

1687 Ca. Fam. S.S.

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas con quince minutos del veintidós de junio de dos mil cinco.

El presente recurso de casación ha sido interpuesto por la licenciada Judith del Carmen Samayoa Orellana, apoderada de la señora -----, conocida por -----, contra la sentencia de las quince horas y cuarenta y cinco minutos del veintinueve de julio de dos mil tres, pronunciada por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, que decide el recurso de apelación de la sentencia pronunciada por el Juzgado Cuarto de Familia de San Salvador, a las doce horas del primero de octubre de dos mil dos, en el proceso de divorcio por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges, promovido por la recurrente, contra el señor -----.

Han intervenido en primera instancia, la demandante por medio de La licenciada Samayoa Orellana; el demandado, a través de los abogados Rafael Ernesto Rivas Gómez y Ana Aracely Henríquez Domínguez; y como Procuradores de Familia adscritos al tribunal inferior, los licenciados Ana Patricia Acevedo Ramírez, Carlos Alberto Ramírez y Reina Elizabeth Zúniga Rivas, así como la bachiller Hilda Nohemy García Castellanos. En segunda instancia, las licenciadas Samayoa Orellana y Carla Margarita Ferrufino Martínez, y ésta última como apoderada de la señora Amalia Mármol viuda de Goens, como tercero excluyente; y la doctora Henríquez Domínguez. En casación, las abogadas mencionadas y los señores ----- y la tercerista Amalia Mármol viuda de Goens.

VISTOS LOS AUTOS Y

CONSIDERANDO:

I. La Jueza inferior en su sentencia dijo: "*****POR TANTO: En base a lo expuesto y a los artículos 106 Ord. 3° C. F., 82 y 122 L. Pr. F., 421, 427 Y 429 Pr. C., a nombre de la República de El Salvador, FALLO: Decrétase el divorcio de los señores ----- y -----; por el motivo de ser intolerable la vida en común de los cónyuges, por motivos particulares de cada una de las partes, por lo que no se les atribuyen responsabilidad a ninguno de ellos; declárase disuelto el vínculo matrimonial que les une desde el día diez de diciembre del año de mil novecientos ochenta y ocho; confiérese el cuidado personal y representación legal de los menores ----- y -----, ambos de apellidos ----- a la madre; la autoridad parental la ejercerán ambos padres de consuno; establécese un régimen de relaciones y trato, comunicación, estadía y visitas a favor de los menores ----- y -----, ambos de apellidos -----, respecto del padre, abierto, siempre y cuando no se interfiera en los horarios de estudio y descanso de los menores y se respete la voluntad de éstos de permanecer con su padre o no, sin que exista injerencia de la madre, al cual se le dará seguimiento por parte del señor educador adscrito al tribunal; se establece como cuota alimenticia a favor de los menores ----- y -----, ambos de apellidos -----, la cantidad de cuatro mil colones mensuales a cargo del padre, señor -----, dicha cuota deberá ser depositada en una cuenta bancaria que deberá habilitar la madre de los menores. En cuanto al uso de la

vivienda familiar, este tribunal considera que no obstante haberse dictado una medida cautelar de uso provisional y ésta fue dada en base a una certificación extractada emitida por el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de este departamento, en la que consta que la propiedad del señor ----- sobre el inmueble de Colonia Harrison, se encontraba libre de gravámenes, así mismo, se ha establecido que dicho inmueble fue donado por el señor ----- a favor de su madre, señora Amalia Mármol viuda de Goens, por lo que este tribunal no se pronunciará sobre el uso de la vivienda familiar, sino hasta que se dirima la legalidad o no de la donación, en relación a lo que dispone el Art. 46 del Código de Familia; en consecuencia, la medida cautelar de uso provisional de la vivienda familiar continúa vigente en interés superior de los menores, debiendo la actual propietaria del inmueble permitir el uso del mismo hasta que en el juzgado correspondiente, se establezca la legalidad o no de la donación que el señor ----- efectuó a su favor; respeto (sic) a autorizar la salida del país de los menores ----- y -----, ambos de apellido -----, por parte de este tribunal, se declara sin lugar, ya que esta facultad es componente del ejercicio de la autoridad parental que ambos padres ejercen sobre los expresados menores, y deberán ser ellos quienes en beneficio e interés de sus menores hijos deberán otorgarlo en su oportunidad, de común acuerdo. Una vez ejecutoriada la sentencia, líbrense los oficios de ley. Hágase saber"-----".

II. La Cámara sentenciadora, en su fallo, resolvió: "-----Por tanto, con base en lo anteriormente expuesto y a los Arts. 2, 11, 12, 22, 32 y Sig. Cn.; 3 Convención sobre los Derechos del Niño; 46, 111, 247, 248, 252, 254, 259, 265, 267, 350, 351 Ord. 1° C. F.; 83, 119, 153, 156, 159, 160 L. Pr. F.; 719 C. C.; 418, 455 Y 982 Pr. C., a nombre de la República de El Salvador, esta Cámara FALLA: Modifícase la sentencia impugnada en los puntos relativos al Uso de la vivienda familiar, anotación preventiva de dicho inmueble y cuota alimenticia, así: a) Fíjase en dos mil quinientos colones (¢2,500.00) o su equivalente en dólares, la cuota alimenticia con la cual el Dr. ----- contribuirá con los gastos de manutención de sus menores hijos ----- y ----- (sic), ambos de apellidos -----, a razón de un mil doscientos cincuenta colones (¢1,250.00) para cada niño. Dicha cuota se hará efectiva en la forma dispuesta por la a *quo*, pudiendo exigirse las garantías necesarias para su cumplimiento; b) Revócase el punto de la sentencia que declara el uso de la vivienda familiar a favor de la señora -----, conocida por ----- y los menores hijos ----- y ----- (sic), sobre el inmueble ubicado en la Colonia Jorge Harrison al occidente de San Salvador, inscrito a favor de la señora Amalia Mármol viuda de Goens. En consecuencia: Declárase no ha lugar a decretar el uso de la vivienda familiar sobre el inmueble relacionado, el que deberá entregarse a su legítima propietaria, en el plazo de treinta días después de notificada esta sentencia. c) Déjase sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes del Dr. -----, ordenada a Fs. 19 el día quince de agosto de dos mil uno. d) Los bienes que constituyeron el menaje familiar continuarán en uso de quien los tuviere materialmente en este momento. Vuelvan los autos al tribunal remitente con certificación de esta sentencia."-----"

III. Inconforme con el fallo de la Cámara sentenciadora, la impetrante recurre en casación y manifiesta: "Que haciendo uso de los derechos establecidos en el artículo 147 inciso segundo de la Ley Procesal de Familia, y de los artículos 1 N° 1° y 2 N° 2° de la Ley

de Casación, vengo ante vos; a interponer recurso de casación para ante la honorable Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en contra de la sentencia definitiva pronunciada por la Cámara de Familia de la Primera (sic) Sección del Centro, Ref. CF-236-A-2002, a las quince horas con cuarenta y cinco minutos del día veintinueve de julio del año en curso, y que me fuera notificada a las once horas con cincuenta y siete minutos del día treinta y uno de julio del año dos mil tres.--- II. Que dando cumplimiento a las formalidades y dentro del plazo contenidos en los artículos 8 y 10 de la Ley de Casación, el presente recurso lo interpongo por las causas siguientes:---1º) Por infracción de ley, literal a) del Art. 2 Ley de Casación, por el motivo específico indicado en el ordinal 2º del artículo 3 de la citada Ley, que dice textualmente: "Cuando el fallo se base en una interpretación errónea de ley". Precepto legal infringido: Art. 46 del Código de Familia. El concepto en que ha sido infringido el Art. 46 Inc. 1º del Código de Familia es el siguiente: La Cámara de Familia interpreta de manera errónea el Art. 46, al considerar que el inciso primero de dicha norma no constituye una protección por sí misma a la vivienda familiar, pues según el tribunal *ad quem* deben cumplirse los requisitos que franquea el inciso segundo del citado Art. 46 C. F., para que opere la protección aludida.---2º) Por infracción de ley, del literal a) Art. 2 Ley de Casación, por el motivo específico indicado en el ordinal 1º del Art. 3 de la Ley de Casación que dice: "Cuando el fallo contenga violación de ley". "Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra". Precepto legal infringido: Art. 111 Inc. 3º del Código de Familia. El concepto en que se ha infringido es el siguiente: Como veremos al desarrollar este punto, el Art. 111 Inc. 3º C. F. es otra forma de protección de la vivienda familiar. La Cámara en su sentencia revocó el uso de la vivienda familiar concedido a la demandante y no lo confiere a nadie, cuando debió haberse dispuesto en la sentencia a quien de los cónyuges correspondería el uso de dicho inmueble, ya que en su apartado tercero se establece que en los casos de divorcio contencioso, la sentencia de divorcio dispondrá además a quién de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda -debe entenderse familiar- y de los bienes muebles de uso familiar. En cambio, la Cámara aplicó otras disposiciones que no están en discusión, como es la garantía de audiencia, Art. 11 Cn. y la garantía de propiedad, Art. 2 Cn.; el Art. 17 de la Ley Procesal de Familia y Arts. 455 Y 982 C. Pr. C., que regula la intervención de terceros.---3º) Por infracción de ley, del literal a) Art. 2 Ley de Casación, por el motivo específico indicado en el ordinal 5º del Art. 3 de la Ley de Casación que dice: "Por contener el fallo disposiciones contradictorias". Precepto legal infringido: Art. 265 C. F. El concepto en que se ha infringido la citada disposición es el siguiente: el fallo de la Cámara contiene disposiciones contradictorias, por lo siguiente: La parte final de la letra a) del fallo referente a la fijación de la cuota alimenticia expresa: "pudiendo exigirse las garantías necesarias para su cumplimiento" (refiriéndose a la cuota fijada al Dr. -----); lo cual resulta contradictorio con lo decretado en la letra c) de dicho fallo que dice: "Déjase sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes del Dr. -----, ordenada a Fs. 19 el día quince de agosto del año dos mil uno". El fallo de la Cámara es de tal contradicción que incluso, se vuelve atentatorio, puesto que habiendo una garantía ya constituida por parte del obligado, por un lado lo libera de dicha garantía (anotación preventiva) y por otro, deja a la potestad de las partes la exigencia de garantías necesarias para su cumplimiento PUNTOS RECURRIDOS DEL FALLO:---La Cámara de Familia modificó la sentencia pronunciada por la Juez Cuarto de Familia en los puntos relativos al uso de la vivienda familiar y anotación preventiva de dicho inmueble así: "b) Revócase el punto de la sentencia que declara el uso de la vivienda familiar a favor de la señora -----

-----, conocida por ----- y los menores -----
--- y ----- (sic), sobre el inmueble ubicado en la Colonia Jorge Harrison, al occidente de San Salvador, inscrito a favor de la señora Amalia Mármol viuda de Goens. En consecuencia: Declárase no ha lugar a decretar el uso de la vivienda familiar sobre el inmueble relacionado, el que deberá entregarse a su legítima propietaria, en el plazo de treinta días después de notificada esta sentencia; c) déjase sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes del Dr. -----, ordenada a Fs. 19 el día quince de agosto de dos mil uno".----ANÁLISIS DEL CONCEPTO:---1º) Infracción de ley, literal a) del Art. 2 Ley de Casación, por el motivo indicado en el ordinal 2do. del artículo 3 de la citada Ley, al haberse interpretado erróneamente el Art. 46 inciso primero del Código de Familia que reza: "Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad".---Para comprender la importancia que reviste el concepto de vivienda debe entenderse, primeramente, que para la supervivencia del hombre -individual o colectivamente- al imperativo absoluto de la alimentación, se agrega la necesidad de poseer cada grupo íntimamente relacionado -la familia como expresión más típica- un lugar en torno al cual giran las actividades personales con cierta estabilidad y con un mínimo de independencia y de seguridad frente a los demás y ante otras contingencias. Esto es lo que en esencia constituye para el ser humano la vivienda (del Diccionario enciclopédico de derecho usual, tomo VIII, del Dr. Guillermo Cabanellas, editorial Heliasta, 158 edición) Por vivienda familiar, entonces, y tal como lo acoge la honorable Sala de lo Civil en su sentencia 1167-2000, "debe entenderse en principio, la casa donde vive permanentemente el grupo familiar, más precisamente, el inmueble en donde la pareja y sus hijos habitan y establecen su residencia familiar. Jurídicamente es la destinación de un inmueble propiedad de uno o de ambos cónyuges, para la habitación de la familia...". "Esta protección en favor de la familia o del grupo familiar, se hace valer no sólo respecto de terceros, sino de los mismos cónyuges; en esa dirección es importante preservar el inmueble que sirve de vivienda de las enajenaciones inconsultas, arbitrarias o fraudulentas (el subrayado es nuestro), circunstancias que se dan en la vida cotidiana, especialmente cuando los conflictos de la pareja comienzan a aflorar y se tornan muy difíciles. Pero, para que el Juez en la sentencia de divorcio, decida a quién de los cónyuges ha de confiar el uso de la vivienda familiar, no es necesaria su previa constitución (el subrayado es nuestro); es decir, la formalización cubriendo las exigencias que establece el Art. 46 C. F.".---En el presente proceso quedó plenamente establecido que el inmueble ubicado en la Colonia Harrison constituía la vivienda familiar de la familia Goens- ----- . Es más, la misma Cámara lo reconoce al decir en la sentencia que hoy se recurre, que "en el *sub lite*, ambas partes manifestaron que el inmueble de que se trata fungió como vivienda familiar y que la señora -----, se retiró del inmueble antes que fuera presentada la demanda". "No obstante" -reconoce la Cámara- "en la misma se solicitó el uso de la vivienda familiar y la anotación preventiva en el Registro correspondiente".---Antes de proseguir es oportuno aclarar a la honorable Sala, que no es cierto como lo expone el tribunal *ad quem*, que mi patrocinada se retiró del inmueble antes de presentar la demanda (de fecha 31 de julio del 2001), sino que las razones que obligaron a la señora ----- a dejar "temporalmente" la vivienda familiar fueron porque el señor ----- a pesar que ya se había ido de la casa (en razón de las medidas de protección, entre ellas, la exclusión de la vivienda familiar en contra del Dr. -----, dictadas por el

Juzgado Segundo de Familia, el día 27 de julio del 2001, solicitadas por la señora -----), él había hecho cambiar las chapas de dicho inmueble, lo que le impidió a mi poderdante ingresar al mismo (ver nuestro escrito de fecha 7 de septiembre del 2001, Fs. 28). A ello debe aclararse que la posterior solicitud de dejar sin efecto la exclusión del hogar decretada contra el Dr. -----, se debió a que dicho señor ya no se encontraba viviendo en dicha casa; lo cual no significa, ni menos debe interpretarse como un desistimiento de nuestra parte a la pretensión planteada en la demanda, y ratificada en todo el proceso, respecto que se le confiera el uso de la vivienda familiar a favor de la señora ----- y de sus hijos. Una cosa es pedir dejar sin efecto algo, y otra es desistir de una pretensión, tal como lo hemos explicado.---A nuestro entender en el Código de Familia existen cuando menos cuatro formas de "proteger" la vivienda familiar: 1) La contenida en el Art. 46 Inc. 1° C. F.; 2) La contenida en el Art. 46 Incs. 2 y 3 C. F.; 3) La contenida en el Art. 81 Ord. 4° C. F.; y, 4) La contenida en el Art. 111.--- Inc. 3° C. F.--- Concretamente, el Art. 46 C. F., como ya dijimos, contiene dos de las formas de proteger la vivienda familiar: La primera, contenida en el inciso primero, que es una limitación a la libre administración y disposición del bien inmueble. donde está asentada la vivienda familiar. La segunda, contenida en el inciso segundo de la citada disposición, que regula la constitución del derecho real de habitación, lo cual es optativo para los cónyuges hacerlo.--- Pero ambas protecciones son supuestos distintos, en efecto, el inciso primero del Art. 46 C. F. dice: "La enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad"; o sea, que se trata de una limitación a la libre disposición de los bienes; en cambio, en el inciso segundo de dicha disposición, se regula: "La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República", instrumentos que deben inscribirse en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca correspondiente; o sea, que se trata de la constitución del derecho real de habitación, regulado en el Título IX, artículos 813 y siguientes del Código Civil.---Como puede verse el propietario del inmueble sobre el que recae el derecho real de habitación puede venderlo, donarlo, hipotecario, Etc. sin el consentimiento del otro cónyuge, y no como en el caso del primer inciso del Art. 46 C. F. en comento. Queda claro, pues, que en la situación contemplada en el inciso segundo del citado artículo, no hay ninguna limitación al derecho de disposición de los bienes como sí lo hay en el primer inciso. Desde luego, el que compra, acepta una donación o una hipoteca sobre un bien sobre el cual existe el derecho real de habitación está obligado a respetar dicho derecho.---El problema que surge en la aplicación del Art. 46 C. F. es la interpretación errónea que se ha dado al inciso primero de esta disposición, y que ante ese criterio -equivocado- se fomenta a la toma de decisiones arbitrarias, injustas y hasta fraudulentas, como resultado de la voluntad unilateral del cónyuge propietario, disponiendo del inmueble familiar, en grave atentando (sic) al interés de la familia.---Para entender mejor cuál ha sido el espíritu del legislador al situar esta disposición dentro del Capítulo II, intitulado "Régimen Patrimonial del Matrimonio", dentro de las Disposiciones Generales, que comprende los artículos del 40 al 47 del Código de Familia, el artículo 46 comienza diciendo en su inciso primero: "Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio..."; es decir, puede ser bajo separación de bienes, participación en las ganancias o comunidad diferida, o cualquiera otro que no contrarie las disposiciones del Código (Art. 42 C. F.). Continúa diciendo el inciso en comento: La enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirva de habitación a la familia, necesita

del consentimiento de ambos cónyuges...". Este capítulo de los regímenes patrimoniales es lo que en diferentes códigos europeos se denomina "régimen imperativo de base", "estatuto de base", "régimen patrimonial primario", "derecho común de los regímenes matrimoniales" (Kemelmajer de Carlucci. Aída, Lineamientos generales.- Pág. 854).---Este régimen patrimonial primario del matrimonio regulado en nuestra legislación familiar constituye normas comunes, imperativas, inderogables y de orden público que consolidan el principio de igualdad de los cónyuges y regulan: 1) El deber de contribución; 2) El régimen de deudas; y 3) El de amparo a la vivienda familiar. Es decir; que con la inclusión del inciso primero del Art. 46, el legislador instituye la protección del bien que ha servido de habitación para la familia, teniendo como finalidad primordial el interés de ésta .--- El deber de contribución de los cónyuges a los gastos de la familia se regula en el Art. 38 Inc. 1º C. F.; el régimen de deudas se regula en el mismo Art. 38 Inc. 2º; en ambos casos debido a la responsabilidad solidaria de los esposos frente a los gastos de la familia. El amparo de la vivienda familiar se regula, entonces, en el inciso primero del Art. 46 C. F.---En consecuencia. por ser normas de orden público imperativas e inderogables, no pueden ser modificadas por acuerdo de los cónyuges al momento de pactar el régimen del matrimonio, aún cuando el matrimonio haya sido contraído antes de la entrada en vigencia de nuestra normativa familiar -como es en el presente caso- ya que sin remontamos a los antecedentes del régimen económico del matrimonio en nuestra legislación civil, ante la falta de acogida que se le dio a las capitulaciones matrimoniales, entró a regir el régimen legal supletorio o subsidiario de separación de bienes (Art. 168 del Código Civil de 1902). En este sentido y por estas razones, el Art. 46 Inc. primero debe entenderse en el contexto de las disposiciones generales, es decir, comunes, imperativas e inderogables a los regímenes patrimoniales del matrimonio, y que tal es su aplicación que la citada disposición comienza diciendo: "Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges".---Precisamente, esa limitante al derecho de propiedad o dominio está en armonía con el artículo 568 del Código Civil que expresa: "Se llama dominio o propiedad al derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley... (el subrayado es nuestro)". El Art. 46 Inc. primero C. F. es una limitación establecida por la ley a la libre administración y disposición sobre el inmueble que se utiliza para vivienda familiar, y tal es así, que el régimen de separación de bienes que se regula en el Art. 48 del Código de Familia dice: "En el régimen de separación de bienes cada cónyuge conserva la propiedad, la administración y la libre disposición de los bienes que tuviere al contraer matrimonio, de los que adquiera durante él a cualquier título y de los frutos de unos y otros, salvo lo dispuesto en el artículo 46 (el subrayado es nuestro).---Lamentamos mucho que la Cámara de Familia haya cambiado su criterio en lo relativo a la interpretación que hace ahora del artículo 46 C. F. Por ello, creemos pertinente hacer referencia al fallo pronunciado por la honorable Cámara en el recurso de apelación, Ref. CF-3-A-2001, de la sentencia interlocutoria, en la que la juez a *qua* declaró sin lugar la medida cautelar del uso provisional de la vivienda familiar a favor de la madre y el menor hijo del matrimonio, por existir una venta de dicho inmueble a favor de un tercero. En dicho fallo, la Cámara argumentó que la venta del inmueble que ha servido de habitación a la familia es cuestionable no sólo a nivel moral, sino jurídico, pues considera se realizó en contravención al Art. 46 Inc. 1º del C. F., en el sentido que el cónyuge titular del bien necesitaba del consentimiento de su consorte para enajenar el inmueble (disponer de él), en razón que tal

postulado (Art. 46 Inc. 1º C. F.) constituye una verdadera limitación al derecho de enajenar el inmueble que sirve de habitación a la familia, a favor del cónyuge no titular del referido inmueble, configurando una especie (sic) de cogestión del bien donde habita la familia. Constituye una verdadera limitación al derecho de propiedad -agrega la Cámara- en beneficio de la familia. Art. 107 Ord. 3º Cn. (Aclaración: La sentencia recurrida en apelación se encuentra actualmente en amparo, ante la Sala de lo Constitucional de la honorable Corte Suprema de Justicia, sin haber sido interpuesto recurso de casación al fallo de la Cámara).---En otras legislaciones que rigen el ámbito familiar, acogen similares disposiciones a la del inciso primero del Art. 46 de nuestra legislación. La tratadista María Josefa Méndez Costa, en su artículo referente a la protección de la vivienda familiar (Derecho de familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, publicación semestral N° 13, editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina, Pág. 146), considera que este tema constituye uno de los *items* imperativos de mayor trascendencia, y cita como ejemplo algunas legislaciones que a continuación retomamos: El Art. 215 del Código Civil francés establece que los esposos no pueden, sin el consentimiento de ambos, disponer de aquellos derechos que aseguran el alojamiento de la familia, ni de los muebles que la adornan, con sanción de nulidad. En España, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de ellos (Art. 1320). En Québec (provincia de Canadá que toma el derecho escrito o positivo) recoge: a) Un cónyuge no puede alienar, hipotecar o transportar fuera de la residencia familiar, los bienes que sirven al uso del hogar, sin el consentimiento del otro. El consentimiento debe ser escrito y la sanción por omisión del requisito es la nulidad (Arts. del 401 al 405). La legislación de Argentina lo regula muy similar a la nuestra, en el artículo 1277 C. C. expresa que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y gananciales, adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, salvo las limitantes impuestas a la libre disposición cual es la protección del inmueble.---A propósito de este tema, la mencionada tratadista hace mención de nuestra legislación al referirse en dicho acápite, al artículo 46 del Código de El Salvador, en el cual se dispone que la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges.---En el romano VII de la sentencia recurrida, la Cámara comienza su análisis del punto de la vivienda familiar, trayendo a cuenta el criterio de la Sala de lo Constitucional -no de lo Civil- en el amparo número 139-2001, en la que el tribunal superior en grado se limita a enumerar ciertos requisitos para declarar el uso de la vivienda familiar contenidos en el Art. 46 C. F., que obviamente son los requisitos contenidos y desarrollados en los incisos segundo y tercero del citado precepto, justificando la Cámara que dicho criterio ha sido también "retomado" por ésta, en los procesos 87-A-96 y 7-IH-2002. Disentimos, desde luego, con este análisis adoptado por la Cámara, ya que existen suficientes argumentos que hemos expuesto en el presente recurso, amén de las legislaciones extranjeras que regulan expresamente este tema en particular, las cuales han sido referidas anteriormente, así como el criterio de diversos tratadistas que abonan y apoyan lo sostenido en éste.---La Cámara de Familia, sin considerar que el inmueble que sirvió a la familia ----- de vivienda familiar, por más de once años, fue donado sin el "consentimiento del otro cónyuges (sic) que no es propietario", como lo exige el inciso primero del Art. 46 C. F., resolvió que los derechos de terceros "deben ser respetados", argumentando que el inmueble "pertenece" ahora a la abuela paterna de los menores hijos del matrimonio señora

Amalia Mármol viuda de Goens.---Lamentamos el que ahora el tribunal superior haya omitido la situación en que quedarán los menores hijos con respecto a su vivienda, pues, además, disminuyó en casi un cincuenta por ciento la cuota fijada al padre para contribución de los gastos en que incurren los hijos, imponiendo a mi mandante señora ----- a adquirir una responsabilidad económica superior y altamente "desproporcionada" con respecto al padre de dichos menores, pues tendría que alquilar una casa para vivienda, alejándose de esta manera de lo dispuesto en el Art. 254 C. F. En suma, la sentencia no tomó interés en cómo será en adelante satisfecho o cumplido uno de los rubros que contiene la cuota alimenticia, cual es la vivienda, sin tener en cuenta además el arraigo al lugar que dichos menores profesan a lo que hasta hoy han considerado su vivienda familiar.---Aun cuando no es el objeto primordial de la honorable Sala, en el presente recurso, el conocer el carácter en que fue otorgada la donación por parte del cónyuge propietario Dr. -----, sin que la señora ----- hubiera dado su consentimiento para la constitución de tal derecho real de donación, como lo exige el inciso primero del mencionado Art. 46 C. F., queremos dejar constancia de la acción unilateral, arbitraria, fraudulenta e ilegal realizada por parte del demandado Dr. -----, al haber transgredido el fin primordial contenido en el inciso primero del Art. 46 C. F., esto es las limitantes legales que se imponen a los regímenes económicos del matrimonio, cualquiera que éste sea. En suma, el contenido del Art. 46 en

su primer inciso, constituye *per sé*, una limitante a la libertad de administración y disposición del bien inmueble que sirve de habitación a la familia.---Nadie puede alegar ignorancia de la ley, por lo tanto, el Sr. ----- sabía perfectamente que no podía donar, y en general "enajenar, ni constituir derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de vivienda familiar", de su esposa e hijos, y si a pesar de eso donó el inmueble, no hay duda que lo hizo maliciosamente, con el ánimo de perjudicar a su esposa, pero olvidando que perjudicaba más a sus propios hijos.--- Pretender como sostiene la Cámara, que "la imposición de requisitos para otorgar la protección y el uso de la vivienda familiar, se hace con la finalidad de brindar seguridad jurídica y proteger el derecho de propiedad", resulta contradictorio con las disposiciones legales citadas en el presente recurso, lo cual se convertiría en una verdadera burla para la protección de los derechos de la familia, porque como bien lo expuso la Sala de lo Civil, en la sentencia ya comentada, Ref. 1167-2000, ante situaciones en las que los cónyuges se encuentran en conflicto, resultaría prácticamente imposible el poder cumplir las exigencias contenidas en los incisos segundo y tercero del Art. 46, en razón que se ha vuelto una práctica el hecho que ante situaciones de conflictos conyugales, que puedan desencadenar en disoluciones de vínculos matrimoniales, la tendencia de los cónyuges propietarios de los inmuebles que han servido de habitación a la familia, es cada vez mayor a "disponer" de ellos antes de iniciar cualquier acción encaminada a poner fin al matrimonio, contraviniendo en consecuencia el verdadero espíritu del legislador de proteger el uso de la vivienda familiar, precisamente en interés de la familia (Art. 46 Inc. final C. F.).--- Estimamos que el criterio de la Cámara al anteponer el contenido del inciso segundo al inciso primero del Art. 46 C. F., como requisito previo para proteger la vivienda familiar, es una interpretación errónea de la citada disposición que debe ser corregida y enmendada, casando la sentencia, pues a todas luces contraviene una de las formas de protección de la vivienda familiar acogidas en nuestra legislación, pero, además, resulta atentatorio al interés de la familia misma (Art. 46 Inc. final C. F.).---2°) Por infracción de ley, del literal a) Art. 2 Ley de Casación, por el motivo indicado en el ordinal

1 ° del Art. 3 de la Ley de Casación que dice: "Cuando el fallo contenga violación de ley". "Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra". Precepto legal infringido: El Art. 111 inciso 3° del Código de Familia. El concepto en que ha sido infringida la citada disposición es el siguiente: El inciso tercero del Art. 111 estatuye que en los casos de divorcio contencioso, la sentencia de divorcio dispondrá, además, a quien de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda -debe entenderse familiar- y de los bienes muebles de uso familiar.---Como ya se dijo, esta disposición regula otra de las formas de protección de la vivienda familiar. Sin embargo, la Cámara revocó el uso del inmueble que constituía la vivienda de la señora ----- y de sus hijos cuando debió haber concedido su uso a alguno de los cónyuges -como regula la ley- teniendo en cuenta que la preferencia se otorga al cónyuge a quien se le confiere el cuidado personal de los menores hijos, cuando los hubiera, en este caso a la madre de éstos. Consideramos, entonces, que la no aplicación del Art. 111 en su inciso 3° constituye una violación de ley, y en su defecto, haber aplicado otras disposiciones legales, en este caso, los artículos 17 L. Pr. F.; 455 Y 982 C. Pr. C.; y 2 y 11 Cn.---Tal como lo expone la propia Cámara en varios apartados de su sentencia (párrafo segundo, Pág. 13 frente; párrafo cuarto, Pág. 14 vuelto), el uso de la vivienda familiar fue solicitado de manera expresa por nuestra parte. En este sentido, de conformidad a lo regulado en el Art. 111 Inc. 3°, en los divorcios contenciosos, ante la falta de acuerdo entre los esposos por el uso de la vivienda, el juez en la sentencia de divorcio dispondrá a quien de los cónyuges corresponderá el uso de la misma, así como los muebles de uso familiar. (Así lo explica el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, tomo 11, Pág. 479).---Es evidente que el criterio aplicado en el fallo pronunciado por el tribunal *ad quem* y del cual se recurre, es opuesto y contrario, además, al pronunciado por la Sala de lo Civil en la sentencia 1167-2000 ya referida, y que para complemento de este punto transcribimos en lo pertinente: "La determinación del uso de la vivienda familiar requiere solamente la certeza de que en un determinado inmueble, los cónyuges han establecido su hogar doméstico en forma permanente; que en él convivieron y desarrollaron la comunidad de vida que exige el matrimonio; que en ese inmueble los hijos han nacido e iniciado su proceso de identificación personal y familiar, o sólo éste. La determinación del uso de la vivienda familiar y del menaje o muebles del hogar, es una protección más específica y concreta para los miembros mayoritarios de la familia que por efecto del divorcio se disgregan, con la finalidad de que los hijos conserven el entorno en donde han ido desarrollando su vida su propia identidad personal (el subrayado es nuestro); en suma, el ambiente que tenían antes de la ruptura y al que estaban acostumbrados. Es en razón de ello, que la doctrina aconseja que se deje en el uso de la vivienda familiar, al padre o madre que quede con el cuidado personal de los hijos. Para ello no interesa a quien de los padres pertenezca el inmueble, pues la decisión judicial recae en el uso de la vivienda y no en la propiedad, la que permanece inalterable".---Resulta evidente y clara la interpretación dada por la Sala en esta sentencia, que en la misma encontramos la respuesta a las dudas que pudiéramos planteamos en la aplicación de dichas normas. No debe entenderse, entonces, que para poder conferir el uso de la vivienda familiar como consecuencia de un divorcio contencioso, y ante la falta de acuerdos entre la pareja, el juez exija primero el cumplimiento de los requisitos consignados en el inciso segundo del Art. 46 C. F., es decir, el acuerdo de voluntades de los cónyuges o la autorización judicial, formalizadas mediante escritura pública o en acta, ante el Procurador General de la República, y su inscripción en el respectivo Registro; pues, de lo contrario resultaría contradictoria e imposible la

aplicación de la norma contenida en el párrafo tercero del Art. 111 C. F.--- Más aún, la Cámara al pronunciarse por revocar el uso de la vivienda familiar a favor de mi mandante y de sus menores hijos, y declarar que no ha lugar a decretar el uso de la vivienda familiar sobre el inmueble, ordena que el mismo deberá ser entregado a la señora Amalia Mármol viuda de Goens, y fija además un plazo fatal de treinta días después de notificada la sentencia para realizar dicho acto, contravinando uno de los principios rectores del derecho de familia consignados en el Art. 4, en cuanto a la protección integral de los menores, que como en el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, se explica: "En la protección integral de los menores. El derecho internacional ha consagrado una frase que caracteriza este principio y es: "una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (tomo 11, Pág. 359).---Muy contrariamente a lo antes expresado, estimamos que con la aplicación de este principio, se atenta contra los derechos de los menores hijos al ordenarles un plazo fatal de treinta días para que ellos, junto con su madre, abandonen la casa que ha sido su lugar de habitación por más de once años y del cual, como ya dijimos, se sienten plenamente identificados y arraigados.---3°) Por infracción de ley, del literal a) Art. 2 Ley de Casación, por el motivo específico indicado en el ordinal 5° del Art. 3 de la Ley de Casación que dice: "Por contener el fallo disposiciones contradictorias". Precepto legal infringido: Art. 265 C. F. El fallo de la Cámara contiene disposiciones contradictorias, ya que al fijar la cuota alimenticia con la cual contribuirá el Dr. ----- con los gastos de manutención de sus menores hijos, en la parte final de la letra a) del fallo expresa: "Pudiendo exigirse las garantías necesarias para su cumplimiento"; lo cual resulta contradictorio a la disposición que ordena en la letra c) de dicho fallo que dice: "Dejase sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes del Dr. -----, ordenada a Fs. 19 el día quince de agosto del año dos mil uno".- -- El legislador de familia, previendo situaciones en las cuales pueda ponerse en riesgo el cumplimiento de las cuotas alimenticias por parte del obligado, recoge en sus disposiciones, tanto en la parte sustantiva, Art. 265 C. F., como en la procesal, Art. 124 letra d) L. Pr. F., algunas formas de garantizar dicho cumplimiento, siendo una de ellas la anotación preventiva de la demanda en bienes o derechos propios del obligado en el registro correspondiente. Para una mejor comprensión de esta finalidad, nos referimos nuevamente al Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia que explica: "Para solventar el problema de que el alimentante traspase sus bienes para evadir el pago de la obligación alimenticia, se ha instituido (artículo 265) la anotación preventiva de la demanda de alimentos en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, y en el de Comercio, según corresponda (tomo 11, Pág. 695).---Más aún, el efecto de la anotación preventiva es proteger especialmente al alimentario por ser la parte más débil en la relación jurídica; pero, también, la legislación familiar concede facilidades al deudor alimentante para que pueda liberar sus bienes de la anotación preventiva (Art. 267 C. F.); pues, en esta última disposición se contempla que el juez ordenará de oficio la cancelación de la anotación preventiva, cuando se absolviera al demandado o se le presente por el alimentante garantía suficiente que cubra la pensión alimenticia fijada por resolución judicial, por todo el tiempo que faltare para que el menor alimentario llegue a su mayoría de edad, o por período no inferior a cinco años a las personas establecidas en el Art. 248 C. F.---La juez a *quo* ordenó la anotación preventiva de la demanda en bienes inmuebles inscritos a nombre del Dr. -----, "para asegurar los efectos de la sentencia", teniendo como prueba documental las certificaciones extractadas que acompañaron a la demanda misma, en las cuales se certifica que el referido Dr. Goens es propietario en un cien por ciento de los

inmuebles ubicados en la Colonia Jorge Harrison (que constituye la vivienda familiar) y el inmueble ubicado en la Calle Lorena, Colonia Roma (en el que tiene su clínica profesional), sin que en ambas certificaciones tuvieran presentaciones a la fecha de su expedición. Ambas anotaciones preventivas fueron presentadas en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Primera Sección del Centro.---Sin embargo, la Cámara en su fallo deja a la potestad de las partes la exigencia de las garantías necesarias para su cumplimiento, tomando en cuenta que ya existe en el proceso garantía constituida por parte del alimentante; ordenando, además, que se deje sin efecto precisamente esa garantía ya constituida que redundaría a favor de los menores hijos, lo cual resulta contradictorio en el mismo fallo, razón por la cual consideramos deber (sic) casarse en ese punto de la sentencia. Debemos entender, entonces, que para dejar sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes propios del Dr. -----, deberá antes presentar el referido padre de los menores, otra garantía suficiente que cubra la cuota alimenticia que la misma Cámara modificó, tal como lo establece el Art. 267 Inc. 10 C. F.; pero, de ninguna manera estimamos debe interpretarse a que la liberación de la garantía sea condición para la exigencia posterior de la misma, pues con ello se iría en detrimento del más débil en la relación jurídica, en este caso los menores Goens- -----.--Por todo lo antes expuesto, y con base en las disposiciones legales citadas, a vos con todo respeto os pido:---A) Se me admita el presente escrito, y se tenga por interpuesto y presentado dentro del término fatal, el recurso de casación en contra de la sentencia definitiva pronunciada por la Cámara de Familia, con cinco copias y los autos a la honorable Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia;---B) Que se le de el trámite legal correspondiente, y admitido el recurso, en sentencia definitiva, la honorable Sala de lo Civil se sirva casar en los puntos indicados la sentencia recurrida, por los motivos invocados y se pronuncie la que por ley corresponda"""""".

IV. Por resolución de las nueve horas y cincuenta minutos del doce de septiembre del año recién pasado, a folios ocho de la pieza de casación, esta Sala admitió el recurso de que se trata, por la causa genérica de infracción de ley, específicamente por los sub-motivos siguientes: a) Interpretación errónea de ley, citándose como precepto infringido el Art. 46 inciso 1º. C. F.; b) Violación de ley, señalándose como disposición conculcada el Art. 111 Inc. 3 C. F.; y, c) Por contener el fallo disposiciones contradictorias, invocándose como disposición infringida el Art. 265 C. F.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO:

SUBMOTIVO: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LEY, con infracción del artículo 46 inciso 1º C. F.

VI. En primer lugar, la recurrente alega como causa genérica la infracción de ley, específicamente por el motivo de interpretación errónea del Art. 46 C. F. En ese sentido, expresa: " que la Cámara sentenciadora consideró que el Inc. 1 del artículo mencionado no constituye una protección por sí misma de la vivienda familiar, sino que debe reunir los requisitos señalados en el Inc. 2 de la norma citada". En opinión de la impetrante, "la protección que nace del Art. 46 Inc. 1 C. F., se hace valer no sólo respecto de terceros, sino entre los cónyuges, ya que garantiza al inmueble que sirve de vivienda familiar, de las enajenaciones inconsultas, arbitrarias o fraudulentas, que pueden tener lugar especialmente

en situaciones de conflicto de la pareja. Dicha protección a la vivienda familiar se relaciona con el Art. 568 C. C., ya que constituye una limitación establecida por la ley a las facultades que se refieren al derecho de propiedad, configurando una especie de cogestión del bien donde habita la familia,". señalando que el criterio de la Cámara sentenciadora, "en cuanto a anteponer el contenido del inciso segundo al primero del Art. 46 C. F., como requisito previo para proteger la vivienda familiar, es una interpretación errónea de la disposición mencionada".

Al respecto, el tribunal de alzada citando la sentencia de amparo-139-2001, del 19/4/2002, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo: "la declaratoria de uso de vivienda familiar contenida en el Art. 46 C. F., tiene ciertos requisitos, los cuales son: a) Puede acordarse por los cónyuges en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales; b) Debe de inscribirse en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente; c) Sólo puede destinarse un inmueble y éste tiene que estar libre de gravámenes y sin proindivisión con terceros; d) La titularidad del dominio sobre el inmueble puede corresponder a cualquiera de los cónyuges o ambos; e) Se puede constituir por resolución judicial en caso de conflicto entre los cónyuges, llenándose los requisitos indicados posteriormente; y, f) Una vez constituido el derecho al uso de la vivienda familiar, para la enajenación del inmueble destinado a ese fin, se necesita el consentimiento de ambos cónyuges-independiente de quien sea el titular del derecho, sin perjuicio que el juez pueda autorizar la destinación, enajenación, constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble de que se trate, respetando el interés de la familia" .

Sobre esto, la Cámara ad-Quem dijo: "que la imposición de requisitos para otorgar la protección y el uso de la vivienda familiar, se hace con la finalidad de brindar seguridad jurídica y proteger el derecho de propiedad y consiguientemente el uso familiar de la vivienda. Art. 46 C. F., es decir, si bien es cierto la ley protege el inmueble que sirve de vivienda familiar, dicha protección se concretiza bajo el cumplimiento de los requisitos previstos por la misma norma jurídica señalada". Continúa dicha Cámara: "es por ello que en repetidas ocasiones se ha dicho que la permanencia en determinado inmueble no constituye per se, la protección de la vivienda familiar, debiéndose cumplir los requisitos que franquea la ley para gozar del derecho al uso de la vivienda familiar; ya que en el caso de no configurarse las circunstancias previstas en la norma, el inmueble puede ser objeto de gravamen o enajenación (traspasos) en cuyo caso no procederá decretar la protección o el uso de la vivienda familiar." En el sub lite ambas partes manifestaron que el inmueble de que se trata fungió como vivienda familiar y que la señora ----- se retiró del inmueble antes que fuera presentada la demanda. No obstante, en la misma se solicitó el uso de la vivienda familiar y la anotación preventiva en el Registro correspondiente, como consta de los lits. g) y h) de la misma, por lo que a fs. 22 la Jueza a quo giró oficio al Jefe del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, a efecto de realizar la anotación preventiva de la demanda en relación al inmueble del señor -----, La licda. SAMAYOA ORELLANA, a fs. 25/26 pidió se agregaran al proceso las boletas de presentación del Centro Nacional de Registro, las cuales tienen fecha siete de septiembre de dos mil uno. Continúa manifestando la Cámara: "a fs. 491 corre agregada la certificación extendida por el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de esta ciudad, el día veinticuatro de agosto de dos mil uno en la que aparece como propietaria del inmueble de que se trata, la señora

MÁRMOL VIUDA DE GOENS. Es por lo antes expuesto que no puede decretarse el uso de la vivienda familiar, lo que además daría lugar a otros conflictos judiciales, revocando el punto de la sentencia que declara el uso de la vivienda familiar a favor de la señora ----- y a sus menores hijos -----(sic), ambos de apellidos ----- "... "Además de que por medio del estudio social realizado se constató que la demandante vivía en un lugar limpio con pocos enseres del hogar, pero en buen estado, mencionándose en sus conclusiones que la casa que fungió como vivienda familiar estaba desocupada y sin muebles".

Esta Sala, con relación al vicio alegado, ha sostenido reiteradamente que el mismo se produce cuando el juzgador usa la norma legal que debe aplicar al caso concreto, de manera que no puede confundirse con la violación de ley, ni coexistir con ésta, pero lo hace dando a la norma una interpretación equivocada. El Art. 46 C. F., citado como precepto infringido, establece que "Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.--- La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, instrumentos que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca correspondiente.--- No se podrá destinar más de un inmueble a dicha habitación; este no deberá estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deban respetarse. La sustitución del inmueble afectado también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y en la forma prevista en el inciso precedente.--- Cuando no pudiese obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el juez, a petición del otro, podrá autorizar la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la sustitución, según el caso, atendiendo al interés de la familia."

La lógica de la interpretación del Art. 46 Inc. 1º C. F., de aplicación directa para la protección de la vivienda familiar, sin necesidad de escritura pública, acta ante procurador, ni registro, no es válida en una lógica interna a la materia de familia, sin atender a la interpretación armónica con otras materias jurídicas. El ordenamiento jurídico es un todo jerarquizado y ordenado, que responde a los mismos principios y valores constitucionales, con una finalidad general: el bien común. Por tanto, cada rama del Derecho debe interpretarse armónicamente con relación a las demás, dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Esto significa que la rama del Derecho de Familia debe interpretarse en armonía con las ramas del Derecho Civil y del Derecho Mercantil, entre otras. Esta Sala opina que el interpretar aisladamente el Art. 46 inciso 1º C. F., y sostener que vigente el matrimonio o convivencia, la protección de la vivienda familiar opera sin necesidad de escritura pública, acta ante los funcionarios que la ley menciona y sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, daría lugar a que toda enajenación y/o gravamen del inmueble con uso de vivienda familiar sería anulable, lo que ocasionaría una gran inseguridad jurídica en el país, perjudicando gravemente las negociaciones y tráfico patrimonial y comercial. Debe de tomarse en cuenta que de cada operación de enajenación y/o gravamen civil o comercial posteriormente a su otorgamiento y registro, -del inmueble vendido a terceros- podría pretenderse la nulidad por falta de consentimiento del cónyuge no propietario, y en consecuencia, una gran cantidad de enajenaciones y/o gravámenes ya

hechos, por los particulares y los comerciantes (individuales y sociales, incluyendo bancos), serían susceptibles de entablárseles acción de nulidad, de buena o de mala fe. El grave perjuicio que se ocasionaría a las negociaciones y tráfico civil y comercial, indirectamente perjudicaría el desarrollo de la economía nacional, y repercutiría en menores posibilidades de recursos para satisfacer las mismas necesidades familiares. En otras palabras, el consentimiento del otro cónyuge será necesario, en caso de enajenación o traspaso de la vivienda familiar, siempre y cuando la constitución de ésta, se haya hecho llenando los requisitos señalados en el artículo 46 inciso 2° del Código de Familia que dice: "La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, instrumentos que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca correspondiente", tal como ha sido resuelto por la Sala de lo Constitucional de esta Corte.

De lo expuesto se colige que la Cámara interpretó en forma adecuada el Art. 46 Inc. 1° del C. F., no existiendo la infracción de la disposición mencionada alegada por la recurrente, por lo que no ha lugar a casar la sentencia por el submotivo Interpretación Errónea de Ley, con presunta infracción del Art. 46 inc.1° C. F.

SEGUNDO SUBMOTIVO: VIOLACIÓN DE LEY.

La recurrente invoca Violación de Ley, señalándose como disposición conculcada el Art. 111 Inc. 3 C. F. en ese sentido, "sostuvo que el precepto que se ha violado regula otra forma de protección a la vivienda familiar, el cual expresa: "La sentencia de divorcio dispondrá además a quien de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda, y de los bienes muebles de uso familiar." La Cámara en su sentencia, revocó el uso de la vivienda familiar concedido a la demandante -sin pronunciarse a cuál de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda -tal como lo ordena la citada disposición, es decir, que se debió disponer en la sentencia a quien de los cónyuges correspondería el uso de dicho inmueble, sobre todo que tal pretensión fue solicitada en nuestra demanda de divorcio sin haber sido resuelto ese punto, inobservándose además los Arts. 3 letra g) y 7 letra f) L. Pr. F. En tal razón, al ordenar la Cámara el abandono de su hogar en un plazo fatal para los menores hijos y su madre abandonen (sic) la casa que ha sido su lugar de habitación, por más de once años, del cual se sienten plenamente identificados y arraigados, contraviene la aplicación del principio rector invocado, además de los Arts. 12 y 32 . Inciso Primero de la Carta Magna; 8, 1, 17, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.3 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos; y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Al respecto, la Cámara sentenciadora dijo: "De igual manera tratándose del simple uso de la vivienda a que refiere el Art. 111 C. F. que opera prácticamente. como una medida cautelar, la cual puede decretarse, no obstante la existencia de algún gravamen y de que excepcionalmente el inmueble de que se trata pertenezca a un tercero, como puntualmente puede darse en casos de arrendamiento o comodato, no debe perderse de vista que existe siempre un elemento (o título) que habilita o legitima la permanencia del interesado en el inmueble para que se dicte dicha medida, lo que no ocurre si el inmueble pertenece a terceros cuyos derechos deben de respetarse, quienes además son ajenos a la relación

jurídica procesal incoada entre las partes. Por lo tanto en el sub júdice no procedería destinar el inmueble para uso familiar, por cuanto dicho inmueble referido está inscrito a nombre de la señora AMALIA MÁRMOL VDA. DE GÓENS, cuya donación se celebró sin que hubiese impedimento para ello, es decir, se trata de una donación pura y simple, no existiendo causa u objeto ilícito que volviese nulo dicho contrato, como lo dispone el Art. 1552 C. C., para que en esta instancia no se le de valor probatorio correspondiente, puesto que el inmueble no se había constituido previamente como vivienda familiar, sin perjuicio que desde del punto de vista de las obligaciones familiares pueda ser moralmente cuestionable".---"Cabe acotar que una de las pretensiones (medida cautelar) que no fue resuelta es la del uso del menaje familiar, lo que a la fecha resulta innecesario, en vista que al realizarse el estudio social se constató que la demandante vivía en lugar amplio y con pocos enseres del hogar, pero en buen estado, mencionándose además en las conclusiones que la casa que fungió como vivienda familiar estaba desocupada y sin muebles". Es por esa razón que al momento no es procedente decretar el uso del menaje familiar.

El Art. 111 Inc. 3 C. F., citado como disposición supuestamente infringida, establece que: "La sentencia de divorcio dispondrá, además, a quien de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda, y de los bienes muebles de uso familiar".

Esta Sala considera que, la violación de ley consiste en la inaplicación de una norma vigente que era aplicable al caso concreto, de manera que no puede alegarse con éxito este motivo, si aquella norma no era la que debía aplicarse.

En el caso en autos, el uso de la vivienda familiar fue ordenado como una medida cautelar, o de protección, si se quiere, porque fue ordenada en interés superior de los hijos menores, a favor de la madre reclamante, no como un efecto patrimonial de la sentencia de divorcio, de ahí que, el Art. 111 Inc. 3º C. F. no resulta aplicable para dirimir el presente caso, sobre todo porque al momento de dictarse dicha medida por el A-quo el inmueble pertenecía a una tercera persona, además de que la señora ----- y sus hijos no vivían en el inmueble del cual se solicitó su uso, es decir que ellos no permanecían en el inmueble, por lo que dicha medida ya no procedía dictarla ni tenía respaldo legal como sostiene la Cámara Sentenciadora.

Por las razones expuestas y dado que el concepto de la infracción no coincide con el precepto supuestamente infringido, y éste en la forma como se ventiló el proceso no pudo aplicarse, debe declararse inadmisibles dichos recursos por el Motivo de Violación de Ley de conformidad al Art. 16 L. C. TERCER SUBMOTIVO: POR CONTENER EL FALLO DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS. Art. 265 C. F.

Finalmente, la impetrante alega como causa genérica, la infracción de ley, específicamente por contener el fallo disposiciones contradictorias en lo siguiente: la parte final de la letra a) del fallo referente a la fijación de la cuota alimenticia expresa: "pudiendo exigirse las garantías necesarias para su cumplimiento" (refiriéndose a la cuota fijada al Dr. -----); lo cual resulta contradictorio con lo decretado en la letra c) de dicho fallo que dice: "Déjase sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes del Dr. -----, ordenada a fs. 19 el día quince de agosto del año dos mil uno." El fallo de la Cámara no solo es contradictorio, sino que incluso se vuelve atentatorio en razón que

habiendo ya una garantía constituida por parte del obligado, por un lado la Cámara lo libera de dicha garantía, (al dejar sin efecto la anotación preventiva) y por lo otro, deja a la potestad de las partes la exigencia de garantías necesarias para su cumplimiento. El Art. 265 C. F. infringido reza: "Podrá pedirse la anotación preventiva de la demanda de alimentos en el registro correspondiente. El juez la ordenará al tener conocimiento de la existencia de bienes o derechos inscritos a favor del alimentante, en cualquier registro público." La Cámara de Familia en su fallo se contradice ya que al fijar la cuota alimenticia con la cual contribuirá el Dr. ----- con los gastos de manutención de sus menores hijos expresa: "pudiendo exigirse las garantías necesarias para su cumplimiento," lo cual resulta contradictorio a lo que ordena en el mismo fallo que dice "Déjase sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes del Dr. -----, ordenada a fs. 19 el día quince de agosto del año dos mil uno", Debemos entender entonces, que para dejar sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes propios del Dr. -----, deberá antes presentar el referido padre de los menores, otra garantía suficiente que cubra la cuota alimenticia que la misma Cámara modificó, tal como lo establece el Art. 267 inc. 1° C. F.; pero de ninguna manera debe de interpretarse que la liberación de dicha garantía sea condición para la exigencia posterior de la misma, pues de ser así se está en detrimento del más débil en la relación jurídica, en este caso los menores ----.

El Tribunal ad-quem en relación a este punto sostuvo: "De acuerdo al estudio relacionado, desde diciembre de dos mil uno el demandado aporta una cuota alimenticia mensual de MIL QUINIENTOS COLONES, la cual es depositada en una cuenta bancaria (ver fs. 235), esto implica que el Dr. ----- está cumpliendo con su obligación alimenticia en la forma acordada por las partes en la continuación de la audiencia preliminar de fs. 185, concluyendo que en atención a los elementos probatorios que obran dentro del proceso, efectivamente las necesidades de los menores son muchas debido al estilo de vida que estos llevan, pero como ya se dijo se deben de tomar en cuenta las condiciones económicas de los progenitores y su situación actual a partir de la separación para la fijación de la cuota alimenticia. Se ha establecido en autos que la señora -----, posee mayores ingresos que el demandado cuya situación económica es bastante inferior a la de ésta; no pudiéndosele establecer una mayor capacidad económica al Dr. ----- pese a la actividad probatoria desplegada por el Tribunal para ese efecto. Tampoco la parte demandante aportó prueba tendiente a acreditar que éste obtuviera mayores ingresos. Al respecto, de acuerdo a los informes de los hospitales, a fs. 424 y 428, éstos no aportan ningún dato o indicio del que se pueda colegir la frecuencia de las intervenciones médico-quirúrgicas realizadas por el Dr. ----- en los hospitales, ni montos aproximados de los honorarios por los servicios prestados, por no tenerlos en dichas instituciones. Es por ello que a pesar de que el demandado pueda eventualmente obtener ingresos de su profesión, aún cuando se encuentra desempleado, se desconoce con alguna certeza a cuanto podrían ascender mensualmente, ya que tomando en cuenta su especialidad es obvio que en nuestro medio no se trata de un servicio urgente y de primer orden. Lo anterior no es impedimento para que el demandado realice esfuerzos para la obtención de ingresos y contribuya con una cantidad acorde a sus posibilidades económicas, razón por lo cual procede disminuir el monto de la cuota establecida".

Esta Sala considera que el vicio alegado no se configura en la especie, dado que el tribunal de alzada, al fijar la cuota alimenticia con la cual contribuirá el Dr. ----- con los gastos de manutención de sus menores hijos: ----- y -----, ambos de apellidos ----- y expresar que dicha cuota se hará efectiva en la forma dispuesta por la a qua, pudiendo exigirse las garantías necesarias para su cumplimiento, se refería a la forma como acordaron las partes en la continuación de la audiencia preliminar de (fs. 185 p.p.), es decir que se seguiría depositando dicha cuota en una cuenta bancaria, tal como consta a fs. 235 p.p. Y al declarar no ha lugar a decretar el uso de la vivienda familiar sobre el inmueble relacionado, resolvió adecuadamente, pues éste aparecía inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas a nombre de la señora Mármol viuda de Góens, inmueble que le fue donado a dicha señora por el Dr. -----, dado que no estaba constituido previamente como vivienda Familiar según los requisitos establecidos en el Art. 46 C. F., debiendo cumplirse con los requisitos que franquea la ley para gozar de la protección del uso de la vivienda familiar tal como sostiene nuestra Sala de lo Constitucional, en sentencia de las quince horas con ocho minutos del día diecinueve de abril de dos mil dos, en amparo 139-2001; como lógica consecuencia, la Cámara Sentenciadora dejó sin efecto la anotación preventiva de la demanda en bienes del demandado, dado que fue una medida cautelar dentro del divorcio contencioso que surtió sus efectos durante todo el tiempo que duró el proceso Art. 124 L. Pr. F. Es más, que no tenía porque inmovilizarlo ya que este pertenecía a otra persona no existiendo la infracción del artículo 265 C.F. alegada por el recurrente.

En base a lo expuesto, la Sala considera que no ha lugar a casar la sentencia recurrida por el submotivo de contener el fallo disposiciones contradictorias y así se declarará. .

Es más, la Cámara opcionalmente ha dejado a voluntad de las partes, pedir o no las garantías de cumplimiento; pero la señora ----- nunca ha hecho uso de ese derecho, seguramente porque el doctor -----, ha cumplido con el pago de la pensión alimenticia en beneficio de sus hijos.

POR TANTO: De acuerdo a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts. 427 Y 428 Pr.C. y 23 L. de C., a nombre de la República, esta Sala FALLA: a) Declárase que no ha lugar a casar la sentencia de que se ha hecho mérito por los sub-motivos de interpretación errónea del Art. 46 inciso 1° C. F. y por contener el fallo disposiciones contradictorias del Art. 265 C. F.; b) Declárase inadmisibile el recurso por el sub- motivo de violación de ley, en el Art. 111 Inc. 3 C. F. y, c) Condénase a la señora -----, conocida por -----, en los daños y perjuicios a que hubiere lugar. Devuélvanse los autos al Tribunal remitente, con certificación de esta sentencia, para los efectos de rigor. HAGASE SABER. ---**M.E. VELASCO**---**BERTA ROSARIO DIAZ**---**GUZMAN U.D.C.**---**PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN**---**MANUEL EDGARDO LEMUS**---**RUBRICADAS**.