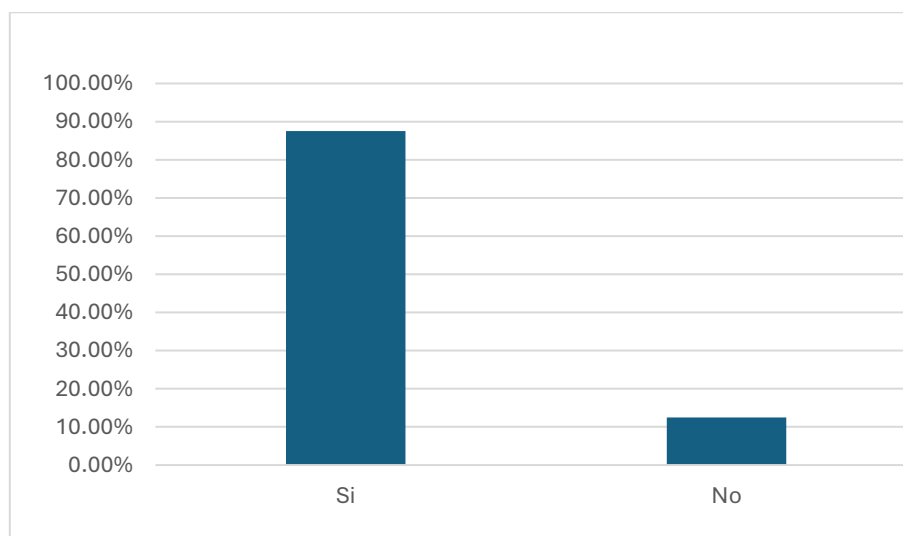


Las y los procuradores encuestados, en un 87.5% respondió de manera afirmativa, que en su opinión debe realizarse alguna reforma o regulación a los motivos o causales reguladas para el divorcio, en el artículo 106 del Código de Familia en El Salvador.

Conocimiento sobre el divorcio incausado o sin expresión de causa

Tabla 21. Conocimiento sobre el divorcio incausado o sin expresión de causa

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	14	87.5%
No	02	12.5%
Total	16	100%

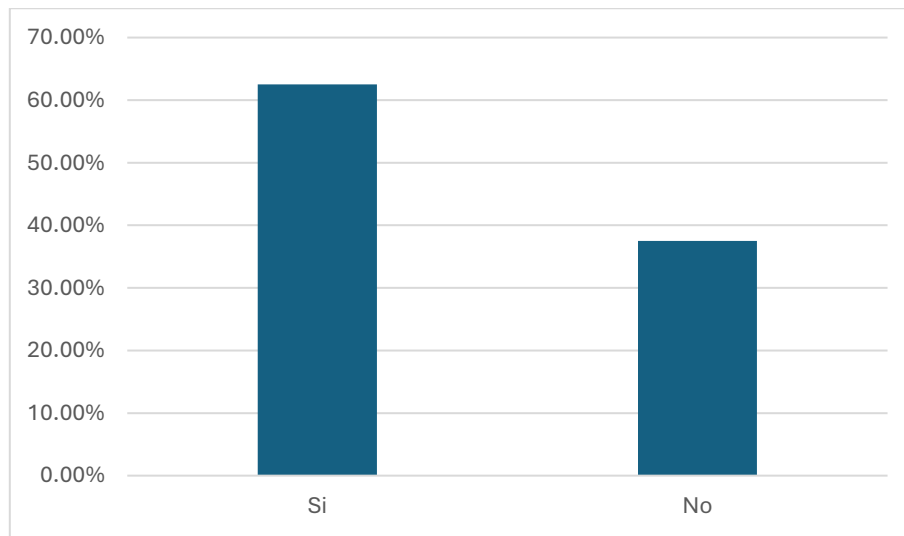


El 87.5% de las y los procuradores encuestados, respondió que conoce o ha escuchado sobre el divorcio incausado o sin expresión de causa.

Regulación del divorcio incausado en otros países

Tabla 22. Regulación del divorcio incausado en otros países

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	10	62.50%
No	06	37.50%
Total	16	100%

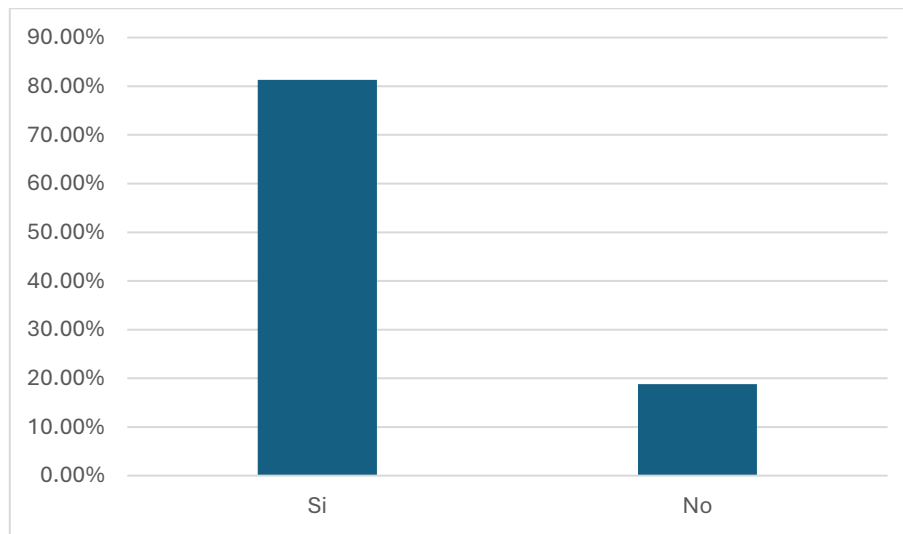


El 62.50% de las y los procuradores encuestados, respondió que conoce sobre la regulación del divorcio incausado en otros países, como en México o Argentina. En cambio, un 37.50% respondió que no conoce la regulación del divorcio incausado o sin expresión de causa en otros países.

El divorcio incausado debería ser regulado en El Salvador

Tabla 23. El divorcio incausado debería ser regulado en El Salvador

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	13	81.30%
No	03	18.80%
Total	16	100%

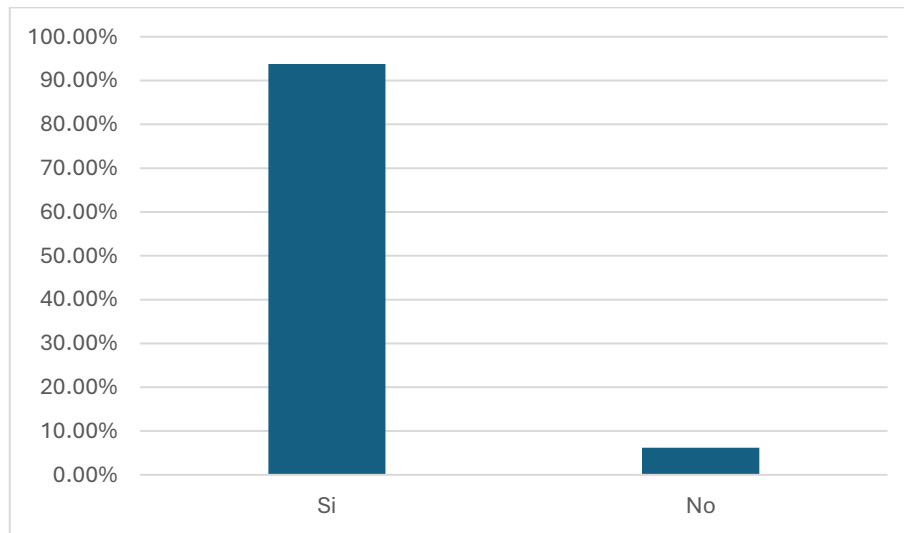


Las y los procuradores encuestados, en un 81.30% respondió que el divorcio incausado o sin expresión de causa debería ser regulado en El Salvador. Un poco menos del 20% respondió de manera negativa con relación a la regulación de este divorcio en el país.

El divorcio incausado puede garantizar el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad

Tabla 24. El divorcio incausado puede garantizar el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	15	93.80%
No	01	6.20%
Total	16	100%



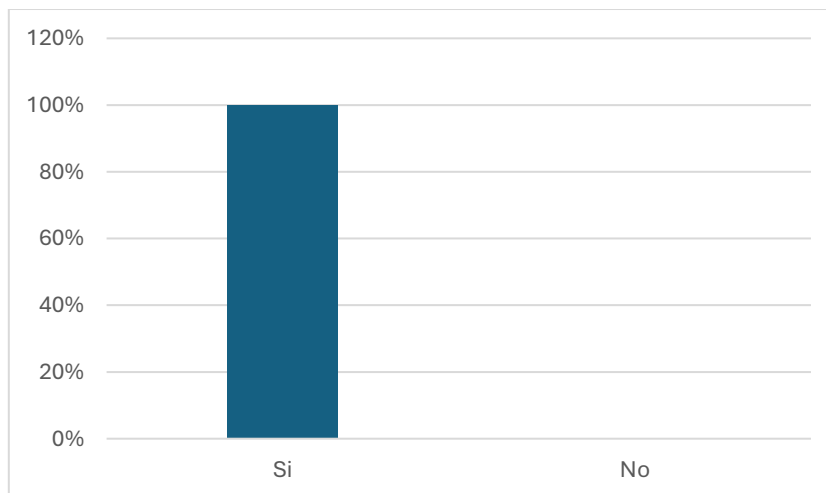
El 93.80% de las y los procuradores encuestados, considera que el divorcio incausado o sin expresión de causa, puede garantizar a los cónyuges el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.

4.1.3 Resultados: encuesta con abogados en el libre ejercicio

Promoción de procesos y/o diligencias de divorcio como abogado en el libre ejercicio

Tabla 25. Promoción de procesos y/o diligencias de divorcio como abogado en el libre ejercicio

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	39	100%
No	00	0%
Total	39	100%

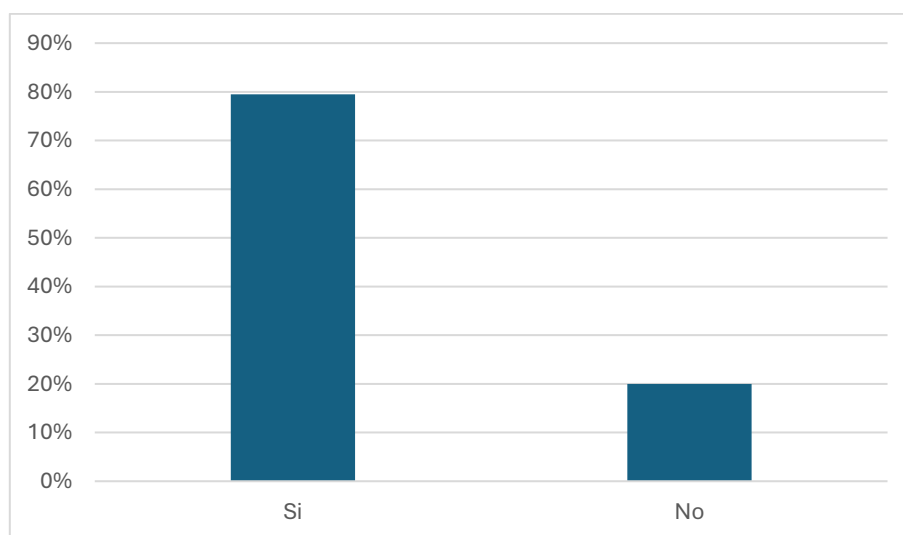


El 100% de los abogados en libre ejercicio encuestados, respondió que ha promovido procesos y/o diligencias de divorcio como abogados en el libre ejercicio.

Vulneración de los derechos a los cónyuges en procesos y/o diligencias en la que no se disuelve el vínculo matrimonial.

Tabla 26 Vulneración de los derechos a los cónyuges

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	31	80%
No	08	20%
Total	39	100%

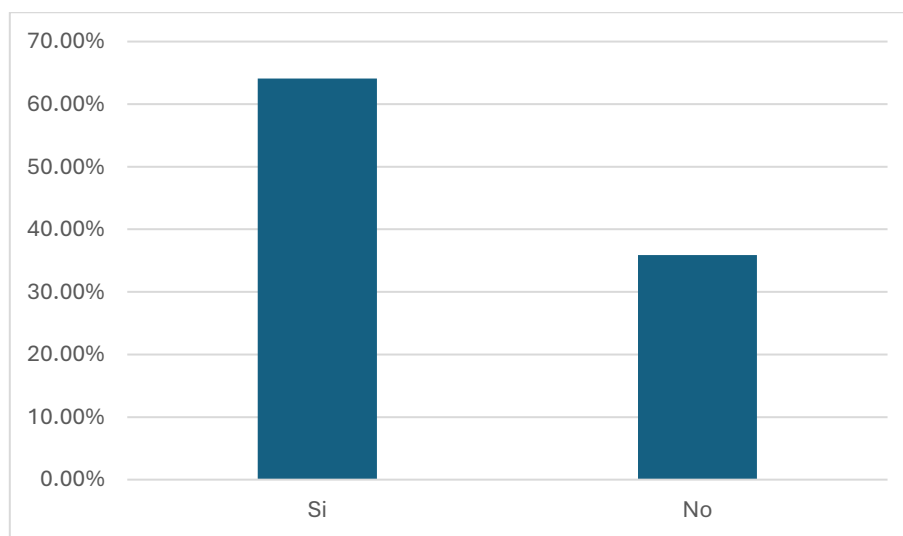


Al preguntar a los abogados en el libre ejercicio, si en los procesos y/o diligencias en la que no se disuelve el vínculo matrimonial, considera que se vulneran los derechos a los cónyuges, el 80.0% de las y los encuestados considera que sí.

Los motivos o causales vulneran derechos a las partes o personas implicadas

Tabla 27. Los motivos o causales vulneran derechos a las partes o personas implicadas

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	25	64.1%
No	14	35.9%
Total	39	100%

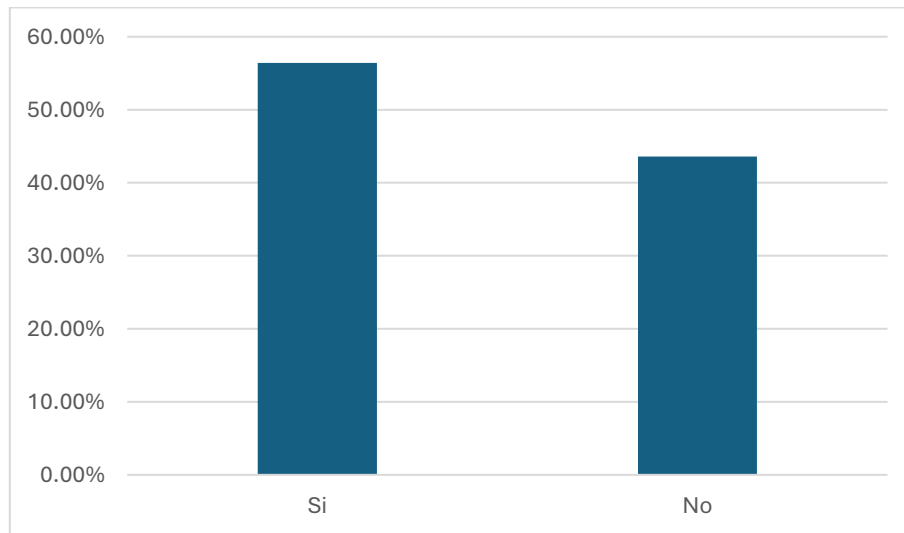


El 64.1% de las y los abogados en el libre ejercicio encuestados, considera que los motivos o causales reguladas para el divorcio vulnera derechos a las partes o personas implicadas en los procesos y/o diligencias de divorcio.

Los motivos o causales representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges

Tabla 28. Los motivos o causales representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	22	56.4%
No	17	43.6%
Total	39	100%

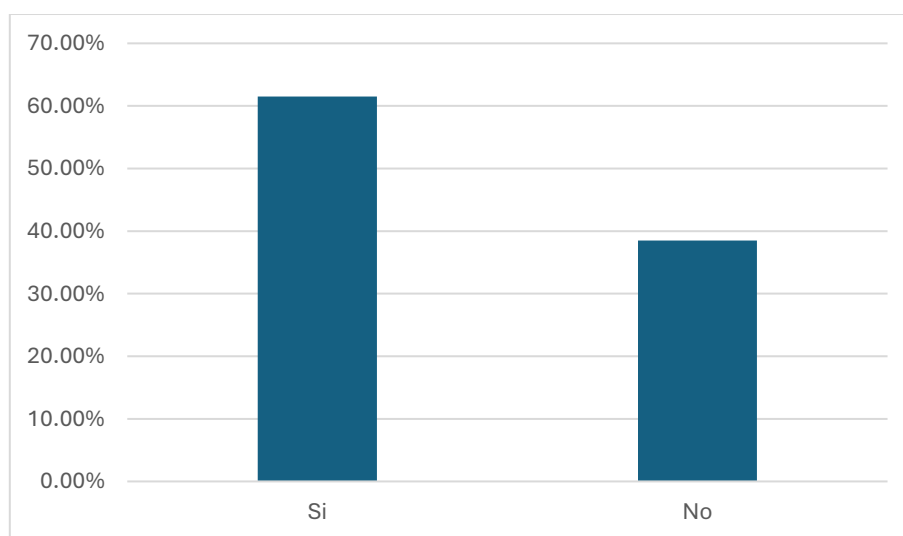


Al consultar a las y los abogados en el libre ejercicio, si en su opinión, estos motivos o causales representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges, más de la mitad opina que sí, con un 56.4%; sin embargo, un considerable 43.6% de las y los abogados en libre ejercicio opina que no representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges.

Los motivos o causales vulneran el principio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad

Tabla 29. Los motivos o causales vulneran el principio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	24	61.5%
No	15	38.5%
Total	39	100%

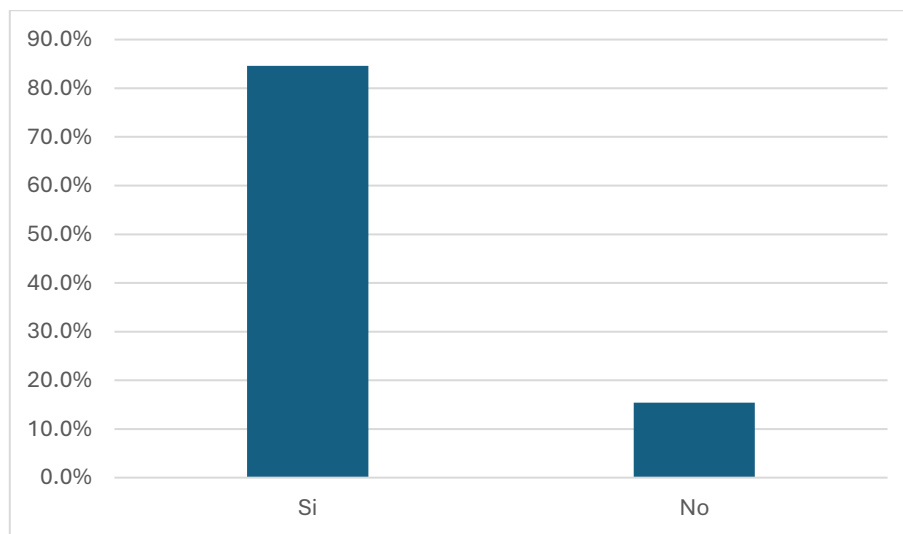


El 61.5% de las y los abogados encuestados, en su opinión, los motivos o causales regulados actualmente en el código de familia, vulneran el principio de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges. Sin embargo, un considerable 38.5% considera que los motivos o causales actualmente reguladas, no vulneran el principio de la autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

Reforma a los motivos o causales vigentes

Tabla 30. Reforma a los motivos o causales vigentes

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	33	84.6%
No	06	15.4%
Total	39	100%

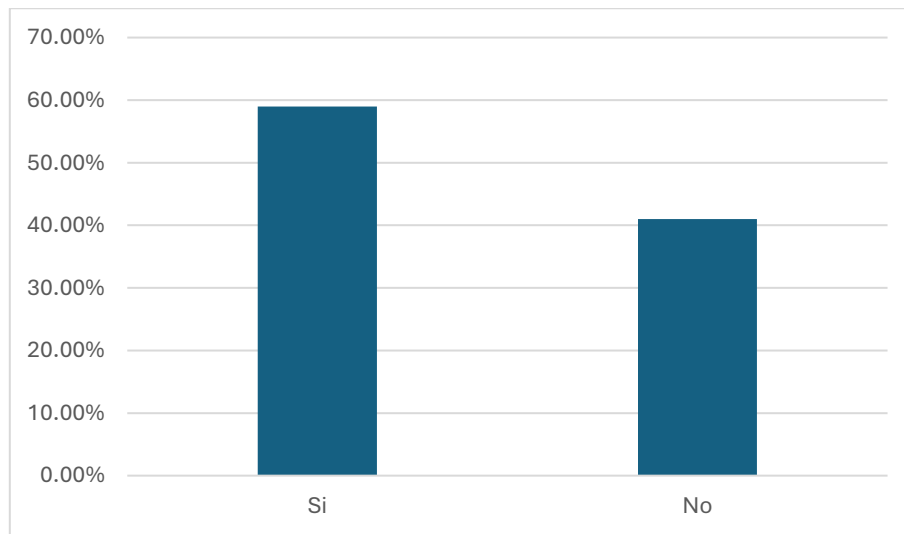


Al preguntar a las y los abogados encuestados, si en su opinión, ¿deben realizarse alguna reforma o regulación a los motivos o causales vigentes para el divorcio en El Salvador?, el 84.6% opina que deben realizarse reformas a los motivos o causales actualmente vigentes. Únicamente un 15.4% considera que no.

Conoce sobre el divorcio incausado

Tabla 31. Conoce sobre el divorcio incausado

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	23	59.00%
No	16	41.00%
Total	39	100%

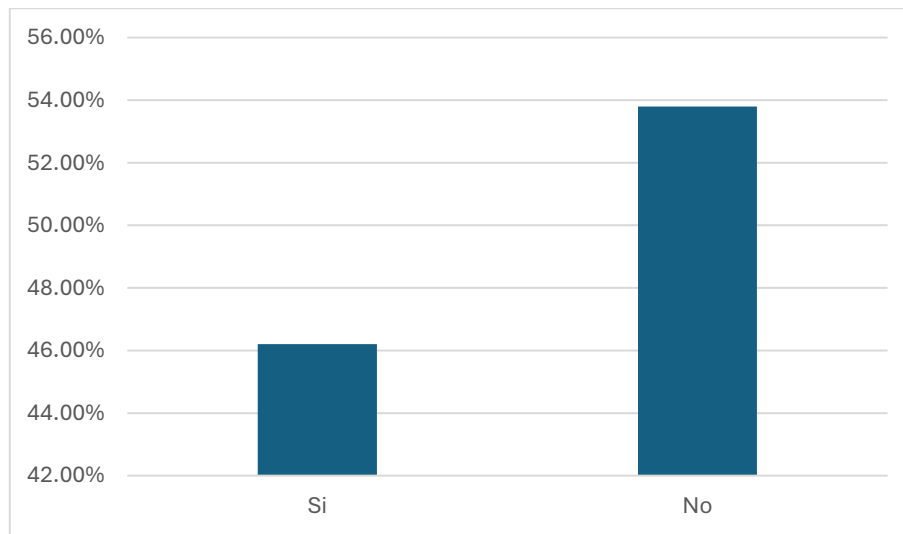


El 59.0% de las y los abogados encuestados, respondió que conoce o ha escuchado sobre el divorcio incausado o sin expresión de causa. Sin embargo, como en otras preguntas anteriores, un aproximado del 40.0% de las y los abogados encuestados, carece de conocimiento sobre el tema en estudio.

Regulación del divorcio incausado en otros países

Tabla 32. Regulación del divorcio incausado en otros países

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	18	46.20%
No	21	53.80%
Total	39	100%



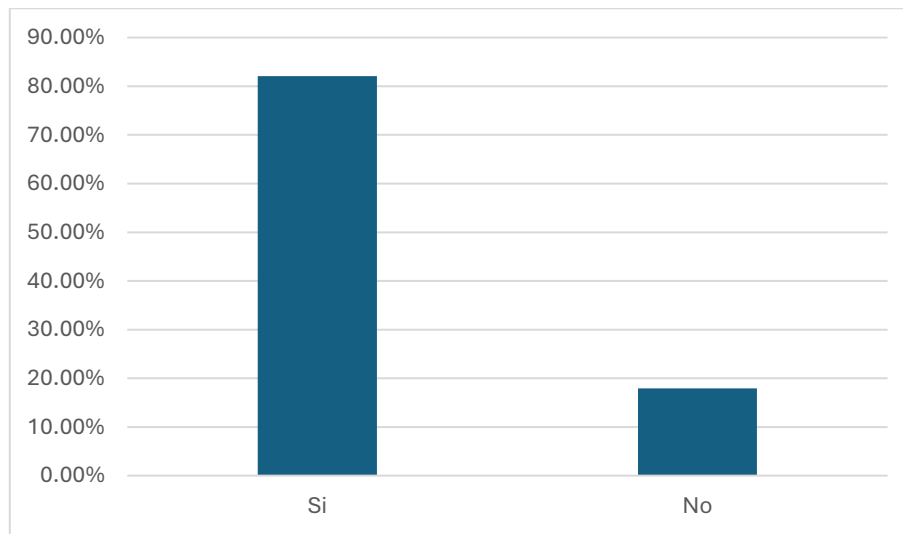
Al preguntar a las y los abogados encuestados, si conoce sobre la regulación del divorcio incausado en otros países, como en México o Argentina únicamente un 46.20% respondió de manera afirmativa; es decir, más de la mitad de los encuestados expresó no tener conocimiento, con un 53.80% de los resultados.

Este hallazgo refleja, que posiblemente en el país, pocas personas han leído o revisado el derecho comparado con relación al tema en estudio.

El divorcio incausado debería ser regulado en El Salvador

Tabla 33. El divorcio incausado debería ser regulado en El Salvador

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	32	82.1%
No	7	17.9%
Total	39	100%

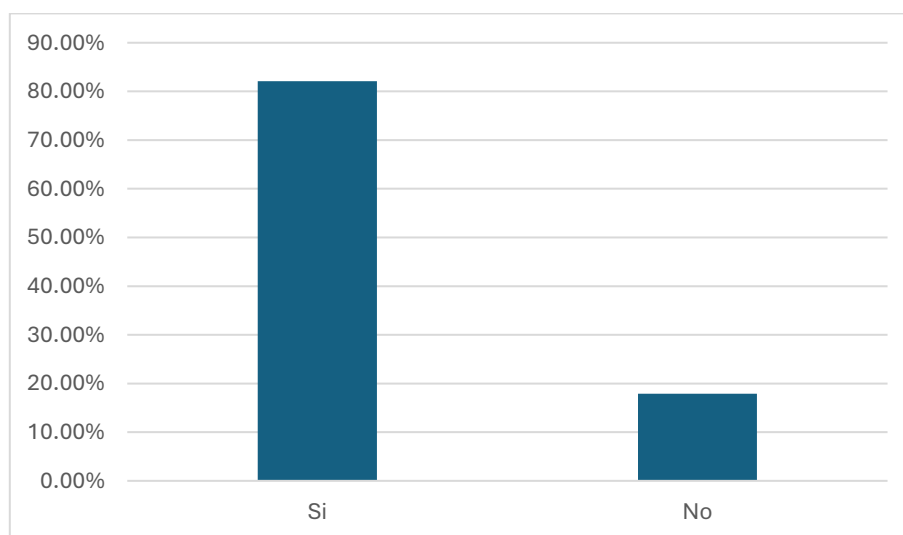


El 82.10% de las y los abogados encuestados, opina de manera afirmativa que el divorcio incausado o sin expresión de causa debería ser regulado en El Salvador. Sin embargo, debe considerarse que menos de la mitad de las y los abogados encuestados, conocen la regulación del divorcio incausado en otros países y un aproximado del 60% conoce o ha escuchado algo sobre el tema.

El divorcio incausado puede garantizar el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad

Tabla 34. El divorcio incausado puede garantizar el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad

Alternativa	Cantidad	Porcentaje
Si	28	71.8%
No	11	28.2%
Total	39	100%



El 71.80% de las y los abogados encuestados, considera que el divorcio incausado o sin expresión de causa puede garantizar a los cónyuges el principio de autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. Por su parte, un 28.20% respondió que no.

4.1.4 Resultados: entrevistas a Jueces de Familia y Magistrado de Cámara

Codificación: Vulneración a los derechos de los cónyuges en los procesos y/o diligencias de divorcio

En una pregunta abierta, basada a la consideración de los entrevistados, estos consideran que los motivos o causales actualmente regulados, pueden vulnerar además de “la autonomía de la voluntad” (JFLU1, 2024), “el derecho a la libertad, considerando que, en ocasiones, cuando el divorcio es por vida intolerable, hay ciertas afectaciones a la intimidad individual y familiar, al igual que su honor” (JFLU2, 2024), o bien, “la autodeterminación de la persona se ve vulnerada, ya que los supedita a una circunstancia” (JFSM1, 2024).

Codificación: intromisión al honor, a la intimidad personal y familiar

Al explorar sobre la intromisión al honor, a la intimidad personal y familiar, existen dos posturas contrapuestas. Por una parte, quienes consideran que evidentemente existe esa intromisión o que existe en la mayoría de los casos, porque “debe ventilarse la situación familiar” en el Juzgado (JFLU2, 2024).

En cambio,

“A mi consideración no [no existe una intromisión]. Por la razón que desde que se instituyó el divorcio en el Código de Familia, se hizo bajo la perspectiva del divorcio remedio; es decir, no buscar culpables en el fracaso de la unión matrimonial, el problema ha sido técnico jurídico. Las abogadas y abogados lo han encaminado siempre bajo la perspectiva del divorcio sanción, violentando con ello la dignidad, honor e intimidad de las personas en consignar aspectos que afectan a las personas” (JFSM1, 2024)

Codificación: principios de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad

A consideración de los entrevistados, la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, bajo estos motivos o causales, dado que además de evidenciar la “realidad individual y familiar” (JFLU1, 2024), debe mantenerse el vínculo aún cuando una de las dos personas ya no desea mantenerlo (JFLU2, 2024).

Codificación: motivos o causales deben ser reformados ante estas vulneraciones

Los jueces y magistrados coinciden que los motivos o causales representan una vulneración a la autonomía de la voluntad, al libre desarrollo de la personalidad y otros derechos. Frente a ese panorama, consideran que es necesario la revisión de los motivos, e incluso la reforma porque representa un obstáculo.

Según los entrevistados, la revisión es necesaria tanto la “institución del matrimonio como la del divorcio” porque “el Código de Familia ya dio lo que tenía, máxime que la efectividad o utilidad de un cuerpo legal es de 30 años” (JFSM1, 2024).

Por su parte, la reforma es necesaria según otro juez, “porque es necesario facilitar el acceso a la justicia sin ventilar aspectos privados”. O bien:

“Porque, desde mi punto de vista, representan un obstáculo para el libre desarrollo de la personalidad de cualquiera de los cónyuges, que ya no tiene interés en ser parte de la comunidad de vida matrimonial y o tiene que convencer al otro cónyuge para divorciarse por mutuo consentimiento, o tiene que esperar un año desde la separación para tener legitimidad para demandar por ese motivo o, en el peor de los casos, exponer su intimidad personal o familiar o el honor de cualquiera de los cónyuges frente al motivo de vida intolerable”

Codificación: Presentación de procesos y/o diligencias sin alegar alguna causal en el artículo 106 del Código de Familia

Hasta el momento, los Jueces y Magistrados, expresaron que nunca se ha presentado un proceso y/o diligencia sin alegar alguna causal, “ya que se deben presentar como determina la ley” (JFLU1, 2024).

Codificación: conocimiento sobre el divorcio incausado o divorcio sin expresión de causa

Sobre el divorcio incausado o sin expresión de causa, conocen que ha sido regulado en otros países, en el “que no importa una causa o motivo para solicitar el divorcio” (JFLU1, 2024), en el que “basta que sea peticionado por uno de los cónyuges sin citar motivo alguno o basta con expresar que ya no desea continuar con ese proyecto de vida por haber perdido su finalidad” (JFSM1, 2024).

Han escuchado, además, “algunas críticas sobre que es un divorcio exprés. Pero también comentarios a favor en cuanto a que evitan ese malestar personal y familiar y las consecuentes afectaciones emocionales, psicológicas y sociales de los divorcios causados” (JFLU2, 2024)

Codificación: opinión sobre la regulación del divorcio incausado o sin expresión de causa en otros países.

La opinión, desde un plano personal, que la petición de divorcio se hace más fácil, sin ningún obstáculo (JFLU1, 2024), considerando, como un avance jurídico-social acorde a las necesidades que los integrantes de una sociedad van estableciendo y legalizando (JFLU2, 2024).

En otras palabras, y más ampliada esta opinión:

“Garantiza de mejor manera derechos fundamentales de las personas, porque evita la intromisión estatal en la vida familiar y personal y elimina las tensiones producto del trámite del proceso de divorcio cuando es por motivos predefinidos” (JFLU2, 2024).

Codificación: implicaciones constitucionales y procesales sobre la regulación del divorcio incausado o sin expresión de causa en El Salvador

Ante una hipotética regulación sobre el divorcio incausado en El Salvador, los Jueces y Magistrado, consideran que no tendría ninguna implicación negativa.

Al contrario, “potenciaría sus derechos de audiencia y defensa” (JFLU1, 2024), pues “constitucionalmente se le estaría dando realce a la garantía de la libertad, y procesalmente sería necesario la reforma” (JFSM1, 2024), “ya que facilitaría y se volvería expedito resolver los divorcios, otorgándolo en el menor tiempo posible y sin mayores afectaciones a los cónyuges y sus hijos e hijas” (JFLU2, 2024)-

Codificación: garantía de la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal y familiar en los procesos y/o diligencias de divorcio

Para garantizar estos derechos en los procesos y/o diligencias de divorcio, “el trámite debe ser expedito” (JFLU1, 2024), “haciendo alusión a la garantía de libertad de cada persona y que la conlleva a la autodeterminación” (JFSM1, 2024) y al parecer, “lo más conveniente es reformar las disposiciones legales referidas al divorcio para eliminar los motivos por los cuales puede promoverse y regular el divorcio sin causa”.

Codificación: factores pueden intervenir para que el divorcio incausado o sin expresión de causa sea regulado en El Salvador

En esta perspectiva, consideran que “el régimen patrimonial debe ser incluido en el proceso” (JFLU1, 2024), al igual que “el respeto a los derechos humanos, dar cumplimiento al examen de convencionalidad y constitucionalidad y sobre todo efectivizar el respeto a la dignidad humana” (JFSM1, 2024). Sin embargo, “existen varios factores, desde la falta de interés legislativo porque tal decisión no recoge adeptos, esto atrasa una reforma adecuada. La jurisprudencia puede ayudar, entiendo que hay una demanda de inconstitucionalidad aún no resuelta sobre el tema que, de ser favorable ayudaría a lograr esa transformación de la legislación o, por lo menos, servir de base jurisprudencial para futuras decisiones judiciales respecto de las demandas y/o solicitudes de divorcio” (JFLU2, 2024).

4.1.5 Resultados: entrevista con especialistas en derecho de familia

Codificación: vulneración a los derechos de los cónyuges en los procesos y/o diligencias por los motivos o causales regulados actualmente en el Código de Familia

En esta interrogante, relacionada con los motivos o causales de divorcio actualmente regulados, los especialistas en derecho de familia, en su mayoría, consideran que existe una vulneración. Esta premisa, está fundamentada que no siempre “se considera la voluntad de las personas” (EDF1, 2024), dado que “se condiciona los motivos que pueden generar la separación” (EDF2, 2024), y hay quienes establecen que al estar regido por causal, cuando “puede hacerse simplemente porque una de las partes simplemente ya no quiere seguir casada” (EDF3, 2024).

Entre las consideraciones, se vulnera los derechos como la autonomía de la voluntad (EDF4, 2024) , pues debería bastar con la voluntad de uno o ambos cónyuges para decretar el divorcio (EDF5, 2024), agregando, que en la causal 2 y 3 debe comprobarse, lo que restringe o limita el goce del derecho al acceso a la justicia (EDF6, 2024).

Debe considerarse que no todas las causales vulneran derecho, dado que “un sistema de causales no es por sí mismo inconstitucional, sino que solamente lo es si alguna de ellas es desproporcionada en relación con los fines que busca” (EDF9, 2024), ya que puede “dejar de lado la voluntad de las partes de no querer seguir unidos en matrimonio” (EDF7, 2024) o bien, porque “se afecta el derecho a la intimidad” (EDF8, 2024).

Codificación: Los motivos o causales reguladas actualmente sobre el divorcio, en el artículo 106 del Código de Familia, representan una intromisión al honor, a la intimidad personal y familiar de los cónyuges

Los motivos o causales regulados actualmente para el divorcio en el Código de Familia, representa una intromisión al honor, intimidad personal y familiar de los cónyuges. Sin embargo, hay quienes expresan que está intromisión “depende de las causas en el caso en concreto motiven la separación, pero las causales inducen a la separación por causas puntuales y nominadas” (EDF2, 2024), especialmente en “la 2° y 3° causal, ya que en ambas deben hacerse narración de los hechos y exponerlos, en la etapa procesal pertinente, ante el ente jurisdiccional, procurador de Familia adscrito y otros” (EDF5, 2024) o bien porque “partes actoras tienen que exponer sus motivos personales y familiares para poder divorciarse” (EDF3, 2024).

Por lo tanto, la intromisión se presenta “porque en la demanda se empiezan a narrar hechos que tienen que ver con la intimidad de la persona, toda esa narración de hechos, por lo general daña el honor de la persona demandada, porque en contra de esta que se dicen” (EDF10, 2024). De igual manera, cuando “se pretende que se establezcan los motivos, de los cuales deriva la separación, exponiendo los problemas familiares porque llegaron a fin dicha relación”. Siendo más específicos, consideran “que la causal de vida intolerable se entromete indebidamente en la intimidad de las personas, porque una de sus manifestaciones más básicas es la de no compartir aquellas cuestiones que uno desee mantener en la reserva de las relaciones familiares” (EDF7, 2024).

Codificación: Los motivos o causales reguladas sobre el divorcio, en el artículo 106 del Código de Familia, vulneran los principios de la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges

Dado la configuración actual de los motivos o causales regulados, estos vulneran el principio a la autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, no sin antes aclarar que está relacionado con la causal o motivo que se decreta.

Esta vulneración, según los especialistas, sucede “porque es necesario probar, cuando debería ser suficiente la simple voluntad de convivir o dejar de hacerlo en este caso” (EDF1, 2024), “debido a que condiciona la manera en poder separarse” (EDF2, 2024), “ya que tiene que cumplir ciertos requisitos para poder decretar el divorcio de acuerdo a las únicas tres causales que existe” (EDF3, 2024).

Es decir, “se somete la voluntad propia a la voluntad del cónyuge” (EDF7, 2024), entendida la autonomía de la voluntad como “la facultad que tiene la persona de tomar decisiones sin depender de la aprobación de un tercero, y en las causales 2 y 3 siempre tiene que probar, ya sea la separación o la vida intolerable, y en la causal 1 se necesita el consentimiento del otro cónyuge. Por lo que al final en las 3 causales siempre depende de otros” (EDF5, 2024).

En el caso del libre desarrollo de la personalidad, esta se “condiciona a las personas a poder probar ciertos hechos para poder obtener como resultado la disolución de un vínculo matrimonial. Pero si ese vínculo ya carece de un sentido, la falta de prueba supondría una sujeción indebida a una relación y situación personal contraria al proyecto de vida de quien lo sufre” (EDF9, 2024).

Codificación: Los motivos o causales reguladas sobre el divorcio, en el artículo 106 del Código de Familia, deben ser reformados

Una perspectiva unánime entre los participantes de la investigación es que los motivos o causales, deben ser regulados, ya que estos “son rígidos” (EDF1, 2024), considerando que “debe ser reformado. La sociedad ha avanzado y por lo tanto el derecho de evolucionar a la par” (EDF4, 2024), y de esta manera “para facilitar el acceso a la justicia y la autonomía de la voluntad” (EDF5, 2024).

Esta reforma, debe estar orientada a “muchas veces las personas no llegan a un acuerdo para el divorcio, o no tienen el año de separación, que es el requisito para divorciarse, pudiéndolo hacer de manera unilateral” (EDF3, 2024). Si estos “ya no fueren acordes a la realidad, es viable una reforma para aquellos casos que no ameritan un proceso desgastante” (EDF10, 2024).

Incluso, se debe” incorporar el divorcio sin causa” (EDF2, 2024), “ya que da la apertura para que pueda promoverse sin causa o causa dependiente lo que así se requiera” (EDF7, 2024). Es decir, el divorcio por sí mismo solo tiene el fin de disolver una relación matrimonial y, para ello, me parece que es innecesario que existan causales si es ese el proyecto de vida de alguien. Las razones estarían de más” (EDF9, 2024).

Codificación: Conocimiento sobre el divorcio incausado o divorcio sin expresión de causa

El conocimiento sobre el divorcio incausado o expresión de causa, es que este “no requiere motivo para promover el proceso o diligencia de divorcio respetando la autonomía de la voluntad de los cónyuges” (EDF2, 2024), ya que “depende simplemente del hecho de que uno de los cónyuges pide el divorcio, por ya no querer seguir casado, porque ya no es su deseo, sin explicar sus motivos personales” (EDF3, 2024).

Se entiende, que, si la pareja desea disolver el vínculo, presentan una petición de disolución del vínculo, sin dar justificantes del porqué. Por qué sería la voluntad de la pareja a disolver

el vínculo” (EDF10, 2024), ya que “basta con la voluntad de uno de los cónyuges” (EDF8, 2024).

Al no necesitar el “consentimiento del otro cónyuge para querer separarse, únicamente la voluntad de continuar con el matrimonio sin especificar una causa” (EDF4, 2024), ya que no “no necesita mediar un motivo o la voluntad del cónyuge para promoverlo, basta con la voluntad de uno de los cónyuges para promoverlo y decretarlo” (EDF5, 2024).

Codificación: La regulación del divorcio incausado o sin expresión de causa en otros países como en México o Argentina

Sobre la regulación del divorcio incausado o sin expresión de causa en otros países como en México o Argentina, se considera como “un divorcio exprés” (EDF10, 2024), relacionado con la “garantía del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (EDF2, 2024), ya que “es una manera ágil de realizar dicho divorcio, más que todo en los casos en que una de las partes es de paradero ignorado, se ahorra tiempo y dinero admitiendo este tipo de divorcio” (EDF3, 2024)

Considerando como “un avance jurídico que debería ser retomado por nuestro ordenamiento jurídico”, (EDF2, 2024); a nivel individual, facilita “el ejercicio del derecho a la individualidad de cada persona” (EDF7, 2024), pero también a “consecuencia de la realidad de cada sociedad o país” (EDF6, 2024).

Incluso, se considera “viable el poder implementarse en el país, ya que se evitaría mucho desgaste tanto al aparato jurisdiccional y los recursos económicos, ya que permanente operaría la voluntad de los cónyuges”

Codificación: Garantía en los procesos y/o diligencias la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, al igual que la intimidad personal y familiar de los cónyuges.

Garantizar la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad en los procesos y/o diligencias de divorcio, al igual que la intimidad personal y familiar de los cónyuges, debe ser “más accesible la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, tal como se crea; es decir, podría aplicarse el divorcio por mutuo consentimiento como una diligencia notarial” (EDF1, 2024).

Debe permitirse “que cada persona decida poder liberarse de causas para no continuar con una relación matrimonial” (EDF2, 2024) y la “única forma de garantizar esos derechos sería con la reforma al Código de Familia, respecto a que lo existan causales de divorcio” (EDF4, 2024).

Bajo la consideración que “actualmente el código de familia no está garantizando dichos derechos, en razón que dichas causas se rigen y aprueban a través de la voluntad del otro, la aprobación de la separación, por lo tanto, no ha prevalecido aquella denominada autonomía de la voluntad” (EDF5, 2024). Lo que debe incorporar, incluso “reformular el código de familia”, bajo “un nuevo sistema de causales” (EDF7, 2024)

4.2 Discusión de resultados

La investigación, que ha implicado dos fases, cuantitativa y cualitativa, ha incluido al menos seis perspectivas, por lo que este apartado, pretende integrar ambas fases y las perspectivas de los participantes, en coherencia con el método, diseño y enfoque del estudio.

Debe considerarse que el 65.38% de los usuarios encuestados, afirmaron que durante que durante el proceso judicial se le vulneró algún derecho. El mismo porcentaje de usuarios, considera que durante el proceso existió una intromisión a su intimidad personal y a la intromisión familiar.

Sin embargo, estas vulneraciones pueden estar relacionadas con los motivos o causales regulados actualmente para el divorcio. Para ser más específico, el 68.80% de los Procuradores considera que los motivos o causales actualmente regulados en El Salvador, representan una intromisión a la intimidad personal y familiar al igual que el 56.4% de los abogados encuestados, quienes afirman que estos motivos o causales representan una intromisión a la intimidad personal y familiar de los cónyuges.

Por su parte, los especialistas en derechos de familia concluyen que la intromisión al honor, intimidad personal y familiar de los cónyuges, está relacionada con las causales, en las que debe narrarse hechos y exponerlos o bien porque las partes tienen que exponer sus motivos personales y familiares para que el divorcio pueda ser decretado. Lo que implica la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad.

Para ser más específicos, el 56.30% de los Procuradores afirma que se vulneran la autonomía de voluntad y el libre desarrollo de la personalidad; de igual manera lo cree el 61.5% de los abogados en el libre ejercicio. A criterio de los Jueces entrevistados, la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad está supedita a los motivos o causales, dado que debe evidenciarse la decisión personal y familiar de disolver el matrimonio.

Es decir, la vulneración a la autonomía de la voluntad sucede porque es necesario probarse, cuando debería ser suficiente la simple voluntad de convivir o simplemente por decisión de una de las partes. En el libre desarrollo de la personalidad, la vulneración está condicionada a probar ciertos hechos para disolver el vínculo matrimonial, cuando este carece de sentido, si la situación personal contraria al proyecto de vida de quien lo solicita.

Frente a este panorama, uno de los principales datos de la investigación, es que se debe generar una reforma a los motivos o causales actualmente regulados en el Código de Familia. Para el 87.50% de los Procuradores debe realizarse alguna reforma o regulación a los motivos o causales y sucede igual con el 84.6% de los abogados encuestados. Desde la perspectiva de los jueces, es necesario facilitar el acceso a la justicia sin ventilar aspectos privados de las personas o sus familias, ya que estos pueden representar un obstáculo para

el libre desarrollo de la personalidad, sin tener que convencer al otro conyugue o esperar un tiempo para poder obtener un divorcio.

Una de las alternativas, consultadas y propuestas por los participantes en el estudio, es el divorcio incausado. En el caso de los Procuradores es conocido por el 87.5% y por un 59.00% de los abogados encuestados. Según los especialistas consultados, el divorcio incausado o expresión de causa, no requiere motivo para promover el proceso o diligencia de divorcio respetando la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ya que depende simplemente del hecho de que uno de los cónyuges pide el divorcio, por ya no querer seguir casado, porque ya no es su deseo, sin explicar sus motivos personales. Al no necesitar el “consentimiento del otro cónyuge para querer separarse, únicamente la voluntad de continuar con el matrimonio sin especificar una causa ya que no necesita mediar un motivo o la voluntad del cónyuge para promoverlo, basta con la voluntad de uno de los cónyuges para promoverlo y decretarlo.

De esta manera, para garantizar la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad en los procesos y/o diligencias de divorcio, al igual que la intimidad personal y familiar de los cónyuges, el proceso debe ser más accesible la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, tal como se crea. Es decir, permitir que cada persona decida poder liberarse de causas para no continuar con una relación matrimonial y la única forma de garantizar esos derechos sería con la reforma al Código de Familia, respecto a que lo existan causales de divorcio.

Bajo la consideración que actualmente el código de familia no está garantizando dichos derechos, en razón que dichas causas se rigen y aprueban a través de la voluntad del otro, la aprobación de la separación, por lo tanto, no ha prevalecido aquella denominada autonomía de la voluntad. Lo que debe incorporar, incluso “reformular el código de familia”, bajo un nuevo sistema de causales.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

5.1 Conclusiones

Con base a los objetivos del estudio, y las personas que participaron durante la investigación, se presentan las siguientes conclusiones:

1. Actualmente, los motivos o causales regulados en el Código de Familia, desde la perspectiva de las personas involucradas en procesos y/o diligencias de divorcio, representan una intromisión a la intimidad personal y familiar. Los usuarios encuestados, expresaron que hubieran preferido no exponer su vida personal y tampoco exponer su vida familiar, y que se garantice un proceso más ágil.
2. Desde la perspectiva de las y los participantes, los actuales motivos o causales deben ser reformados, ya que vulneran derechos a los cónyuges. Sin embargo, reconocen que esta vulneración está asociada con la causal que se establece o se pretende probar durante el proceso judicial. Incluso, consideran que dos de estas tres causales, vulneran el principio de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad.
3. En su mayoría, los Procurados, Jueces, Magistrados y Abogados en el libre ejercicio, expresaron tener conocimiento sobre el divorcio incausado y su regulación en otros países de América Latina, en el que no debe brindarse motivos para que este sea decretado, respetando la autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad.
4. Desde diferentes perspectivas, las y los participantes en el estudio, consideran que el Código de Familia debe ser reformado, incorporando el divorcio incausado, considerando que las causales actuales deben ser revisadas con base al enfoque de derechos y la regulación en otros países.

5.2 Recomendaciones

A la Asamblea Legislativa:

1. Integrar una comisión para evaluar los motivos o causales actualmente regulados en el Código de Familia de El Salvador, especialmente con las vulneraciones al honor, la intromisión a vida personal y familiar de las partes en los procesos y/o diligencias de divorcio.
2. Analizar la reforma, adecuación o incorporación del divorcio incausado o sin expresión de causa en el Código de Familia, basado en consultas a especialistas en derechos de familia y considerando el derecho comparado.

A la Corte Suprema de Justicia:

3. Realizar un análisis sobre los motivos o causales actualmente regulados en el Código de Familia de El Salvador, para evaluar las vulneraciones a las personas o partes en los procesos y/o diligencias de divorcio.
4. Desarrollar procesos formativos, simposios o intercambio de experiencias con relación al derecho comparado sobre la regulación del divorcio incausado o sin expresión de causa en otros países de América Latina.
5. Elaborar una propuesta sobre las implicaciones que tendría la aprobación o regulación del divorcio incausado en El Salvador.

A Procuradores:

6. Gestionar o promover procesos de formación con relación al divorcio incausado o sin expresión de causa, especialmente, con el análisis de derecho comparado.

7. Evaluar las implicaciones que tendría la regulación del divorcio incausado en El Salvador, de igual manera, considerando el principio de autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad de las personas implicadas.

A abogados en el libre ejercicio:

8. Desarrollar una revisión sobre la fundamentación del divorcio incausado, su regulación y la experiencia en otros países de América Latina.

5.3 Propuesta

Procedimiento de Reforma de Ley

1. Presentación de la iniciativa

Según lo establecido 133 de la Constitución de la República de El Salvador puntualiza quienes son las únicas personas e instituciones que pueden emitir una iniciativa de ley o decretos son estas entidades o funcionarios:

- **Los Diputados**

Los diputados tienen iniciativa de ley en cualquier materia, a diferencia de la Corte Suprema de Justicia, las Municipalidades y el Parlamento Centroamericano, cuya iniciativa se encuentra restringida al ámbito material en el que estos se desenvuelven; tampoco se requiere que actúen por medio de alguien más, como es caso del N. 2 del artículo 133 de la Cn.

- **El presidente de la República por medio de sus Ministros**

En cuanto a la iniciativa del Presidente de la República, la Sala de lo Constitucional ha dicho que “el referido ordinal establece que el Presidente de la República tiene iniciativa de ley por medio de sus ministros; lo cual claramente significa que no puede ejercerla directamente, si no que en la representación del anteproyecto de ley que ha de someter a la Asamblea Legislativa, necesariamente debe intervenir otro funcionario del Ejecutivo, específicamente un Ministro. Sin embargo, debe considerarse que la mencionada

disposición no implica que el acto de presentar el anteproyecto de ley deba hacerse a través de todos los ministros, sino basta que lo haga a través de uno de ellos; además, dicha disposición no especifica que deba ser un ministro determinado quien deba presentarlo a la Asamblea Legislativa, de lo cual puede inferirse que cualquiera de ellos pueda hacerlo, por lo que exige el art. 133 N 2 Cn. es que, en la presentación del anteproyecto de origen ejecutivo a la Asamblea Legislativa cuya iniciativa corresponde al Presidente de la República, haya intervención de por lo menos un ministro.

2. Se debe de realizar la emisión y firma de decretos y acuerdos.

Con lo planteado en el art. 134 de la Cn. Las resoluciones de la Asamblea deberán constar en decretos o acuerdos, según sea el caso, y se tendrán en firme al cerrar la sesión plenaria en que se haya aprobado, al que también se guardará un ejemplar en la Asamblea y se enviarán dos al Presidente de la República.

3. Discusión del proyecto o reforma de ley.

En esta fase, las personas que intervienen en la reformación de las leyes deliberan, ya que aducen y examinan las razones determinantes de la aprobación o desaprobación de un proyecto de ley. Ahora bien, para que un proyecto llegue a ser ley, sigue el procedimiento que el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa dispone:

- Lectura art. 70 RIAL
- Discusión 80 RIAL
- Archivo 96 RIAL
- Aprobación

4. Firma de los dos ejemplares.

Con lo establecido en el art. 136 de la Cn. El Presidente de la República no encontrará objeción al proyecto recibido, firmará los dos ejemplares, devolviendo uno a la Asamblea y hará publicar el texto como ley en el órgano oficial correspondiente.

5. Promulgación y publicación de la ley o reforma.

Con lo dictado con el art. 139 de la Cn. La promulgación es el acto que comprende la obligación de dar a conocer la ley o reforma mediante la publicación material, el plazo de conocimiento y la ejecución o proceso de cumplimiento, del cual, el Presidente de la

República responde y ordena la reglamentación de aquellas leyes cuya ejecución le corresponde. Por lo que esta exigencia se cumple insertando todo el acto legislativo en el Diario Oficial, pero sí en el término de quince días el Presidente de la República no lo publicare, el Presidente de la Asamblea Legislativa lo hará en el Diario Oficial o en cualquier otro diario de los de mayor circulación.

6. Publicación de la ley o reforma.

Según lo regulado en el art. 140 de la Cn. Menciona que para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo menos, ocho días después de su publicación.

OBJETO

El proyecto de reforma de Ley tiene por objeto incorporar a la legislación de Familia el denominado **divorcio incausado** en virtud del cual se permite el divorcio, sin culpabilidad, por la sola manifestación de la voluntad de cualquiera de los cónyuges. Para tal fin, modificar la normatividad vigente en esta materia, es necesario.

Esta propuesta parte de una concepción de respeto por la dignidad humana y en atención a los principios constitucionales de libertad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad.

JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

El Proyecto de la presente reforma de Ley es justificado por en los siguientes términos:

1- Problema que se pretende resolver:

La ausencia de la posibilidad Jurídica que le permita a los Salvadoreños divorciarse por la voluntad de una de sola de las partes, limita el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Por medio del presente proyecto se busca, que los cónyuges puedan solicitar el divorcio sin necesidad de justificar el motivo por el cual lo están solicitando respetando a si su intimidad y privacidad.

Las disposiciones normativas vigentes sobre el divorcio se basan en un concepto de culpabilidad y en unas causales taxativas para la terminación del vínculo jurídico matrimonial que no contemplan la manifestación unilateral de la voluntad de uno de los cónyuges como razón suficiente para la solicitud del divorcio.

2- Cómo se resuelve el problema:

El presente proyecto busca reformar disposiciones del Código Familia, específicamente el artículo 106 que establece las causales del divorcio al regular el divorcio incausado dentro del ordenamiento jurídico Salvadoreño.

Se esta consiente de que no solo se trata de incorporar el divorcio sin causa, sino que también, se deben agregar, entre otras cosas, como por ejemplo, la forma en que deberá peticionarse, la propuesta de divorcio del cónyuge solicitante y si se establecerá el régimen de alimentos que se seguirá en los casos en que uno de los cónyuges no tenga medios de subsistencia (pensión compensatoria-cuota alimenticia especial), así como las pretensiones conexas como alimentos, cuidado personal y régimen de relación y trato, si dentro del matrimonio los cónyuges procrearon hijos en común y estos se encuentran a aun sometidos a la autoridad parental de sus padres.

El Divorcio en el Salvador

Antecedentes.

En el caso de El Salvador, se detalla que fue en 1,880 fue cuando se implantó la ley del divorcio, según documentos de las Corte Suprema de Justicia.

Hasta la reforma del Código Civil de ese año, según Puente (2018) el matrimonio y divorcio en El Salvador, estuvieron regulados por la ley canónica, la cual establecía que el matrimonio era algo indisoluble y el divorcio era considerado algo aislado, que le pertenecía a la Iglesia y ésta decidía si se rompía el vínculo matrimonial.

Según la Corte Suprema de Justicia “en la historia del divorcio en El Salvador, se pueden distinguir cinco períodos: el primero que finalizó en marzo de 1880 y establecía el divorcio sin disolución del vínculo; el segundo, desde marzo de 1880 hasta el mismo mes de 1881, cuando existió el divorcio con disolución del vínculo; el tercero que va desde marzo de 1881 hasta octubre de 1894, donde existió el divorcio sin disolución del vínculo; el cuarto que va desde 1894 hasta 1902, donde la legislación civil ha mantenido el divorcio absoluto y el quinto, caracterizado por el mutuo consentimiento”

Para divorciarse en El Salvador, actualmente es menester tener un causal que poder invocar, siendo que existe una lista taxativa, en el artículo 106 del Código de Familia, el cual cuenta con causales remedio y causales sanción; Ahora bien, si no existe una causal de divorcio, el mismo no puede ser solicitado.

MOTIVOS DE DIVORCIO Art. 106.- El divorcio podrá decretarse:

- 4) *Por mutuo consentimiento de los cónyuges;*

- 5) *Por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos; y,*
- 6) *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 semejante.*

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

La causal de divorcio unilateral e incausado no existe en nuestro ordenamiento jurídico. Por ende, en ocasiones las personas que ya no quieren seguir ligadas a la otra se separan, y esperan hasta que se cumpla el plazo de la causal remedio de separación, lo que, es decir, que exista al menos una separación por más de uno o más años consecutivos, y sin reconciliación alguna entre los cónyuges. pero al mismo tiempo, se podría cuestionar si es realmente justo o no, y si realmente es proporcional o no, el tiempo que se le obliga a esperar a quien ya no quiere seguir unido en matrimonio, para poder solicitar el divorcio por separación de más de uno o más años consecutivos; si bien es cierto, nuestra legislación de familia da salidas legales para poner fin al vínculo del matrimonio cuando en el ya no existen los principios del matrimonio ni una vida en pareja entre las partes, no obstante la causal mutuo acuerdo, queda condicionada a que el otro cónyuge también quiera divorciarse, al igual que la causal tiempo sigue siendo un obstáculo, ya que se tiene que esperar que se cumpla un año y que dicha separación debe ser probada, por otro lado, la causal vida intolerable, es una clara intromisión a la vida privada e intimidad familiar de los cónyuges y la demostración de dicha “vida intolerable” se convierte en un tema complicado desde el punto de vista probatorio.

3-Necesidad del Divorcio Incausado:

Como se mencionó anteriormente, a pesar que existen causales y posibilidades para acceder al divorcio en El Salvador, no existe la posibilidad que le permita a los cónyuges a divorciarse por la mera voluntad de uno de ellos, donde se le diga al cónyuge “podes divorciarte solamente porque quieres hacerlo”, lo que a nuestro criterio termina por limitar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de los conyugues, ya que el obligar una persona a permanecer casada aún en contra de su voluntad restringe de manera

drástica sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad a la dignidad en su faceta de autodeterminación.

No se puede obligar a los cónyuges a mantener el vínculo matrimonial, querer hacerlo va en contra de la dignidad humana, el principio del libre desarrollo de la personalidad y la inalienabilidad de los derechos de la persona, es ir en contra de su voluntad e interés, ya que, así como resulta imposible coaccionar para que lo contraigan, resulta imposible el querer coaccionar para que lo mantengan.

En ese sentido, la disposición normativa vigente en nuestro país sobre el divorcio (art. 106 del Código de Familia) se basa en un concepto de culpabilidad y en unas causales taxativas para la terminación del vínculo jurídico matrimonial, en las cuales no se contempla la manifestación unilateral de la voluntad de uno de los cónyuges como razón suficiente para la solicitud del divorcio.

Esta situación afecta los derechos de los ciudadanos Salvadoreños que sin tener una causal de divorcio, quisieran acceder a ponerle fin al vínculo matrimonial.

En ese orden de ideas como lo establece la Constitución de la República y el Código de Familia, la familia representa para el Estado, y los diversos compromisos que este tiene, para garantizar todas las necesidades y condiciones que por su naturaleza amerita, por lo que el divorcio o la disolución del matrimonio es parte de la evolución de la familia, y por tanto proteger la integridad de sus integrantes, como lo son los cónyuges, donde la mayor parte de ellos son madre y padre de familias, se ven vulnerado sus derechos a la hora de proceder u optar por terminar su vínculo matrimonial.

Es así que los motivos o causales de divorcio vienen a vulnerar el principio de autonomía de la voluntad y de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad de ambos cónyuges, entrando en una violación de los derechos humanos de los cónyuges, tal y como lo hemos expuesto.

Por lo que en virtud de todo lo antes expuesto proponemos como ciudadanos, que exista una reforma al artículo 106 del Código de Familia, en cuanto a que el divorcio **se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges**, dándole a los cónyuges esa protección al derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía de la voluntad, que como personas naturales obtienen este derecho y por tanto se debe de proteger.

Cuando decimos se decreta judicialmente a petición de ambos cónyuges, es decir que ambos pueden presentarse ante el juez para pedir el divorcio, lo que podría ser como el famoso

“divorcio por mutuo consentimiento” el cual se debe presentar juntamente con un Convenio de Divorcio el cual debe cumplir con lo establecido en el art. 108 del Código de Familia Salvadoreño.

Ahora bien, con la implementación del divorcio incausado, no se busca desproteger a las familias, ni facilitar la división familiar, sino permitir el respeto por la libertad individual y la autonomía para quien decide dejar de estar en un matrimonio. La búsqueda del fortalecimiento familiar como institución no pasa por limitar las causales del divorcio, si no para mejorar las dinámicas sociales que hoy afectan directamente a las familias.

Por lo que, en ese orden de ideas, para petitionar el divorcio ya sea **a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges**, deberá cumplirse con una serie de requisitos y seguir un procedimiento Judicial (como se hace en la actualidad), ya que toda petición de divorcio deberá ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impediría dar trámite a la petición del divorcio. Si el divorcio es petitionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Se entendería por propuesta al conjunto de medidas que proponen los cónyuges para hacer frente a las consecuencias del divorcio. Pueden presentar una propuesta juntos o presentar propuestas por separado, que podría incluso asemejarse al llamado “Convenio de Divorcio” regulado en el art. 108 del Código de Familia, el cual a la fecha solo opera para los divorcios por mutuo consentimiento.

Por lo que en síntesis el proceso de Divorcio sería más expedito, porque la persona que quiera divorciarse (si la petición es de solo uno de los cónyuges) solo tendría que presentarse ante el Juez pidiendo el divorcio, pero sin tener que justificar o alegar una causa por la cual está pidiendo el divorcio, como se hace actualmente, que se exige que se alegue una causa para justificar el divorcio, entre las que pueden ser: por separación de uno o más años, vida intolerable, etc. Lo cual ya no sería necesario, ya que el cónyuge podría divorciarse solamente porque quiera hacerlo y no tendría que esperar que pase un tiempo de separados, ya que podría divorciarse en cualquier momento.

No obstante, como se mencionó anteriormente con esta reforma no se busca desproteger a las familias, ni facilitar la división familiar, sino permitir el respeto por la libertad individual y la autonomía para quien decide dejar de estar en un matrimonio, por lo que se debe cumplir con un requisito, que sería que, con la petición del divorcio del cónyuge (si la petición es solo de uno) deberá acompañar una propuesta que indique, por ejemplo: si los cónyuges hicieron bienes muebles o inmuebles dentro del matrimonio, como sería la liquidación o distribución de

los mismos (claro esta va depender mucho del Régimen Patrimonial que rige el matrimonio), si dentro del matrimonio los cónyuges procrearon hijos juntos, como serían los alimentos, el cuidado personal y el régimen de comunicación y trato con los hijos, asimismo como serían las posibles compensaciones económicas entre los cónyuges, como la pensión compensatoria o pensión alimenticia especial en caso de proceder las mismas, etc.

**PROYECTO DE REFORMA DEL ARTÍCULO 106 DEL CÓDIGO DE FAMILIA DE EL
SALVADOR**

DECRETO N° _____

NOSOTROS, REPRESENTANTES DEL PUEBLO SALVADOREÑO REUNIDOS EN ASAMBLEA LEGISLATIVA, EN EL MARCO DEL SEGUNDO SIGLO DE NUESTRA INDEPENDENCIA, CON LA FIRME DETERMINACIÓN DE HONRAR, DIGNIFICAR Y HACER REALIDAD LOS ANHELOS DE LIBERTAD, IGUALDAD, DESARROLLO Y JUSTICIA SOCIAL. ANIMADOS POR EL FERVIENTE DESEO DE ESTABLECER LOS NUEVOS FUNDAMENTOS DE UNA VERDADERA CONVIVENCIA DEMOCRÁTICA, PARA LA PRESENTE Y LAS FUTURAS GENERACIONES, SOBRE LA BASE DEL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS Y A LA MODERNIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO. DESEANDO CONTRIBUIR A LA PAZ DE LA HUMANIDAD Y AL IMPULSO Y FOMENTO DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL. EN EJERCICIO DE LA POTESTAD SOBERANA QUE EL PUEBLO NOS HA CONFERIDO: DECRETAMOS, Y PROCLAMAMOS, LA SIGUIENTE REFORMAS AL CÓDIGO DE FAMILIA.

CÓDIGO DE FAMILIA

TITULO III

NULIDAD Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO II

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

DIVORCIO

Art. 106.- El divorcio podrá decretarse Judicialmente: a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias, F. (2012). *El proyecto de investigación*. Caracas: Episteme.
- Asamblea Legislativa. (1983). *Constitución de la República*. San Salvador.
- Asamblea Legislativa. (1994). *Código de Familia*. San Salvador.
- Chávez, F. (2021). *El divorcio incausado y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges en el Perú*. Lima, Perú.
- EDF1. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración de la autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- EDF10. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- EDF2. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- EDF3. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- EDF4. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- EDF5. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- EDF6. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- EDF7. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración de la autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)

- EDF8. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración de la autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- EDF9. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía y libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- Gaete, G. (2022). *El divorcio incausado y unilateral: una reforma normativa que busca el libre desarrollo de la personalidad del ser humano en el Ecuador*. Guayaquil, Ecuador.
- Gonzabay, A., & Liohet, A. (2023). *La autonomía de la voluntad como causal de divorcio: estudio comparado de las legislaciones de España, México y Ecuador*. La Libertad, Ecuador.
- Gonzalez, E. (2023). *El divorcio incausado en Perú: análisis para su inclusión en el código civil peruano*. Lima, Perú.
- Guzmán, C. (2017). *La instauración del divorcio incausado y la autonomía de la voluntad*. Lima.
- Guzmán, C. (2017). *La instauración del divorcio incausado y la autonomía de la voluntad en el Perú*. Trujillo, Perú.
- Herrera, M. (s.f.). *El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el divorcio incausado*. Buenos Aires.
- JFLU1. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmeron, S. Roberto, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- JFLU2. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- JFSM1. (Agosto de 2024). El divorcio incausado y su regulación ante la vulneración a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad. (R. Salmerón, R. Salmerón, & M. Sánchez, Entrevistadores)
- Legislativa, A. (1994). *Código de Familia*. San Salvador.
- Lima, C. (2016). *Los efectos jurídicos y sociales del divorcio por mutuo consentimiento en las familias salvadoreñas*. Santa Ana.

- Núñez, S. (s.f.). <https://revistas.usfq.edu.ec>. Obtenido de <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/2280/2878>
- OEA. (1969). *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*. San José.
- ONU. (s.f.). <https://unsdg.un.org/>. Obtenido de <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>
- Ortega, E., Morales, R., & Gómez, W. (2021). *El divorcio contencioso y sus efectos socio-jurídicos en las relaciones de los hijos e hijas de los conyugues involucrados en los procesos del Juzgado de Familia del Departamento de Usulután, durante el año 2018-2019*. San Miguel.
- Portillo, D. (15 de Septiembre de 2023). <https://www.laprensagrafica.com>. Obtenido de <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Sala-estudia-possible-inconstitucionalidad-de-dos-de-los-motivos---legales-de-divorcio-20230914-0104.html>
- Puente, L. (19 de 04 de 2018). elsalvador.com. Obtenido de <https://historico.elsalvador.com/historico>
- RAE. (s.f.). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/divorcio-incausado>
- Raymundo, S. (s.f.). *Divorcio incausado y divorcio voluntario: figuras que coexisten en algunas legislaciones*. Obtenido de <https://parentesislegal.com/divorcio-incausado-y-divorcio-voluntario/>
- Rodríguez, F. (s.f.). *Breve historia sobre el divorcio y su legislación*. Obtenido de <https://forislex.com/breve-historia-sobre-el-divorcio-y-su-legislacion/>
- Rosales, R. (2014). *La implementación del divorcio sin causa en el Estado de Veracruz*. Veracruz.
- Ruiz, X. (2016). *El divorcio sin expresión de causal en la legislación ecuatoriana*. Ambato, Ecuador.
- Saavedra, Á. (2022). *Regulación del divorcio en Chile a la luz del principio del libre desarrollo de la personalidad*. Chillán, Chile.
- Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Ulloa, D., Melendez, S., & Coreas, I. (2023). *Relaciones de pareja*. San Miguel.
- UNAM. (1989). *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Porrúa.