

I. DERECHO DE FAMILIA.

1. MATRIMONIO.

1.1. DISENSO.

Al respecto la ley ha establecido los requisitos para contraer matrimonio, dentro de éstos, en el caso de los menores de edad, éstos podrán contraer matrimonio, si siendo púberes tuvieren ya un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada. Art. 14 in fine.

En este caso, por encontrarse la menor bajo la Autoridad Parental de sus progenitores deberán éstos dar su expreso asentimiento, disponiendo asimismo la ley el procedimiento a seguir en el evento de que falte uno o ambos progenitores, así también en el caso de los sujetos a tutela, huérfanos, abandonados o de filiación desconocida, conforme a lo dispuesto por el Art. 18 C. F.. Es decir, para que los menores de edad puedan contraer matrimonio, es necesario el asentimiento o conformidad del padre y madre como requisito adicional, o en su caso de las demás personas que señala la ley. (...)

Así las cosas, el objeto de tales diligencias se constriñe a que la jueza determine mediante el contacto directo con los progenitores y las pruebas que al efecto se presenten, si es justificada o no la negativa para otorgar su conformidad para la celebración del matrimonio de la menor en referencia. De no justificarse la negativa del asentimiento, se procederá a conceder la autorización correspondiente, Art. 19 C. F. En otros términos, la jueza deberá conocer en la audiencia respectiva el motivo por el que el padre y la madre o uno de ellos se niega a otorgar el asentimiento y si éste motivo o razón no es justificado, de acuerdo al Art. 19 C. F., se procederá a otorgarlo, por tanto ha existido una errónea interpretación por parte de la a quo de las disposiciones citadas, que no se adecua a la situación fáctica planteada en la solicitud.

(Cam. Fam. S.S., veinticinco de febrero de dos mil ocho. Ref. 228-A-2007)

1.2. MATRIMONIO POR PODER.

De la declaración de la señora *** se establece que efectivamente las partes no convivieron desde la celebración del matrimonio.

Por la peculiaridad en que se celebró el matrimonio resulta lógico, que las partes no hayan establecido de forma inmediata su convivencia matrimonial, ya que el matrimonio celebrado a través de

poder requiere obviamente que una de las partes no comparezca a la celebración del acto matrimonial y por ende la convivencia no se establece en ese primer momento, se presume que la misma se constituirá en el transcurso del tiempo, una vez superadas las causas que impedían a uno de los contrayentes estar presentes en la celebración del acto matrimonial. (...)

(Cam. Fam. S.S., catorce de mayo de dos mil siete. Ref. 205-A-2006) ¹

1.3. DEBERES DE CARÁCTER PERSONAL.

Así tenemos, que existió una separación de mutuo acuerdo entre los cónyuges, durante el tiempo que el señor *** residió en el extranjero, es decir, dicha separación no se dio con el objeto de disolver el matrimonio, sino por situaciones propias de la pareja tal y como lo expresó el a quo, citando el Art. 36 C. F. que habla de una separación temporal de los cónyuges por circunstancias especiales en beneficio de la familia, continuando incluso con sus obligaciones, como por ejemplo la prestación alimenticia y la comunicación entre ambos, no se trata entonces de una separación entre los cónyuges y así habremos de interpretarla en el sub lite.

(Cam. Fam. S.S. ocho de junio de dos mil cinco. Ref. 152-A-2004)

En el sub lite se solicita que la Jueza a quo declare disuelta la unión o bien, que declare la separación de hecho entre las partes, como lo aclara la apoderada en el escrito de fs..., al respecto, consideramos al igual que la a quo que nuestro ordenamiento jurídico no contempla dicha figura, sino que establece que la unión no matrimonial termina con el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de dicha relación y es en este momento en que precisamente y dentro del plazo de un año que ha de pedirse que se declare la existencia de la unión para ejercer los derechos que la ley confiere al conviviente.

1. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES DURANTE UNO O MÁS AÑOS CONSECUTIVOS, publicado en el numeral 3.2 de la parte sustantiva de esta publicación

En este caso, los señores *** ya no mantienen una unión de hecho que reúna todos los requisitos establecidos en el Art. 118 Inc. 1° L. Pr. F., sino que únicamente comparten el mismo techo, por lo tanto no podemos afirmar que conforman unión no matrimonial. En todo caso dicha unión no reuniría ni reunió los requisitos del Art. 118 C. F., porque en la misma demanda se refiere a la falta de singularidad. Por esa razón estimamos que la demanda de cumplimiento del Deber de respeto no prosperaría en el caso que nos ocupa, ya que este tipo de procesos únicamente se ventila entre cónyuges y convivientes, y los señores *** y *** ya no sostienen esa unión de hecho que un tiempo se calificaba como concubinato por lo tanto no son sujetos procesales en un proceso por incumplimiento del Deber de Respeto (Art. 129 L. Pr. F.).

(Cam. Fam. S.S. trece de septiembre de dos mil cinco. Ref. 193-A-2004)

(...) Que por encontrarse casada con el demandado se presume la exclusividad de las relaciones sexuales con éste, no habiéndose establecido que previo, durante, ni después del matrimonio hubiese sostenido relaciones sexuales con una tercera persona que pudiera contagiarla con tan grave enfermedad, de donde se infiere que quien la contagió fue su cónyuge.

(Cam. Fam. S.S., quince de febrero de dos mil seis. Ref. 187-A-2005)²

Podemos observar respecto de este punto, que existieron muchos problemas entre los cónyuges desde el inicio del matrimonio a raíz de la incompatibilidad de caracteres, independientemente de quien iniciara los conflictos, llegando a rebasar los límites del respeto y consideración mutuas, no obstante ello continuaban juntos y procreando tres hijas, evidenciándose que lo que finalmente provocó la ruptura definitiva del matrimonio fue la infidelidad del señor *** con la secretaria de la imprenta y que producto de esa relación procreó un hijo, situación que el mismo demandado aceptó en el estudio psicológico.

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 94-A-2006)

2. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominado GASTOS DE FAMILIA, publicado en el numeral 1.4.1 de la parte sustantiva de esta publicación y en DAÑO MORAL, publicado en el numeral 3.4.3 de la parte sustantiva de esta publicación.

1.3.1. RELATIVIZACIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL MATRIMONIO.

También hemos considerado que no obstante que las partes se encontraban separadas en razón de residir el demandante en los Estados Unidos de Norteamérica; ello no implicó una relativización en el cumplimiento de los deberes del matrimonio, es que existía un acuerdo aparente o tácito entre las partes en que aquel residiera en el extranjero con fines laborales, además no se evidencia del ánimo del Sr ***, su deseo de separación, por cuanto sus actitudes frente a su grupo familiar eran las de enviar remesas para suplir las necesidades del grupo familiar, las visitas al mismo por lo menos una vez al año, y la comunicación telefónica.

(Cam. Fam. S. S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 27-A-2005)

El otro argumento que aduce el apelante se refiere a la aceptación de los hechos por parte de la demandada a través de su apoderado, lo cual no se puede tener como prueba, pues aunque a dicho profesional en el poder se le otorgan las facultades contenidas en los Arts. 113 Pr. C. y 100 L. Pr. F. (que incluyen la admisión de hechos), no aceptó de manera llana y simple la separación, pues si bien afirmó que materialmente las partes residen en lugares distintos es por el acuerdo común de ambos y por el bienestar de la familia, pero que actualmente el demandante no cumple con la cuota alimenticia. Que aunque a los hechos aceptados no se adicionó ninguna otra prueba que los reforzara, éstos no son suficientes para decretar el divorcio, ya que el demandante no probó ni siquiera indiciariamente la separación para que lo dicho o afirmado por el Lic. *** pudiera dar lugar a su establecimiento, no siendo a este último a quien compete probar la separación, tampoco su dicho se refirió a una negativa, sino a una aceptación consensuada de la separación, en términos que no pueden considerarse en definitiva como una causal de divorcio, pues se dio por mutuo acuerdo de los cónyuges y en el interés de la familia, por tanto es procedente confirmar la sentencia que declaró sin lugar el divorcio.

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de julio de dos mil seis. Ref. 44-A-2006)

1.4. DEBERES DE CARÁCTER PATRIMONIAL.

1.4.1. GASTOS DE FAMILIA.

Nuestra legislación contempla en el Art. 38 C. F., los gastos de familia, estableciendo que los cónyuges deberán sufragar en proporción a sus recursos económicos, los gastos de familia. Si uno de ellos no tuviere bienes ni gozare de emolumento alguno, el desempeño del trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos, con el mismo significado que las aportaciones del otro.

Si alguno de los cónyuges, por incumplimiento del otro se hubiere visto obligado a contraer deudas para sufragar los gastos de la familia, éste será solidariamente responsable de su pago. El juez, en este caso podrá moderar la cuantía de los gastos, atendiendo a las condiciones de vida de la familia y a la razonabilidad de los mismos. (...)

El apelante pidió la retribución de los gastos del parto del menor ***, Art. 249 C. F., incluyéndolos dentro de los gastos de familia, los que fueron cancelados (gastos de parto), en su totalidad por el padre de la demandante, señor ***, pero tratándose en todo caso -por su misma naturaleza- de gastos de familia, constituyen obligaciones de ambos cónyuges, de acuerdo al citado Art. 38 C. F. y habiendo sido reclamado su reintegro por la Sra. *** y existiendo prueba suficiente al respecto en el sub lite, esta Cámara es de la opinión que el señor *** debe retribuirle a la demandante el equivalente al cuarenta por ciento de los gastos de parto del menor *** (...)

(*Cam. Fam. S. S., quince de febrero de dos mil seis. Ref. 187-A-2005*) ³

(...) el Art. 38 inciso primero *in fine* dispone que "el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos, con el mismo significado que las aportaciones del otro" (Resaltado fuera de texto). Es así que aunque la señora *** no hubiese contribuido económicamente a la manutención de sus hijos,

³. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado DEBERES DE CARÁCTER PERSONAL, publicado en el numeral 1.3 de la parte sustantiva de esta publicación y en DAÑO MORAL numeral

su cuidado equivaldría al mismo valor que lo aportado económicamente por el otro progenitor.

(Cam. Fam. S.S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005)

1.4.2. REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

En el sub judice consta que las partes contrajeron matrimonio el día cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco; de conformidad a lo dispuesto en el art. 402 C. F. "El régimen patrimonial de los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia de este Código, continuará inalterable, a menos que los cónyuges expresamente dispusieren lo contrario". De tal suerte que en lo relativo a regímenes patrimoniales de los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia del Código de Familia, opera la ultra actividad de la norma, es decir, la aplicación de una norma derogada a un proceso actual, en ese sentido el régimen patrimonial al que las partes se encuentran sometidas es el de separación de bienes, Art. 186 C. C. (derogado), en consecuencia se encuentra acreditado uno de los extremos para la procedencia de la pensión compensatoria.

(Cam. Fam. S.S., seis de febrero de dos mil seis. Ref. 97-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S.S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 186-A-2005.

1.4.2.1. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN.

El reconviniente planteó en forma acumulada las pretensiones de disolución y liquidación del régimen patrimonial de comunidad diferida; si bien el Art. 74 C. F., señala que disuelta la comunidad se procederá a su liquidación; esta Cámara entiende que ello no es óbice para que dichas pretensiones se conozcan de forma acumulada -simultánea- en el mismo proceso de divorcio, sobre todo si de esa forma fueron introducidas al conocimiento del a quo, en consideración a los principios de concentración y economía procesal; por lo que este Tribunal no comparte el criterio del a quo, respecto de que el trámite de la liquidación sólo procede una vez disuelta de manera independiente o autónoma la comunidad, ello sin perjuicio de que pueda realizarse también posteriormente, situación que sería la más idónea a tenor literal

de las disposiciones comentadas; evidentemente el artículo es claro al disponer tal situación, pero ello no impide que las pretensiones sean conocidas de forma simultánea aunque resueltas de manera correlativa, ya que similarmente ocurre con la pensión compensatoria, en la que para su fijación aún en los casos de separación de bienes, se ha procedido a un inventario y liquidación de bienes para verificar de mejor manera cual de los cónyuges ha quedado en desequilibrio económico. Por ello una vez que se declare la disolución de la comunidad se procede a su liquidación, valorando esa situación en la misma audiencia y resolviéndola en la sentencia, por lo que la valoración de las pruebas debe seguir la misma suerte; de manera que en la ratio del juzgador, primero debe valorar si con la prueba aportada se configuran los hechos alegados, determinado lo anterior procederá a disolver e inmediatamente liquidar dicho régimen con la prueba que se hubiere vertido, evitando abrir un nuevo proceso o un procedimiento de ejecución, puesto que ha sido solicitado en el mismo proceso, junto con la pensión compensatoria.(...)

La liquidación de bienes exige un conocimiento especial, por lo que a criterio de esta Cámara el nombramiento de perito contable solicitado al a quo, era una prueba de carácter pertinente y no inútil ni impertinente como lo sostuvo el juzgador.

(...)Al negarse la recepción de tal peritaje, se restringió la oportunidad probatoria del Sr. ***; situación que no sólo ha incidido en las pretensiones relativas al régimen patrimonial sino además en la pretensión de pensión compensatoria, ya que al haberse conjugado las tres pretensiones, el juzgador estaba obligado a resolverlas de forma unísona y coherente, ello sólo podía hacerlo al resolver cada pretensión oportunamente, sin que ello implique seguir procesos diferentes.

(Cam. Fam. S. S. trece de julio de dos mil cinco. Ref. 143-A-2004)

Al respecto, el Art. 131 L.Pr.F. referido a la Disolución Judicial de la Comunidad Diferida, y los artículos de la normativa civil mencionados por la a-quo en la prevención, se refieren a la formación de inventarios en lo relativo a la herencia y los arts. 83 C.F. y 218 L. Pr. F., establecen como regla supletoria la aplicación del mismo procedimiento sólo en aquellos casos no previstos, ni expresamente regulados.

Cabe acotar que los documentos que presentó el apelante con la finalidad de subsanar la prevención, no contienen el inventario global de los bienes de la sociedad legal, sino que se limitó a darle cumplimiento de manera parcial al literal a) del art. 133 LPr.F, puesto que únicamente presentó el inventario privado de sus bienes sin incluir los de la cónyuge y los que corresponden a la sociedad, no obstante, no es necesario presentarlo de manera conjunta, ya que cada uno de ellos presentará su propio inventario, del cual podrán extraerse los bienes que correspondan a la sociedad o excluir los considerados como propios, pero que en realidad pertenecen a la sociedad; también en lo que se refiere al activo y pasivo, no incluyó los documentos de las obligaciones que tienen título con fuerza ejecutiva, tampoco agregó todos los estados de cuenta, ni mencionó compensaciones debidas a la masa común de los bienes y reintegros, los que incluso podrían no existir.

Estimamos que si bien el inventario no está completo en cuanto a todos los datos que se deben incluir, ni se menciona expresamente la existencia de algunos rubros ni toda la prueba pertinente, ello no implica que en el inventario no se hayan comprendido bienes de la sociedad, puesto que será en la liquidación que la jueza separará los bienes propios de cada cónyuge, de aquellos que forman parte de la sociedad a partir de la fecha y el título a que se adquirieron y será ésta quien en el momento de la verificación de los datos procederá con los pagos de las deudas, reintegros o recompensas si las hubiere, incluyendo o excluyendo bienes, de acuerdo al Art. 133 lits. b), e), f), g) e inciso último C. F.. Por lo tanto será sólo con el examen de los elementos aportados al proceso que la jueza se pronunciará, asimismo si no se reportan ni se prueban deudas será como si no se tuvieren, situación de hecho que no podrá ser suplida por la a-quo, ya que solamente está obligada a resolver con el material probatorio que se aporte por ambas partes y aún por terceros (según corresponda), sin perjuicio de que pueda requerir alguna prueba para mejor proveer o solicitada oficiosamente.

(Cam. Fam. S. S. doce de diciembre de dos mil cinco. Ref. 136-A-2004)

De lo anterior resulta que la muerte de uno de los cónyuges disuelve el matrimonio y a su vez, el régimen patrimonial del matrimonio.

En ese sentido tenemos que la muerte real de uno de los cónyuges da lugar a la acción de la Sra. ***, respecto de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio por haber quedado este disuelto de pleno derecho con la muerte del otro cónyuge.

La liquidación entonces ha de realizarse sobre los bienes de la comunidad diferida haciendo la separación entre los bienes propios de cada cónyuge y los bienes de la comunidad, de tal suerte que los bienes en comunidad serán repartidos entre los cónyuges y no forman parte de la masa sucesoral hasta en tanto no se separen y adjudiquen los que corresponderían a cada uno de ellos de acuerdo al régimen de comunidad, pues serán los que se adjudiquen al causante los que formarán parte de la masa sucesoral. En ese sentido al inventariarse los bienes de la comunidad deberán aplicarse los Arts. 62, 64, 65, 80 y 82 C. F.; el primero de ellos establece que al disolverse el régimen se distribuirán por mitad los bienes, frutos y rentas obtenidas por cualquiera de los cónyuges. De la misma manera el inmueble que sirvió de vivienda familiar se adjudicará preferentemente al cónyuge supérstite. Art. 81 lit. 4° C. F.

(Cam. Fam. S.S., veintisiete de junio de dos mil siete. Ref. 96-A-2007)

1.4.2.2. REINTEGROS.

En cuanto a la petición de la señora **** de que se realice en base al Art. 69 C. F por parte del señor *** el reintegro de la cantidad de dinero que invirtió en la constitución de la empresa "Radio Taxis Génesis", en razón de que dicha cantidad es la que recibió en concepto de indemnización por haber laborado diecinueve años en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; hacemos las siguientes consideraciones:

El artículo 69 C. F. a la letra dispone: "*Si uno de los cónyuges hubiere hecho aportaciones de sus propios fondos, para satisfacer obligaciones a cargo de la comunidad diferida, tendrá derecho a que le sean reintegradas por ésta, con los intereses legales.*"(Sic.).

Consideramos que el mencionado artículo no es aplicable de forma analógica al *sub lite* por cuanto no se reúnen las condiciones establecidas en el Art. 9 C. F.; es decir no existe anomia para aplicar dicho precepto, ya que la figura del reintegro ha sido instituida de forma específica para el caso del régimen de comunidad diferida y

ello no responde a un capricho u omisión legislativa, sino a la naturaleza misma del régimen al que resulta aplicable.

Por otra parte en el *sub judice* se trata de un régimen de separación de bienes para lo cual procede la petición de pensión compensatoria – tal como lo hizo la señora ***, (Art. 113 C. F.), por lo que no cabe aplicar analógicamente el Art. 69 C. F.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 21 - A - 2006)

1.4.3. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Es de advertir que la Jueza a quo, al fundamentar el fallo no sólo consideró la protección de los menores hijos como se relacionó anteriormente, sino además otros precedentes sostenidos por esta Cámara en lo que concierne a la constitución de la vivienda familiar y al uso de la misma, de conformidad a los Arts. 46 y 111 C. F., pues la hipoteca que recae sobre la vivienda familiar constituye un riesgo que implica que ésta pueda ser objeto de embargo por falta de pago, lo que en manera alguna beneficia a la familia ni a los menores hijos, sino por el contrario representa un perjuicio mayor si por ello son despojados de la vivienda colocándolos en franca desprotección. Por otra parte, según la sentencia de primera instancia, se ha requerido por la a quo que la nueva vivienda incluya todos los servicios básicos y que a su vez se encuentre libre de gravamen, a fin de evitar a futuro situaciones como el *sub judice*.

Se reconoce también en esa resolución, que la modificación entraña un cambio en las condiciones familiares que afectan al grupo familiar, pero es necesaria su concesión por haberse constatado que las circunstancias que rodean el caso son de tal gravedad que ameritan este cambio de vida, ya que si bien es cierto, el Sr *** es propietario del inmueble situado en San Antonio Abad, lo es a través de un crédito, por lo que dicho inmueble se encuentra gravado, siendo este el elemento principal a considerar para la modificación, ya que el demandante podría caer en insolvencia, dada su actual situación económica. Además la concesión de dicha vivienda en la sentencia que hoy se modifica era "temporal" y la demandada por su parte no probó la capacidad del demandante. De ahí que el requerir una vivienda en iguales condiciones

que la primera volvería innecesaria la pretensión del demandante, ya que se pidió la modificación de la primera, precisamente por su incapacidad para costearla.

(Cam. Fam. S.S. trece de abril de dos mil cinco. Ref. 13-A-2005)

En lo tocante al uso de la vivienda familiar, el impetrante no señala específicamente por qué considera que debió otorgársele el uso de la vivienda familiar, únicamente expresa su desacuerdo con lo resuelto en la sentencia, la cual dispuso que no podía otorgarse el uso de la vivienda familiar –del inmueble donde actualmente reside la madre con sus hijos- en virtud de que dicho inmueble esta gravado con usufructo vitalicio a favor de tercera persona (en este caso a favor de la madre del demandado), ver fs. 124 -127. Al respecto debemos señalar, que para proteger el inmueble que sirve de vivienda familiar, a tenor de lo dispuesto por el Art. 46 C. F., entre otros requisitos es que este se encuentre libre de gravamen, y en el sub judice, el inmueble del cual se ha solicitado su uso, aún cuando es propiedad del demandado, señor *** se encuentra gravado con derecho real de usufructo, como se ha establecido con la prueba que obra en el proceso, por lo que consideramos acertada la decisión del a quo de no conceder el uso y habitación del referido inmueble.

Ante la circunstancia de no poder conceder la protección en el inmueble referido, el Juez a quo, procedió a otorgar dicho beneficio –uso de vivienda- sobre otro inmueble propiedad del demandado en proindivisión con la demandante el cual no tiene gravamen y el mismo demandado acepto ceder el derecho que le corresponde; a fin de no dejar desprotegido al grupo familiar, no obstante que no hubo petición concreta respecto de ese otro inmueble aunque sí del primeramente mencionado, pues de lo contrario –de no haber mediado petición alguna sobre el uso de vivienda ni el ofrecimiento del inmueble referido por parte del demandado, no habría procedido su concesión. Que no obstante no haberse concedido el uso de vivienda sobre el inmueble peticionado en la demanda que es donde efectivamente ha residido el grupo familiar, se ha dejado garantizado ese derecho a la demandante y sus hijos en el otro inmueble referido, por lo que no resulta procedente que este Tribunal, otorgue el uso de vivienda en el inmueble solicitado, como tampoco revocar el decisorio, que confiere

su uso en inmueble diferente, pues ello colocaría en una situación más gravosa a la impetrante, por lo que procede confirmar la sentencia en ese punto.

(*Cam. Fam. S.S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 142-A-2005*)

Doctrinariamente se entiende por vivienda familiar, la casa donde vive permanentemente el grupo familiar; específicamente, el inmueble donde la pareja y sus hijos habitan y establecen la residencia familiar o "patrimonio al servicio de la familia como colectividad" (Cos, José Manuel Marco en su artículo "*Protección a la Vivienda Familiar*").

Del Art. 46 del Código de Familia que se ha transcrito *ut supra*, se puede colegir que los requisitos mínimos que son exigibles para decretar la protección a la vivienda familiar son: 1) Que se trate de un solo inmueble el que se destine como vivienda familiar; 2) Que dicho inmueble sea propiedad de uno o ambos cónyuges y 3) Que sirva de habitación a la familia.

Cabe acotar que la frase "protección para la vivienda familiar" constituye un concepto genérico que comprende diversas formas de protección de la vivienda familiar: 1° Destinación voluntaria de los cónyuges mediante escritura pública o acta ante funcionario competente de la Procuraduría General de la República; 2° Mediante sentencia en proceso contencioso (como el caso que conocemos); 3° Como medida cautelar mediante la destinación o uso de la vivienda por disposición judicial en el proceso de divorcio o en otro proceso incluso en el proceso de violencia intrafamiliar. Arts. 111 C.F, 130 LPr.F. y 7 LCVI. (...)

En ningún inciso del citado Artículo 46 se establece la inscripción del inmueble como requisito de procedibilidad de la demanda de protección a la vivienda familiar, lo que la disposición establece es que el instrumento en el cual se haga constar la protección a la vivienda familiar deberá ser inscrito, dando por sentado que el inmueble donde ésta se encuentra, está inscrito lo cual en la realidad no siempre es así, ya que existe una cantidad considerable de inmuebles sin inscripción.

De ahí que la inscripción previa del inmueble que sirve de vivienda familiar es una circunstancia distinta de los presupuestos que

se exigen para la procedencia de la protección de la vivienda de uso familiar. En efecto la inscripción cumple con la función de la publicidad del acto constitutivo de la protección de la vivienda familiar, para que surta efecto frente a terceros evitando enajenaciones o gravámenes.

El Código Civil respecto a la inscripción de bienes raíces, entre otras disposiciones, en su Art. 667 refiere que *"la tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, **salvas las excepciones legales, se efectuará por medio de un instrumento público, en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad."*** (Negritas y subrayado fuera de texto.)

Por su parte el Art. 717 del mismo código señala que *"**No se admitirá en los tribunales o juzgados de la República, ni en las oficinas administrativas, ningún título ni documento que no esté registrado, si fuere de los que conforme a este título están sujetos a registro; siempre que el objeto de la presentación fuere hacer valer algún derecho contra tercero. Si no obstante se admitiere, no hará fe. Con todo, deberá admitirse un instrumento sin registro, cuando se presente para pedir la declaración de nulidad o la cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel instrumento."*** (El resaltado y subrayado es nuestro)

Observamos que esta disposición refiere un caso de excepción a la presentación de un instrumento no inscrito, el cual se admitirá cuando con él se pretenda la declaración de nulidad o la cancelación de algún asiento que impida previamente verificar la inscripción de dicho instrumento. También se aceptará para verificar la inscripción de un título anterior a este instrumento.

Ahora bien, tratándose de hacer valer el derecho relativo a la protección a la vivienda familiar, que es un derecho no contemplado en el Código Civil, sino en el Código de Familia, deberá analizarse si también puede hacerse esa salvedad.

El derecho de protección a la vivienda ha sido clasificado doctrinaria y jurisprudencialmente tal como el Tribunal Supremo Español lo ha señalado en algunas de sus sentencias como un derecho de ocupación. Es un derecho real que se ejerce sobre cosa ajena, cuyo goce no puede ser interrumpido por el que posea el título de dominio.

El cónyuge o conviviente a favor del cual se decreta la protección de la vivienda se reviste de las características de un **poseedor legítimo**, por lo que su derecho **es susceptible de ser oponible a terceros**. Para lograr la total efectividad de dicha oponibilidad ante terceros ajenos a la relación familiar, es precisamente que debe ser inscrita en el Registro Público.

Sin embargo, en casos como el sub judice si no existe un antecedente inscrito, efectivamente no podría inscribirse la protección de la vivienda familiar, lo cual no implica que no proceda la pretensión solicitada y que no pueda reclamarse este derecho, por cuanto, no puede vedarse la procedencia de la demanda de protección de la vivienda familiar ni la constitución de ese derecho en la correspondiente sentencia únicamente, por la falta de inscripción del inmueble objeto de dicha pretensión, puesto que éste es un derecho que deriva de la calidad de cónyuge de la señora *** respecto del señor *** y de otros requisitos, entre ellos que funja precisamente como vivienda familiar, que sea propiedad de uno de los cónyuges, no tenga gravamen o enajenación y no de la realidad jurídica registral del inmueble.

Bastará entonces para acceder a la admisión de la demanda planteada que se establezcan los requisitos necesarios para su procedencia, fundamentando la petición, sin supeditar la protección de la vivienda familiar a más requisitos que los exigidos en la ley, lo que implica que para la concreción de ese derecho debe tomarse en cuenta nuestra realidad social en la que existen muchos inmuebles que carecen de antecedentes inscritos en los respectivos registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, por cuanto esos inmuebles gozan de protección jurídica mediante la institución de la posesión la que se refuerza cuando se cuenta con instrumento público o privado que la ampare, aún cuando no se encuentre inscrito pero es susceptible de ello mediante los trámites legales pertinentes. Pero mientras eso no ocurra por lo engorroso y oneroso que resulta para algunas personas, no se puede negar el acceso a la justicia incumpliendo los derechos familiares que son de naturaleza social.(...)

(...) la falta de inscripción no es óbice para que éstos derechos, se constituyan, puesto que en este particular caso, la señora *** si comprobare que la vivienda ha fungido como vivienda familiar, que la propiedad del inmueble está a favor del cónyuge y la necesidad de su

protección, procederá declarar ese derecho. Ahora bien, la dificultad estriba en la manera en que ese derecho podrá hacerse valer **frente a terceros**, lo que implica la efectividad y real cumplimiento de la sentencia, que en el caso del cónyuge quedará desde luego vinculado a cumplirla a partir de la notificación de la sentencia, sin que pueda alegar después desconocimiento de la misma, pero en cuanto a terceros resultará difícil que conozcan la situación jurídica del inmueble debiendo buscarse en la resolución alguna modalidad que garantice de alguna forma su cumplimiento. (...)

En este caso se ha presentado certificación de un documento privado registrado en la Alcaldía Municipal de Dulce Nombre de María, expedido por el Alcalde de dicha municipalidad. (...)

Es decir existe prueba documental que establece que el señor *** es dueño del inmueble, ostentando la posesión y dominio teniendo liminarmente seguridad jurídica sobre el mismo para hacerlo valer, de la misma manera se hace extensible a aquellos que pretendan hacer valer un derecho sobre dicho inmueble, dicho de otro modo, si bien es cierto no existirá podrá inscribirse en el registro la protección pedida, resulta pertinente su constitución, cuando proceda.

Considerar de otro modo tal situación podría acarrear como consecuencia directa una desprotección, volviendo nugatorios los derechos familiares y vedando el derecho de acceso a la administración de justicia, el cual se encuentra consagrado constitucionalmente. (...)

Es así que ante la omisión del legislador familiar al no prever de manera expresa la manera de efectivizar la pretensión de protección de la vivienda familiar, en el caso que dicho inmueble tenga un poseedor legítimo cuyo derecho no se encuentre debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, el Juzgador, deberá hacer una heterointegración de las normas generales, esto es el Código Civil y el Código de Familia, dándole preeminencia a la finalidad que ésta última persigue y a los sujetos involucrados en el conflicto familiar realizando una interpretación amplia y adecuada al caso. Esto en armonía con los Arts. 8 y 9 C.F. y 2 y 7 letra f) L.Pr.F..

(Cam. Fam. S.S., treinta de marzo de dos mil siete. Ref. 1-A-2007)

El Art. 46 C.F., recoge diversas modalidades de protección a la vivienda familiar: la primera de ellas establece un límite a la libre disposición y administración del inmueble que sirve de habitación a la familia, al instituir la necesidad del asentimiento del cónyuge no propietario del bien para su enajenación o constitución de derechos reales –Art. 46 inc. 1º C.F.- cuando dicho inmueble se haya constituido como vivienda familiar ya sea voluntaria o judicialmente. En el segundo caso se establece la concesión del uso del inmueble que sirve como vivienda familiar.

Los Arts. 108 y 111 C.F., frente a la disolución del vínculo matrimonial –es decir frente a una situación de crisis- establece que en la sentencia de divorcio se deberá establecer a quien de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda familiar, cuando fuere procedente, ya sea que haya precedido o no su protección.

No discutimos que el contenido esencial de ambos derechos –uso y habitación, tal como los regula la legislación familiar- es el mismo, ya que ambos configuran "*la facultad de morar en la vivienda familiar*"(...)

La constitución de la vivienda familiar, de conformidad al Art. 46 C.F., se efectúa por acuerdo de los cónyuges, en otras palabras esta modalidad de protección tiene su génesis en el avenimiento de voluntades de los consortes o por declaración judicial; en cambio la destinación del uso de la vivienda familiar se constituye como consecuencia del divorcio, separación o cualquier otra circunstancia que de lugar a su concesión como una medida de protección generalmente a petición de parte, la que se prolonga en el tiempo cuando existen hijos menores de edad, sin importar que el inmueble se encuentre gravado e incluso que pertenezca excepcionalmente a terceros como en los casos de arrendamiento o comodato. En ambos casos el inmueble funge y seguirá fungiendo como vivienda familiar.

Sin embargo, en nuestro medio la posibilidad de lograr un acuerdo en cuanto al uso de la vivienda o su concesión judicial, no se agota frente a la crisis familiar que implica la ruptura del vínculo matrimonial, ya que el Art. 108 ord. 4º C.F., establece que en el convenio de divorcio los –hasta entonces- cónyuges acuerden a quien corresponderá el uso de la vivienda, entre otras circunstancias, como también en los

casos de separación.

En ambos casos -derecho de habitación y uso de la vivienda familiar- la titularidad del derecho deviene de la calidad de cónyuges o convivientes, para la procedencia del primero se requiere que uno o ambos cónyuges o convivientes sean propietarios del inmueble y que no se encuentre gravado, situación que no necesariamente ocurre para el uso de la vivienda familiar.

Como lo señalamos *supra* los instrumentos constitutivos de esos derechos difieren en uno y otros supuestos, para la **constitución del derecho de la vivienda familiar** -Art. 46 C.F.-, serán la escritura pública o el acta de acuerdo ante el Procurador General de la República o alguno de sus Procuradores Auxiliares Departamentales o en su defecto la declaración judicial, para el caso del **derecho de uso de la vivienda familiar** -Arts. 108 y 111 C.F.-, el pronunciamiento dictado en la sentencia de divorcio o el dictado de la medida de protección en su caso.

Para la protección del derecho de la vivienda familiar o uso de la vivienda familiar- frente a terceros, necesariamente se requerirá su inscripción en el Registro respectivo, tal como lo dispone el Art. 46 inc. 2° C. F., norma que aplicamos analógicamente respaldados en el principio de publicidad, uso de la vivienda familiar aunque los Arts. 108 y 111 C.F., no lo dispongan expresamente; excepcionalmente puede concederse ese derecho aunque el inmueble no se encuentre inscrito, como ha ocurrido en la realidad y no por ello se ha denegado ese derecho (...)

Esta Cámara ha sostenido en reiterados pronunciamientos que el derecho de *uso de la vivienda familiar*, no puede concederse de forma indefinida, en respeto no sólo del derecho de propiedad del titular del inmueble, sino de la naturaleza misma de la institución, cual es -como lo dijimos *supra*- la protección para los *miembros más necesitados de tutela y cuidado*, es por ello que por regla general se concede el uso de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente a quien se le ha conferido el cuidado de los hijos, aunque por ser un derecho exclusivo de los cónyuges y convivientes tampoco se requiere que se

hayan procreado hijos, en cuyo caso su uso se otorgará al cónyuge o conviviente que se encuentre más necesitado de ese derecho.

En ese orden de ideas y advirtiendo del contenido de las normas -Arts. 108 y 111 C.F.- que el uso de la vivienda familiar es un derecho exclusivo de los cónyuges y no de los hijos pese a que la vivienda forma parte del rubro de los alimentos, es posible concluir que la sentencia de divorcio en cuanto a dicho punto sólo puede ser modificada para hacer cesar ese derecho en el caso que no se haya estipulado un plazo de vigencia o aún antes de su cumplimiento cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias por las cuales se concedió; pero no es dable aceptar la modificación respecto del titular del derecho, ya que al momento el solicitante no se encontraría legitimado para instar la acción, por cuanto se trata de una persona divorciada (o separada en el caso del conviviente), por tanto es aceptable la tesis de la *a quo* -aunque con las variaciones efectuadas en esta sentencia- que establece que el derecho que se pretende modificar es exclusivo de los cónyuges por lo que debió desestimarse la demanda. Reiteramos que al disolverse el vínculo matrimonial, la única posibilidad que queda al ex cónyuge a quien no se confirió el uso es solicitar la modificación, en cuanto al cese del derecho conferido a su ex cónyuge.

(Cam. Fam. S. S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 42-A-2007)

1.4.3.1. LEY DEL BIEN DE FAMILIA.

Esa ley, (Ley del Bien de Familia) en lo que atañe al caso que nos ocupa, ha sido tácitamente derogada por el Código de Familia, el cual en su Art. 46 C. F., regula lo que en su epígrafe llama "Protección para la vivienda familiar", aún cuando en su texto regula lo atinente al "inmueble que sirve de habitación a la familia" (inc. 1º) y "la constitución del derecho de habitación... sobre la vivienda familiar". Por ello lo correcto es decir "constitución de la vivienda familiar". En este caso tampoco es procedente otorgar su uso, puesto que lo que se pidió es que se constituyera como bien de familia y aunque se concedió su uso de manera provisional, la demandante se la devolvió (la vivienda) al demandado (fs. ...) y ambos viven desde algún tiempo en diferentes

inmuebles.

(Cam. Fam. S. S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95-A-2004) (El paréntesis es nuestro).

Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia

2. NULIDAD DEL MATRIMONIO.

En otras palabras la nulidad del matrimonio tiene como fin inmediato la privación de los efectos del matrimonio, y que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban hasta antes de la celebración del acto. (...)

(...) es preciso determinar si previo a promover el proceso de nulidad se debió seguir la acción penal; en ese sentido insistimos que no se ha determinado claramente con el material fáctico de la demanda si se trata de usurpación de documentos o del supuesto de homónimos –ello se definirá hasta finalizar este proceso y dictar sentencia-, independientemente de ello, este Tribunal ha sostenido que en supuestos como el del sub lite no es requisito sine qua non la promoción previa del proceso penal, puesto que ambos procesos tienen una finalidad diferente, en esta vía se insta a la declaratoria de nulidad del matrimonio, por no haber concurrido la parte actora a otorgar su consentimiento, por lo que se debe comprobar que ella (parte actora) no compareció al acto sino que fue otra persona quien lo hizo, ya sea usurpando sus documentos o por ser una persona con identidad homónima.

Sin embargo aún cuando los hechos pudieron darse por la utilización ilegal de los documentos de la demandante por parte de un tercero (la demandada), ello no la obliga a iniciar la vía penal ya que en el sub judice deberá acreditar que los documentos fueron utilizados ilegalmente por personas distintas o que esos documentos le pertenecen a ella y no a la persona que compareció al acto del matrimonio; efectivamente el proceso penal serviría para preconstituir prueba, pero ello no obliga a que el mismo sea iniciado y sentenciado previamente a instar la acción familiar, aunque en estos casos el juzgador por su parte sí debe informar a la Fiscalía General de la República para que inicie el proceso penal Art. 288 C.Pn..

Ambos procesos son de naturaleza diferente, juzgándose en cada uno de ellos situaciones diferentes, no existiendo una relación de dependencia entre ambos, que impongan como requisito de procesabilidad el agotar la vía penal, ya que perfectamente se pueden acreditar en la jurisdicción familiar los hechos en que se funda la pretensión, sin necesidad de que previamente se haya conocido en sede penal; por ende es errónea la resolución de la jueza a quo al expresar que la vía utilizada no es la idónea, ya que la única jurisdicción competente para

conocer de una declaratoria de nulidad de matrimonio es la familiar, a través de la promoción de un proceso de nulidad. En consecuencia la demanda ha sido debidamente entablada en la jurisdicción correspondiente y mediante el trámite procesal adecuado –proceso contencioso- siendo procedente revocar la resolución que declaró la ineptitud de la demanda; no obstante que como hemos observado la demanda carece de requisitos formales de los cuales algunos pueden ser saneados con los documentos presentados por la parte actora y otros –como la falta de las generales de la demandada serán evacuados en el transcurso del proceso- no obstante ello es procedente admitir la demanda, porque como hemos señalado supra se trata de una pretensión cuyo contenido es de orden público.

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006)

2.1. DIFERENCIA ENTRE INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO.

Las primeras tres causales (del Art. 90 C.F.), doctrinariamente son constitutivas de la inexistencia del matrimonio, que en principio no precisa de reconocimiento judicial por cuanto es un acto que por sí mismo no existe, sin embargo como este ha nacido a la vida jurídica (se ha inscrito en los respectivos registros), nuestra legislación a fin de sanear dichos vicios lo ha normado por la vía de la nulidad absoluta, al efecto se ha sostenido "Habrà también inexistencia del matrimonio por ausencia de consentimiento de una o ambas partes cuando exista un acta de la cual resulte la prestación de un consentimiento que en realidad no tuvo lugar, como en los siguientes casos: a) Cuando existe sustitución de la persona de uno de los contrayentes o de ambos, es decir, cuando quienes comparecen ante el oficial público aparentan una identidad falsa, haciendo aparecer en el acta como casados a quienes en realidad no concurrieron a la ceremonia." (Belluscio, Augusto César. Ib. Idem) (Subrayado fuera de texto)

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006) (El primer paréntesis nos pertenece)

2.2. DIFERENCIA ENTRE NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.

La Nulidad es la sanción de privación de los efectos del matrimonio por la falta de requisitos que la ley establece previamente, ya sean éstos de existencia, los cuales generan una nulidad absoluta o la falta de requisitos de validez que generan nulidad relativa (subsancable), produciendo un efecto similar al de anulación de los actos jurídicos en general, es decir, vuelven las cosas al mismo o igual estado en que se encontraban antes del acto anulado. La nulidad relativa sólo puede ser reclamada únicamente por los cónyuges o por cualquiera que tuviere interés, siendo subsancables conforme a las reglas legalmente establecidas; a diferencia de la nulidad absoluta, que por obedecer a razones de orden público puede decretarse aún de oficio por el Juez (a) de acuerdo al Art. 91 C.F., cuando aparezca de manifiesto o se advierta razón para ello dentro del proceso, pudiendo darse en cualquier tiempo; tal declaratoria produce efecto erga-omnes y no admite saneamiento.(...)

No es lo mismo que existan vicios en el consentimiento (error y fuerza) al momento de contraer matrimonio, que la falta del consentimiento (nulidad absoluta), ya que el primero hace referencia a que hubo consentimiento por parte de uno de los contrayentes pero que tal consentimiento estaba viciado; como el hecho de que exista error en la persona o fuerza física o moral suficiente que obligue al contrayente a dar su consentimiento, acarreado con ello nulidades que son subsancables dentro de un lapso determinado de tiempo de acuerdo a la ley (Art. 93 num. 1º y 2º, 94 y 95 C.F.); mientras que en el segundo caso se entiende que nunca existió tal consentimiento, siendo que es un requisito indispensable para la existencia del matrimonio, genera nulidad absoluta que no admite saneamiento ni por acuerdo entre las partes o por prescripción.

(Cam. Fam. S. S. veintiuno de noviembre de dos mil cinco. Ref. 138-A-2004)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006

2.3. NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CUALQUIERA DE LOS CONTRAYENTES.

Por otro lado, es necesario aclarar que el acto jurídico del matrimonio entre el señor *** (***) Y ***, adolece de error o falsedad en cuanto que uno de los contrayentes formal o jurídicamente no lo ha contraído, en este caso el señor ***, aunque alegue buena fe (error); los efectos de ese error son los que han dado lugar a este procedimiento, por cuanto la señora *** formalmente está casada con persona diferente a la que materialmente se encuentra vinculada. Tan es así, que es en la partida de nacimiento de quien supuestamente lo contrajo que aparece dicha marginación(y no podría ser de otra manera) del matrimonio, sin que este haya consentido en ese acto, es decir, que el inscrito jamás contrajo matrimonio con la señora ***, por lo que no ha podido consentir en el mismo, de ahí que dicho acto adolece de nulidad, por no ser la persona que se identifica como contrayente, quien realmente lo contrajo sino otra diferente (el solicitante) que como lo expresa ha venido utilizando por error un documento que no le corresponde.

Así las cosas, este tribunal no puede centrarse a analizar la situación jurídica de la anotación marginal en forma aislada sin que se examine el origen del error que ha dado lugar a que éste conste en la partida de nacimiento de un tercero (señor ***), con lo que también se anularía la marginación en la perteneciente a la señora ***, ya que su cónyuge contrajo nupcias sin probar su verdadero estado familiar o su edad media, pues se identificó con datos y documentos que pertenecen a persona distinta.

(Cam. Fam. S.S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 147-A-2004) ⁴

2.4. NULIDAD RELATIVA.

La demanda ha sido fundamentada en la causal primera del Art. 93 C.F. que sanciona con nulidad relativa, cuando exista “error en la persona del otro cónyuge”, afirmando que la demandante contrajo matrimonio con el señor A.G., sin embargo por no saber leer ninguno

4. Esta sentencia se encuentra relacionada con los apartados denominados: LEGITIMACIÓN ACTIVA numeral 2.5, LEGITIMACIÓN PASIVA, numeral 2.6 y REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.3, todos de la parte sustantiva.

de los contrayentes y por problemas de homonimia, en la Alcaldía de Quezaltepeque, les entregaron equivocadamente la certificación de partida de nacimiento del señor A.G.M., que fue el documento que se agregó al expediente matrimonial, causando dicha circunstancia que en la partida de matrimonio aparezca dicho señor como cónyuge de la demandante, por lo que considera se configura la causal invocada.- Advertimos que el Art. 94 F., establece la legitimación, plazo y el concepto de lo que se debe entender como error en la persona.- (...)

(...) consideramos que la ley es clara al establecer que para que se tipifique tal sanción, el error debe recaer en la identidad física o sobre alguna cualidad personal que sea determinante en la prestación del consentimiento.- En ese entendido el error debe consistir en los aspectos físicos que determinan a uno de los contrayentes, situación que no es la acaecida en el presente caso, por cuanto la demandante al momento de contraer matrimonio lo hizo efectivamente con la persona física con la cual era su deseo hacerlo y que determinaban su consentimiento ante tal acto; el error según los hechos narrados no lo constituye la identidad física de la persona con quien contrajo matrimonio, sino uno de los documentos agregados a las diligencias matrimoniales.- En otras palabras, el error recae sobre la papelería o documentación.-

Ante tal circunstancia concordamos con la señora Jueza respecto al rechazo liminar de la demanda, ya que el conjunto de hechos históricos del que se pretende deducir lo que se pide, no son congruentes con la norma sustantiva invocada, pues no obstante estar conscientes de la existencia de una situación anómala, los hechos que fundamenta su pretensión no se adaptan a la vía jurídica utilizada para el ejercicio del derecho de acción, y por lo tanto no puede ser tramitada su pretensión por el órgano jurisdiccional por un cauce procedimental inadecuado, ya que no puede declararse la nulidad del matrimonio por cuanto la demandante con el señor A.G.M. nunca se casaron, ella con quien contrajo matrimonio fue con el señor A.G., sin embargo en vista que por error se agregó una certificación de partida de nacimiento del primero es que tuvo por consecuencia que se asentara la partida de matrimonio cual pareciera que éste era el contrayente, situación que no es compatible en la realidad.-

En conclusión, los Magistrados de esta Cámara consideramos que al no cumplir con los requisitos y presupuestos establecidos para tal pretensión, dicha demanda deberechazarse por ser improponible, por falta de concordancia entre la pretensión invocada y los hechos planteados, por lo que de conformidad al Art. 197 Pr.C., era correcto su rechazo liminarmente, y lo procedente es la confirmación de la resolución apelada.-

*(Cam. Fam. Occ., treinta de julio de dos mil siete REF. 089/2007)*⁵.

2.5. LEGITIMACIÓN ACTIVA.

En atención a esos puntos, consideramos, que el señor ***, es legítimo contradictor activo. Su interés en el proceso deviene en que sus datos de identidad y los de su esposa (ver certificación de partida de matrimonio, fs. ...) han sido consignados mediante anotación marginal en la partida de nacimiento de una persona ajena a ellos, cuando legal y correctamente debería estar contenida en la partida de nacimiento número (...) a nombre de ***, lo que sin embargo no ha sido posible porque no fue esta la partida de nacimiento que el impetrante utilizó para contraer dicho matrimonio, la que ni siquiera existía al momento de la celebración del mismo, por lo que debe analizarse si procede una marginación anterior al asentamiento o inscripción; como contrariamente ocurrió en la partida de nacimiento de su esposa (fs...), según lo señala el Art. 34 Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio (L.T.R.E.Fy R. P.M.) y 29 inc. 3° C.F.

Para cancelar esa anotación marginal ya referida, no puede obligarse al titular de la partida de nacimiento a interponer demanda alguna, ya que a nadie puede obligársele a ser actor, Art. 14 C.Pr.C. en relación al Art. 218 L.Pr.F.

De la respectiva demanda, debe escucharse al titular de la partida de nacimiento (garantía de audiencia). Para tal efecto debe emplazársele, ya que es razonable que tenga interés en dilucidar esta situación en un proceso judicial y no en unas Diligencias de Jurisdicción Voluntaria,

⁵. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado: REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.3 de la parte sustantiva.

como se ha pretendido en el sub lite.

*(Cam. Fam. S.S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 147-A-2004)*⁶.

En cuanto a la identidad de la parte actora y la demandada, la experiencia y la lógica nos indica que una persona no se demandará judicialmente a sí misma, por alguna infracción legal, lo que en todo caso se comprobará en la correspondiente fase probatoria; no podemos obviar que en casos como el presente pueden darse variadas situaciones, entre éstas, que se trate de homónimos donde se confundieron los documentos de una u otra persona (actuación sin dolo) o que efectivamente se trate de la utilización dolosa de documentos falsos que corresponden a otra persona (en este caso a la demandante).

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006)

2.6. LEGITIMACIÓN PASIVA.

Como ya comentamos, la Licda. ***, pretende se ordene la cancelación de la anotación marginal, sin hacer referencia a un pronunciamiento judicial de fondo sobre el problema, es decir, no ha pedido que se declare la nulidad de la anotación marginal relativa al matrimonio, sin embargo, este tribunal considera que la solicitud planteada da lugar a promover la nulidad del matrimonio y consecuentemente de la anotación marginal para lo cual deberá integrarse litisconsorcio necesario, Art.16 L.Pr.F., con todas aquellas personas a quien afectará la sentencia, en este caso contra la cónyuge señora *** y al señor *** quién inicialmente estaría llamado a promover este proceso, ya que por existir interés contrapuesto no puede ventilarse en diligencias de jurisdicción voluntaria. Advirtiéndose que el señor *** (...) podrá promoverlo, conforme al Art. 91 in fine C.F. que regula la legitimación activa de la nulidad de matrimonio "por cualquier persona interesada", partiendo del principio de probidad y buena fe, dado que aduce error, lo que además tendrá que probar. Por otro lado, en estricto derecho

6. Esta sentencia se encuentra relacionada con los apartados denominados: NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CUALQUIERA DE LOS CONTRAYENTES, numeral 2.3, LEGITIMACIÓN PASIVA, numeral 2.6 y REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.3, todos de la parte sustantiva.

solo podría promoverlo el interesado (agraviado), pero tomando en cuenta, además, que en estos casos se exige la oficiosidad de acuerdo a lo establecido en el Art. 93 C.F., se adecuará su trámite con las prevenciones de ley. Por último, cabe mencionar, que la nulidad del matrimonio también puede promoverla la señora *** contra la persona que aparece en la partida de matrimonio en calidad de esposo, otros sujetos que pueden solicitarla, son el Fiscal General de la República y el Procurador General de la República, en defensa de la legalidad y la familia, Art. 91 C.F.

(Cam. Fam. S.S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 147-A-2004) ⁷

En este proceso, cuya demanda e impugnación fueron declaradas inadmisibles, aparece de manifiesto la nulidad de un matrimonio, por lo que es procedente que se inicie de oficio el proceso de nulidad absoluta del matrimonio que el señor *** contrajo con la señora *** acreditado con la certificación de partida de matrimonio agregada a fs. 18, ya que aún no se ha disuelto el que contrajo con la señora *** según la certificación de partida de matrimonio de fs. 19; y como consta de la certificación de partida de defunción del señor *** agregada a fs., el cónyuge de ambas ya falleció, la acción de nulidad absoluta del matrimonio deberá dirigirse contra la señora *** y contra la(s) persona(s) que represente(n) a la sucesión, es decir contra los herederos del señor ***, sean éstos aceptantes que representan interinamente a la sucesión o herederos declarados que la representan definitivamente, tal como se encuentra dispuesto en los Arts. 1163 y 1166 del Código Civil (en adelante identificado sólo como "C.") o, en su caso, contra el curador de la herencia yacente a quien corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de su representado, según se regula en los Arts. 1164, 480 y 489 C.-

Para los efectos de lo expuesto en la parte final del párrafo que antecede, el juzgador deberá librar oficio al Secretario General de la Honorable Corte Suprema de Justicia para que le informe si se han promovido diligencias de aceptación de herencia del causante *** o de

7. Esta sentencia se encuentra relacionada con los apartados denominados: NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CUALQUIERA DE LOS CONTRAYENTES, numeral 2.3, LEGITIMACIÓN ACTIVA numeral 2.5, y REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.3, todos de la parte sustantiva.

su declaratoria de yacencia, y si hay o no testamento que él mismo pudiese haber otorgado (Art. 19 N° 1° de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias).-

Si del informe resulta que se han promovido cualesquiera de las diligencias, se sabrá quién es el legítimo contradictor que representará al difunto señor ***, caso contrario deberán promoverse las diligencias de declaratoria de yacencia de la herencia a fin que se provea de un curador de los bienes del de cujus para tramitar el juicio contra él.- De este modo se tramitará el proceso de nulidad absoluta del matrimonio que el señor *** o *** contrajo con la señora ***, en la actualidad de ***, contra ésta y contra quien represente a la sucesión de dicho señor.-

(Cam. Fam. Occ., treinta y uno de marzo de dos mil cinco. R.E.F. 19/2005)

De los hechos narrados en la demanda no se pueden determinar las circunstancias bajo las cuales se utilizaron los documentos de la señora ***, puesto que la parte actora es enfática al afirmar que desconoce quiénes son las personas contrayentes, pues ese hecho lo supo con posterioridad, al querer obtener su Documento Único de Identidad, no identificando incluso el domicilio de los contrayentes, por lo que presume –según se refirió en el escrito de apelación– que debiera investigarse los hechos, tomando en cuenta la facultad oficiosa de la a quo; a nuestro criterio, previo a la tramitación, la demandante debió indagarse sobre lo acontecido, aunque hay casos en los que no existe la posibilidad de conocer tales hechos. Los datos suministrados en la demanda resultan insuficientes para delimitar con precisión la legitimación pasiva, tampoco se aclaró si se trata de una persona con identidad homónima a la demandante o que haya sido una persona diferente la que presumiblemente de forma dolosa utilizó la documentación perteneciente a la actora, no obstante tratándose de una situación que es de orden público como lo es el estado familiar, resulta imperativa la admisión de la demanda. (...)

Independientemente de lo anterior, habiéndose advertido que la demanda adolece de deficiencias formales, éstas pueden ser saneadas en el transcurso del proceso, como es el caso de las generales de la demandada, lo cual deberá hacerse vía requerimiento; en cuanto a las generales del demandado, ellas se pueden inferir de la misma certificación

de partida de matrimonio (Fs. 4), donde consta que el señor ***, es mayor de edad, empleado, del domicilio de Tejutla, Departamento de Chalatenango. Además se advierte de dicho instrumento que su apellido es *** y no *** como se consigna en la demanda y demás actuaciones judiciales.

En cuanto al domicilio de ambos demandados se manifiesta por la parte actora que es desconocido, por lo que se solicita su emplazamiento por medio de edicto; sin embargo en la copia simple del Registro de Ciudadanos de la Alcaldía Municipal de Ciudad Delgado -Fs. 10- , aparece que el lugar de residencia de la señora *** -demandada, es la que aparece en dicho documento, en el cual consta que ella es casada con el demandado señor ***- y que residen en ***; en ese sentido este Tribunal estima procedente que el emplazamiento se verifique en dicho lugar; de constatarse que los demandados no residen en el mismo se deberá pedir informe al Registro de las Personas Naturales para conocer sus direcciones, conforme a los datos proporcionados en sus Documentos Únicos de Identidad -por cuanto este tipo de información difícilmente es proporcionada a particulares- finalmente si no es posible determinar su lugar de residencia deberá emplazárseles por medio de publicaciones de edictos.

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006)

2.7. DAÑO MORAL.

Que el reclamo de una indemnización por daño moral por parte del señor *** es procedente, aunque no se trate en este caso del cónyuge de buena fe, por cuanto yendo más allá de lo que textualmente dispone el Art. 97 C. F. resulta que el demandante nunca en realidad contrajo matrimonio, ni se ha relacionado con la señora *** (formalmente su cónyuge legal) pidiendo por tanto la nulidad de ese matrimonio en el que no ha intervenido en ninguna forma, afectándole la celebración de ese acto, por lo que pide dicha indemnización la que a nuestro juicio es una pretensión que analógicamente puede solicitarse(...)

(...) a partir de la misma prueba con la que se acredita la nulidad del matrimonio, se establece el hecho antijurídico que ha causado el daño al demandante, a raíz de colocarlo en un estado familiar de casado -que no le corresponde-, sin que mediara su consentimiento,

(tal como lo afirma la Licda. *** vinculándolo a una persona que no conocía y afectando sus relaciones familiares, laborales y sociales, pasando por situaciones de angustia y en principio de reproche por parte de sus seres queridos, quienes en su momento se creyeron engañados por él, situación que lógicamente implica una afectación a los sentimientos del demandante por el accionar del señor ***, quien bien pudo percatarse del error cometido y no hizo nada para evitarlo ni al momento de contraer matrimonio; previo al cual debió presentar certificación de partida de nacimiento; ni después de ese evento. (...)

En el caso del Sr. ***, la mala fe del mismo queda comprobada con la sola utilización de un documento de identidad cuyo titular era otra persona, pues no ha podido justificar que desconocía que sus nombres no coincidían con los que aparecían en la Cédula de Identidad Personal que utilizó para contraer matrimonio con la Sra. ***, quien no estaba obligada a saber que esa partida de nacimiento no le correspondía al Sr. *** por lo que en ese sentido la buena fe de la cónyuge se presume y deberá eximirse de responsabilidad respecto del matrimonio contraído -lo que más adelante será objeto de análisis- pues incluso también estaría facultada para pedir la nulidad del acto y solicitar indemnización contra el cónyuge culpable tal como lo establece la ley.

(Cam. Fam. S.S. veinticuatro de agosto de dos mil cinco. Ref. 18-A-2005)

2.8. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD.

No compartimos el criterio de la a quo en cuanto a los efectos o perjuicios que pudiera traer la declaratoria de nulidad del matrimonio en relación a los hijos, pues consideramos que con tal declaratoria no serán afectados en sus derechos en relación a sus progenitores ni la unión familiar, pues dicho matrimonio ha producido todos sus efectos como si se tratase de un matrimonio válido respecto de éstos (matrimonio putativo).

Por otra parte, no puede bajo ese argumento ni bajo la protección del matrimonio, causar graves perjuicios a quien en la secuela del proceso ha acreditado fehacientemente ser la persona a quien corresponde la partida de nacimiento utilizada por tercera persona para contraer matrimonio y cuyos efectos negativos para la demandante han de perdurar en el tiempo y en el espacio de no decretarse la nulidad como

Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia

es procedente, por cuanto la Sra *** nunca consintió en ese matrimonio, pero jurídicamente por ser la verdadera titular de la partida de nacimiento utilizada, se encuentra casada con el Sr ***, lo cual afecta su estado familiar y el de sus hijos.

(Cam. Fam. S. S. veintiuno de noviembre de dos mil cinco. Ref. 138-A-2004)

3. DIVORCIO.

En cuanto al excesivo celo de la institución matrimonial, debemos referir que el divorcio es una institución aceptada en nuestro ordenamiento jurídico y aplicada por el órgano judicial desde hace muchos años, si bien es cierto que la Constitución de la República ordena fomentar el matrimonio, también se acepta constitucionalmente la disolución del mismo bajo los presupuestos de ley; ahora bien, es sabido que esta institución es de orden público, de tal suerte que para acceder al decreto de divorcio es preciso que las partes acrediten fehacientemente los extremos de su demanda, por ello no basta la simple petición contenida en la demanda o la publicación de los edictos para que la demandada se presente al juicio, ya que esto per se no acredita la separación, en otras palabras en el sub judice correspondía al abogado del demandante ofrecer y producir la prueba conducente, pertinente e idónea que comprobara la separación alegada en la demanda, sólo así se habría acreditado que el matrimonio de los señores *** y ***** no cumple sus fines.

(Cam. Fam. S. S., dieciocho de abril de dos mil siete. Ref. 223-A-2006)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., diez de septiembre de dos mil siete. Ref. 75-A-2007.

3.1. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

El objeto principal de dicho convenio es la manifestación de la voluntad de divorciarse por parte de los solicitantes, plasmado en el instrumento; efectivamente se trata de un acto personalísimo pues son los comparecientes quienes solicitan al funcionario autorizado que formalice en dicho instrumento el convenio aludido, a fin de que el procurador que designen inicie las diligencias con el objeto de que se decrete el divorcio; sin embargo, una vez plasmado dicho consentimiento, no es exigencia legal que éste sea expresado en audiencia, por lo que bastará para acreditar tal conformidad únicamente el instrumento donde conste el acuerdo, como ocurre en la especie.

(Cam. Fam. S. S., quince de agosto de dos mil siete. Ref. 109-A-2007)

3.1.1. REQUISITOS DEL CONVENIO Y FORMALIDADES.

Esta Cámara considera que al analizar los requisitos de la solicitud de divorcio se deben valorar además las cláusulas del convenio de divorcio. Esos requisitos del convenio, dada la naturaleza de las diligencias de jurisdicción voluntaria, en las cuales no hay contención de partes, en la cual los conflictos deben resolverse mediante procedimientos breves, ágiles y sencillos; habilitan al juzgador para hacer las prevenciones que sean justas y legales, a fin de que éstas puedan cumplirse, –en ciertos casos– no necesariamente en el término de tres días a que se refiere el Art. 96 L. Pr. F., sino inclusive hasta en la audiencia de sentencia, en que se resolverá el caso conforme el Art. 109 C. F., en relación con las disposiciones de la Ley Procesal de Familia relacionadas ut supra, con más razón cuando ya se mencionó que el solicitante ofrece como garantía personal la fianza del señor ***, faltando únicamente que se adjuntara el documento respectivo en que constara el contrato de fianza personal y al mencionar la Licda. *** que será en la respectiva audiencia que presentará al referido fiador, debió aclararse que la garantía ofrecida debe acreditarse en la correspondiente audiencia, con el documento respectivo; todo lo cual debe ser homologado por la Jueza a-quo, especialmente el convenio de divorcio; es decir que la Licda. *** bien puede presentar la fianza hasta en la audiencia de sentencia.

(Cam. Fam. S.S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 67-A-2005)

Como puede observarse, el precepto citado no expresa las formalidades del convenio, por lo que a nuestro criterio puede celebrarse en escritura pública, acta notarial, documento autenticado o en documento privado. Lo esencial es que el instrumento sea suscrito por los cónyuges que pretenden divorciarse.

(Cam. Fam. S.S. cinco de octubre de dos mil cinco. Ref. 153-A-2005)

Efectivamente, la garantía del pago de los alimentos es parte del convenio y no de la solicitud de divorcio, por ello su trámite implica analizar ese punto en la audiencia de sentencia fijada para tal efecto en la cual se puede –incluso– ordenar la práctica de estudios sociales

-si no se ordenó en el auto de admisión de la solicitud- para verificar la situación económica real de los cónyuges y establecer si no ha existido vulneración de derechos patrimoniales respecto de los hijos, o determinar la existencia de bienes, los cuales se pueden dar en garantía de pago de los alimentos, pudiendo el mismo juez establecer dicha garantía, todo con el fin de no volver nugatorio el derecho de los hijos, respetando además el derecho de las partes de disolver el vínculo matrimonial.

Lo anterior implica que la fijación de alimentos por medio de acuerdos, implica establecer su cuantía, el modo de satisfacer la pretensión y la forma de garantizar su cumplimiento. Tales acuerdos son válidos y obligatorios hasta que se homologan judicialmente,(...)

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de enero de dos mil seis. Ref. 195-A-2005)

A criterio de esta Cámara, el convenio reúne las cláusulas mínimas exigidas por el Art. 108 C.F.: tal como lo expresamos supra, la ley nada dice sobre las formalidades que debe reunir el convenio o con las que debe ser otorgado, sin embargo, que el mismo se haya efectuado en escritura pública brinda un elemento cuantitativo importante, pues el notario ^{***}, ante quien se celebró el instrumento da fe como delegado del Estado de la declaración de los Sres. ^{***}, sobre su deseo de divorciarse; ello es así en tanto lo disponen los Arts. 1 Y 32 de la Ley de Notariado; este último artículo en su ordinal sexto establece como requisitos de toda escritura matriz "Que se haga relación exacta, clara y concisa de lo que digan los otorgantes y que pidan se consigne en el instrumento; por consiguiente el notario no podrá poner cosa alguna atribuida a los comparecientes en que éstos no hubieren convenido expresamente." (Sic).

Por tanto, en base al principio de buena fe y mientras no se demuestre lo contrario, concluimos que las declaraciones incluidas en el convenio son ciertas, es que tampoco se encuentra ningún medio de prueba en autos que acredite que la declaración de voluntad de los solicitantes se encontraba viciada.

Sobre el valor que debe otorgarse al testimonio de convenio; es preciso referir que en materia de familia no opera el sistema de prueba tasada, sino la sana crítica; sin embargo existen medios de

prueba entre éstos los testimonios de escritura pública, que gozan de presunción de veracidad en razón de la fe pública que ostentan el notario ante quien se otorgó, Art. 1 Ley de notariado, a menos que se comprobare que el consentimiento se encontraba viciado, lo cual no ha sucedido, aceptar lo contrario implica negar el carácter de fedatarios a los (las) notarios. Desde luego que para que ese consentimiento así expresado pueda tener los efectos que pretende –disolución del matrimonio–, deberá ser aprobado por el juez (a) en la respectiva audiencia, momento en el que también podrán hacerse las modificaciones que consideren pertinentes cuando fuere el caso.

(Cam. Fam. S. S., seis de diciembre de dos mil seis. Ref. 201 - A-2006)

Al Juez, le corresponde examinar que el convenio no vulnere derechos de los menores, ni contenga renuncia de derechos indisponibles. Estos son los requisitos del convenio que los jueces deberán calificar para (ser) aprobados, si no se cumplen o se considera que hay cláusulas violatorias a la ley y la Constitución, deberán hacer las correspondientes prevenciones o en última instancia si éstas no son corregidas, no podrá aprobarse el convenio y se realizarán las correcciones pertinentes. De esa forma, no se vulnera lo contenido en el Art. 32 de la Constitución, en cuanto a velar por la integración y bienestar de la familia, puesto que la legislación secundaria ya reguló los requisitos necesarios de dicho convenio, con la finalidad de proteger su bienestar y, además estableció un control judicial para verificar que lo pactado no vulnere lo prescrito en la norma protegiendo los intereses de la familia y de los menores procreados en el matrimonio.

(Cam. Fam. S. S., quince de agosto de dos mil siete. Ref. 109 - A-2007)

Ahora bien, en cuanto a la calificación del poder conferido en el caso concreto encontramos que precisamente la Sra. ***, expresamente otorgó la cláusula especial, a fin de que el apoderado nombrado la represente en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento, y luego a la letra dijo: "*Asimismo lo faculta a su apoderado nombrado, para que si es necesario, pueda firmar el respectivo convenio de divorcio de conformidad al Artículo ciento ocho del código de Familia...*". Con

ello entendemos que se confirió el poder suficiente para que suscribiera en su nombre el referido convenio, es decir que se facultó a la apoderada sustituta para otorgar el aludido convenio de divorcio. Por lo tanto no compartimos la opinión del a-quo respecto a que este mandato esté conferido de manera genérica y abstracta; sino que es muy puntual y preciso en que se haga conforme lo ordena el Art. 108 C. F.

(Cam. Fam. S. S., cinco de octubre de dos mil siete. Ref. 77-A-2006)

3.1.2. MODIFICACIÓN DEL CONVENIO.

Los errores u omisiones de la solicitud de divorcio son distintos a los que pueda contener el convenio de divorcio, tal como lo afirma el apelante, ya que el convenio se refiere al acuerdo de las partes, siguiendo las reglas del Art. 108 C. F. y la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento sigue las reglas de los Arts. 42 y 204 inc. 2° L. Pr. F., entre otros, de tal suerte que dependiendo de las circunstancias del caso, el juez puede prevenir la subsanación de esas omisiones y errores que contenga el convenio y si éstos no fueren subsanados será el mismo juzgador quien hará las modificaciones pertinentes en la sentencia que pronuncie.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de enero de dos mil seis. Ref. 195-A-2005)

En efecto el juez(a) de familia tiene potestad de calificar y aprobar el convenio celebrado entre las partes siempre que no vulnere los derechos de los hijos y de los cónyuges, *en lo referente a prestación de alimentos, régimen de visitas u otros aspectos análogos.*

A criterio de esta Cámara el punto modificado (establecimiento de plazo para el uso de vivienda familiar) no afecta derechos irrenunciables de menores – puesto que los hijos del matrimonio son mayores de edad - ni de los cónyuges; pues la cláusula del convenio que la jueza propuso modificar se refiere a un aspecto patrimonial, relativo a uno de los elementos del derecho de dominio, como lo es el uso de un inmueble y muebles para uso familiar.

En ese sentido el punto regulado corresponde decidido a las partes respetando los jueces la autonomía de la voluntad; por lo que si uno de los cónyuges no está de acuerdo con el cambio de lo pactado

en el convenio, se debe estar a lo decidido originalmente.

Por lo tanto no compartimos lo actuado por la *a-quo* al reformar un convenio en aspectos no señalados específicamente por la ley, por lo que en el fallo se revocara este punto. (...)

De lo anterior se concluye que la señora *** al suscribir el convenio de divorcio y estipular que el uso de la vivienda y bienes muebles, por parte del señor ***, sin determinar un plazo de ejercicio de ese derecho, hizo uso de su derecho de libre disposición que la Constitución le otorga. En consecuencia debe respetarse la autonomía de la voluntad de dicha señora; y en el decisorio de esta cámara se accederá a su petición, quedando válido lo estipulado en el convenio, tal como fue otorgado originalmente por las partes a Fs.

(Cam. Fam. S. S., dieciséis de junio de dos mil seis. Ref. 75-A-2005) (El segundo paréntesis nos pertenece)

En el caso de divorcio por, mutuo consentimiento, adquiere relevancia el otorgar y presentar el convenio que indica el Art. 108 C.F., debiendo valorarse principalmente si éste cumple con los requisitos legales establecidos. Dicho convenio podrá ser modificado, o corregido por los solicitantes y por el mismo Juez (a) respecto de los defectos u omisiones que tuviere, si los solicitantes no lo hicieren antes de la audiencia. Art. 109 C.F.

(Cam. Fam. S. S., quince de agosto de dos mil siete. Ref. 109-A-2007)

3.1.3. HOMOLOGACIÓN DEL CONVENIO.

Al respecto cabe indicar que independientemente de que la pensión compensatoria tenga su origen en la decisión del Juez (en el proceso de divorcio) o por acuerdo de las partes expresado a través de un convenio (en diligencias de jurisdicción voluntaria) de todas maneras es el Juez(a) quien debe homologar el convenio de divorcio, siempre que de su análisis resulte que no vulnera derechos de los cónyuges, según las reglas del Art. 109 C. F.

Así tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en otros países como Francia y España, la decisión del Juez en los casos de divorcio por mutuo consentimiento es híbrida. En el sentido que se trata de la combinación de una sentencia judicial y un convenio, que

el Juez aprueba en su decisión judicial (sentencia).

En nuestra legislación el Juez tiene facultades tan amplias que incluso él mismo puede hacer al convenio, las modificaciones procedentes al tiempo de dictar la sentencia. Es decir, no queda vinculado necesariamente a lo acordado por las partes, si en esos acuerdos se vulneran derechos de los cónyuges o de los hijos bajo autoridad parental, o se incumplen los principios del Derecho de Familia. Art. 109 C. F..

(Cam. Fam. S. S. cuatro de octubre de dos mil cinco. Ref. 152-A-2005)

3.1.4. FACULTAD DE LOS ABOGADOS PARA LA RATIFICACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONVENIO.

Por otra parte a (Fs. ...) se encuentra el testimonio de Poder General Judicial otorgado a favor del Lic. ***, que contiene cláusula especial por la que los Sres. *** y ***, lo facultan para seguir los trámites de divorcio por mutuo consentimiento, conciliar, admitir hechos o desistir de conformidad al Art. 100 del Código de Procedimientos Familiares (debió decir Ley Procesal de Familia). El citado artículo establece que si la parte interesada se encuentra domiciliada fuera de la República, la audiencia se celebrará con su apoderado o representante legal en su caso, quien podrá conciliar, admitir hechos y desistir siempre que estuviere facultado para ello. En este caso los solicitantes residen fuera del país, razón por la cual se ha dicho no podrían comparecer personalmente a la audiencia, por lo que serían representados en la misma por el Lic. ***, quien además está facultado, entre otros, para admitir hechos, esto es la aceptación o el deseo de las partes de querer divorciarse, manifestado ante el juez, que no es más que la ratificación de todo lo expresado en el convenio y que las partes no pueden hacer personalmente por radicar fuera del país y no advirtiéndose vulneración de derecho alguno, es procedente su admisión y aprobación, Art. 110 L. Pr. F., lo que no requiere de prueba específica a que se refiere el Art. 55 L. Pr. F..

(Cam. Fam. S. S. veintinueve de septiembre de dos mil cinco. Ref. 6-IH-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., seis de diciembre de dos mil seis. Ref. 201-A-2006

De la lectura de la solicitud encontramos que no se advierte un incumplimiento de requisitos (formales o de fondo) que ameriten la realización de prevenciones bajo pena de inadmisibilidad, es decir, un incumplimiento a lo dispuesto en el Art. 42 L. Pr. F. Por otro lado, esta Cámara es del criterio que la presentación de Poder para ratificar un convenio de divorcio en audiencia, no debe constituir causal para inadmitir una solicitud, lo cual es contrario al criterio finalista contemplado en el Art. 2 L. Pr. F. (...) Por lo cual estimamos que el criterio tomado por la a quo contraría lo dispuesto en el Art. 7, literal "b", L. Pr. F., que expresa que el Juez está obligado a dar a la pretensión el trámite que legalmente corresponda.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de enero de dos mil seis. Ref. 14-A-2005)

Finalmente dejamos constancia que el Poder Judicial específico con el que actuó el Lic. ***, agregado a Fs. ..., únicamente tiene facultades para conciliar, admitir hechos y desistir dentro del proceso. También se le confirió facultad de sustituir el poder otorgado. Las partes no le otorgaron las facultades generales del mandato contenidas en los Arts. 1875 y sigts. C. C. como tampoco las especiales que enumera el Art. 113 Pr. C., por lo que el Poder Judicial Específico con que actuó el Lic. *** no le daba la capacidad para modificar en nombre de sus poderdantes las decisiones de ellos contenidas en el convenio. De modo que acogemos lo expuesto por la Licda.*** al considerar ilegítimo lo actuado por el mencionado profesional.

(Cam. Fam. S. S., dieciséis de junio de dos mil seis. Ref. 75-A-2005)

(...) Ahora bien, en cuanto a las facultades de la a - quo y la procedencia en la modificación del convenio que expresamente señaló a las partes, es incuestionable que la juzgadora está facultada para revisar, prevenir o hacer las modificaciones a que hubiere lugar de tal forma que en el convenio exista claridad y no se vulneren derechos y obligaciones entre los cónyuges y en relación a los hijos, señalando algunos de esos derechos tales como alimentos y régimen de visitas, haciéndolo extensivo a otros derechos análogos. Arts. 109 C. F.; 3 Literal e), 7 Literales e) y f) L. Pr. F.

En ese sentido, no todo lo que las partes dispongan el convenio deberá forzosamente aprobarse por el juez(a) debiendo examinarse primero si esos derechos son irrenunciables o si la disponibilidad de los mismos puede hacerse sin limitación alguna o si por el contrario deben regularse para asegurar el normal ejercicio de los mismos a fin de evitar a futuro sucesivas demandas en el ámbito de familia (...)

En el *sub judice* el derecho que se modificó fue el relativo al uso de la vivienda y bienes muebles de uso familiar, los que en el fondo constituyen medidas cautelares que por su propia naturaleza se caracterizan por su temporalidad, máxime cuando como en este caso la apelante tiene más de cuatro años de no residir en la vivienda (Ver Fs. ...) y no existen hijos menores de edad, es decir ya no fungía como vivienda familiar, por lo que a mi juicio ese derecho no puede quedar de manera definitiva, pues tampoco se trata de constituir en este momento la vivienda familiar (Art. 46 C. F.), sino simplemente de conferir el uso del inmueble que de hecho otrora fungió como vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges (Art. 111 C. F.) de manera indefinida, para lo cual debe mediar un plazo, aún y cuando sea la misma cónyuge y copropietaria la que lo pida de esa manera, pues no es esta la vía para conferir ese derecho, pues bien puede hacerlo notarialmente destinándolo como derecho de habitación regulado en el Art. 813 C. C. (...)

Destinar el uso del inmueble indefinidamente a uno de los ex cónyuges copropietarios del mismo a través de una sentencia de divorcio desnaturaliza el contenido de la norma y vincula indefinidamente a los ex cónyuges a solucionar sus conflictos por la vía familiar en caso de ocurrir desacuerdos o conflictos posteriores en situaciones eminentemente patrimoniales que son de orden civil; contraviniendo además lo dispuesto en los Arts. 22 y 23 Cn., (...)

(Cam. Fam. S. S., dieciséis de junio de dos mil seis. Del voto discordante de la Licda. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ Ref. 75-A-2005)

Sobre este punto, la doctrina de los expositores del derecho es unánime en cuanto al establecimiento de las reglas universales de la

representación judicial, en el sentido de que el principio aplicable en el mandato judicial, es que los apoderados gozan de todas las facultades necesarias para iniciar, continuar y terminar el proceso y sólo existen algunas excepciones señaladas expresamente que requieren poder o cláusula especial y en este caso se otorgó un Poder Especial. No obstante, en nuestra legislación, según el Art. 100 Inc. 2° L. Pr. F. "Si la parte se encontrare domiciliada fuera de la República, la audiencia se celebrará con su apoderado o representantes legales, en su caso, quien podrá conciliar, admitir hechos y desistir si estuviere facultado para ello", tal y como lo estaba el apoderado nombrado para comparecer a la audiencia; agregando que el Art. ___ L. Pr. F., no establece otros requisitos adicionales que deban ser exigidos por el juzgador.

(Cam. Fam. S. S., quince de agosto de dos mil siete. Ref. 109- A-2007)

3.2. DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES DURANTE UNO O MÁS AÑOS CONSECUTIVOS.

El supuesto de hecho, es decir la separación por más de un año que la norma acoge en el citado Art. 106 C.F, 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(a) 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.

Es así, como esta Cámara advierte que con la prueba testimonial aportada por el demandante, no se comprueba la separación de uno o más años consecutivos, puesto que los primeros tres testigos se refieren a una separación de menos de un año y los datos que mencionan son referenciales, no les consta de manera directa; la Sra.*** declaró que ambos vivían en el mismo inmueble, pero no sabe de que manera se relacionaban, pues no subía a la segunda planta. Por el contrario, la testigo presentada por la demandada fue clara y concluyente respecto a elementos esenciales de la convivencia matrimonial, incluso mencionó

haber presenciado que sostenían relaciones sexuales en la casa de la abuela materna del demandante, es decir que entre los cónyuges existía relación conyugal y consecuentemente no puede decirse que existió una separación entre ellos durante un año consecutivo, ya que también se expresó que la demandada se fue de la casa el día ocho de noviembre de dos mil cuatro.

Asimismo en el estudio social practicado a las partes agregado a fs ..., se concluyó que los cónyuges continúan residiendo bajo el mismo techo aunque en habitaciones separadas, manteniendo contactos sexuales eventuales, y que la Sra. *** apoyaba a la fecha de la realización del estudio, en la alimentación del otro cónyuge.

(Cam. Fam. S. S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 113-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., veintiséis de marzo de dos mil siete. Ref. 164-A-2006.

Se advierte de lo referido por los testigos que no les consta el año de la separación pues ambos en sus testimonios no son claros ni precisos en cuanto a la fecha en la que cada cónyuge viajó a Estados Unidos, ya que aunque dijeron que no viajaron juntos no determinan fechas. Si queda claro que los testigos no han vuelto a ver a la pareja desde que éstos emigraron del país y afirman que ninguno de ellos ha regresado, lo que contradice el contenido de la demanda, en la que se expresa que la señora *** reside en Usulután, apareciendo además que el poder específico para intervenir en este proceso fue otorgado en el extranjero (Miami), Estado de Florida, Estados Unidos de América, el día veintiocho de diciembre de dos mil cinco, es decir, aparentemente mucho después de presentada la demanda, pues consta que ésta se presentó el día veintisiete de abril del mismo año, sin que el Juzgado sentenciante se percatara de esta circunstancia. Es importante también destacar que los testigos refieren que la continuidad de la separación les consta porque así se los ha referido la hermana de la demandante.

Es de hacer notar que en el presente caso como de ordinario ocurre, que en casos similares es difícil determinar los elementos necesarios para establecer la separación, por cuanto se dice que ambos cónyuges residen en el extranjero lo que impide a los testigos conocer directamente si la separación entre el señor *** y la señora *** persiste

en la actualidad; es por esa razón que la a quo, de los escasos elementos aportados determinó que no se había establecido la separación, ya que tanto los testigos como el estudio refieren que ambos cónyuges viajaron a Estados Unidos en diferentes fechas y que actualmente residen en Estados diferentes, situación que no se ha podido demostrar, por lo que no se puede decir que la finalidad del matrimonio no se cumple o que no existe ánimo de ambas partes de continuar la convivencia matrimonial, por lo que no es posible acceder al divorcio solicitado.

(Cam. Fam. S. S., catorce de marzo de dos mil seis. Ref. 226-A-2005)

Con lo anterior se ha establecido que las partes no conviven juntos y que no son una pareja estable, es decir que no tienen una comunidad de vida, ni comparten los mismos intereses, por lo tanto el fin principal del matrimonio no se está cumpliendo y al existir una demanda de divorcio claramente se infiere que uno de ellos no desea que ese vínculo matrimonial continúe, por tanto, de lo dicho por los testigos se estableció que ambos cónyuges se encuentran separados desde hace más de un año y que no existe entre ellos una permanente comunidad de vida, elementos suficientes para acceder a decretar un divorcio.

(Cam. Fam. S. S., treinta de marzo de dos mil seis. Ref. 50-A-2005)

Esta Cámara al analizar lo acontecido en el proceso, advierte que se imposibilitó probar la separación de las partes y que la jueza dentro de sus facultades advirtió la incongruencia existente entre la fecha del nacimiento de la hija de nombre *** que se menciona fue procreada dentro del matrimonio y la de separación de los cónyuges, fecha que al ser reafirmada por el apelante la llevó a concluir -lógicamente- que no existía tal separación desde la fecha que se menciona en la demanda y por lo tanto -aunque no lo dijo expresamente- resultaba inútil recabar la prueba testimonial por cuanto ésta recaería en la misma incongruencia, toda vez que se mantenía la fecha de separación señalada, siendo esa la fecha de inicio de la separación que debía probarse, la cual era anterior a la fecha de nacimiento de una de las hijas en el año de mil novecientos setenta y ocho, lo que implicaba que las partes

mantuvieron relaciones maritales después de la fecha de separación, siendo esto último una verdad jurídica que se infiere del nacimiento de la hija y que la jueza no podía ignorar mientras no se probara lo contrario; sin embargo, el solo hecho del nacimiento tampoco significa que los cónyuges no pudieron estar separados desde mil novecientos setenta y seis, ni que por haber mantenido relaciones sexuales recuperaran la comunidad de vida que debe existir en los matrimonios; aunque resulta difícil que así sea, por la particularidad del caso,-esto es- que estando separados procrearan una hija, pero tal situación deberá acreditarse por medio de la prueba pertinente, la que no fue posible recabar por no haberse brindado la oportunidad de hacerlo a la parte actora. (...)

Sin perjuicio de lo anterior estimamos que si bien una de las hijas de los cónyuges nació dos años después del año en que se menciona se separaron, ello no constituye un obstáculo jurídico para pronunciarse respecto a la separación por uno o más años consecutivos entre los cónyuges ni faculta al juzgador(a) a coartarle al interesado su garantía de audiencia y su derecho de aportar los medios probatorios ofrecidos para probar su pretensión. Por esa razón y con el fin de garantizar a las partes su garantía de audiencia, y derecho de defensa es procedente ordenar que se reciba la prueba ofrecida por la parte actora.

(Cam. Fam. S. S., siete de julio de dos mil seis. Ref. 194-A-2005)

Cuando nos referimos a la separación de los cónyuges esta debe ser tanto objetiva como subjetiva y por un período no menor de un año. Por separación objetiva se entiende el hecho material de que los cónyuges vivan en lugares distintos; y por elemento subjetivo de la separación se entiende la intención de separarse cuando menos de uno de ellos; no existiendo la voluntad de seguir manteniendo el proyecto de vida en común que se formuló al contraer matrimonio, pero este elemento resulta algunas veces difícil de probar como motivo de separación; éstos elementos deberán analizarse en cada caso concreto.

Por lo tanto el argumento sostenido por el impetrante, para quien basta que los cónyuges aún viviendo dentro del mismo techo no sostengan relaciones íntimas, ni mantengan armonía, perdiéndose la unidad familiar, configura la separación; pero estableciéndose los dos

elementos mencionados el anterior argumento no es tan valedero, pues la desarmonía y la falta de relaciones íntimas no constituyen *per se* una separación (lo que antes se llamó separación de cuerpos o divorcio no vincular), sin dejar de reconocer que muy excepcionalmente a nuestro juicio podría probarse en esas circunstancias una separación y sobre todo en aquellos casos en que se justifique el porque no ha podido darse una separación material, aún no manteniendo ninguna relación conyugal; otro elemento sería la existencia de una división material o física del inmueble entre otros. Siendo muy dificultosa la obtención de la prueba, por el hecho de que los consortes continuarían viviendo juntos, aunque no mantengan ya ninguna relación propia del matrimonio, pero es del caso que esa circunstancia no ha sido acreditada en el proceso, ya que lo único que se probó es la disfuncionalidad del matrimonio, mencionándose hechos que como se ha dicho configuran otro motivo de divorcio como es la intolerabilidad de vida por incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio (motivo tercero del Art. 106 C. F.) pero no la separación de los cónyuges.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de octubre de dos mil seis. Ref. 213-A-2005)

De la declaración de la señora *** se establece que efectivamente las partes no convivieron desde la celebración del matrimonio.

Por la peculiaridad en que se celebró el matrimonio resulta lógico, que las partes no hayan establecido de forma inmediata su convivencia matrimonial, ya que el matrimonio celebrado a través de poder requiere obviamente que una de las partes no comparezca a la celebración del acto matrimonial y por ende la convivencia no se establece en ese primer momento, se presume que la misma se constituirá en el transcurso del tiempo, una vez superadas las causas que impedían a uno de los contrayentes estar presentes en la celebración del acto matrimonial. (...)El desconocimiento del demandado por parte de los testigos lo analizaremos desde dos perspectivas: la primera implica el no establecimiento de la convivencia matrimonial en el transcurso del tiempo, acreditándose que el matrimonio nunca cumplió con sus fines, ya que como lo sostuvimos supra la convivencia en el matrimonio celebrado por poder se constituirá posteriormente una vez superadas

las causas que impidieron alcontrayente estar presente en la celebración del acto, hecho que en el sub judice no aconteció a pesar de que los cónyuges tienen -a la fecha- tres años de casados.

La segunda perspectiva implica un análisis integral de la declaración de los testigos, ya que si bien ambos han señalado no conocer al demandado, han sido enfáticos en afirmar que la señora *** vive sola; es más, el señor ***, afirmó haber visitado la casa de la demandante y que en dicha vivienda no ha visto al demandado, que incluso no creía que la señora *** estuviera casada porque nunca la vio en compañía de su esposo; de lo cual concluimos que la relación conyugal no nació socialmente y nunca fue del conocimiento público, en consecuencia la prueba de la separación de las partes resulta ser un hecho negativo, es decir debe acreditarse un hecho que materialmente no existió ya que la convivencia conyugal nunca se consolidó materialmente, aún cuando la unión jurídica o legalmente fue reconocida; en ese sentido son válidas para acreditar la separación la declaración de los testigos quienes refirieron desconocer al demandado, lo que comprueba que las partes nunca convivieron y por ende objetivamente siempre estuvieron separadas desde la celebración del matrimonio.(...)

El elemento subjetivo de la separación que exige el Art. 106 ordinal 2° C.F., no nace en el momento de contraer matrimonio -por cuanto ambos cónyuges aceptaban el hecho de no residir juntos- sin embargo en un momento determinado la demandante señora *** no acepta este hecho como algo natural en su relación conyugal, situación por la que solicita el divorcio, es más refiere -aún cuando no se acreditó fehacientemente- que desde agosto de dos mil cuatro se rompió la comunicación entre los cónyuges lo que sin duda significó la insatisfacción de la demandante de continuar aceptando su situación matrimonial sin convivir junto a su esposo.(...)

En consecuencia, el dicho de los testigos, aunado a los resultados del estudio social, nos llevan a la convicción que las partes han estado separadas por más de un año -mínimo de tiempo exigido por ley-, es decir desde que contrajeron matrimonio, por no haberse dado la convivencia matrimonial incumpléndose los fines del matrimonio, por lo que estimamos procedente decretar el divorcio y consecuentemente

la disolución del vínculo legal.

*(Cam. Fam. S.S., catorce de mayo de dos mil siete. Ref. 205-A-2006)*⁸

Habiéndose determinado que efectivamente la separación de las partes no ocurrió en el mes de marzo de dos mil cuatro –cómo se afirmó en la demanda- conclusión a la que también llegó la jueza a quo, no procedía decretar el divorcio; ni aún aplicando la teoría del divorcio remedio, como lo dispuso la a quo, al afirmar que se trataba de un hecho sobreviniente, evidente y notorio admitido por ambas partes, que no requería prueba específica. Al respecto consideramos que la teoría mencionada hace alusión a los efectos del divorcio, pero no exime de probar las causales alegadas por ser cuestiones diferentes.

El Art. 106 ord. 2° C.F., a la letra dispone: "El divorcio podrá decretarse: (...) 2°) Por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos."

Dicha causal al igual que el divorcio por mutuo consentimiento se denominan doctrinariamente como causales objetivas, en tanto el conocimiento de los supuestos fácticos no implica conocer las circunstancias que ocasionaron la ruptura de la relación matrimonial, por lo que no hay atribución de culpa a ninguno de los cónyuges en ambos supuestos.

La determinación de responsabilidad y la correspondiente atribución de culpa a alguno de los cónyuges, -vigente en varios ordenamientos jurídicos y de alguna manera también en el nuestro Art. 106 C.F.- potenció que la doctrina de los expositores del derecho de familia se pronunciaran sobre las tesis de divorcio remedio y divorcio sanción.(...)

En otras palabras las causales objetivas contenidas en el Art. 106 C.F. (Mutuo consentimiento y separación) representan el acogimiento de la tesis del divorcio remedio; sin embargo, ello no implica que por la simple alegación de las partes los juzgadores estén obligados a decretar el divorcio, para ello será necesario que se reúnan los presupuestos legales pertinentes.

8. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado MATRIMONIO POR PODER, publicado en el numeral 1.2 de la parte sustantiva de esta publicación

Con respecto a la causal de separación, es preciso que la misma sea actual y que haya durado como mínimo un año, tomando como referencia la fecha de presentación de la demanda; en ese sentido, si al presentarse una demanda se advierte ab initio que la separación no cumple con el mínimo de tiempo estipulado en la ley, la demanda sería improcedente. Ahora bien, pueden existir otros supuestos -como el de autos- en el que no será posible determinar liminarmente que la separación no reúne el mínimo de tiempo exigido por ley, en este caso será hasta dictarse sentencia y una vez producida la prueba pertinente, que el juzgador(a) se pronunciará respecto a la procedencia o no del divorcio.

Es por ello que si se acredita -como ocurre en la especie- que al presentarse la demanda las partes aún no tenían el mínimo de tiempo de separación exigido por la ley, resulta improcedente el decreto del divorcio, por lo que es preciso destacar la aplicación de principios procesales básicos, entre estos el de congruencia, si en la demanda se alegó que la separación ocurrió desde marzo de dos mil cuatro, ello es lo que debió acreditar la parte actora, por lo que establecer que la separación es un hecho sobreviniente es impropio y carece de fundamento legal, la parte demandante al momento de iniciar el proceso no desconocía que la separación con la demandada aún no tenía un año, por tanto dicha situación no puede ventilarse como un hecho sobreviniente.

Además se irrespetaría el derecho de defensa, Art. 11 Cn. al aceptar que se trata de un hecho nuevo o sobreviniente pues con ello se modifica la demanda, alterándose sustancialmente los hechos bajo los cuales se entabló la litis sin la posibilidad de que la parte actora contradiga dichos argumentos, modificando arbitrariamente el objeto de la litis que se conformó con el escrito de la demanda y la contestación.

En todo caso los hechos nuevos o sobrevinientes si bien tienen relación con el objeto de la pretensión en manera alguna significa un cambio de los hechos originales en relación a los cuales se resolverá.

Es por las razones dichas que no es aceptable que se fundamente el decreto del divorcio entre las partes, argumentando la aplicación de la tesis del divorcio- remedio, ya que si bien la misma es acogida y no en forma absoluta como se ha sostenido en anteriores precedentes, es preciso, como lo señalamos supra que se cumplan con los presupuestos

legales, lo cual no sucede en el caso de autos; lo que incluso fue reconocido por la a quo, al expresar que la separación se trataba de un hecho sobreviniente,-cuando es precisamente sobre ese hecho que ha versado la litis- posición que a criterio de esta Cámara vulnera el debido proceso, por lo que procede revocar dicho decisorio.

(Cam. Fam. S. S., diecisiete de julio de dos mil siete. Ref. 210-A-2006)

Lo afirmado por el demandado, si bien es cierto tal como lo expresa el apelante no es un elemento determinante para establecer la separación, por cuanto de acuerdo a determinadas circunstancias puede no haber relación sexual sin que ello implique que exista separación; en el caso de autos se ha establecido con las testigos presentadas que no existe una plena comunidad de vida, esto es, se probó que los cónyuges se encuentran separados y no viven juntos relacionándose solo socialmente. En otras palabras la separación se establece a partir del no cumplimiento (debió decir cumplimiento) de los deberes del matrimonio, entre ellos el de vivir juntos sin tener razones justificadas para ello. El Código de Familia no exige una separación absoluta que comporte una nula comunicación entre los cónyuges, como lo exigía antaño el Código Civil, de tal suerte que éstos pueden relacionarse de alguna manera sobre todo en aspectos relativos a los hijos o a los bienes, o participación de negocios en común entre otros, pero es claro que no existe la voluntariedad de vivir juntos por parte al menos de uno de ellos (elemento subjetivo) existiendo como elemento objetivo la separación de hecho, no perviviendo la comunidad de vida propia del matrimonio ni (que) ésta se ha reanudado, es decir, la separación es continua e ininterrumpida. La separación tal como lo afirma la parte apelada no significa que los cónyuges se vuelvan enemigos, que no puedan hablarse o relacionarse en manera alguna, (carta, teléfono, interpósita persona etc.) pues pese a la separación o divorcio, seguirán siendo padre y madre de sus hijos y siempre habrá alguna circunstancia en común que justifique alguna comunicación entre ellos, lo que no desvanece el hecho de la separación.

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 140-A-2007) (El primero y penúltimo paréntesis es nuestro)

La separación, entre otros aspectos implica la interrupción del deber de cohabitación de los cónyuges entre sí, en la citada norma se establece el límite mínimo requerido por ley, para la procedencia del decreto del divorcio –por lo menos un año–; obviamente se requiere que la separación persista al momento de la presentación de la demanda y durante la tramitación de la causa, constituyendo éste uno de sus elementos condicionantes y necesarios para establecer ese motivo, por cuanto si la separación no es actual desaparece la causal invocada; puesto que puede ocurrir en la relación conyugal que los consortes se separen por más de un año y posteriormente reanuden su convivencia matrimonial, en ese sentido, la continuación de la convivencia interrumpe la separación y no podría alegarse ese hecho pasado como fundamento fáctico de la causal segunda.

(Cam. Fam. S. S., diez de septiembre de dos mil siete. Ref. 75-A-2007)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., dieciocho de octubre de dos mil siete. Ref. 14-A-2007.

En conclusión la prueba testimonial no logró comprobar que la separación de las partes haya continuado en el tiempo, pues ninguno de los testigos manifestó conocer que ese hecho haya continuado invariablemente desde el quince de diciembre de dos mil cuatro, además el testimonio de poder general judicial con cláusula especial agregada a Fs. 3 no constituye un medio de prueba que acredite la separación como erróneamente lo sostiene el apelante, simplemente es un instrumento que contiene un contrato de mandato, por lo que tampoco podemos darle el valor de una declaración jurada.

Tampoco resulta determinante para establecer la separación el hecho mismo de la presentación de la demanda y emplazamiento por edicto de la señora *** (por ser de domicilio ignorado), el primero no es más que el mecanismo utilizado por el actor para el ejercicio de su pretensión y el segundo es un acto de comunicación, por el cual se pretende garantizar bajo el desconocimiento del paradero de la demandada su derecho de audiencia y defensa.

Bajo estos argumentos concluimos que en el sub iudice no se logró determinar que la separación de las partes es actual y que esa situación ha permanecido invariable a lo largo del tiempo, por cuanto los testigos desconocían ese hecho, resultando insuficiente su declaración

para acreditar los extremos de la demanda.

(Cam. Fam. S.S., siete de junio de dos mil siete. Ref. 47-A-2007)

Relaciones: Cam. Fam. S.S., dieciocho de octubre de dos mil siete.

Ref. 14-A-2007

Que sobre la separación conyugal, esta Cámara es del criterio, que con frecuencia, la separación, es el resultado del hecho de que uno de los cónyuges (como en el *sub lite*) se marcha, es decir, deja el domicilio común abandonando a su esposa o esposo y eventualmente, en algunos casos, a los hijos; dicho abandono contra la voluntad del otro cónyuge, constituye indiscutiblemente una violación al derecho-deber de cohabitación que el esposo o esposa abandonada puede alegar en refuerzo de la petición de divorcio por la causal segunda del Art. 106 C. F.; además, debe considerarse que la falta de cohabitación y, por el hecho de la separación, se pone en peligro el interés del cónyuge abandonado y en algunos casos el interés superior de los hijos, ya que la colaboración del esposo se vuelve indispensable por la obligación misma de cooperación y ayuda a la que los cónyuges están obligados, aparte de que la ley exige a los cónyuges, tener una comunidad de vida, debiendo vivir juntos y asistirse en toda circunstancia.

Que en el *sub júdice*, el señor ***, abandonó el hogar conyugal sin causa justificada, es decir, sin motivo alguno como para tomar la determinación de ausentarse del hogar común, ya que durante más de cinco años en que ambos cónyuges estuvieron juntos, mantuvieron buenas relaciones matrimoniales, pues así se desprende del informe social (...)

Que al analizar los hechos de la demanda de fs. 1 y 2, del informe social de fs. 15 y los testimonios de los testigos fs. 32, del Proceso, esta Cámara estima que los extremos de la pretensión han sido suficientemente acreditados como para acceder al divorcio solicitado, ya que luego de haber transcurrido años en los que la señora *** esperó a su cónyuge con el fin de restablecer sus relaciones matrimoniales, y éste no apareció, y además desconociéndose su paradero, es obvio y de sentido común para esta Cámara, reconocer que la recurrente ya no quiere estar unida en matrimonio con una persona que ha pasado desaparecida por un largo tiempo, de modo que es procedente acceder a declarar disuelto el vínculo matrimonial que une a los señores *** y ***.(...)

(...) Que al respecto, la Cámara estima que el elemento objetivo a probar en la causal invocada en la demanda de fs. 1 y 2, *Ibíd.*, es el tiempo de la separación entre los cónyuges, eso y nada más; ahora, creer que el elemento subjetivo es necesario probarlo, como lo sostiene el Juez a quo para tener por probada la causal invocada, es decir, que según él, debe constarle a los testigos que no ha habido comunicación y acuerdo entre los cónyuges, eso, en el *sub júdice*, no puede ser, porque contraviene el principio de sana crítica consagrada en el Art. 56 L. Pr. F. que consiste en una valoración conjunta de la prueba, conforme a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, otorgándole a cada medio probatorio un determinado valor, pues en el informe social antes relacionado ya se dijo que el señor *** se ausentó del hogar conyugal sin comunicar a su esposa y demás familiares porqué y a dónde iba y, a estas alturas, aún se desconoce su paradero, por lo que resulta difícil que los testigos, familiares y demás personas tengan el suficiente conocimiento del elemento subjetivo que el a quo toma como argumento como para no decretar el divorcio promovido, por lo que en casos como el que hoy se conoce, lo que debe probarse es el tiempo de la separación como elemento objetivo de la pretensión, presumiendo esta Cámara, en razón de los hechos, que los cónyuges tienen más de un año de estar separados, iniciándose su separación el 25 de diciembre de 1990, y que el demandado fue quien abandonó el hogar conyugal.

(Cam. Fam. Ote., dieciséis horas del día veinticinco de agosto de dos mil ochenta y ocho. Ref. APE: 111 (19-08-08)-2-UN-F-171(106-2)08)

3.3. VIDA INTOLERABLE

3.3.1. LEGITIMACIÓN.

Por otra parte, si bien es cierto el Art. 106 inc. segundo C. F., 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.

Por otra parte debe señalarse que efectivamente no correspondía a la parte actora, señora *** comprobar que ella no había dado origen a los hechos que motivaron la causal de divorcio, sino que era al demandado a quien correspondía establecer que su cónyuge participó en los actos o hechos que originaron el motivo de divorcio, situación que no acaeció en el sub iudice; por otra parte como ya se hizo alusión no se comprobó que la demandante haya originado los hechos de intolerabilidad de la vida en común entre ambos señores. Por tales razones, estimamos que no procede lo solicitado por el Lic. ***, pues no se estableció en el proceso que la parte actora fuera la responsable conjuntamente con el demandado de los actos que originaron la intolerabilidad de vida, que motivaron la demanda de divorcio.

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 94-A-2006)

3.3.2. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA VIDA INTOLERABLE.

Al respecto es necesario señalar que en lo que al divorcio se refiere nuestro sistema jurídico recoge la tesis del divorcio remedio, contrario a la tesis del divorcio sanción, por lo que si bien es cierto el Art. 106 inc. 2° C. F., establece que en el caso de la 3a causal (intolerabilidad de vida), sólo el cónyuge que no haya intervenido en los actos o hechos dañosos que originaren el motivo de divorcio está legitimado para pedirlo; la realidad de la vida matrimonial también puede volverse intolerable por hechos o actos recíprocos de ambos esposos, lo que a tenor literal de lo dispuesto en el referido precepto no legitimaría a ninguno para incoar la demanda de divorcio, con lo que se les condenaría a vivir en ese estado de conflicto, aunque de hecho el matrimonio hubiere fracasado, mientras no se configurara otra causal para pedir el divorcio.

En estricto sentido podría afirmarse que el legislador no contempló el supuesto fáctico -como motivo de divorcio- en el que ambos consortes hayan sido los causantes de los hechos o actos constitutivos de la vida matrimonial intolerable; es decir, aquellos casos en que cada uno de los cónyuges es -a la vez- víctima y victimario. O en otras palabras, cuando a ambos se les puede imputar culpabilidad. Por nuestra parte, estimamos de justicia, en base a la tesis del divorcio remedio, que debe acogerse la demanda, pues no tendría sentido que continúe vigente el matrimonio en el que sólo se cubran las apariencias, pero que en su realidad vital ya no exista por haber desaparecido el afecto y demás deberes mutuos de respeto, consideración y afecto.

En realidad, nuestra legislación adopta un sistema mixto, en cuanto a la determinación de las causales o motivos del divorcio, pues no tenemos en puridad el divorcio remedio, por cuanto algunas características del divorcio sanción todavía están presentes al momento de decretarse la sentencia de divorcio, como por ejemplo la pérdida de la autoridad parental, la indemnización por daño moral y material, entre otras; pero de conformidad a la teoría del divorcio remedio también es aconsejable acoger aquellas demandas en las cuales se vislumbra la existencia de una violencia recíproca; y aún cuando dicha violencia se hace ver en la contestación de la demanda, la misma debe tramitarse y decidirse en la sentencia, siempre que se compruebe la quiebra del matrimonio, aunque resulte imputable a ambos consortes. Sería absurdo obligar a los cónyuges que persistan en un matrimonio que ya fracasó en los hechos, a tal punto que ya no tenga sentido continuar con la unión matrimonial, puesto que no existen intereses en común; en otras palabras cuando ha desaparecido la comunidad de vida; por lo cual es mejor solucionar el conflicto matrimonial, aún cuando ambos esposos hayan intervenido en los hechos o actos que vuelven intolerable la vida en común. (Ver Arts. 8 y 9 C. F.; 1, 2 Y 91 L. Pr. F.).

(Cam. Fam. S. S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95-A-2004)

*Relaciones: Cam. Fam. S.S. veintitrés de junio de dos mil cinco. Ref. 104-A-2004*⁹
Cam. Fam. S.S., diecisiete de julio de dos mil siete. Ref. 210-A-2006.

A criterio de esta Cámara, la causal tercera del Art.106 C.F., establece como sub-motivos para decretar el divorcio por la intolerabilidad: a) El incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, que de acuerdo al Art. 36 C.F. comprenden: convivencia, fidelidad, asistencia, respeto, tolerancia y consideración. b) Mala conducta notoria de uno de los cónyuges. c) Cualquier otro hecho grave o semejante.

(Cam. Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 27-A-2005)

La intolerabilidad de la vida en común, supone como su nombre lo indica una situación que hace la vida entre los cónyuges insoportable e inaguantable, podríamos calificarla como una situación extrema en que la crisis de la relación conyugal difícilmente es reparable.

Se ha dicho que el Código de Familia se aparta de criterios subjetivistas –aún cuando estos no han desaparecido totalmente-, tendientes a atribuir culpabilidad a uno de los cónyuges adhiriéndose a criterios objetivos, (...)

(Cam. Fam. S.S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73-A-2004)

Al analizar integralmente la prueba aportada al proceso, tenemos que los mencionados testigos, si bien es cierto -tal como lo sostiene la a quo- que uno de ellos sólo escuchó tres veces cuando el demandado expresó a la Sra. *** que no estaba a su altura y la segunda sólo una vez, consideramos que esa expresión desvaloriza y humilla psicológicamente la dignidad de la persona a quien va dirigida, sobre todo cuando proviene del cónyuge y se hace ante la presencia de otra u otras personas, constituyendo una falta de respeto y consideración que afectará en mayor o menor grado a la persona a quien va dirigida, dependiendo de su propia autoestima y nivel de tolerancia ante estos eventos, que si lógicamente se expresan ante terceros, es muy probable

9. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados DAÑO MORAL, numeral 3.4.3, DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN UN PROCESO DE DIVORCIO, numeral 3.4.3.1 y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA, numeral 9.4, todos de la parte sustantiva de esta publicación.

que también se repitan encontrándose solos los cónyuges. Por otra parte, la falta de credibilidad de los testigos es porque no detallaron el contexto en que discurría la conversación de las partes, situación que sólo podía ser expuesta si hubiesen estado atentos a ello, pero en todo caso esa circunstancia no le resta fe a su testimonio si tomamos en cuenta que dichos testigos conocen desde hace mucho tiempo a las partes, es más, son vecinos de ambos, de donde también les consta que el demandado mantiene una relación amorosa con otra persona, expresando que lo han visto en varias ocasiones, el primer testigo los ha visto de la mano en horas de la noche y también acostados en una hamaca en la casa de la madre del demandado, lugar donde éste vive actualmente y la segunda testigo los ha visto en varias oportunidades agarrados de la mano y abrazados, situación que obviamente revela una relación sentimental más allá de la simple amistad y que desde luego es una conducta impropia al deber de respeto y fidelidad dentro del matrimonio. Que aún y cuando los comportamientos expresados pueden darse eventualmente en cualquier hogar, no por ello pueden considerarse como discrepancias normales, por cuanto como ya se ha expresado, dependerá de la apreciación y afectación que ocasione en particular a la persona agraviada, como también el contexto en que ocurrieron esos hechos, de tal suerte que en el *sub judice* efectivamente ha existido una afectación en los sentimientos, autoestima y dignidad de la demandante, sobre todo porque ambas partes residen frente una de la otra, situación que no abona a bajar la tensión existente entre ellos, tal y como se expresa en el estudio social, a fs. ...; por lo que para esta Cámara estos hechos encajan en la causal 3ª del Art. 106 C. F., dicha disposición da una pauta de lo que ha de entenderse por intolerabilidad de vida, concurriendo 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.

Es decir se refiere al incumplimiento en general de los deberes del matrimonio, ese incumplimiento puede ser grave o reiterado; la gravedad será apreciada discrecionalmente por el juzgador, de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso en particular, de igual manera la reiteración de tales hechos no queda circunscrita a un número determinado de eventos, pudiendo ser dos o más veces, o inferir la reiteración a partir de conductas exteriorizadas ante los demás, que

lógicamente son repetibles en la privacidad de los cónyuges. La mala conducta también abarca amplias situaciones y finalmente la mencionada disposición en un afán de cubrir toda la casuística que puede darse en la vida concreta de cada pareja; incluyó en la norma que también procederá el divorcio cuando concurra cualquier otro hecho grave semejante, es decir, cualquier otra situación análoga que se considere igualmente grave, atendiendo no sólo a la personalidad de las partes, sino al contexto en que ocurran los hechos, entre otros.

Por lo dicho consideramos que, aún admitiendo que las familias de origen de ambos cónyuges, han contribuido a la inestabilidad emocional de éstos, las expresiones y actitudes del demandado configuran la causal de intolerabilidad de vida entre los cónyuges, procediendo la disolución del vínculo matrimonial

(Cam. Fam. S. S., ocho de noviembre de dos mil siete. Ref. 119-A-2006)

3.3.2.1. INFIDELIDAD.

Así la cuestión, analizaremos los demás medios probatorios a fin de establecer si efectivamente se ha producido la infidelidad alegada, considerando; que por la naturaleza íntima de esos hechos no se realizan a la vista de las demás personas -éstos se producen en la intimidad, ya sea del seno del hogar o en otro lugar oculto- por lo que difícilmente se dará prueba directa, incluso por la vía testimonial de personas muy cercanas a la relación; por tanto, es dable aplicar el principio de favor probationis; ya que a criterio de esta Cámara resulta complejo comprobar el adulterio, es decir el sostenimiento de relaciones sexuales entre la Sra *** con un tercero, en este caso el señor ***, por regla general este tipo de relaciones se desarrolla en la clandestinidad, y sólo puede establecerse a partir de ciertas actitudes o conductas demostradas por los involucrados, pues se trata de hechos que doctrinariamente han sido clasificados como "íntimos", por suceder en un ámbito esencialmente reservado, oculto a las miradas de terceros, por razones que atañen al pudor de sus protagonistas.

(Cam. Fam. S. S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 27-A-2005)

(...) este Tribunal es del criterio que los actos propios o específicos de infidelidad (relaciones sexuales con terceras personas aunque no se sepa el nombre) no pueden ser probados de manera directa, sino a través de prueba indiciaria dada la naturaleza misma de las relaciones sexuales, las que por ser parte de la vida íntima de las personas no se realizan a la vista de los demás lo que no es obstáculo para que dada la comprobación de ciertos hechos indicativos de la existencia de tales actos – de infidelidad – se pueda concluir que la persona a quien se le atribuyen los ha cometido.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de abril de dos mil seis. Ref. 63-A-2005)

3.4. PRETENSIONES CONEXAS Y ACCESORIAS DEL DIVORCIO.

(...) si se decreta el divorcio entre dos personas y dentro del matrimonio hay hijos menores de edad, el Juez tiene la obligación de determinar a cuál de los padres ha de quedar el cuidado personal de los hijos, de fijar una cuota alimenticia con la que ambos padres deberán contribuir o uno solo en caso que el otro no pueda hacerlo y establecer un régimen de comunicación, visitas y estadía; pero si se deniega la pretensión de decretar el divorcio, el juzgador no puede entrar a resolver sobre esos aspectos accesorios. (...)

Conocida y demostrada ha sido la palpable irresponsabilidad del demandante en cuanto a sus obligaciones para con sus hijos, de lo cual no haremos más comentario por estar de manifiesto dentro del proceso, pero ello (lamentablemente) no es óbice para decretar el divorcio si el motivo invocado se encuentra debidamente demostrado al través de los medios probatorios admitidos por las legislación adjetiva familiar salvadoreña.-

Haremos un frío y simple análisis de los hechos y pretensiones de la parte demandante: ésta ha entablado una acción de divorcio contra su cónyuge por el motivo de separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos (Art. 106 F. N° 2°), ofreció la cantidad de ciento cincuenta dólares mensuales en concepto de alimentos para los hijos habidos del matrimonio y solicitó que su cuidado personal y representación legal se confiase a la parte demandada.- Con la confesión producida en la audiencia preliminar sobre el motivo invocado

para demandar el divorcio no se requiere de más prueba para acceder a la pretensión de la parte demandante.-

(Cam. Fam. Occ., once de enero de dos mil cinco, Ref. 3/2005)

Se ha sostenido por este tribunal en múltiples sentencias precedentes, que dentro del proceso familiar existen además de las pretensiones principales, las denominadas accesorias y las conexas. En el caso de las primeras éstas constituyen la pretensión que motiva la demanda; en el caso de las accesorias pueden o no ser solicitadas por la parte; y las conexas son puntos ligados estrechamente a la principal –algunas de ellas deben ser en principio solicitadas-, tal es el caso de la vivienda familiar según disposición del Art. 111 C. F., pues es el juez quien debe decidir –entre otros puntos- a quien de los cónyuges le corresponderá el uso de la vivienda siempre y cuando a criterio del juzgador se configuren los supuestos que habilitan su establecimiento.

(Cam. Fam. S. S. veintiocho de noviembre de dos mil cinco. Ref. 134-A-2004)

En pretéritas sentencias hemos sostenido que en el proceso de familia además de las pretensiones principales, están las accesorias y las conexas. Las principales son las que constituyen la pretensión que motiva la demanda. Las accesorias pueden o no ser solicitadas por las partes. Las conexas son puntos ligados estrechamente a la principal de tal suerte que pueden ser resueltas por disposición legal aunque no hayan sido solicitadas por las partes, por ejemplo en el divorcio deberá sentenciarse además sobre cuidado personal y alimentos entre otros. Es en esta última categoría que incluimos a la indemnización por daño material, sin embargo ésta debió ser solicitada por la parte actora, en tanto no es de aquellas cuyo pronunciamiento es de carácter obligatorio por parte del juzgador, como sería el caso de alimentos a favor de los hijos menores de edad en un divorcio, Art. 111 C.F.

(Cam. Fam. S. S., veintiséis de enero de dos mil seis. Ref. 174-A-2005)

Debe tomarse en cuenta que, la finalidad de la fijación de dicha cuota es satisfacer las necesidades de los niños, proporcionándoles lo necesario para su desarrollo integral, tomando en cuenta que cuando

los progenitores se separan, los gastos se incrementan al tener que afrontar individualmente sus propias necesidades, debiendo readaptarse la familia a su nueva situación y que en lo posible no afecte sustancialmente su nivel vida.

(Cam. Fam. S. S., catorce de marzo de dos mil seis. Ref. 207-A-2005)

Lo establecido en la disposición legal (Art. 115 ordinal 3°) citada se interpreta en el sentido de que si se decreta el divorcio demandado, se producirán los efectos señalados, pero si se declara que no ha lugar a la pretensión de divorcio NO SE PRODUCIRAN ESOS EFECTOS ("lo accesorio sigue la suerte de lo principal").- En consecuencia, si el juez A quo denegó el divorcio no debió resolver sobre las cuestiones accesorias al mismo, por lo que la sentencia definitiva venida en apelación se ha dictado contra ley expresa y terminante, por cuanto contradice lo dispuesto en una norma de carácter sustantivo como es el Art. 115 ordinal 3° "F", por lo que conforme al Art. 1130 Pr.C. la sentencia definitiva venida en apelación, en cuanto a los tres puntos señalados que resuelven aspectos accesorios al divorcio, adolece de nulidad absoluta (insubsanable) que no puede cubrirse ni aún por expreso consentimiento de las partes y DEBE DECLARARSE DE OFICIO o a solicitud de parte.-

Esta clase de nulidad absoluta es de fondo, que solamente afecta los tres puntos indicados de la sentencia definitiva consignados en el fallo, romanos II, III y IV, por lo que conforme al Art. 1093 Pr.C., al ser dictada la misma contra ley expresa y terminante, debe anularse y pronunciar la conveniente (por parte de la Cámara de Familia), con la correspondiente condena al Juez que la dictó, en costas, daños y perjuicios del recurso.- O sea que no es necesario ordenar la reposición de la audiencia de sentencia (Art. 161 inc. 2° Pr.F.).-

Por otra parte, el Juez no podía otorgar el cuidado personal del menor a la madre, ni establecer régimen de comunicación entre padre e hijo, ni fijar pensiones alimenticias en beneficio del menor, porque el padre no ha sido demandado en cuidado personal, ni en alimentos y él tampoco demandó a la madre en relación a un régimen de visitas, es decir que no se han planteado tales pretensiones en forma autónoma, sino como meras solicitudes accesorias a la acción de divorcio, provenientes de la Ley y éstas están condicionadas a que se decrete

la ruptura del vínculo matrimonial, por lo que sobre tales aspectos se debería decidir en la correspondiente sentencia si se hubiese accedido a la pretensión principal de divorcio, como una consecuencia o efecto de la misma.- Prácticamente se condenó al demandado sin ser previamente oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes, violentándose su derecho constitucional de defensa, derecho que todos los juzgadores estamos obligados a garantizar en los procesos a las partes, caso contrario podría el agraviado pedir amparo constitucional ante la instancia correspondiente. (Art. 247 de la Constitución de la República).

(Cam. Fam. Occ., diecisiete de julio de dos mil seis, Ref. 069-(106-2)06)

En el sub lite, la sentencia estimativa del divorcio y el consecuente pronunciamiento del juez respecto de la cuota alimenticia, cuidado personal y régimen de comunicación y trato, implican pretensiones conexas con el divorcio, en cuya sentencia se puede dictar las medidas tendientes a garantizar el eficaz cumplimiento de las pretensiones. Los puntos denominados "accesorios" en el caso del divorcio son por ejemplo enviar oficios al Registro del Estado Familiar para que se hagan las marginaciones o inscripciones respectivas, asistencia al C.A.P.S, para superar las secuelas del divorcio, como sucede en la especie, en los alimentos es enviar oficio a la entidad encargada de realizar retención de cuota alimenticia, etc., en el cuidado personal lo accesorio es la forma en la que se hará entrega del menor al otro padre; en el régimen de visitas, lo accesorio sería la fijación del horario de comunicación y trato, por ejemplo.

Concluimos que las pretensiones conexas son las estrictamente relacionados con la cuestión principal, en el sub lite, sería cuidado personal, alimentos y régimen de visitas y lo accesorio de ellos ya fue señalado en el párrafo anterior, estos últimos vendrán definidos de acuerdo a la naturaleza misma de la pretensión acogida. (Circunstancias de menor jerarquía).

(Cam. Fam. S.S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 7-IH-2005)

(La pretensión de) pensión compensatoria, el cual constituye un proceso autónomo que, aunque es dependiente del divorcio, no es

accesorio a éste y, en consecuencia, se debe cumplir con todos los requisitos exigidos cual si se tratara de una nueva demanda, no confundiendo que por haberse acumulado al de divorcio esto no significa que dichas pretensiones se subsuman en una sola, siendo necesario legitimar la personería para cada uno de los procesos en que intervengan los apoderados y así poder dar la intervención en los mismos.-

*(Cam. Fam. Occ., ocho de mayo de dos mil siete, Ref. 045/2007)
(el primer paréntesis nos pertenece)*

Hemos de señalar en primer lugar, que los aspectos normados en el Art. 111 C.F. transcrito ut supra, no son de carácter secundario, sino conexos al divorcio. Son de carácter secundario todos aquellos derechos que las partes pueden pretender de acuerdo a sus intereses, pero en éstos el legislador obliga expresamente al juez para que se incorporen al conocimiento del proceso, de modo que a nuestro criterio, dichos aspectos no deben verse como accesorios, sino como conexos a la pretensión principal.

El inc. 2º del Art. 111, no expresó que para decidir sobre el cuidado personal, cuantía alimenticia y régimen de visitas, comunicación y estadía de los hijos sometidos a autoridad parental, que la sentencia fuese estimatoria. De ahí que aún en la sentencia desestimatoria puede pronunciarse el juez sobre otros aspectos, siempre y cuando las partes lo hayan pedido expresa y separadamente de manera autónoma, pues aquí no seguirán la suerte de lo principal, lo que sí sucede cuando no se han pedido de esa manera, sin perjuicio de que el juzgador pueda decretar medidas de protección cuando fueran necesarias y de urgente necesidad.

(Cam. Fam. S. S., uno de noviembre de dos mil siete. Ref. 222-A-2006)

En ese sentido, consideramos que en el sub judice existen diversas razones jurídicas-procesales para no decretar la Protección de Vivienda Familiar, del inmueble aludido:

En primer lugar, nuestra Ley Procesal de Familia es enfática al manifestar en sus principios rectores (Art 3 lit f) y g) lo siguiente:
f) Las partes deberán plantear simultáneamente todos los hechos y

alegaciones en que fundamenten sus pretensiones o defensas y las pruebas que pretendan hacer valer; y

g) El juez deberá resolver exclusivamente los puntos propuestos por las partes (se debe entender en la demanda o contestación respectiva) y los que por disposición legal correspondan. ***El contenido del paréntesis es nuestro.***

En el sub lite, ambas partes dejaron que precluyera el momento para plantear la pretensión sobre la protección de vivienda familiar, desde luego que como lo hemos mencionado ut supra ninguno lo solicitó ni en la demanda ni en la contestación, ni lo mencionaron en la Fijación de los Hechos de la Audiencia Preliminar, no obstante haber comparecido ambas partes junto con sus apoderados a dicha audiencia, y la Procuradora de Familia adscrita al juzgado a-quo tampoco hizo petición al respecto en el momento procesal oportuno.

Ahora bien, cabe preguntarse si el punto referente a la vivienda familiar era un punto que por disposición legal le correspondía pronunciarse al juez a-quo. Al respecto el Art 111 C.F, en su inciso primero determina los puntos esenciales sobre los cuales deberán pronunciarse los cónyuges para disolver su vínculo matrimonial cuando hubiere hijos sometidos a autoridad parental, siendo estos a) cuidado personal de los menores, b) cuota alimenticia y c) régimen de visitas, comunicación y estadía de los menores respecto al progenitor que no tuviere el cuidado personal de ellos.

Estos puntos vendrían a ser aquellos que por disposición legal corresponde pronunciarse al juzgador; en vista que tanto los alimentos como el régimen de visitas son derechos irrenunciables y recíprocos de los padres e hijos, y el cuidado personal de los menores siempre debe ser conferido a uno de sus progenitores al divorciarse, pero nunca puede un menor carecer de representante legal que asuma su cuidado.

En su inciso 3° el mencionado artículo establece que la sentencia de divorcio dispondrá además a quien de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda y los bienes de uso familiar, ello no es un punto que corresponda decidir en la sentencia, cuando las partes no han hecho ni siquiera mención en sus peticiones.

Dicho punto al igual que los bienes muebles de uso familiar no constituyen un punto que por disposición legal corresponda ya que en reiterados casos de divorcio no es procedente pronunciarse al

respecto, por diversos motivos, tales como: Que exista algún gravamen sobre el inmueble, que no exista una vivienda familiar durante la convivencia matrimonial y que ya no lo es a la hora de decretarse el divorcio, (que sería el caso en el sub lite), que no sea solicitado, (también opera en el caso que nos ocupa); esto último para respetarse las garantías del debido proceso.

(Cam. Fam. S. S., ocho de noviembre de dos mil siete. Ref. 141-A-2006)

3.4.1. PENSIÓN COMPENSATORIA.

3.4.1.1. GENERALIDADES.

Antes de entrar al análisis de los puntos de alzada, haremos referencia a lo señalado por el Lic. *** respecto a la falta de precisión del tipo de dólares en que será pagada la pensión compensatoria, pues según expuso, hay dólares canadienses, americanos, australianos, etc., y que al no precisar tal cuestión puede generarle conflictos posteriores a su representado.

Tal punto a nuestro juicio resulta irrelevante e inoficioso, pues la Ley de Integración Monetaria ha determinado que la moneda circulante en nuestro país es el dólar de los Estados Unidos de América y no otro tipo de dólar, por consiguiente, el hecho de que en la sentencia no se especifique que tipo de dólares son, debe entenderse que se trata de la moneda de curso legal y vigente en El Salvador, además alegar este tipo de cuestionamientos equivaldría a alegar ignorancia de ley.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 94-A-2006)

3.4.1.2. NATURALEZA JURÍDICA.

La pensión compensatoria no tiene una naturaleza meramente asistencial, pues más bien se dirige a reconocer el esfuerzo y dedicación del cónyuge dentro del matrimonio y de esa forma evitar las injusticias que puedan cometerse al dictar la sentencia de divorcio. Pueden darse casos en los cuales ambos cónyuges han trabajado juntos y el patrimonio que se ha formado está a nombre de uno solo de ellos y el que más trabajó quede en la indigencia o en una enorme desventaja. También puede darse el caso que el cónyuge que se dedicó a las labores del

hogar y cuidado de los hijos no tuvo la oportunidad de superarse académicamente, adquirir bienes, etc., para mitigar estas situaciones es que la ley ha dispuesto la pensión compensatoria. En todo caso, el presupuesto para que nazca el derecho a la pensión compensatoria es el desequilibrio económico, en el cual queda el cónyuge acreedor a causa del divorcio, que implique una desmejora sensible en la situación económica de que gozaba durante la convivencia matrimonial
(*Cam. Fam. S.S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95-A-2004*)

Relaciones: Cam. Fam. S.S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 188-A-2003.

Cam. Fam. S.S. ocho de septiembre de dos mil cinco. Ref. 76-A-2005.

La naturaleza misma entonces, de la pensión compensatoria, trata de evitar injusticias, retribuyendo al cónyuge que durante el matrimonio realizó esfuerzo, trabajo y dedicación dentro de la familia, y quien por sus mismas condiciones no desarrolló una actividad económicamente remunerada o ésta es insuficiente, por lo cual estamos frente a un presupuesto objetivo para la obtención de la pensión compensatoria, en la cual se debe probar el desequilibrio económico o desmejora en el status económico y social de quien solicita la pensión, en comparación a la que tenía durante el matrimonio.

(*Cam. Fam. S.S., veinticuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 141-A-2003*)

Relaciones: Cam. Fam. S.S., veintidós de enero de dos mil siete. Ref. 157-A-2005

Independientemente de su naturaleza jurídica podemos citar como caracteres principales de dicha institución los siguientes: **1.-** Es una obligación legal novedosa que se origina en el desequilibrio económico, tras el divorcio. **2.-** Tiene carácter personalísimo en cuanto que sólo su titular puede hacerla valer en el momento procesal oportuno. **3.-** Está sujeta al principio de rogación. **4.-** En su concesión no interviene la idea de culpa. **5.-** Necesita de positivación judicial, y el momento de su fijación corresponde a la resolución judicial (sentencia definitiva) que pone término al juicio de divorcio. **6.-** Su cuantía corresponde fijarla a las partes en el convenio regulador o al propio juez en base,

a las circunstancias prescritas en el citado Art. 113 C. F. entre otras; 7.- Su finalidad va más allá de lo que puede exigirse en una prestación de alimentos, conteniendo elementos indemnizatorios y compensatorios.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de mayo de dos mil seis. Ref. 236-A-2005)

3.4.1.3. PRESUPUESTOS Y CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DESEQUILIBRIO.

Lo que fundamenta el derecho a la pensión es el **desequilibrio sensible** en la situación económica actual de la acreedora en comparación a la que tenía dentro del matrimonio. El hecho de tener un empleo remunerado no es determinante, en el *sub lite* para denegar el derecho a la pensión compensatoria, dado que los ingresos que percibe en concepto de salario mensual por su actividad de docente no es comparable con los ingresos que tenía con su actividad industrial agropecuaria.

(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 141-A-2003)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005

De acuerdo al Art. 113 C. F., para tener derecho a la pensión compensatoria, es necesario que se dé un desequilibrio económico. Este presupuesto es de vital importancia para efectos de determinar si existe o no el derecho, en el sub lite del material probatorio que obra en el proceso, se advierte que el status quo de la Sra. *** se ha visto desmejorado sustancialmente en comparación con el nivel de vida que tenía durante la vida matrimonial, pues en la actualidad (desde la separación con el demandante), no tiene acceso a los bienes y servicios que gozaba durante el matrimonio.(...)

(Cam. Fam. S. S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 164-A-2004)

(...) pensión (compensatoria) que se establece por reunir la acreedora los requisitos necesarios para su fijación, tomando en cuenta su edad y preparación profesional, la cual dicho sea de paso aún y cuando la adquirió dentro del matrimonio no la inhabilita para recibir

la pensión compensatoria, pues el hecho de ostentar una profesión no la vuelve por sí misma capaz económicamente, sólo le permite poder optar con mayores prerrogativas al campo laboral, lo que aún no ha podido lograr según lo ha probado en autos, pese al esfuerzo por conseguir un empleo, además para adquirir una profesión se requiere de un esfuerzo personal, advirtiéndose que en el presente caso la demandada también laboraba, se dedicaba a la empresa y atendía a la familia, por lo que no puede decirse que su preparación se la debe únicamente al demandante.

(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de febrero de dos mil seis. Ref. 33-A-2004) (El primer paréntesis nos pertenece)

De lo expuesto se concluye que el presupuesto del desequilibrio económico que habilita el reclamo de la pensión como consecuencia del divorcio, no se configura en el *sub lite*, por cuanto no se logró establecer el nivel de vida que gozaba la señora *** antes de la separación con su cónyuge, pues ese derecho se pretende fundamentar en que el señor *** se quedó con el patrimonio familiar, expulsando a su cónyuge del hogar familiar y que fue únicamente el demandante quien se preparó profesionalmente, no así su esposa, por lo que el demandante goza de un mayor nivel de vida. No obstante si bien es cierto se ha podido constatar que la señora *** tiene un nivel de vida limitado por ser escasos sus ingresos y que el señor *** percibe mayores ingresos, también se ha demostrado que es éste último quien afronta las obligaciones familiares con sus hijos, habiendo traspasado el inmueble que sirvió de hogar familiar a éstos, (...)

(...) Resumiendo de la información recabada se advierte que el patrimonio de la señora *** experimentó un incremento después de la separación, por cuanto ha instalado un negocio propio en una casa adquirida a su favor. Lo anterior nos lleva a estimar que no se ha establecido el desequilibrio sensible en la situación económica de la mencionada señora y por lo tanto no se cumple uno de los presupuestos enunciados para la concesión de la pensión compensatoria.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de mayo de dos mil seis. Ref. 236-A-2005)

La Sra. ***, vecina de la demandada, expresó que la *** no tiene profesión ni un empleo, pero que trabaja eventualmente en un Kinder.

El demandado alegó que la *** no estudió porque ella así lo quiso; sin embargo no se acreditó bajo ningún elemento probatorio tal afirmación. Así las cosas, a criterio de esta Cámara, aún cuando la edad de la *** no le impide desarrollar una actividad laboral, el hecho de que carezca de instrucción profesional o técnica constituyen una limitante, pues actualmente el mercado laboral exige como una instrucción mínima un grado técnico o bachiller, pero en éste último caso se prefiere a personas de edades inferiores a los treinta años.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref. 73 - A-2004)

Al respecto el Art. 113 C. F., una vez establecido el desequilibrio señala cuales son los elementos a considerar por el Juzgador, para determinar la cuantía de la pensión. Siendo tales elementos: a) Los acuerdos entre las partes; b) La edad y el estado de salud del acreedor; c) La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, del acreedor; d) La dedicación pasada y futura a la atención de la familia; e) La duración del matrimonio y la convivencia conyugal; f) La colaboración del beneficiario en las actividades del obligado; y g) El caudal y medios económicos de cada uno.

Es importante señalar que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, no es necesario que concurren todos los elementos señalados, sino que, entre mayor número de ellos concurren, la cuantía de la pensión debería ser mayor.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 21 - A-2006)

Vistos en conjunto los elementos mencionados, nos permiten concluir que a raíz de los hechos expuestos por ambas partes se originaron frecuentes disgustos y molestias entre los cónyuges afectando irremediabilmente la armonía familiar. Vale acotar que aun cuando los hechos que convierten la vida intolerable en común son atribuibles a ambos cónyuges, esa circunstancia no privaría per se a uno de los cónyuges del derecho a la pensión compensatoria, reclamada en éste caso por la Sra. ***, por cuanto no es razonable ni justificable que aún cuando ambos cónyuges se violentaran mutuamente sus derechos, si uno de ellos – en este caso la Sra. *** – quedara en desequilibrio económico, respecto de la situación que vivía dentro del matrimonio

no se le compensara su esfuerzo y trabajo, salvo que existiere un desbalance o desproporción en cuanto a la gravedad de los hechos cometidos por ella, resultando en este caso que los hechos mas gravosos han sido cometidos por el demandante, por lo que no encajaría lo dispuesto en el Art. 114 C. F. que se refiere a los casos de privación de la pensión compensatoria por grave conducta dañosa de uno de los cónyuges respecto del otro.

De todo lo anterior se desprende que si bien es cierto es procedente la pensión compensatoria decretada dado el desequilibrio económico resultante en la Sra. *** a raíz del divorcio el quantum fijado debe valorarse tomando en cuenta todos los elementos pertinentes al caso, y que la ley estableció como parámetros para su fijación. (...)

(Cám. Fam. S.S., veintiocho de febrero de dos mil siete, Ref. 149-A-05)

El Art. 113 C.F., establece a manera de ejemplo, algunos de los requisitos básicos a tomar en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria. En este caso, siguiendo el primero de los criterios enunciados por tal disposición legal, se ha tomado en consideración la autonomía de la voluntad de las partes. Es por ello, que en el proceso correspondiente se determinó la referida pensión en atención a los acuerdos de las partes, lo cual exime hacer una valoración rigurosa de los requisitos para establecer su quantum y tiempo de vigencia, puesto que existe una aceptación tácita del desequilibrio económico de uno de los cónyuges y no existe ninguna causal para su privación de conformidad al Art. 114 C.F., estimándose compensado ese desequilibrio en la cantidad acordada por las partes. Esto último porque el fundamento de la pensión es retributivo. Lo que no debe confundirse con el daño ocasionado en otros conceptos.

Aún cuando debe respetarse la autonomía de la voluntad de las partes y exista atenuación en el examen de los requisitos para la fijación de una pensión y determinación de su *quantum*, el Juez deberá tomar en cuenta no sólo los intereses o motivos que han llevado a tal acuerdo, sino además analizar si procede homologarlo.

(Cam. Fam. S.S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005)

3.4.1.4. DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE FIJACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

En ese sentido la jurisprudencia de esta Cámara ha sido del criterio de que la pensión compensatoria debe ser por un plazo determinado y sólo en circunstancias especiales (por ejemplo: personas adultas mayores), se han establecido pensiones vitalicias. Por otro lado la pensión compensatoria, obedece –básicamente– a dos tipos de elementos: 1- asistenciales o de necesidad y 2- retributivos. En atención a los primeros, se mencionan, la edad, capacidad económica, estado de salud, aspectos que guardan relación con la figura de los alimentos. En los segundos, tenemos presentes, la dedicación pasada y futura a la familia, las atenciones en el hogar, la ayuda en las tareas del otro cónyuge, es decir, acontecimientos familiares, que en otros tiempos no tuvieron retribución en nuestra sociedad y que por disposición de la legislación familiar, tiene mérito y retribución.(...)

(Cam. Fam. S. S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 188-A-2003)

En el sub lite, la Sra. *** pidió una suma de (...), sin especificar la forma de pago de la misma, a esta solicitud se opuso el demandante durante la tramitación del proceso. No obstante ello, la Jueza a quo resolvió decretar la pensión sin fijar la suma total sino una cantidad mensual, por lo que en su escrito de apelación el obligado impugna ese punto y la acreedora exige que dicha suma sea cuantificada, siendo que la decisión le corresponde al Juzgador, pero como bien lo dice el mismo artículo, esta debe fijarse en una cantidad, la cual será pagada en cuotas mensuales sin que ello signifique una cuota alimenticia. De establecerse dicha cantidad y su plazo, al mismo tiempo se fijará la cuantía total de la misma.

(Cam. Fam. S. S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 164-A-2004)

En reiterados pronunciamientos este Tribunal, ha sostenido que de conformidad al Art. 113 C.F., el pago de la pensión debe efectuarse bajo la modalidad de rentas periódicas y excepcionalmente a petición del obligado y cuando el juez lo considere conveniente se hará por el sistema de capitalización; al no reunirse en el *sub lite* los presupuestos

básicos para otorgar un monto determinado; no procede establecer de esa manera la pensión a favor de la demandante, pero puede modificarse en cuanto a la fijación de un plazo para el pago mediante el sistema de cuotas mensuales, (...)

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 186 - A-2005)

3.4.1.5. PRIVACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Otra situación más importante aún, es valorar el hecho que en el proceso se estableció que la Sra. ***, incumplió su deber de fidelidad, lo que se considera una conducta lesiva para el otro cónyuge, hecho que se acreditó no solamente con las declaraciones de los amigos de las partes, sino con el dicho de los menores, y por las mismas partes, quienes en su afán por demostrar la conducta de cada uno, en relación a su vida matrimonial, dejaron al descubierto situaciones personales y hechos que demuestran esas infidelidades. Una relación extramatrimonial, concluida por parte del demandado y dos relaciones extramatrimoniales de la demandante con dos hombres diferentes durante la vigencia del matrimonio, lo que les ha afectado mutuamente (...)

En vista de lo anteriormente expuesto, este tribunal estima que la Licda. ***, ha incurrido en una "grave conducta dañosa" en contra del demandado, que la priva del derecho a reclamar una pensión compensatoria. Ello conforme lo previsto en el Art. 114 C. F..

A lo anterior se puede agregar que en el proceso no se logró establecer el desequilibrio económico en que como consecuencia del divorcio quedará la demandante, en relación a la situación que mantuvo durante el matrimonio. Por otra parte no se cumplen -con la prueba de autos- los elementos prescritos en el Art. 113 inc. 2° C. F..

(Cam. Fam. S. S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95 - A-2004)

Si bien es cierto la Licda. *** dijo a fs. ... que la desmejora económica que actualmente atraviesa la señora *** es producto de haber procreado a la menor *** como producto de una relación extramatrimonial, ello no es óbice para reconocer el apoyo que la demandante le brindó al señor *** para formar y consolidar el patrimonio del que ahora dispone,

pues aunque no se encontraba en el país al momento de la adquisición de los inmuebles, el pago de los mismos se ha hecho por medio de las ganancias que generan los puestos del mercado, es ahí donde advierte el aporte de la demandante, y su colaboración con el señor ***, en la administración del negocio.

Aún cuando, reconocemos el esfuerzo y dedicación de la Sra. *** en la actividad económica del demandado, el Art. 114 C. F., establece que no habrá derecho a la pensión compensatoria: "En los casos de divorcio en que se establezca grave conducta dañosa de un cónyuges para con el otro...", (Sic)(El subrayado es nuestro). La conducta dañosa es un término que aparte de otros casos también incluye el incumplimiento grave y reiterado de los deberes del matrimonio que establece el Art. 36 C.F., (...)

(Cam. Fam. S. S. veinticuatro de febrero de dos mil seis. Ref. 44-A-2005)

3.4.1.6. MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Debe acotarse, que la pensión compensatoria es resarcitoria y no constituye una prestación alimenticia, aunque también tenga un carácter asistencial, por lo que en nuestra legislación no se contempla el caso de su revisión o modificación, tal como acontece con los alimentos. En nuestro caso la ley sólo se refiere a la extinción, como ya se apuntó supra.

Debemos considerar entonces, un aspecto fundamental en el presente decisorio, como lo es, si tal pensión es objeto o no de modificación ulterior, es decir, si la sentencia que establece la pensión causa estado (adquiere firmeza) en ese aspecto, no obstante no estar contemplada expresamente por la ley adjetiva (Art. 83 L. Pr. F.). Debe señalarse, que con anterioridad este Tribunal ha sostenido puntualmente, respecto del incremento de la pensión compensatoria, que una pretensión en tal sentido no es procedente y que no es dable conocer nuevamente sobre ello, llegando a sostener que de accederse a tal modificación crearía inseguridad jurídica, dejando únicamente abierta tal posibilidad para el caso de que el acreedor de la pensión ya no la necesite o el obligado esté impedido para cumplirla. (Inc. de apelación 38-A-04)(...)

Sobre la variación de la pensión compensatoria, mediante un posterior proceso, esta Cámara ha sostenido que no es procedente su modificación para el efecto de incrementarla. Tratándose de la pretensión para disminuirla, estimamos que en casos extremos y excepcionales sería procedente, es decir, si se establecen circunstancias de suma gravedad para uno de los ex- cónyuges, tanto del acreedor como del deudor, quedando a discrecionalidad del juzgador la calificación de esos casos, en los que se vea disminuida ostensible o drásticamente la capacidad económica del deudor que haga imposible su cumplimiento en los términos y condiciones fijados.

Cabe analizar si la procedencia para disminuir la pensión compensatoria y no el incremento, implica trasgresión del derecho de igualdad. En este apartado, consideramos que al establecerse mediante sentencia de divorcio una pensión compensatoria, las partes se colocan en situaciones jurídicas distintas, ya que uno de los excónyuges se convierte en acreedor(a) de la pensión y el otro en deudor.

En virtud de estas posiciones (al deudor se le persigue y merma su patrimonio en cumplimiento de la obligación, en cambio el acreedor, persigue y goza de los beneficios de la pensión compensatoria), el trato que merecen debe ser diferenciado, acorde al principio de igualdad helénico de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En ese sentido, al deudor debe permitírsele, que en casos especiales, se libere de esa obligación o consiga (mediante proceso) la disminución de la que se le había impuesto, en aplicación del principio "Rebus Sic Stantibus". También ha de tomarse en cuenta que el mejoramiento de fortuna del acreedor, es por actos posteriores al divorcio y lo que se toma en cuenta para fijar la pensión es la desmejora que se da en el momento de decretarse el mismo lo que se compensa con determinada suma de dinero que no puede incrementarse por acciones o actos posteriores, pero que excepcionalmente podría disminuirse cuando haya una merma sustancial del patrimonio u otros compromisos familiares esenciales por parte del cónyuge deudor.

(Cam. Fam. S. S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 188 - A - 2003)

(...) en cuanto a la procedencia de la **MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**, nuestra legislación no contempla el caso

porque como se dijo antes, la pensión tiene un carácter resarcitorio y no evalúa - a diferencia de los alimentos - una necesidad del acreedor, sino la constatación de un efectivo desequilibrio económico producido por el divorcio. Aún cuando ambas figuras (alimentos y pensión compensatoria) tienen como fundamento la solidaridad familiar, no deben confundirse, puesto que su naturaleza es distinta. Los alimentos tienen carácter asistencial y la pensión compensatoria su finalidad es retributiva. (...)

(...) la pensión compensatoria queda firme mientras no se configure una causal que habilite al Juez(a) para decretar su extinción por las causas señaladas en el Art. 113 incisos 3° y 4°. Es decir, *a posteriori* únicamente por las circunstancias ya citadas, procede declarar su extinción, situación diferente a la modificación propiamente dicha; es decir, la extinción puede ocurrir por causas sobrevinientes ajenas a la voluntad del ex - cónyuge acreedor. (...)

Doctrinariamente se sostienen diferentes posturas respecto de la modificación de la pensión, ya sea en cuanto a su disminución o incremento. Para algunos en ningún caso puede modificarse y para otros sólo excepcionalmente y en eventos de especial gravedad, habrá lugar a su revisión. (...)

Cabe en este punto, mencionar analógicamente a la modificación de los alimentos, el adagio latino *rebus sic stantibus* en virtud del cual, las obligaciones adquiridas subsisten **mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación**, lo que debe ser tomado en cuenta para la modificación solicitada. Tal máxima es conocida también como teoría de la imprevisión, es decir que las partes entienden valedero el contrato en cuanto subsistan las condiciones económicas bajo cuyo imperio se pactó. (...)

En este punto, estimamos procedente la disminución **únicamente en casos extremos y excepcionales**, es decir, si se establecen circunstancias de suma gravedad para uno de los ex- cónyuges, en este caso del deudor, quedando a discrecionalidad del juzgador la calificación de esos casos, en los que se vea disminuida ***ostensible o drásticamente*** su capacidad económica que haga imposible el cumplimiento de la obligación en los términos y condiciones fijados, en este caso voluntariamente.

Es decir, la disminución de la pensión compensatoria, procede si se comprueba en el proceso el acaecimiento de hechos posteriores a la sentencia primigenia que demuestren la variación sustancial de las condiciones y circunstancias que se tuvieron en cuenta para dictar la sentencia que se pretende modificar, o la variación sustancial de las situaciones que dieron origen a que se determinara el acuerdo de la pensión en la forma establecida.

Debe valorarse si en efecto se ha producido una **mengua sustancial de la capacidad económica** del deudor señor ***, en relación con la que tenía al momento de acordar el quantum de la pensión y por ende determinar si tiene derecho a liberarse de la obligación, o a que se le disminuya la establecida en la sentencia.

Estimamos que, el vedar la disminución de la pensión, se traduciría en una limitación injustificada al derecho del deudor de solicitarla cuando las circunstancias lo exigen por haber disminuido su patrimonio, máxime en este caso en el cual se ha fijado de forma indeterminada, pudiendo afectar gravemente su situación económica, es por ello que consideramos pertinente conocer si procede la disminución del quantum de la pensión compensatoria. (...)

Será procedente decretar la disminución del *quantum* de la pensión compensatoria, cuando en la valoración de la prueba se determine que ha existido una disminución ostensible y drástica en la capacidad económica del deudor, y además que esta afectación le impida el cumplimiento de la obligación impuesta. Con los elementos probatorios que constan en autos, tenemos que si bien ha existido una variación en las condiciones económicas del señor ***, ésta no ha sido ostensible o significativa considerando que los ingresos que aún percibe, son suficientes para solventar sus obligaciones y el pago de la pensión compensatoria a favor de la señora *** acordada en el proceso de divorcio. En ese sentido, consideramos errada la afirmación de la a quo, cuando expresa que debe deshacerse el acuerdo en el quantum de la pensión por medio de otro acuerdo, pues a nuestro juicio para modificar dicho *quantum* debe probarse que efectivamente la capacidad económica del obligado se ha visto disminuida **considerablemente** en relación con la que se tenía al momento de decretarse el fallo primigenio o lograrse el acuerdo y que tal disminución ocasiona insolvencia en el pago de la cantidad decretada en concepto de pensión compensatoria, lo cual

no ocurre en la especie, (...)

En conclusión, no se ha comprobado que los ingresos del señor *** se hayan visto disminuidos significativamente a consecuencia de algún compromiso ulterior a la homologación del acuerdo en el que asumió la obligación de pagar la pensión de que se trata, como para colocarlo en una especial circunstancia bajo la cual se encuentre impedido de cubrir el monto de la pensión a favor de la señora ***.

(Cam. Fam. S.S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005)

3.4.1.7. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Sobre el argumento de que el traspaso del inmueble de la playa, se ha extinguido el derecho a la pensión compensatoria de la señora ***; consideramos - tal como lo sostiene la Procuradora de Familia adscrita al Tribunal a quo-, dicho supuesto no concurre en el sub lite, pues no encaja en el Art. 113 incs. 4º y 5º C. F, en virtud de que la hipótesis prevista en dichos preceptos se refiere al caso en que el deudor ofrezca un determinado bien para dar por satisfecha la pensión compensatoria previamente aceptado o decidido por el juez. Sobre lo cual la Corte Suprema de Justicia ha dicho que más bien se trata de la sustitución de obligaciones.

Debe acotarse que el art 113 C.F no contempla casos de modificación de pensión compensatoria, sólo menciona la extinción de ese derecho y es solamente bajo una interpretación doctrinaria que en derecho comparado se ha dado la posibilidad de su modificación.

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de enero dos mil cinco. Ref. 119-A-2003)

Con lo expuesto concluimos que no puede un Juez de Familia avocarse al conocimiento de la extinción de una pensión compensatoria, cuando para ello le invocan hechos delictivos que no han sido previamente dilucidados en la instancia penal correspondiente, pudiendo incluso invocarse doble juzgamiento y sentencias contradictorias, dando lugar a una inseguridad jurídica, por tanto es procedente confirmar la interlocutoria impugnada por las razones antes mencionadas.

(Cam. Fam. S.S., veintitrés de agosto de dos mil cinco. Ref. 158-A-2005)

El legislador no hace diferencias sobre la forma en que se concedió la pensión para examinar la procedencia de su extinción, siendo indiferente que se haya constituido en un proceso contencioso o por acuerdo de las partes homologados judicialmente, para valorar el hecho que sirve de sustrato fáctico para pedir su extinción. En el caso en estudio, el hecho alegado es el nuevo matrimonio de la acreedora de la pensión. (...)

En cuanto a que el convenio entre las partes se considera ley entre ellas, y por esa razón un Juez(a) no puede avocarse a él, no es suficiente argumento, ya que si bien es cierto el acuerdo de las partes debe ser cumplido por los intervinientes, ello no obsta para que, tratándose de ciertos derechos y bajo determinadas circunstancias que hacen variar las condiciones en que el convenio se aprobó, el Juzgador pueda a petición de parte, -reexaminar- la resolución que aprobó dicho convenio, y pronunciarse sobre su modificación o extinción basado en esos nuevos hechos, que desde luego configuran un presupuesto jurídico que la ley ha previsto para la modificación o extinción de un derecho adquirido.(...)

Efectivamente, ese convenio así otorgado, a simple vista no afecta derechos, pues la pensión pudo seguir pagándose por toda la vida a la ex cónyuge, pero resulta que esta última contrajo nuevo matrimonio, surgiendo aquí un hecho que legalmente extingue el derecho a la pensión, pues ya no existe para el obligado la solidaridad familiar para con su excónyuge y sería el nuevo consorte el principal obligado a asistir a la demandante, siendo impropio que ésta siga vinculada a su ex cónyuge. Ese hecho (el nuevo matrimonio) opera como un presupuesto hipotético -previsto en la norma- que al ser comprobado en el proceso produce el efecto de extinguir la obligación (prestación) que contrajo el ex cónyuge ahora demandante.

(Cam. Fam. S.S. cuatro de octubre de dos mil cinco. Ref. 152-A-2005)

(...) que el cónyuge deudor no seguiría pagando la pensión a la cual ya no está obligado por haber contraído la peticionaria nuevo matrimonio. En ese sentido se trata de un proceso que en materia civil se conoce de mero derecho, pues sólo se trata de aplicar el derecho a los hechos preconstituidos documentalmente, siendo una sentencia

meramente declarativa, ya que por un lado se tiene por extinguida la pensión compensatoria reconociendo una situación sobreviniente – nuevo matrimonio no controvertido – contemplada por la ley como causa de extinción a fin de que ya no se exija el pago de ese derecho (Art. 110 L. Pr. F. y 514 C. Pr. C.). Por otro lado, dicho proveído se retrotrae en sus efectos hasta el momento en que la acreedora contrajo matrimonio (Art. 113 Inc. 4° C. F.)

Es así como el nuevo matrimonio de la demandante surtió sus efectos desde la celebración y ante terceros desde su inscripción. (...)

Acceder a que se continúe pagando la pensión en esas condiciones sería un exceso del derecho que corresponde a la señora ***, por cuanto aquella obligación de solidaridad familiar del ex cónyuge finaliza con el nuevo matrimonio, y en este caso la mencionada señora pretende ejercer un derecho que legalmente ya no le corresponde, desde que contrajo nuevo matrimonio. Por lo tanto es procedente decretar que la cesación del pago se ha retrotraído hasta el día veinticinco de mayo de dos mil por ser esa la fecha en que contrajo matrimonio con el señor ***, según consta de la Certificación de Partida de Matrimonio agregada a Fs. 137, a menos que se pruebe que esos pagos fueron realizados voluntariamente, aún cuando conocía ese hecho, por cuanto no demandó en aquel momento su extinción.

(Cam. Fam. S. S., nueve de junio de dos mil seis. Ref. 2-IH-2006)

Es preciso acotar que la obligación que nace por el pago de la pensión compensatoria no es transmisible, ya que ésta se extingue por la muerte del acreedor o del deudor. Art. 113 inc. 4° C.F.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref. 73-A-2004)

Para el caso, en lo que se refiere a la parte acreedora previo a la sentencia podría seguir cobrando la mora existente y la parte deudora no podría exonerarse de su pago sino hasta después de dictada la sentencia como ha ocurrido en autos; esto porque la extinción no opera de pleno derecho debiendo declararse previamente ese derecho para operativizarlo, lo que desde luego implica que una vez declarada judicialmente pueda perfectamente oponerla, excepcionándose del cobro que se le haga después de contraído el matrimonio, pues lógicamente si la obligación no fue pagada y ya existe una sentencia

que declaró extinguida la obligación por ese mismo hecho, no tendría porque pagarla y la sentencia surtirá sus efectos a partir del momento en que se reclama, puesto que se refieren a cuotas percibidas después de contraído el matrimonio; mismo que dio lugar a su extinción. Situación que no quedó explicada en la pretérita sentencia, pero por la estrecha vinculación con la resolución posterior cuya explicación se pide resulta ineludible traerlo a cuenta en este momento sin que ello implique su modificación como erróneamente menciona el recurrente. Esa declaratoria pudo eventualmente revertirse mediante un recurso de casación si hubiere hecho mérito.

En el *sub judice* el decir que la obligación se tiene por extinguida a partir de la notificación de la sentencia que la decreta, significa que es a partir de esa fecha que podrá utilizarse ese instrumento y que en la segunda resolución impugnada se explicaron los alcances o efectos de dicha sentencia en su real sentido. (...)

En la resolución proveída en el incidente 2 - IH - 2006 se mencionó que la señora *** no podía seguir reclamando el pago de la pensión, precisamente porque ya se había extinguido su derecho, es decir, ya no tenía título para ejercer esa acción, ya que los efectos de la sentencia se retrotraen a la fecha en que ésta contrajo matrimonio. Distinto sería si no se hubiese aún declarado la extinción de la obligación, pues como se ha expuesto la cesación no opera de pleno derecho sino que tiene que ser declarada judicialmente a petición de la parte interesada, tal y como ha sucedido en la especie ese cumplimiento de la sentencia en su real sentido no ha implicado en nada la modificación de la sentencia que declaró extinguido el pago de la pensión. En tal sentido se explica la resolución recurrida.

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de julio de dos mil seis. Ref. 1 - Explicación-2006) ¹⁰

En cuanto a la **EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**, a tenor de lo que dispone el Art. 113 C. F., el supuesto alegado en la demanda es el que prescribe que se extingue el derecho a la pensión cuando el alimentante - entiéndase el deudor o el obligado - entregue bienes al acreedor de la pensión. En dicho caso, tratadistas como José

¹⁰. Esta sentencia se encuentra relacionada con la sentencia clasificada bajo la referencia 2-IH-2006, publicado en esta misma sección.

Manuel Marcos Cos, han sostenido que opera una suerte de sustitución, que pasa de estar constituida por una prestación periódica a serlo por la constitución de un derecho real. En tal caso, la pensión ya no existirá como tal, porque se ha realizado una prestación distinta que, lógicamente se considera de similar valor económico a la pensión. En este caso, se produce el efecto de quedar extinguida la pensión. Lo que procede solamente a petición del cónyuge acreedor hecha con posterioridad al establecimiento de una pensión, que por su naturaleza se trata de una prestación periódica. Sin perjuicio que por acuerdo interpartes se pueda establecer en el curso de un proceso de divorcio la forma de tal prestación económica.

Al analizar tal supuesto con relación a la finalidad perseguida, según el acuerdo logrado por las partes, inferimos que la intención de los señores *** y *** no fue precisamente extinguir la pensión compensatoria, pues tal como se especificó en el acta de audiencia de sentencia correspondiente, lo que se acordó fue la permuta de dos inmuebles en los cuales cada una de las partes era dueña del 50%, pero además, la conciliación comprendió el pago mensual de ocho mil colones (en concepto de pensión compensatoria) y si se hubiese considerado extinguida la pensión con la transferencia del inmueble, ya no procedía la fijación de una cantidad en concepto de pensión. Con mayor razón abona a esta valoración, el hecho que esta transferencia **no se realizó en beneficio exclusivo de una de las partes**, es decir, tal transacción no se realizó con una finalidad resarcitoria de la desmejora del nivel económico que la ruptura del vínculo matrimonial ocasionaba a la señora ***, sino que fueron transferencias mutuas de bienes que los señores *** y ***, poseían en proindivisión y que por conveniencia práctica resultaba mejor que la titularidad del dominio de los mismos estuviera en cabeza de uno sólo de ellos. Colegimos entonces que no es procedente la extinción de tal prestación, (...)

(...)Consideramos que aún y cuando la pensión fue acordada por las partes, procede su extinción si se establece cualquiera de las causas previstas para ello en los Arts. 113 y 114 C.F..

(Cam. Fam. S. S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005) (El paréntesis nos pertenece)

3.4.1.8. BASES DE ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Sin embargo es procedente considerar lo relativo al incremento que sufre tal pensión –acordado en un cinco por ciento anual- mismo que estimamos que en el presente caso y por la cantidad (base) acordada como pensión, dicho incremento resulta bastante elevado, pues a raíz del mismo prácticamente se ha ido incrementando la pensión, lo que significa una fuerte erogación para el deudor, en este caso el señor ***. Que si bien es cierto cabe la posibilidad que en la fijación de la pensión –de acuerdo a la ley- se dispongan de bases de actualización (lo que podría implicar un incremento); consideramos que tal actualización no debe significar o convertirse en un incremento que resulte bastante oneroso y convierta la pensión en pocos años en una cantidad muy ostensible a favor del acreedor, que pueda resultar impagable en un momento dado, que indudablemente o muy probablemente haga mejorar sustancialmente el modo de vida del(la) acreedor(a), lo cual no es el objeto de la pensión compensatoria. En ese sentido las bases de actualización entendemos que –en general- deben ser acordes a las variaciones en los índices inflacionarios de precios al consumidor y en relación a los ingresos del deudor, a fin de mantener en el tiempo el valor de la pensión.

(Cam. Fam. S. S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 188 - A-2003)

Respecto a determinar formas de actualización de la citada pensión, solicitado por la parte actora y que según su criterio debió ser declarado oficiosamente por la a quo, se ha sostenido doctrinariamente que ello pretende proteger al cónyuge acreedor de los efectos de la inflación monetaria; sin embargo también se ha hecho notar que la aplicación absoluta de esta medida puede romper el equilibrio entre las prestaciones de las partes; por lo que ha de atenderse no sólo a garantizar el derecho del acreedor frente a los cambios de los costos de la vida, sino también que la obligación no se haga excesivamente onerosa para el obligado cuando el incremento del costo de la vida no corresponda al incremento de sus ingresos. (...)

A criterio de este Tribunal establecer oficiosamente –como bien lo señala el apelante- una base que actualice la pensión compensatoria,

en especial cuando la forma de pago se fija a través de rentas periódicas y no bajo el sistema de capitalización, con el objeto de que el beneficiario no resulte afectado ante el incremento del costo de la vida o devaluación de la moneda, con ello a la vez se evita en lo sucesivo el inicio de juicios de modificación de la sentencia. Para que las bases de actualización respondan a su fin, es preciso establecerlas de acuerdo a los índices oficiales de precios al consumidor, que de forma trimestral y acumulativa prevé el Ministerio de Economía.

No obstante hacerlo de esta manera implica dejarla de forma indeterminada, pues no existen parámetros incontrovertibles sobre el incremento del costo de la vida ni devaluación oficial de la moneda, volviéndose más dificultoso establecer ese incremento, pues así dicho queda de forma indefinida, siendo a criterio de este Tribunal la cantidad fijada la que deberá pagarse, con más razón cuando la modificación de la pensión compensatoria opera muy excepcionalmente.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 186-A-2005)

3.4.2. PENSIÓN ALIMENTICIA ESPECIAL.

La incapacidad es aquella que judicialmente se ha declarado, bajo ciertos supuestos y sobre la base del Art. 293 C. F., el cual señala las causas de incapacidad: 1) La enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos, y 2) La sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable. Entonces previo a decir que una persona es incapaz debe solicitarse la declaratoria de incapacidad para que puedan ejercerse todos los derechos que le corresponden como tal, para el caso la solicitud de la pensión alimenticia especial.

La pensión alimenticia especial, por su lado tiene un carácter asistencial en tanto que procede cuando exista por parte de uno de los cónyuges una situación que no le permita estar en condición física o mental óptima para poder desenvolverse en el mundo laboral o cuando necesite recibir atención especializada debido al padecimiento de alguna incapacidad o minusvalía -previamente certificada-, hoy llamada "capacidades especiales" y certificada por las autoridades médicas correspondientes, demostrando que esa condición le genera un estado de minusvalía, por lo que se hace necesario recibir la pensión alimenticia especial.(...)

Por otra parte, en el sub lite, partimos de la consideración que aunque se pidió la pensión alimenticia especial, a lo largo del proceso no se aportaron los elementos suficientes para establecer que la Sra *** se encuentra dentro de las categorías establecidas en la ley para la concesión de ese derecho, pues aunque se dijo que padecía de algunas enfermedades como hipertensión arterial, glaucoma e Isquemia moderada de miembros inferiores, lo que no se consideran padecimientos que encajen propiamente –como ya se dijo– dentro de una incapacidad o minusvalía, pues son enfermedades que no impiden el desplazamiento de la persona y no limitan su ubicación en el tiempo y en el espacio, es decir, se manejan dentro de la normalidad, pues no se ha establecido que la demandante haya perdido, por ejemplo, la visión lo que consecuentemente se convertiría en una minusvalía.

(Cam. Fam. S.S. ocho de septiembre de dos mil cinco. Ref. 76-A-2005)

De acuerdo al documento base y exposición de motivos del Código de Familia, esa disposición (Art. 107 C.F., referido a la pensión alimenticia especial) contiene un profundo sentido humano, puesto que el legislador no quiere que el cónyuge que padece de tales limitaciones o impedimentos quede desamparado(a) en el momento que más necesita la asistencia de su consorte.

Los términos "discapacidades" y "minusvalía" fueron tomados por el documento en mención, de la versión castellana de la "clasificación internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías" y de su respectivo manual, elaborados por la Organización Mundial de la Salud, y señala que las discapacidades reflejan las consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo; las discapacidades representan, por tanto, trastornos a nivel de la persona, minusvalías, hacen referencias a las desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiencias y discapacidades, así pues, las minusvalías reflejan una interacción y adaptación del individuo del entorno. El término incapacidad se refiere a la persona que judicialmente ha sido declarada como tal, por los casos establecidos en la ley. Art. 293 C. F. (...)

Llama la atención que en el considerando II de dicha sentencia se estableció que la Sra. *** adolece de Hipertensión Arterial OMS, Angina de Pecho inestable, Cardiopatía Arteriosclerótica, Osteocondritis y Reflujo Gastroesofágico y que para tal efecto se le ha indicado tratamiento farmacológico permanente.

Esta situación coincide prácticamente con el estado de salud actual de la Sra. ***, ya que en el año dos mil cinco todavía permanecía bajo el tratamiento cardiológico e incluso presentaba problemas de gastroenterología. (...)

Se estableció en el proceso que la Sra. ***padece de un quebrantado estado de salud, ya que desde el año dos mil uno se encuentra en tratamiento médico y tuvo que acudir al Órgano Judicial para tener acceso al Instituto Salvadoreño del Seguro Social como beneficiaria de su esposo y para lograr que se le impusiera a su cónyuge el pago de una cuota alimenticia a su favor, sin embargo no existe en el sub lite prueba que acredite que la Sra. *** esté incapacitada para trabajar o padezca de una minusvalía, ya que el hecho que esté sometida a tratamiento farmacológico permanente por problemas cardíacos, no refleja que sea incapaz de realizar trabajo alguno, ya que –como es sabido– son muchas las personas con afecciones cardíacas bajo control médico, que se desempeñan en el mundo laboral, por lo que la situación reflejada con la prueba aportada por la Sra. *** en el sub lite, no se adecua a los supuestos del Art. 107 C. F. para otorgar Pensión Alimenticia Especial.

(Cam. Fam. S. S., treinta de noviembre de dos mil seis. Ref. 38-A-2006) (El primer paréntesis nos pertenece)

(...) la pensión alimenticia especial, es una especie de carga alimentaria, cuya especialidad radica justamente en proporcionar el beneficio de alimentos a ex cónyuges, en el mismo proceso de divorcio y cuando se reúnen las circunstancias especiales ya mencionadas, de tal suerte que de no cumplirse dichos requisitos los ex cónyuges no pueden reclamarse entre si "pensión alimenticia especial."

Por regla general la disolución del vínculo matrimonial implica la extinción del deber de solidaridad y asistencia entre los cónyuges,

de tal suerte que en los casos de pensión alimenticia especial, lo que ocurre es una prolongación del cumplimiento de ciertos derechos y deberes matrimoniales, derivados de la situación apremiante de uno de los cónyuges que se ve impedido de trabajar por adolecer de una discapacidad o minusvalía, o por haber sido declarado incapaz, y siendo que no puede proveerse por sí mismo los recursos necesarios para la satisfacción de sus necesidades se requiere además que no tenga medios suficientes de subsistencia, sólo cuando se reúnen esos supuestos la ley habilita a que en el proceso de divorcio se solicite pensión alimenticia especial.

(Cam. Fam. S. S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 92-A-2007)

3.4.2.1. DIFERENCIA DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA ESPECIAL Y ALIMENTOS.

En primer lugar debemos aclarar que la denominación utilizada por la *a quo* en su sentencia –pensión alimenticia especial– para establecer alimentos a favor de la mencionada joven, es incorrecta, por cuanto la pensión alimenticia especial, es una especie de alimentos reservados al ex cónyuge que no participó en los motivos que originaron el divorcio y que además adolece de alguna discapacidad o minusvalía que le impiden trabajar o hubiese sido declarado incapaz y no tuviere medios de subsistencia, de tal suerte que los alimentos a favor de los hijos sean estos menores o mayores de edad, se rigen por las reglas consignadas en los alimentos propiamente dichos Art. 247 C.F. y siguientes, en este último caso consecuentemente no se debe de probar discapacidad o minusvalía, sino los requisitos previstos para el caso de alimentos –necesidad, capacidad y proporcionalidad–, sin embargo esta Cámara interpreta que la pensión alimenticia establecida a favor de la joven ^{***}, es de carácter alimenticia y no una pensión alimenticia especial.

(Cam. Fam. S. S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 92-A-2007)

3.4.3. DAÑO MORAL.

(...) No obstante que en el Código de Familia no existe norma expresa que regule el reclamo por daño moral en el caso de divorcio,

como lo hay específicamente para los casos de nulidad de matrimonio, declaratoria de paternidad y procesos de protección de menores.

Al margen de que la reclamación de esta pretensión –acumulada a la de divorcio- ha dado lugar a posiciones encontradas, tanto en la doctrinaria de los expositores del derecho, como en la jurisprudencia, esta Cámara considera, como ya se ha sostenido en pretéritas sentencias, que procede la reclamación de tal indemnización en el proceso de divorcio, como una acción conexas, con base en la disposición constitucional mencionada, en coherencia con la legislación internacional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también como en disposiciones de la ley secundaria común como nuestro Código Civil, cuando regula el daño en general.

(...) De ahí entonces que en los casos de divorcio donde se hayan producido conductas dañosas de un cónyuge para con el otro, es procedente dicha indemnización por los daños ocasionados por éste. En otros términos da lugar a la reclamación del derecho violentado a través de una indemnización con la cual se pretende resarcir o compensar el daño sufrido.(...)

Es comprensible que la Sra. *** se sienta afectada en sus sentimientos, ilusiones y tranquilidad anímica provocado por la violencia recibida, ya que las expectativas del matrimonio no pudieron cumplirse, de ahí que debe analizarse el reclamo o establecimiento del daño moral.

(Cam. Fam. S.S. veintitrés de junio de dos mil cinco. Ref. 104-A-2004) 11

Refiriéndonos al daño moral hablamos de aquella afectación extra-económica o extra-patrimonial que sufre una persona en sus emociones y más íntimos sentimientos por el actuar de otra y cuya prueba es de difícil obtención, por lo general ese daño queda establecido a partir del hecho antijurídico que lo genera, en este caso la violencia de la que fue objeto la Sra. *** en su matrimonio, la falta de apoyo y de protección de su esposo durante el embarazo, teniendo que recurrir

11. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA VIDA INTOLERABLE, numeral 3.3.2; DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN UN PROCESO DE DIVORCIO, numeral 3.4.3.1 y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA, numeral 9.4 todos de la parte sustantiva de esta publicación.

la demandante a sus progenitores, quienes incluso cubrieron esos gastos médicos y finalmente la enfermedad de transmisión sexual de la que fue contagiada la Sra. ***, específicamente el virus del Papiloma Humano y sus posteriores consecuencias, es decir que la demandante, debido a la ausencia y conductas de su cónyuge como la falta de respeto e irresponsabilidades se refugió en la casa de sus padres, pero sobre todo el dolor y sufrimiento que le causó el padecer una enfermedad que fácilmente pudo terminar con su vida, constando en autos que quien evidentemente la padecía desde algún tiempo era su cónyuge. Que por encontrarse casada con el demandado se presume la exclusividad de las relaciones sexuales con éste, no habiéndose establecido que previo, durante, ni después del matrimonio hubiese sostenido relaciones sexuales con una tercera persona que pudiera contagiarla con tan grave enfermedad, de donde se infiere que quien la contagió fue su cónyuge.

(Cam. Fam. S. S., quince de febrero de dos mil seis. Ref. 187-A-2005) 12

En el sub lite se invocó el divorcio por la causal de intolerabilidad de la vida en común de los cónyuges, en la demanda se hizo una amplia narración de los hechos que motivaban dicha pretensión; asimismo en el romano VII se solicitó la indemnización por daño moral, aduciendo que la conducta del demandado había ocasionado un daño irreparable a la ***, se fundó en las mismas conductas alegadas respecto del divorcio; en ese sentido esta Cámara entiende que la indemnización por daño moral es una consecuencia de los hechos que motivan el divorcio, pero no cualquier hecho que propicie el divorcio (como la misma apelante lo reitera en sus peticiones) por la causal tercera, sino aquellos graves que impliquen la afectación en la esfera íntima de la persona, un daño en los sentimientos, en ese sentido hemos comprendido que no cualquier irrespeto a los deberes del matrimonio implica per se la imposición de una indemnización; es preciso que los hechos reúnan componentes de gravedad que afecten los sentimientos del reclamante.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref. 73-A-2004)

12. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado GASTOS DE FAMILIA, numeral 1.4.1 de la parte sustantiva y en DAÑO MORAL numeral 3.4.3 de la parte sustantiva de esta publicación.

(...) no es aceptable el criterio de la a quo al establecer una relación directa entre el daño moral y la capacidad económica del responsable para su fijación; pues lo que prioritariamente debe considerarse es la existencia del daño ocasionado para imponer la indemnización que corresponda según las circunstancias del caso.

(Cam. Fam. S.S., diez de julio de dos mil seis. Del voto discordante de la Licda. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ Ref.73-A-2004)

Nuestro Código de Familia, recoge el daño moral en asuntos familiares en diferentes situaciones y no solo en dos, como afirma la impetrante. Así tenemos que la indemnización por daños de carácter moral se encuentra establecida en los siguientes Arts.: 97 para la nulidad del matrimonio, 122 en casos de unión no matrimonial, 150 para la declaratoria judicial de paternidad y el caso contemplado en el Art. 144 L. Pr. F que se refiere al contenido de la sentencia que involucra, a menores, incapaces y adultos mayores.

Sin embargo, al margen de que el reclamo de este derecho ha dado lugar a posiciones encontradas tanto en la doctrina de los expositores del derecho, como en la jurisprudencia, esta Cámara considera, como ya se ha sostenido en casos precedentes que el reclamo de tal indemnización procede en el proceso de divorcio, como una pretensión accesoria con base en la mencionada disposición constitucional, en concordancia con los tratados suscritos y ratificados por nuestro país, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia, contra la, mujer, como también en disposiciones de la ley secundaria común, tal es el caso del Código Civil cuando regula el daño en general.

Se ha dicho también que por medio de la figura del daño moral se trata de definir el menoscabo que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, ya sea por acción u omisión dolosa. De ahí que en los casos de divorcio, donde se hayan producido conductas sumamente dañosas de un cónyuge para con el otro, es procedente fijar dicha indemnización por los daños ocasionados, generalmente por el motivo de intolerabilidad de vida, aunque eventualmente puede presentarse en los casos de separación de los

cónyuges durante más de un año, cuando le anteceden circunstancias igualmente gravosas para una de las partes; es decir no se trata de cualquier circunstancia sino de situaciones que hayan afectado gravemente la dimensión espiritual y moral del cónyuge.(...)

(Cam. Fam. S. S., doce de diciembre de dos mil siete. Ref.: 79 - A - 2007).

3.4.3.1. DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN UN PROCESO DE DIVORCIO.

Cuando se refiere que el padre ha desprotegido a su hijo y no le ha proporcionado ayuda alimenticia, estamos ante conductas propias de un padre irresponsable, pero estos comportamientos, a la fecha no constituyen un motivo que de lugar a reclamar una indemnización por daño moral, sino a una restricción en las relaciones y trato y al cumplimiento coercitivo de la obligación alimenticia, ya que casi todo lo que el menor ha necesitado le ha sido suministrado por la madre; no obstante también se ha dado una desprotección al hijo en el ámbito moral y espiritual, colocándolo o exponiéndolo a situaciones estresantes al presenciar los episodios de violencia realizados por su progenitor, lo que aunado a la limitación de trato paterno filial por parte de la madre, ha repercutido en un comportamiento de rechazo hacia el padre por el daño causado a la madre, situación que él ha vivido.

Por otra parte, la lesión a los sentimientos de la madre han producido un resentimiento hacia el cónyuge que no debe ser trasladado al niño, pese a ser un hecho reprochable, por cuanto con ello se estará afectando más de lo que ya está su personalidad en formación, en los aspectos biológico, psicológico y social. Tan es así que actualmente el niño necesita terapia psicológica para mejorar las relaciones interpersonales con su progenitor; las que se refiere no han sido sólidas ni se ha cimentado la afectividad. Esta situación amerita una indemnización, la que aún y cuando no se puede cuantificar por la misma naturaleza de la afectación, queda librada al arbitrio del juzgador, estableciéndola en

este caso en la suma de QUINIENTOS DÓLARES.

(Cam. Fam. S.S. veintitrés de junio de dos mil cinco. Ref. 104-A-2004) 13.

3.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

A manera de excepción, dentro de las formas de protección a la vivienda familiar antes mencionadas, en el Art. 46 C. F., la única forma que la ley faculta al Juez(a) para decretarla de oficio es cuando se concede como medida cautelar, esto de acuerdo al Art. 124 lit. a) L. Pr. F, para asegurar las necesidades más urgentes de las personas involucradas, para lo cual no importa que el inmueble se encuentre arrendado, en comodato o gravado, ya que no se refiere a la constitución o protección de la vivienda familiar, sino al simple uso de la misma. Art. 111 C. F..

En el caso planteado, la Jueza a quo -sin requerimiento de parte- concedió el uso de la vivienda familiar prácticamente en forma definitiva.

Como se dijo anteriormente, lo expuesto es sin perjuicio de que pueda decretarse el simple uso de la vivienda familiar contemplada en el Art. 111 C. F., bajo la modalidad de una medida cautelar en relación al Art. 124 L. Pr. F., siempre que fuere procedente, ya que por la naturaleza de las mismas y por su carácter de urgencia constituye un caso en que excepcionalmente puede decretarse de oficio no obstante la existencia del gravamen.

En relación a este caso, es de aclarar, que no obstante en el expediente no se encuentra la escritura de compra venta de dicho inmueble en el que conste que se encuentra gravada y que fue adquirida en forma mancomunada, sino que se refiere a ello únicamente en el informe social a fs. ... y ...; situación que no fue contradicha y tomando en cuenta que el demandante solicitó que parte de la cuota alimenticia fuera destinada al pago de la vivienda donde actualmente habita la demandada y su hijo, en el entendido que dicha vivienda aún no está totalmente cancelada, es procedente confirmar el uso a la Sra.

13. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA VIDA INTOLERABLE, numeral 3.3.2 DAÑO MORAL, publicado en el numeral 3.4.3 y en RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA, numeral 9.4, todos de la parte sustantiva de esta publicación.

*** como medida cautelar hasta que el hijo adquiriera la mayoría de edad. Dicha medida y su urgencia se justifican, como ha ocurrido en la praxis judicial, porque servirá de vivienda al cónyuge y los hijos menores de edad confiados a su cuidado.

(Cam. Fam. S.S. dieciocho de marzo de dos mil cinco. Ref. 106-A-2004)

En el punto concerniente a que la cuota alimenticia se debe desde la interposición de la demanda, cabe considerar que en la contestación de la demanda a fs. ..., se pidió que la cuota alimenticia fuera cancelada desde su incumplimiento (es decir desde que el demandante dejó de aportarla) y no desde la contestación de la demanda, sin embargo, al hacer una interpretación en sentido estricto del Art. 253 C. F., entendemos que su pago efectivo se solicita desde la contestación de la demanda de alimentos; en este caso por tratarse de un proceso de divorcio, se deberán desde la demanda, siempre y cuando se hayan solicitado como una pretensión acumulada a la de divorcio o en la contestación de la demanda como una pretensión concreta de la parte demandada y no en razón o como efecto de la misma contestación de la demanda de divorcio.

(Cam. Fam. S.S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 204-A-2004)

En cuanto a la protección y uso de la vivienda, se debe tener presente que aparece regulado en los Art. 106 y 111 inciso 3° C.F. en los que se regulan situaciones fácticas que se relacionan, pero que son diferentes. El primer precepto regula la constitución de la vivienda familiar, sobre un inmueble para su protección, cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, en ese sentido se requiere que el inmueble sobre el cual se constituye tal protección - ya sea judicial o extrajudicialmente - sea del dominio de cualquiera de los cónyuges o de ambos y debe estar libre de gravámenes y sin proindivisión con terceros. El segundo artículo, hace referencia a la asignación del simple uso de la vivienda, para lo cual basta establecer que el inmueble ha sido utilizado como vivienda familiar, pudiendo en este caso incluso pertenecer a un tercero como en los casos de arrendamiento, entre otros; y generalmente opera como una medida de protección,

consecuentemente, con una duración prudencial, justificando su prolongación en el caso de que exista menores de edad. Así entonces el Art. 111 inc. 3° C.F. le da potestad al Juez de asignar a quien de los cónyuges (divorciados) quedará el uso de la vivienda. Es de agregar, finalmente que la autorización judicial del uso provisional de la vivienda también se comprende dentro de las medidas cautelares, incluidas en el Art. 124 L.Pr.F. (...)

(...) deberá preferirse al otorgarse el uso de la vivienda, al cónyuge que más necesite de protección. En consecuencia estimamos que no es procedente excluirla (a la demandada) tal y como lo solicita el impetrante, pues definitivamente se verá en situación de desamparo, ya que su contribución al hogar ha sido el cuidado de la familia durante más de treinta años (...)

(Cam. Fam. S.S. uno de septiembre de dos mil cinco. Ref. 100-A-2004) (El último paréntesis es nuestro).

Para poder obtener la declaratoria del uso de la vivienda familiar, es necesario que la parte que lo solicita pruebe que efectivamente el inmueble del que se trata ha servido como vivienda familiar y que la propiedad sobre el mismo le corresponde a ambos o a uno de ellos.

Entonces, la mera residencia en el inmueble no genera por sí misma el derecho alegado, sino que también es necesario probar además de esta permanencia que el inmueble es propiedad de uno sólo de ellos o ambos, incluso puede estar arrendado o dada en comodato a favor también de uno o de ambos cónyuges.

(Cam. Fam. S.S. veintiocho de noviembre de dos mil cinco. Ref. 134-A-2004)

En cuanto al uso provisional de la vivienda familiar se tiene que para que este sea otorgado es necesario que la parte que lo solicite pruebe que efectivamente el inmueble del que se trata ha servido como vivienda familiar y que además permanece en él, salvo que eventualmente por situaciones de violencia, riesgo o con engaños haya tenido que salir del mismo, y que la propiedad le corresponda a ambos o a uno de los cónyuges.

De lo anterior se colige que no es suficiente para otorgar el uso provisional de la vivienda familiar el hecho de que el inmueble haya

servido efectivamente comovivienda familiar, sino que es necesario que al momento de solicitar el uso provisional del mismo, éste siga sirviendo como vivienda familiar para la parte que lo pide, constando en autos a (...) de la demanda y (...) de la contrademanda presentadas que tanto la señora *** como su menor hija residen actualmente de forma ilegal en los Estados Unidos de América, por lo tanto no se encuentran residiendo en el inmueble cuyo uso se solicita; que son los padres de la señora *** los que se encuentran habitando dicho inmueble, pero la ley no ha establecido que sea a favor de éstos que se otorgue el uso provisional de la vivienda familiar, pues este derecho corresponde a la familia formada por el señor *** y la señora ***. (...)

(Cam. Fam. S. S., treinta de enero de dos mil seis. Ref. 28-A-2005)

Así las cosas hemos sostenido, entre otras en la sentencia dictada en el incidente 32-A-05 que la protección de la vivienda familiar (verificada en forma extrajudicial o voluntaria) establece dos supuestos: 1) El consentimiento del cónyuge no propietario (aunque realmente se trata del asentimiento, porque quien puede disponer del bien únicamente es el cónyuge propietario, de tal suerte que el no propietario no puede emitir consentimiento alguno) para enajenar, constituir derechos reales o personales sobre el bien que sirve de habitación al grupo familiar. 2) La constitución del derecho de habitación (constitución de vivienda familiar) sobre un inmueble que sirva de asiento para la vivienda familiar.

La narración efectuada en la demanda es extremadamente breve y a partir de ella no podemos determinar, que la parte actora pretendiera que se protegiese el inmueble por la exigencia del Sr. ***, de querer disponer del inmueble, amén que no podría hacerlo unilateralmente porque el mismo ha sido adquirido en proindivisión con la cónyuge, de tal suerte que se necesitará del consentimiento de ambos cónyuges para enajenarlo o gravarlo en su totalidad; tampoco se advierte de la narración de los hechos que la demandante pretendiese la disposición del inmueble y que el demandado se opusiese injustificadamente, caso en el que aún cuando el bien ha sido adquirido en proindivisión podría requerirse la intervención judicial a fin de obtener autorización judicial para disponer del mismo como un todo. (...)

No se puede destinar más de un inmueble para habitación; con ello se garantiza que no exista un abuso o exceso en el ejercicio del derecho en relación a la eficacia de la resolución; en otras palabras lo que se pretende es que el inmueble que se destina sirva de habitación al grupo familiar (donde queden los hijos menores de edad); en ese sentido no se puede designar un inmueble a ese fin si quien lo pide reside en otro inmueble, pues no se puede autorizar la residencia en dos lugares diferentes. (...)

Actualmente la Sra *** y sus hijos residen en la vivienda referida y no en la que se pretende se declare como vivienda familiar; bajo esas circunstancias no procede declarar la protección y uso de la vivienda sobre el bien ubicado en ***, ya que no se comprobó que aquellos regresarán a habitar el mencionado inmueble, por lo que conferir la protección del bien en esas circunstancias excede los fines de la figura de protección de la vivienda familiar; por consiguiente procede revocar dicha declaratoria.

Tampoco podemos adecuar la pretensión y decir que se autoriza la disposición del bien y admitir que este se destine para arrendamiento y que el canon del mismo sirva para suplir las necesidades de los niños, ello significaría pronunciar una sentencia incongruente que afecta el derecho de defensa de la parte demandada, por no ser eso lo solicitado. No obstante cabe aclarar que el inmueble queda sujeto a las reglas civiles de la propiedad en proindivisión.

(Cam. Fam. S. S., veintinueve de marzo de dos mil seis. Ref. 196-A-2005)

Que por el hecho de que el negocio funciona en el referido inmueble y además genera ingresos para el pago de los gastos familiares y parte de las deudas, es que el Sr. *** reclama el derecho de uso sobre esa porción de dicho inmueble, alegando que no tiene relación con el resto del mismo, como se estableció en la inspección de fs. 176, pero es del caso que el referido inmueble es propiedad exclusiva de la Sra. ***, donde además como ya se dijo, reside la familia, cuya dinámica se encuentra afectada por los comportamientos del apelante, lo que precisamente motivó el divorcio por la causal de intolerabilidad de vida, lo que justifica que el a quo haya decidido la exclusión del inmueble por parte del apelante, otorgándole un plazo para ello, dado que ya no

le une ningún vínculo con la propietaria del inmueble, aún y cuando en el mismo se haya instalado dicho negocio, por cuanto la Sra. *** y sus hijos tienen derecho de habitarlo sin afectación alguna, esto es, que no habiéndose decretado el uso de la vivienda a favor del Sr. *** ni haberlo solicitado, tácitamente el inmueble seguirá fungiendo de hecho como vivienda familiar de la madre y sus hijos sin ninguna restricción, lo que faculta al juzgador a tomar las medidas pertinentes como son la desocupación de esa parte del inmueble por parte del demandado por ser éste indivisible y no mediar contrato escrito o verbal que legitime su uso por parte del impetrante, por cuanto la instalación de ese negocio en el referido lugar era en razón del vínculo matrimonial que unía al Sr. *** con la Sra. **, propietaria del inmueble, por lo que no es necesario que se siga un proceso ante otro juez (a) de diferente materia para ordenar la exclusión del demandado del inmueble relacionado, tampoco es necesario que se haya decretado expresamente el uso de la vivienda familiar, pues siendo la casa propiedad de la Sra. *** y fungiendo de hecho como vivienda familiar antes y después de decretarse el divorcio, siendo la legítima propietaria, seguirá ejerciendo sus derechos como tal, en tanto ella misma no disponga lo contrario.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de mayo de dos mil seis. Ref. 136-A-2005)

Por ello hemos interpretado que en el caso de uso de la vivienda familiar, este procede aún cuando el inmueble sobre el cual recae se encuentre gravado; sin perjuicio que si el tercero titular del derecho derivado del gravamen inscrito, pretende hacer valer su derecho será esta primera obligación la que tendrá prioridad, no obstante y tal como lo ha afirmado la apelante, la constitución del uso de vivienda, no basta para su eficaz ejercicio que la demanda se encuentre anotada preventivamente, por lo que procede se inscriba registralmente en el Registro respectivo el derecho de uso de la vivienda familiar y es que sólo de esta forma se asegura su eficaz cumplimiento, sobre todo en aquellos casos en que los inmuebles no se encuentren gravados y que posterior a la declaratoria se pretendan gravar; advertimos que en el caso de autos la inscripción surtirá efectos con respecto de los nuevos gravámenes que pesen en el inmueble con posterioridad a la inscripción del uso de la vivienda familiar y de la anotación preventiva de la

demanda.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref. 73 - A-2004)

En otras palabras, el divorcio le produce a la Sra. *** -a todas luces- un desequilibrio que ha implicado una desmejora sensible en su situación económica y en estos casos, lo procedente hubiese sido que su cónyuge le proporcionara una pensión compensatoria, lo cual no fue pedido por la demandada. Pero en el sub judice no puede aplicarse una pensión compensatoria porque lo solicitado expresamente en la contestación de la demanda y a la vez reconvenición, fue una pensión alimenticia especial según el Art. 107 C. F. y no la pensión compensatoria prescrita en el Art. 113 del mismo cuerpo de ley.

(Cam. Fam. S. S., treinta de noviembre de dos mil seis. Ref. 38 - A-2006)

Sobre la validez de la medida de uso de la vivienda familiar, en el caso que nos ocupa, cabe distinguir dos figuras respecto a ésta: 1) La constitución o protección a la vivienda familiar que deriva del Art. 46 inciso segundo C.F. que desde luego lleva implícito el uso de la vivienda; y 2) Cuando el uso de la vivienda familiar propiamente dicho es decidido por el Juez como una consecuencia de la sentencia de divorcio. Art. 111 inciso 3° C.F. resultando aplicable al mutuo consentimiento Art. 108 C. F. y a la Unión no Matrimonial Art. 124 ordinal quinto C. F. Así como también como una medida cautelar previa a cualquier proceso o en diligencia de violencia intrafamiliar. Arts. 130 L. Pr. F. y 7 L. C. V. I.

El primero de los casos hace referencia a que la constitución de la vivienda familiar deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares departamentales, e inscritos en el correspondiente Registro. La constitución de este derecho, deberá hacerse, en consenso de ambos cónyuges o por declaración judicial cuando no exista acuerdo entre ellos.

En el caso del Art. 111 inciso tercero C. F., se confiere como un efecto de la sentencia cuando se hubiere constituido previamente ese derecho caso contrario se haya protegido o no como tal, se concederá

Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia

el uso de la vivienda como medida cautelar si se hubiere solicitado, esta medida en la praxis jurisprudencial se prolonga en el tiempo cuando hubieren hijos menores entre otros, salvo en casos de urgente necesidad que se podrá otorgar oficiosamente, lo que podrá concederse aún cuando el inmueble esté gravado con derechos de terceros, y por lo tanto, podrá inscribirse respetando siempre esos derechos.

(Cam. Fam. S. S., cinco de noviembre de dos mil siete. Ref. 38-A-2007)

4. UNIÓN NO MATRIMONIAL.

4.1. GENERALIDADES

(...) una de las circunstancias bajo las cuales se requiere la declaratoria de existencia de unión no matrimonial es la ruptura de la unión; en otras palabras el acto que pone fin a la relación de convivencia de las partes (...)

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de noviembre de dos mil siete. Ref.: 203-A-2007).

4.2. REQUISITOS.

4.2.1. CAPACIDAD NUPCIAL.

A nuestro criterio es errada la apreciación del *a quo* que pretende exigir el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la unión, cuando aquella –según los hechos alegados en la demanda– ya no existía. Por tanto, el actual matrimonio del demandado no inhibe de conocer la existencia de la unión y los derechos y obligaciones que de su declaratoria derivan; ya que la unión que se pretende sea declarada fue previa a dicho acto (la ruptura); la interpretación contraria significa desconocer como bien lo afirma el apelante el sentido del Art. 123 C.F, que reconoce que la declaratoria se efectuará una vez que se rompa la convivencia, siempre que la petición se haga dentro del año posterior a dicho rompimiento, de tal suerte que corresponderá a la parte actora acreditar en la fase correspondiente, que la convivencia inició y finalizó en las fechas o épocas indicadas y que además reúne todos los requisitos previstos en el Art. 118 inc.1° C.F., por cuanto liminarmente no podemos advertir que la situación alegada por el *a quo* le inhiba para conocer sobre el fondo de la pretensión; en todo caso de comprobarse que procede la declaratoria de unión no matrimonial, ésta se delimitará a un período previo a la celebración del matrimonio, por cuanto así ha sido planteado en la demanda, en atención al principio de congruencia alegado por el mismo *a quo*, ya que la declaratoria no ha sido pedida con fecha posterior a la celebración del matrimonio del demandado.

En cuanto a los demás requisitos singularidad, continuidad, estabilidad y notoriedad, deberán ser objeto de prueba, ya que en el caso de autos no existía impedimento de ligamen durante el período que duro la unión, lo cual se advierte a prima facie de las partidas de nacimiento; la situación sería diferente si el matrimonio hubiese sido

previo al inicio de la unión, ya que en este caso estaríamos en presencia de una relación de infidelidad (adulterina), por cuanto al momento de iniciarse la unión en una de las partes existía prohibición legal para iniciar dicha unión, por estar el (la) conviviente ligado a vínculo matrimonial, supuesto en el cual si sería procedente la terminación anormal del proceso.

Vale aclarar que el supuesto en que se exige el cumplimiento de los requisitos de procedencia al momento de decretarse la unión, es en el caso de la declaratoria judicial de convivencia, que supone que la unión persiste al tiempo de promoción del proceso no existiendo causa de ruptura ni de fallecimiento de ninguno de los convivientes, requiriendo su declaración para el sólo efecto de ejercer un derecho, en consecuencia es lógico exigir el cumplimiento de los requisitos de procedencia durante la tramitación de la causa; en cambio en la declaratoria de existencia de unión no matrimonial, estamos frente al reconocimiento de un hecho pasado y por ende el cumplimiento de los requisitos se exige en el período en que se alega la unión y no posteriormente.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de noviembre de dos mil siete. Ref.: 203-A-2007).

4.2.2. COMUNIDAD DE VIDA.

De las certificaciones de las partidas de nacimiento de los menores se concluye que existió una relación sexo afectiva entre los señores *** y *** (ya fallecido), desde aproximadamente el mes de julio de mil novecientos noventa y dos, ya que el primero de sus hijos nació en el mes de abril de mil novecientos noventa y tres, es decir, nueve meses después de la fecha en que se dice inició la convivencia entre ambos; lo que no es suficiente para comprobar que en esa fecha comenzaron a vivir juntos de manera ininterrumpida, singular, estable y notoria, hasta el fallecimiento del pretendido conviviente, pues no necesariamente se procrean hijos dentro de una convivencia, con las características indicadas, esto es, una comunidad de vida.

(Cam. Fam. S. S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 9-A-2004)

(...) al establecerse que ambos progenitores convivieron como marido y mujer, en el mismo hogar y procrearon hijos, lo cual lleva

implícita la existencia de relaciones sexuales entre ellos, en el período de la concepción.

Contrariamente la simple existencia de relaciones sexuales no conlleva a una convivencia, pues un hombre y una mujer pueden sostener relaciones sexuales sin que convivan bajo un mismo techo, de donde la prueba en estos casos se establecerá a partir de ciertos actos o comportamientos que hagan inferir la existencia de la relación sexual, distinto es cuando la pareja convive bajo un mismo techo en concepto de marido y mujer, pues ello presupone la existencia de relaciones sexuales, de ahí la diferencia entre relación sexual y convivencia, pues son diferentes hechos los que han de probarse; aún y cuando la convivencia no reúna todas las características de la unión no matrimonial, como en este caso, por tratarse de un hombre casado. Art. 118 C. F.

(Cam. Fam. S.S. catorce de octubre de dos mil cinco. Ref. 37-A-2004)

También se considera que dentro de la unión se procrearon siete hijos, quienes a la fecha de la supuesta separación ya eran mayores de edad, siendo éste un factor que refuerza la veracidad de los hechos alegados, en cuanto a la comunidad de vida de la pareja ***.

Es de observar que el causante a la fecha de su defunción no había desafiado a la señora *** o *** como beneficiaria de la pensión que tenía en el Instituto Nacional de los Empleados Públicos -INPEP-. Actitud que ha de verse también como una intención del de cujus de no dar por terminada su unión con la mencionada señora. Reforzando con ello la conclusión de que aún con los alejamientos que el señor *** tuvo cada vez que se iba a San Pedro Masahuat, no lo hacía con la intención de dar por terminada su relación de compañera de vida con la peticionaria.

(Cam. Fam. S.S., diecisiete de marzo de dos mil seis. Ref. 4-A-2006)

Sin embargo para este Tribunal, la comunidad de vida, no solamente se acreditará con la adquisición de un patrimonio común, sino como bien lo ha afirmado la sala a través del afecto de los convivientes propio de una relación con apariencia de matrimonio mediante la atención y cuidado personal; situación que fue acreditada

por los testigos y fuentes colaterales en el informe social, quienes aseveraron que las partes vivían como una pareja.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de mayo de dos mil seis. Ref.247-A-2005)

4.2.3. SINGULARIDAD. CASO ESPECIAL DE RELACIONES ALTERNAS.

Respecto al punto de la fidelidad (singularidad), se afirmó por parte de los testigos desconocer si el demandado poseía otra unión o relación simultánea con la pretendida en el sub lite; sin embargo dicha situación no fue acreditada; en todo caso este Tribunal en precedentes anteriores ha sostenido que la existencia de relaciones esporádicas con terceras personas no afecta la singularidad de la unión (como expresa el apelante); en tanto existe un fuerte patrón cultural que acepta ese tipo de comportamientos, en ese sentido de admitir que se vulnera la singularidad implicaría volver inoperante en la mayoría de los casos la institución de la unión no matrimonial; sin embargo recalamos que las infidelidades que se han llegado a tolerar son aquellas relaciones pasajeras que de ninguna manera implican la existencia de una unión no matrimonial o convivencia paralela, pues como se ha sostenido ello también ocurre en el matrimonio.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de mayo de dos mil seis. Ref.247-A-2005)

En casos como el sub lite se denota un patrón de conducta en el causante muy arraigado en nuestra sociedad, en el sentido que el señor *** no mantuvo una relación seria y responsable con las mujeres con quienes se relacionó, afectivamente tomándose en nuestro medio como una conducta culturalmente aceptable, siendo pertinente señalar que el objetivo de la figura jurídica de la unión no matrimonial no es otorgar derechos indistintamente a todas aquellas personas que comparten una relación más o menos estable y sin más requisitos que la convivencia misma. De ahí que no es procedente decretar la unión no matrimonial a las parejas que mantengan una relación esporádica o inestable. Por el contrario, cabe aclarar que si bien es cierto algún requisito del Art. 118 C. F. ha sido flexibilizado en precedentes sentencias,

por ejemplo en cuanto a la singularidad que se acota en el presente cuando alguno de los convivientes hubiere mantenido alguna relación esporádica con otra persona durante la vigencia de la unión procediendo siempre decretar la unión no matrimonial, esto es tomando en consideración la realidad sobre aspectos culturales bajo los cuales difícilmente podría declararse una unión no matrimonial.

(Cam. Fam. S. S., cuatro de octubre de dos mil seis. Ref. 56-A-2006)

4.2.4. CONTINUIDAD, TEMPORALIDAD Y PERMANENCIA.

Tanto en la demanda como en la apelación presentada por el Lic. ***, éste expresamente reconoce que no se cumple con el requisito de los tres años de convivencia "libre de impedimentos para contraer matrimonio", pues tal como consta a fs. ..., el Sr *** contrajo matrimonio civil con la Sra ***, el cual fue disuelto por la sentencia de divorcio emitida a las ocho horas del día veinticuatro de junio de dos mil dos, quedando ejecutoriada el día trece de agosto de dos mil dos, fecha a partir de la cual ambos estaban habilitados para contraer nuevas nupcias.

Aunque se dijo que materialmente la pareja inició su convivencia en septiembre de mil novecientos sesenta y cinco, es hasta agosto de dos mil dos que desapareció el impedimento para contraer matrimonio y comienza a correr el plazo de tres años para efecto de la declaratoria de unión no matrimonial de las partes, pero como el Sr. *** falleció el día quince de marzo de dos mil cinco (según fs. ...), la convivencia con los requisitos de ley sólo fue de dos años siete meses, por lo que no se cumple con el tiempo exigido en el Art. 118 C. F., ya que faltaron cinco meses para cumplir con el requisito de temporalidad y permanencia que exige la ley (mínimo tres años).

En ese sentido, esta Cámara estima que cuando en las leyes se establecen plazos para el nacimiento, ejercicio o extinción de derechos, es con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica; tal es la hipótesis general prevista en el Art. 118 citado, cuyos casos de excepción tampoco encajan en el sub lite. Es por ello que a nuestro juicio la resolución impugnada está apegada a derecho, pues no se puede declarar la unión no matrimonial cuando ésta carece de alguno de los requisitos establecidos

para tal efecto.

Cabe aclarar que el precitado Art. 118 C. F., detalla en forma precisa las reglas para pedir la Declaratoria de Unión no Matrimonial. Esta disposición, como lo hemos dicho anteriormente, debe relacionarse con los Arts. 1, 32 y 33 in fine Cn., donde se establecen las normas constitucionales tanto del principio de seguridad jurídica como el de legalidad. Por esa razón podemos decir que una vez cumplidos los presupuestos contenidos en el Art. 118 C. F., existiría en la vida jurídica la posibilidad de interponer la pretensión derivada de la norma objetiva, es decir, el derecho subjetivo y es en virtud de ello que en este caso no sería dable acceder a una petición que contraría la norma, como ocurre en el sub iudice, donde liminarmente se advierte que no se cumple ni podrá cumplirse en ningún momento con uno de los requisitos esenciales para declarar judicialmente la unión no matrimonial, debiendo pronunciarse in limine sobre ello, a fin de evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional; pronunciando al final una sentencia inhibitoria.

Conclúyese entonces, que la seguridad jurídica debe estar íntimamente vinculada con el principio de legalidad, para que surta los efectos que persigue el apelante, por lo que en este caso no se trata de un supuesto no contemplado por la norma jurídica, sino que se trata de uno que la ley excluyó tácitamente por cuanto si el tiempo de tres años no se cumple, no podrá declararse la unión no matrimonial, más aún fue el mismo causante quien pudo haber definido con mucha antelación su situación familiar (contraer matrimonio con la demandante) y no lo hizo, siendo las consecuencias de su omisión la no procedencia de esta demanda.

(Cam. Fam. S. S. veintiocho de noviembre de dos mil cinco. Ref. 190-A-2005)

Para considerar lo anterior hemos valorado la significancia que tiene un nivel de alcoholismo como el aquí expuesto. Si bien es obligación de toda pareja asistirse en casos de necesidad, esa obligación no ha de verse de manera absoluta ante circunstancias como las expuestas. Para el caso, el derecho de la demandante a una vida libre de violencia en los ámbitos público y privado, a la tranquilidad emocional y psicológica, se encontraba amenazada por el alcoholismo del señor

***. La tendencia del alcohólico, aunque no lo haga de manera consciente, es causar sufrimientos y molestias y no podemos exigir que la señora *** tuviera que soportar esa situación para que hoy tenga el derecho a reclamar la Unión No Matrimonial con el señor ***, pues el hecho de que el alcohólico se aleje del hogar por su mismo problema, no afecta la continuidad de la unión no matrimonial, sobre todo cuando el enfermo alcohólico se ausenta de manera voluntaria. En el *sub lite* no consta que ese comportamiento obedeciera al ánimo de separarse de la familia como lo ha reconocido la Procuradora de Familia Adscrita al Tribunal en sus escritos de contestación de la alzada y en su alegato en la audiencia de sentencia.

(Cam. Fam. S. S., diecisiete de marzo de dos mil seis. Ref. 4-A-2006)

En conclusión, se ha comprobado en el sub lite, con la prueba testimonial aludida, que la relación del Sr. *** y la Sra. *** carecía del requisito de estabilidad y permanencia, por cuanto cada quien vivía en su casa; es decir, que si bien se comprobó que existió dicha convivencia, también debe acotarse que esta relación se interrumpió en los últimos cuatro años antes de la muerte del Sr. ***, por lo tanto no procede declarar la referida unión.

Ahora bien, el apelante menciona que los convivientes de mutuo acuerdo decidieron vivir separados para cuidar sus propiedades debido a la delincuencia, pero esto no fue comprobado, sólo fue mencionado por los testigos sin dar cuenta de como se enteraron de que era ese el motivo por el cual cada uno vivía en su casa y lo que consta es el hecho objetivo de la falta del requisito de temporalidad e ininterrupción de la convivencia por el período que manda la ley.

(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de abril de dos mil seis. Ref. 19-A-2005)

4.2.5. NOTORIEDAD.

La notoriedad de la relación está íntimamente vinculada a la permanencia y estabilidad de la misma, lo cual no ha quedado completamente demostrada en el transcurso del proceso, ni con la declaración de los testigos ni con el estudio de fs. 50/52 y su respectiva ampliación de

fs. 79/80, en el cual se dice que la señora *** no era reconocida como la conviviente del causante y aunque los testigos de la parte demandante manifestaron que los asistentes a los servicios fúnebres del causante le daban el pésame a la demandante, ello no es una situación que deje en claro el reconocimiento que se le hace a la Sra. *** como conviviente del Sr. ***, desde luego que si fue ella quien finalmente realizó los actos relativos al funeral y era con quien el causante íntimamente se relacionó, es lógico que fuera a ella a quien se le diera el pésame, aunque en la ampliación precitada, la trabajadora social, Licda. CAÑADA ARGUETA, realizó un detalle cronológico de las relaciones del Sr. ***, de la que se desprende que en el período de 1996 a 1997 el causante sostenía una relación marital con la Sra. *** y ***, con la primera convivió desde 1993 hasta el año 2002, posteriormente en el 2003 inicia una relación con la Sra. ***, quien según detalle de fs. 79 Vto. es quien lo cuidó durante su enfermedad hasta el fallecimiento, ocurrida el día veintisiete de septiembre de dos mil cuatro situación que aunque no se indagó, suficientemente quedó acreditada con la prueba testimonial aportada, por lo que no se logró establecer que la Sra. *** conviviera con el causante por más de tres años, consecutivos con las características propias de la unión no matrimonial, pues todos los testigos resultaron vacíos y contradictorios en este punto aún en relación a sus propios testimonios, no existiendo publicidad, notoriedad y singularidad en la relación advirtiéndose que lo que pudo existir en principio fue una relación esporádica, informal ya que a partir de dos mil tres se dio una relación mas cercana pues se mencionó por fuentes colaterales que el causante por mucho tiempo residió solo haciendo el mismo sus cosas (refiriéndose a cocinar, limpiar, etc.).

(Cam. Fam. S. S., cuatro de octubre de dos mil seis. Ref. 56-A-2006)

4.3. CADUCIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN DE UNIÓN NO MATRIMONIAL.

El Art. 1 incs. 1º y 2º de la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos, en lo pertinente, establece que éstos gozarán de asueto remunerado durante todos los sábados y domingos del año y que gozarán de licencia a título de vacaciones durante tres períodos en el año, uno de ellos es de ocho días durante

la Semana Santa.-

En el presente año, en el mes de marzo, el día 19 fue sábado, el 20 fue domingo (de Ramos), el 21 fue lunes (Santo) y así sucesivamente hasta llegar al día 28 que fue lunes (de Pascua), período en el cual están comprendidos para los Empleados Públicos dos días de asueto (sábado y domingo) y ocho días de licencia a título de vacaciones correspondientes a la Semana Santa, es decir que el Juzgado de Familia de Ahuachapán no atendió al público en el período comprendido entre el sábado 19 y el lunes 28 de marzo del año en curso, ambas fechas inclusive.-

De acuerdo con el Art. 125 inc. 1º F.: “La declaratoria de existencia de la unión no matrimonial, deberá pedirse dentro del año siguiente contado a partir de la fecha de la ruptura de la misma o del fallecimiento de uno de los convivientes, so pena de caducidad” (negrita y subrayado es nuestro), de donde resulta que, en el presente caso, el año de caducidad de la acción se cuenta a partir del 21 de marzo de 2004 y concluyó el 20 de marzo de 2005, que son los 365 días que señala el Art.46 inc. 2º del Código Civil, en adelante identificado sólo como “C:” y, como puede apreciarse, la fecha de conclusión del año de caducidad fue el domingo 20 de abril de 2005, día en que el Juzgado de Familia de Ahuachapán no atendía público por ser de “asueto remunerado” y los subsiguientes ocho días (lunes 21 a lunes 28 de marzo de 2005) tampoco atendió usuarios por ser un período de licencia a título de vacaciones, de modo que por vencerse el plazo legal de caducidad en día de fiesta legal, la acción podría iniciarse el siguiente día útil (Art. 1288 Pr.C.) o sea el martes 29 de abril de 2005 y precisamente en esa fecha, a las 15 horas 30 minutos, fue presentada la demanda al Tribunal.- De ello concluimos que fue presentada en tiempo y que no puede operar la caducidad de la acción contemplada en el Art. 125 F.- (...)

[b] (...) que todos los plazos establecidos en ambos cuerpos legales para la ejecución de cualesquiera actos por los jueces o las partes se computan con arreglo al Art. 46 C. (Art. 1288 Pr.C.);

[c] que todos los plazos de días, meses o años de que se hace mención en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo o de los Tribunales y Juzgados, se entiende que deben ser completos y correrán hasta la media noche del último día del plazo y que éste, si es de años,

podrán ser de 365 ó 366 días si aquéllos son o no bisiestos (Art. 46 incs. 1º y 2º C.);

[d] que cerradas las oficinas de los Juzgados y Tribunales a las horas que prescribe la ley ya no se reciben demandas (Art. 1297 Pr.C.);
y

[e] que el despacho ordinario de las oficinas públicas es de lunes a viernes de cada semana, en una sola jornada comprendida entre las 08.00 y las 16.00 horas de cada día (8.00 A.M. a 4.00 P.M.), con una breve pausa de 40 minutos para tomar alimentos (Art. 84 inc. 1º de las Disposiciones Generales de Presupuestos).-

De lo anterior resulta que, en el presente caso, la señora *** tenía hasta las 16.00 horas (4 P.M.) del día martes veintinueve de marzo de 2005 para presentar su demanda con el objeto de iniciar el proceso de declaratoria judicial de existencia de la unión no matrimonial entre ella y el señor *** y habiéndola presentado por medio de su apoderado a las 15 horas 30 minutos (3.30 P:M) de ese día martes 29 de marzo de 2005, no había razón legal alguna para declararla improcedente basándose en el Art. 45 Pr.F., ya que no había caducado el plazo para iniciar su acción, motivo por el cual procede acceder en parte a las pretensiones de la parte recurrente, debiendo revocarse la sentencia interlocutoria que declaró la improcedencia de la demanda.-

(Cam. Fam. Occ., veintinueve de abril de dos mil cinco, Ref. 27/2005)

4.4. LEGITIMACIÓN PASIVA.

Cuando la declaratoria judicial de existencia de la unión no matrimonial se solicita en caso de fallecimiento de uno de los convivientes y si se desconoce quiénes son los herederos declarados que lo representen, debe manifestarse esa circunstancia en la demanda y en su admisión debe ordenarse su emplazamiento para que comparezcan a manifestar su defensa (Art. 126 inc. 2º Pr.F.).-

En vista de lo anterior, como primera providencia, antes de ordenar la admisión de la demanda, el juzgador debe solicitar a la honorable Corte Suprema de Justicia, mediante oficio a librar al Secretario General de ella, que le informe si se han promovido diligencias de aceptación de herencia o de su declaratoria de yacencia y si hubiere testamento otorgado por el de cujus (Art. 19 fracción 2º de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras

Diligencias), pero al efecto deben proporcionarse al tribunal algunos datos esenciales que identifiquen claramente al causante, como son la fecha de su nacimiento si fuere posible y la de su defunción, los nombres de sus padres o el de su madre en su caso, el lugar de su último domicilio, su profesión u ocupación, la edad que tenía al momento de su deceso o si era conocido también con otro(s) nombre(s).-

(Cam. Fam. Occ., veintinueve de abril de dos mil cinco, Ref. 27/2005)

Que estima la Cámara, que caso subjudice, se circunscribe a cómo acreditar la legitimación pasiva de los herederos, si bastará con el establecer el parentesco, entre el causante y los herederos, con la respectivas partidas, ó sí se requiere ó no la aceptación de herencia ò la declaratoria de herederos ò de yacencia, en su caso; al respecto, se sostienen 2 criterios, uno, patrimonialista, en el cual la aceptación de herencia, es necesaria, art. 1163 C.C., y otro, familiarista, con el cual, basta acreditar el parentesco, del orden sucesoral inmediato, con las respectivas partidas, atendiendo a que el asunto es de carácter estrictamente familiar, y no de naturaleza patrimonial, con lo cual, se expedita la acción de la unión no matrimonial o de paternidad, en su caso, haciéndolas más eficaces, e interpretando las disposiciones del Código de Familia y de la Ley Procesal de Familia, en la forma que mejor garantice la eficacia de los Derechos establecidos en la Constitución de la República art. (32 in fine, y 33) y con el propósito de lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la Normativa Familiar, en armonía con los Principios Generales del Derecho Procesal (acceso eficaz a la jurisdicción); e inclusive, en el Código de Procedimientos Civiles (art. 1274) el demandado esta obligado a probar su personalidad, y aunque no la cumpla, no por eso dejara de admitírsele.

Que entre las características del Derecho de Familia, se encuentra, el predominio de las relaciones personales sobre las patrimoniales y la subordinación de éstas a aquellas; que los Derechos Familiares por ser de orden público, son: inalienables, intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles e inexpropiables (art. 5 C.F.) ¿ Que sucedería, sí el padre o el hijo, o los abuelos cedieran, en abstracto, su derecho de herencia a un particular (ajeno al grupo familiar), que como cesionario, aceptara herencia, y en el caso de una acción de paternidad o de unión no matrimonial, a quien se tendrá que demandar al cesionario o al cedente?

¿Van en la cesión los derechos familiares? La Cámara, es del criterio, que no; y se adhiere a la tesis de que basta acreditar el parentesco, sin necesidad de aceptación ni declaratoria de heredero.

(Cam. Fam. Ote., tres de febrero de dos mil seis. Ref. AP. 15 (30-01-06) SM-F2-411-V (118) 2005/4)

El precitado artículo (refiriéndose al Art. 126 LPr.F.) expresa concretamente que en el caso de fallecimiento de uno de los convivientes, se desconociesen quienes son sus herederos, se mencionará esa circunstancia y se ordenará el emplazamiento por medio de edicto. No menciona la disposición que dichos herederos deben estar declarados como tales, tampoco hizo referencia al curador de la herencia yacente; por lo que a nuestro juicio, conociéndose quienes son los herederos preventivos¹⁴ (probando esa calidad) del causante, se garantizaría más su derecho de audiencia, emplazándolos personalmente, aunque aún no hayan sido declarados herederos, solicitando siempre la información pertinente a la Corte Suprema de Justicia para conocer si ya se aceptó herencia o existe testamento, pero no se puede emplazar en abstracto y por edicto a dichos herederos, pues no se garantizará efectivamente su comparecencia a manifestar su defensa. (...)

En conclusión, estimamos que el Art. 126 inc. 2° L. Pr. F. debe ser interpretado a la luz de los principios rectores del proceso de familia, Arts. 8 y 9 C. F.; 1, 2, 3 letra b), 7 letras b), c), f), y 91 L. Pr. F., por lo tanto para iniciar el proceso de Declaratoria de Unión no Matrimonial no es imprescindible presentar la Declaratoria de Herederos, ni Declaratoria de Curadores de Herencia Yacente, sino que basta con presentar las certificaciones de las partidas de defunción y de nacimiento u otras necesarias para establecer quienes son los presuntos herederos, con lo cual se tiene por acreditados a los legítimos contradictores.

(Cam. Fam. S. S., dos de marzo de dos mil seis. Ref. 210-A-2005)
(El primer paréntesis nos pertenece)

Relación: Cam. Fam. S. S., veinticuatro de mayo de dos mil seis. Ref. 219-A-2005

Esta disposición no reguló la situación en la cual al fallecer uno de los convivientes, ningún heredero presuntivo haya iniciado diligencias de aceptación de herencia o de declaratoria de herencia yacente, por

¹⁴. Debió decir presuntivos.

lo que no existe una persona que formalmente represente a la sucesión del causante o lo que es lo mismo no existen herederos declarados, pero menciona que puede procederse al emplazamiento por edicto (en abstracto), si no se tiene conocimiento de la existencia de herederos, en cuyo caso no se tiene certeza de quien tiene la administración y representación de la sucesión del de cujus, pues habrá ocasiones en que la única persona con derecho a la sucesión sea el (la)compañero (a) de vida del difunto (a). Asimismo la disposición mencionada no prohíbe que se inicien diligencias por desconocerse la existencia de herederos declarados. (...)

(...) a nuestro juicio no es necesario que haya sido previamente declarada como tal junto con otros litis consortes que eventualmente de conformidad al Art. 16 L. Pr. F., puedan comparecer al proceso. Lo anterior en razón que la compañera de vida en tanto no sea declarada la unión no puede aceptar la herencia, contrariamente a su hija quien tiene la calidad de heredera presuntiva llamada a la sucesión de su padre. (...)

En conclusión, estimamos que el Art. 126 inc. 2° L. Pr. F. debe ser interpretado a la luz de los principios rectores del proceso de familia, Arts. 8 y 9 C. F.; 1, 2, 3 letra b), 7 letras b), c), f) y 91 L. Pr. F., por lo tanto para iniciar el proceso de Declaratoria de Unión no Matrimonial no es necesario presentar la Declaratoria de Herederos, ni Declaratoria de Curador de Herencia Yacente, sino que basta con presentar las certificaciones de las partidas de defunción y de nacimiento u otras necesarias para establecer quienes son los presuntos herederos, con lo cual se tienen por acreditados los legítimos contradictores.

(Cam. Fam. S. S., veintinueve de marzo de dos mil seis. Ref. 211-A-2005)

Así las cosas en lo que a la ineptitud se refiere y tomando en cuenta que son varios los que intervienen como demandados, es preciso aclarar que en reiterada jurisprudencia esta Cámara ha sostenido que no siempre es necesario probar la legitimación pasiva con la declaratoria de herederos o de herencia yacente, pudiendo demostrar la calidad de heredero presunto (es decir aquellas personas llamadas a la sucesión ab intestato, de conformidad al Art. 988 C. C.), porque no siempre, al momento de iniciarse el proceso de unión no matrimonial por fallecimiento

de uno de los convivientes se habrá iniciado o concluido las diligencias de aceptación de herencia; se desconoce esa circunstancia como en el caso de autos, o no se sabe quienes son los herederos, es más, en la generalidad de casos de unión no matrimonial tal declaratoria se solicita precisamente con la finalidad de iniciar las citadas diligencias; es aceptable por ello que se tenga por parte al heredero presuntivo, lo cual se establece con la correspondiente certificación de partida de nacimiento donde se establece el parentesco, asegurando así la real intervención en el proceso de la parte a quien afectará la sentencia, además debe tomarse en cuenta la brevedad del término de caducidad que la ley determina para iniciar la acción Art. 125 C.F.

En el caso en concreto desde la demanda se manifestó la existencia de una cesión hereditaria, por lo que era ese el momento oportuno para hacer las prevenciones necesarias para determinar quienes serían los demandados, lo que no se realizó pudiendo evitarse un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional.

Es preciso reseñar que tal como lo afirmó la Procuradora de Familia, la solicitud de ineptitud de la demanda era extemporánea, ya que como lo señala el Art. 50 LPr.F., las excepciones deben ser alegadas al momento de contestarse la demanda, en ese sentido la petición de Fs. 115, es improcedente por haberle precluido a la parte demandada la oportunidad procesal para hacer valer dicha defensa. En todo caso no existe tal ineptitud por cuanto la madre del causante se mostró parte así como también el señor ***, bastando que se tenga un interés en el proceso, para intervenir en él, que en el caso de autos ese interés fue acreditado liminarmente con el informe de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y la misma parte demandada también refirió al señalar que existían otros interesados, sin manifestar a quienes se refería e incluso ofreció al señor ***, como testigo Fs. 26/27, de esa forma el escrito de interposición de la excepción no resulta más que una táctica dilatoria que pretende burlar los derechos de la parte demandante. Bajo los argumentos anteriores es desacertada la decisión de la a quo de anular el emplazamiento del señor ***, puesto que a nuestro criterio éste ya había intervenido en la calidad de interesado como cesionario de los derechos hereditarios que correspondan a la Sra. ***.

Tan es así que la a quo de forma oficiosa- llamó al proceso al señor ***, porque sin duda sus derechos se encontraban afectados con la tramitación del mismo, aunque posteriormente ella misma de forma errada revocara dicha intervención.

Sobre la acreditación de la legitimación pasiva advertimos que en principio correspondía a la parte actora hacerlo desde la interposición de la demanda, al no hacerlo y mostrarse parte el Dr. ***, correspondía a dicho profesional acreditar el interés de sus poderdantes y por último al Tribunal sentenciante pues fue la misma a quo la que integró oficiosamente al proceso al señor ***, con más razón en aquellos casos en que ciertos informes no pueden ser expedidos a los interesados como ocurrió en este caso. Además de las irregularidades señaladas en la tramitación de la causa, el comportamiento procesal del apoderado de la parte apelante ha sido contrario al principio de probidad, lealtad y buena fe, al no establecer la calidad procesal del señor ***, estando en mejores condiciones para realizarlo. Por el contrario, dicho profesional valiéndose de esa circunstancia solicitó se declarara la ineptitud de la demanda, (...)

(...) a nuestro criterio el hecho de que se haya manifestado que ella cedió sus derechos hereditarios, no la hace perder su calidad de demandada interesada, porque en el ámbito de familia hay ciertos derechos que son de carácter personal o moral y no necesariamente económicos, debiendo tenerse en cuenta que la declaratoria de unión no matrimonial, crea una especie de vinculación familiar aunque no constituye un estado de familia, haciéndose constar en las certificaciones de partidas de nacimiento de los interesados su calidad de convivientes; por ello consideramos que la señora *** conserva la representación en la sucesión de su hijo en todo lo relativo a cuestiones personales y en los patrimoniales las posee el cesionario.(...)

(...) y siendo que como lo señalamos *supra* la excepción de ineptitud resulta improcedente por no existir la misma pues el interés del señor ***, se demostró con el informe de la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia señalado *supra*; en todo caso deberán solicitarse oficiosamente las certificaciones pertinentes a la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia, para mejor proveer sobre la legitimación que corresponde al demandado señor ***. Aclaremos que ello se hace atendiendo a la facultad de dirección del proceso

Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia

y considerando que esa situación se introdujo al mismo por el informe
rendido por la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia.

*(Cam. Fam. S.S., trece de febrero de dos mil siete, Ref. 111 - A -
2005)*

5. FILIACIÓN.

5.1. FILIACIÓN INEFICAZ.

5.1.1. CONTENIDO.

(...) filiación ineficaz es un término genérico en el cual cabe dejar sin efecto o declarar la nulidad de una inscripción por contener hechos falsos, ordenando su cancelación (...)

(Cam. Fam. S.S. veinticuatro de agosto de dos mil cinco. Ref. 117-A-2005)

(...) el tribunal declaró sin lugar la solicitud por considerar que no existía fundamento razonable para declarar ineficaz el segundo asiento, por cuanto cada documento identifica a diferentes personas y no coinciden ni la fecha, ni el lugar de nacimiento, así como que la filiación paterna y materna no se contrarían en ambos documentos y que de accederse a la pretensión planteada se estaría violentando el derecho de defensa y garantía de audiencia de la señora ***.-(...)

El Art. 138 F. regula lo relativo a la “Filiación Ineficaz”, disposición que debe interpretarse en el sentido de que lo que resulta INEFICAZ es el medio o la forma de establecer una filiación, de modo que si existe un segundo o posterior (asiento), éste último medio resulta ineficaz porque hay otro medio anterior por el cual se estableció esa misma filiación.- El epígrafe “FILIACIÓN INEFICAZ” que aparece en el Art. 138 F., no forma parte de dicha disposición legal, quizá hubiese sido más feliz la denominación “Establecimiento Ineficaz de Filiación”, porque lo que va a demostrarse es, que en este caso, hay dos modos o formas o medios de establecer la filiación de la señora *** y uno de esos dos modos o formas o medios ES EL INEFICAZ, que en el caso que nos ocupa es el segundo, especialmente por haberse establecido la filiación en forma subsidiaria a través de diligencias judiciales de jurisdicción voluntaria.-

De la lectura de los dos documentos concluimos que se ha establecido por dos medios o formas distintas, la filiación de la solicitante, señora ***, en la que se ha registrado su nacimiento, consignándose su nombre en el primero de ellos como M.L.G. y en el segundo como M.L.G.H. y asentadas en diferentes fechas y oficinas del Registro del Estado Familiar; sin embargo con la prueba testimonial se establece que ambas inscripciones corresponden a la misma persona, es decir a la

solicitante, a quien en ambos documentos le aparece idéntica filiación, tanto paterna como materna.-

El caso en estudio es una situación contemplada en el Art. 138 F., que a la letra dice: "Establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe a la primera, a no ser que ésta fuere declarada sin efecto por sentencia judicial".- De modo que, habiéndose demostrado con la prueba documental y testimonial vertida en las diligencias, que existen dos asientos del nacimiento de la solicitante, es procedente declarar la ineficacia del segundo asiento y ordenar su cancelación; con ello se solucionaría su problema legal, a fin de que pueda obtener el Documento Único de Identidad, ya que contaría con una sola partida de nacimiento, la asentada en el Registro del Estado Familiar de Quezaltepeque, Departamento de La Libertad.-

(Cam. Fam. Occ., veintisiete de febrero de dos mil siete, Ref. 018(138)07)

A nuestro criterio la denominación "filiación ineficaz" genera confusión por cuanto al efectuar una interpretación literal de la norma pareciera que se controvierte la filiación, sin embargo ello sólo puede realizarse por la vía de la impugnación de la paternidad y/o maternidad o la nulidad del reconocimiento; en consecuencia el Art. 138 C. F. no ataca a la filiación propiamente dicha, sino al asiento de un nacimiento y lo que se discute es la ineficacia del acto por el cual se asentó -en este caso- el nacimiento del señor *** y no la filiación en si misma. En ese orden de ideas el supuesto regulado por el Art. 138 C.F., es la existencia de dos asientos efectuados en los respectivos Registros del Estado Familiar sobre un mismo hecho jurídico, es decir el nacimiento de una persona, pero no atacan en sí a la filiación ya establecida.

Bajo esa aclaración, debemos entender que la filiación ineficaz, regulada en el Art. 138 C.F., tiene como supuesto hipotético la existencia de dos o más asientos de un nacimiento, que establecen una filiación respecto de una misma persona en cuyo caso debe prevalecer y surtir eficacia jurídica la primera inscripción en el tiempo (la más antigua); cualquier otra partida de nacimiento asentada con posterioridad carece de efectos jurídicos, es ineficaz y debe ser cancelada mediante el proceso correspondiente. (Cam.Fam.S.S., veintinueve de julio de dos mil dos. Ref.

14-A-2002)

La ineficacia jurídica en términos generales "consiste en que el acto jurídico no produce los efectos que normalmente debería producir, debido a que carece de alguno o algunos de los requisitos internos o externos que la ley exige para su eficacia. Algunas veces se le identifica como el de nulidad, otras con el de inexistencia o anulabilidad, etc. (...)

(...) en el supuesto jurídico que contempla el Art. 138 C.F. la ineficacia y la nulidad coexisten y esta última opera como una sanción y no como vicio del consentimiento al verificarse el acto el cual nunca debió celebrarse por existir un acto previo y que en el caso de autos además contradice al primero. Esto por cuanto no se ataca los requisitos de validez del acto como sería en el supuesto del consentimiento, sino que un mismo hecho haya dado lugar a la celebración de dos actos jurídicos diferentes, que han implicado dos inscripciones de un mismo hecho. (...)

En el sub lite como lo reconoce el Dr. *** en su solicitud de Fs. 1/ 2 las dos certificaciones de partida de nacimiento del señor ***, no son idénticas entre sí y contienen datos diferentes en cuanto al apellido de la madre del inscrito, en la primera (Fs. 4) consta que la madre es la señora *** y en la segunda (Fs. 5) se consigna como madre a la señora ***; además difieren en ambas el lugar de nacimiento, ya que en la primigenia consta que el señor *** nació en el Barrio San Ignacio, Departamento de Chalatenango y en la segunda, en el Hospital Centro Ginecológico de esta ciudad; en otras palabras no resulta aplicable el Art. 138 C.F., por cuanto el primer asiento no contraría al segundo, ya que ambos asientos son diferentes, es decir no existe identidad entre los datos de ambas inscripciones.

Bajo estos hechos debemos responder si correspondía accionar bajo la vía de la filiación ineficaz o si por el contrario debía encausarse bajo otra pretensión como la nulidad o falsedad; reiteramos que la existencia de dos partidas que acrediten un mismo hecho (nacimiento, defunción, entre otros) no habilita per se a utilizar la vía de la filiación ineficaz; ello dependerá del material fáctico en cada caso, a vía de ejemplo supongamos que un mismo hecho fue inscrito dos veces y sin ningún dato que contradiga los asientos entre sí, bastaría con declarar la ineficacia del segundo asiento, este es el supuesto base que regula

el Art. 138 C.F., que no es más que la aplicación del aforismo jurídico "primero en tiempo primero en derecho" pero ello no implica, como erróneamente lo sostiene el apelante, que los efectos se produzcan no deliberadamente y que no se requiera sentencia judicial, ello no es correcto porque el único habilitado para dejar sin efecto algún asiento es el Juez, lo que responde a la calidad de orden público de los asientos; además se pueden dar otros supuestos y es por ello la existencia de la segunda parte de la norma que estatuye que también puede declararse sin efecto el primer asiento lo que en otras palabras significa que es la segunda inscripción donde constan los datos correctos, pero ello no implica que deba efectuarse por la vía de la filiación ineficaz, sino que cada caso deberá analizarse a fin de determinar cual es la pretensión a dilucidar, es ello lo que hemos sostenido en el incidente 48-A-2003 –citado por la a quo– donde expresamos "que la filiación ineficaz constituye el género de un universo de pretensiones que según cada caso en particular podrían iniciarse por la vía voluntaria (diligencia) o contenciosa (proceso)". (...)

(...) resulta trascendental que las partidas de nacimiento contengan datos contrarios, por lo que bajo esos supuestos no resulta apropiado utilizar la figura de la filiación ineficaz, para hacer valer el segundo asiento es preciso desvirtuar el primero a través de la vía de la falsedad de los datos, lo cual no resulta contradictorio a lo prescrito por el Art. 138 C.F. al señalar que será eficaz el segundo asiento siempre que se declare la ineficacia del primero, ya que ello como lo hemos sostenido no es necesario hacerlo por la vía de la ineficacia, cuando de los hechos se desprende que en el primer asiento existió falsedad en la información, situación que fue reconocida incluso por el apelante aun cuando afirma que no existió intención maliciosa de causar daño, en consecuencia deberá sanearse esa situación por la vía procesal adecuada.

(Cám. Fam. S. S., nueve de marzo de dos mil siete, Ref. 93-A-2006)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., veintidós de marzo de dos mil siete. Ref. 227-A-2006.

El Art. 138 F., a la letra dice: "Establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe a la primera, a no ser que ésta fuere declarada sin efecto por sentencia judicial".- De modo que lo proponible,

en este caso era iniciar Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Familiares a fin de que, según el mérito de las pruebas, tanto documental como testimonial en la sentencia definitiva se declare la ineficacia del segundo asiento de la partida de nacimiento de la solicitante y ordene su cancelación y no la del primero, como se pretende con la solicitud.- No puede quedar al arbitrio de las personas el empleo de uno u otro asiento de nacimiento para sus actividades, pues ello generaría un caos de identidades equívocas y podría dar lugar a situaciones reñidas con las leyes.-

Sólo un registro de nacimiento es el que debe utilizarse para comprobar la filiación, el Estado Familiar, la edad, el nombre, etcétera y debe ser el que primero se inscribió, en virtud de uno de los principios del procedimiento registral, como lo es el Principio de Prioridad, en virtud de lo cual se puede afirmar que el segundo asiento de la solicitante era y es ilegal, de donde resulta que no puede autorizarse su uso para la obtención de documentos o para realizar cualquier otra actividad lícita. Una vez se declare la ineficacia del segundo asiento y si en el primero existiere algún dato erróneo u omisión por la cual deba de rectificarse, será esa la vía legal que deberá seguirse a fin de que la solicitante pueda utilizar su único documento con sus datos correctos para demostrar su nombre, estado familiar de hija, edad, etcétera, y no pretender utilizar el segundo so pretexto de que el primero contenga algún error u omisión o porque es el que ha utilizado para obtener documentos de identidad y para realizar otras tramitaciones.-

En conclusión la pretensión de filiación ineficaz es proponible si se pretende cancelar el segundo de los asientos y no el primero de ellos, debiéndose aportar para ese efecto en las respectivas diligencias tanto la prueba documental como la testimonial con la que se establezca y demuestre la identidad de la solicitante y se compruebe que ambas partidas de nacimiento corresponden a la misma persona (la solicitante). Por lo que esta Cámara considera que lo procedente es la confirmación de la sentencia interlocutoria que rechazó la solicitud por improponible, pero no por los razonamiento expuesto por el señor Juez a quo, si no por los expuestos por este Tribunal de Alzada.-

(Cam. Fam. Occ., diecisiete de mayo de dos mil siete, Ref. 046/2007)

En la certificación del primer asiento de partida de nacimiento agregada a fs. 4, inscrita en el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de esta ciudad, aparece que la solicitante nació en el Hospital *** de esta ciudad el día 17 de octubre de 1982, hija de los señores J.R.R.G. y A.D.C.P., que aquél proporcionó los datos del nacimiento de la solicitante el día veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y dos, manifestando ser su padre y que se identificó con su Cédula de Identidad Personal expedida por las autoridades municipales de esta ciudad.-

En la certificación del segundo asiento agregada a fs. 5, inscrita en el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de El Congo de este departamento, aparece que la solicitante nació en el Cantón Monte Bello, de esa jurisdicción el día 19 de octubre de 1983, hija de los señores J.R.R.G. y de A.D.C.P., partida de nacimiento que se asentó mediante datos que proporcionó el padre de la inscrita el día veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y dos.-

(...) De modo que es proponible iniciar Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Familiares a fin de que, según el mérito de las pruebas, tanto documental como testimonial (utilizándose esta última para establecer o demostrar la identidad de la solicitante, es decir que las partidas de nacimiento a que se refieren las certificaciones agregadas a fs. 5 y 6 corresponden a una misma persona, a la solicitante señora ***), en la sentencia definitiva el señor Juez *** de Familia puede declarar la ineficacia del segundo asiento de la partida de nacimiento de la solicitante y, en consecuencia, ordenaría su cancelación y con ello se solucionaría el problema legal de la referida señora, ya que contaría con una sola partida de nacimiento, la asentada en el Registro del Estado Familiar de esta ciudad.-

(Cam. Fam. Occ., treinta y uno de julio dos mil siete, Ref. 092-(138) 07)

5.1.2. DIFERENCIA ENTRE NULIDAD Y FILIACIÓN INEFICAZ.

En ambas partidas los datos los proporcionó la persona que figura como madre de la inscrita. En la primera, que es la que se pretende anular, se consignó el nombre del padre y no consta que éste haya reconocido como su hija a la inscrita, puesto que ni siquiera fue él

quien proporcionó los datos de dicho asiento, por lo que erróneamente se consignó como padre, ya que debió aplicarse los Arts. 279 y 280 del Código Civil derogado que regía para esa época, que establecía que el reconocimiento de la paternidad en el caso concreto, ocurría si el padre suministraba los datos de la partida de nacimiento, reconociendo la paternidad y el Alcalde o Jefe del Registro Civil (hoy familiar), conoce al padre y en caso contrario que lo identificó en legal forma, firmará además dicha partida y en su defecto dejará impresa la huella digital. Ninguno de esos requisitos se cumplen en la partida mencionada para que se tenga por acreditada legalmente la paternidad y por ende puede válidamente declararse parcialmente su nulidad en ese punto, mandando sustituir o reponer una nueva, previa la prueba que se aportare y como consecuencia cancelar la segunda inscripción, de conformidad a los Arts. 21 y 22 L.T.R.E.F.R.P.M.. Se trata entonces de un caso de filiación ineficaz. Art. 138 C. F.(...)

Así las cosas, la pretensión del apelante sí puede ser objeto de conocimiento del órgano jurisdiccional, en este caso, a través de un proceso de nulidad parcial de la partida de nacimiento (filiación ineficaz), Arts. 138 y 196 C. F., el último se refiere a que los registros hacen fe de las declaraciones hechas por las personas que suministran los datos de la partida, pero no garantizan su veracidad y en este caso, además se asentó la primera partida de nacimiento sin cumplir los requisitos para consignar la paternidad del Sr. *** respecto de la solicitante, Sra. **. Consideramos que en este caso específico no pueden existir intereses contrapuestos con el padre que se pretende desplazar, pues nunca manifestó su voluntad de reconocer a la inscrita como su hija y tampoco podría intervenir la madre, por cuanto ya falleció y en todo caso, hubo un incumplimiento de las formalidades esenciales de la inscripción de la partida de nacimiento en cuanto la atribución de la paternidad del Sr. **, es decir, se estableció la filiación contra ley expresa, a menos que se hubiese probado que los progenitores eran casados entre sí. Contrariamente el apelante expresa que lo que existió fue una simple convivencia, de donde resulta que deberá probarse el estado familiar (de soltero, viudo o casado) que tenían los progenitores de la solicitante, para que prospere su pretensión.

(Cam. Fam. S. S. veinticuatro de enero dos mil cinco. Ref. 105-A-2003)

Relacionado con lo anterior y como se cita en la motivación de la sentencia impugnada (fs. 20 fte.), “Establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe a la primera, a no ser que ésta fuere declarada sin efecto por sentencia judicial” (Art. 138 del Código de Familia), en casos como el presente y que en la práctica son abundantes, el camino a seguir no era el de solicitar la nulidad del segundo asiento, sino promover “Diligencias de Establecimiento Ineficaz de Filiación”.-

En ocasiones se ha sostenido que al existir dos partidas de nacimiento en las que aparezcan que el nombre de la madre del inscrito es el mismo, no se puede hablar de una segunda filiación ineficaz, pues ambas son eficaces.- Pero si interpretamos la norma en el sentido de que lo ineficaz no es la segunda filiación sino la forma de establecerla, tiene sentido afirmar que lo INEFICAZ es el ESTABLECIMIENTO de una segunda filiación si ya se encuentra ESTABLECIDA una anterior.- Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, si se ESTABLECIÓ la filiación del señor ** con su partida de nacimiento asentada el dieciocho de marzo de mil novecientos treinta y uno en el Registro Civil (hoy del Estado Familiar) del municipio de Ahuachapán (fs. 6), NO PUEDE SER EFICAZ EL ESTABLECIMIENTO de la filiación mediante la partida de nacimiento asentada el cuatro de octubre del año dos mil seis en el Registro del Estado Familiar del municipio de San Lorenzo (fs. 8) y, peor aún, por haberse asentado en virtud de haberse establecido esa filiación en forma subsidiaria.

Lo expuesto nos lleva a sostener que LO PROPONIBLE era el inicio de “DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE ESTABLECIMIENTO INEFICAZ DE FILIACIÓN” y no de “DILIGENCIAS DE NULIDAD DE ASIENTO DE PARTIDA”, por lo que consideramos que la solicitud de fs. 1 y 2 en vez de ser admitida debió ser rechazada al inicio (in límine litis) o pudo ser rechazada en el transcurso de las diligencias o puede ser rechazada en esta instancia (in persecuendi litis), tal como lo dispone el Art. 197 del Código de Procedimientos Civiles (en lo sucesivo identificado sólo como “Pr.C.”).-
(*Cam. Fam. Occ., cuatro de enero de dos mil siete, Ref. 096/2006*)¹⁵

¹⁵. Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, publicado en el numeral 7.3 de la parte sustantiva.

5.1.3. DIFERENCIA DE DECLARATORIA JUDICIAL CON FILIACIÓN INEFICAZ

Como primer punto a resolver, el apelante invoca la aplicación del Art. 138 C.F., argumentando que establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe la primera, a no ser que la última se declare sin efecto. Al respecto, consideramos, que dicha disposición no se vulnera en el sub lite, porque como ya se comentó, que de la simple lectura de la certificación de la partida de nacimiento (fs. ...), se observa la carencia de filiación paterna, luego, no sería posible que el asentamiento de otra posterior que establezca la filiación paterna contraríe la primera, por cuanto la asentada carece de esa filiación. No estamos en presencia, entonces de dos partidas de nacimiento asentadas a una misma persona, que es el caso a que se refiere el Art. 138 C. F., sino en aquel en el que a través de una declaratoria judicial se establece la paternidad, lo cual desde luego emplaza un nuevo estado familiar del peticionario en relación al padre, así como también podría darse en los casos de impugnación de paternidad o maternidad y en otros; también procedería un nuevo asentamiento o anotación marginal, según el caso por errores de fondo o de forma rectificadas notarial o judicialmente. Art. 21 y 22 lit. d) LT del REF y RPM.

(Cam. Fam. S.S. veinticinco de enero dos mil cinco. Ref. 137-A-2004)

Cabe acotar que de haber proporcionado los datos el Sr *** cuando se asentó al menor ***, el proceso de Declaratoria de Paternidad no tendría razón de ser y la demanda hubiera sido manifiestamente improponible, no obstante ello, la paternidad del Sr *** en dicha partida ha sido atribuida indebidamente, por no ser éste el cónyuge de la Sra *** y porque no ha existido un reconocimiento de su parte como padre del menor. En conclusión, jurídicamente el menor no podría hacer valer sus derechos ante el pretendido padre, pues solamente está legalmente inscrito como hijo de la Sra ***, adoleciendo dicha partida de nulidad parcial con respecto a la inserción indebida del nombre del padre, siendo por ende una filiación ineficaz de conformidad al Art. 139 C. F., pero que podrá subsanarse a través del correspondiente proceso para lo cual deberá dársele trámite a la demanda de declaratoria de paternidad, a fin de que oportunamente se asiente una nueva partida de nacimiento

de conformidad a lo que se resuelva en la sentencia.

*(Cam. Fam. S.S. diez de febrero de dos mil cinco. Ref. 10-A-2005)*¹⁶

5.2. FILIACIÓN PATERNA.

La filiación paterna es definida como el vínculo de familia existente entre el hijo y el padre Art. 133 C.F., dicho vínculo es el que se ataca por medio de la impugnación pretendida, en otras palabras se persigue hacer concordar la filiación paterna establecida legalmente con la realidad biológica alegada.

(Cam. Fam. S.S., veintitrés de enero de dos mil seis. Ref. 181-A-05)

Al punto, el Art.135 C.F., prescribe tres formas para establecer la paternidad: 1) Por disposición de la ley. 2) Reconocimiento voluntario y 3) Declaración judicial.

Respecto a la primera forma, por disposición o ministerio de ley, significa que la paternidad se presume o se determina directamente por la ley. Esta puede hacerse valer, por ejemplo, si la madre del niño al asentar a su hijo en el Registro del Estado Familiar, muestra la certificación de la partida de matrimonio para acreditar que está casada y que consecuentemente el padre de la criatura es su cónyuge. Es decir que este mecanismo legal opera en el caso de los hijos matrimoniales.

La segunda forma, es ejercida por el padre del niño manifestando reconocerlo en esa calidad ante autoridad competente (Registrador del Estado Familiar, Juez de Familia, Notario).

La última forma, es la declaratoria judicial, dictada por el Juez de Familia en proceso respectivo. Tiene lugar en defecto de las dos anteriores.

(Cam. Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007)

Relaciones: Cam. Fam. S.S., veinte de abril de dos mil siete. Ref. 107-A-2006

¹⁶. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.7 y AUTENTICIDAD DEL REGISTRO, numeral 7.3.1, ambos de la parte sustantiva.

5.2.1. PRESUNCIÓN DE LA PATERNIDAD.

En el sub judice, la parte demandada en el recurso de apelación, argumenta que el niño nació dentro del matrimonio y por tanto se debe aplicar la presunción de paternidad a favor del marido, señor ***, en el entendido que son hijos del marido los nacidos dentro del matrimonio, según el Art. 141 inc. 1° C.F., este precepto a la letra dice: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad."

Esta presunción tiene su excepción en el inciso final del mismo artículo, al prescribir "con todo, la presunción establecida en este artículo, no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre." El subrayado es nuestro.

En el presente caso, esta última disposición contiene dos supuestos: a-) que los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y b-) que el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre cumplidos tales supuestos la consecuencia es que no operará la presunción de paternidad contenida en el Art. 141 inciso primero C.F., es decir, que al marido no se le tendrá por padre del niño nacido dentro del matrimonio. En doctrina, a esta configuración de la estructura de la norma jurídica, se le conoce como supuesto jurídico complejo, por estar compuesto por dos o más supuestos jurídicos y además, es dependiente, porque ambos deben concurrir para que se produzca la consecuencia.(...)

(...) la madre puede dirigir su acción en representación legal de su menor hijo, contra el señor ***, a quien se le imputa la paternidad de su hijo. La presunción de paternidad puede estar latente o pendiente de emplearse o no utilizarse nunca para establecer una filiación, ya sea porque reconozca la paternidad una tercera persona (amante) o porque simplemente no fue utilizada para inscribir al hijo en el registro familiar, en cuyos casos aún cuando exista la presunción, la misma no surte efectos por cuanto no constará en la certificación de la partida de nacimiento, el nombre del marido, ni éste la ha reclamado. Para que surta plenos efectos la presunción, no basta que concurren los supuestos que la originan, sino su aplicación al inscribir la paternidad en la partida de nacimiento, o que el marido la haga valer posteriormente en cuyo

caso se tiene por establecida la filiación por presunción legal.

(Cam. Fam. S. S. veinticinco de enero dos mil cinco. Ref. 137-A-2004)

(...) Respecto al primer precepto legal (141 *ibid.*) éste trata de una presunción legal, es decir, que admite prueba en contrario e interpretándolo, no restrictiva, sino, *latu sensu* (buscando la verdad real o material) no se excluye el derecho del hijo de saber quienes son sus padres biológicos y llevar sus apellidos (art. 203 C. F., derechos de los hijos), lo que es compatible con lo previsto en los arts. 2, 3 (1); y 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, por ende, en el sub lite hay legitimación activa en la investigación de la paternidad, y la Juez a quo, al decidir sobre la filiación lo hará también sobre el ejercicio de la autoridad parental, la custodia y los alimentos cuando se trate de menores, como en el sub lite, razón por la cuál el precepto legal en cuestión, con la prueba científica de A. D. N. de paternidad positiva, desvaneció la presunción legal de paternidad, y por ello se aplicó. Y por otro lado, constando en la certificación del Proceso de Divorcio, SM-F1-...-, de fs.../...(incidente) que la separación conyugal de las partes se dio desde marzo del año 2000, y así constar en la demanda interpuesta (fs... Vto. *ibid.*), hecho aceptado en la audiencia preliminar fs.(57 *ibid.*), y que el señor ***, residía en los EE.UU.(fs. ... *ibid.*), resulta imposible que la menor ***, hubiese sido procreada por él, todo lo anterior, y de conformidad al art. 141 C.F in fine, hace inoperante la presunción de paternidad a que alude. Y respecto al art. 14 C. F., por ser una consecuencia lógica de lo previsto en el art. 141 C.F., en el sub lite, hubo derecho o legitimación activa para exigir la declaratoria judicial de paternidad. (...)

(Cam. Fam. Ote., veintinueve de agosto de dos mil seis. Ref. AP.55(30-06-06))

(...) efectivamente se excluye a dicho señor del período de la concepción, pues aunque nunca precisó fecha de las relaciones sexuales tomando la fecha aproximada en que dicha señora abandonó la Hacienda, es decir a mediados de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, al treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y dos, fecha de nacimiento de la señora ***, transcurrieron más de diez meses

desde la concepción, lo cual resulta físicamente imposible y contrario a la presunción o regla establecida en el Art. 74 C.C. que a la letra reza: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007)

De lo expuesto se desprende que la ley distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial. En ese sentido establece que todo niño(a) nacido dentro del matrimonio se presume hijo(a) del marido, salvo los casos en que los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo(a) fuere reconocido por persona diferente del marido (cónyuge) de la madre. Para la excepción sólo señala dos presupuestos fácticos: 1) la separación por más de un año y 2) que el hijo fuere reconocido por quien no sea el marido.

La forma de establecer la paternidad matrimonial es distinta a la del reconocimiento voluntario (extramatrimonial) pues la primera opera por ministerio de ley sin que sea menester que el padre comparezca a expresarlo así al Registro del Estado Familiar, en cambio en el reconocimiento voluntario, una de las formas de hacerlo es suministrando los datos en esa oficina, Art. 143 C. F., pero siempre se requiere la manifestación expresa o tácita del padre reconociente, a diferencia del hijo matrimonial, por cuanto los hijos habidos en el matrimonio según la norma tienen por padre al marido, sobre la base de la fidelidad y exclusividad sexual del matrimonio que ofrecen certeza legal a la filiación de los hijos procreados dentro del matrimonio.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil siete. Ref. 124-A-2006)

Que por otra parte se ha percatado esta Cámara que no aparece en el procedimiento de las diligencias la certificación de la partida de matrimonio del presunto incapaz con la señora ***, y apareciendo que los señores *** y ***, pretenden la Tutela Legítima, como hijos del recurrente y que sus partidas de nacimiento de fs. 8, 164, 59 y 152

Ibid., respectivamente fueron inscritas por sus abuelos y no por el recurrente, se requiere de la Partida de Matrimonio respectiva, para que pueda establecerse su paternidad por ministerio de ley, si nacieron dentro del matrimonio, art. 141 Ibid., para acreditar su legitimación.

(Cam. Fam. Cte., cinco de junio de dos mil ocho. Ref. Ap: 74(02-06-08))

5.2.2. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.

En ese sentido, no es procedente tramitar por la vía del proceso de familia la pretensión de reconocimiento voluntario de la paternidad, pues no estamos en presencia de un presunto padre que se niegue a reconocer al niño; por tanto de declararse en el fallo la impugnación del reconocimiento voluntario del Sr. ***, respecto de *** y previo el trámite procesal correspondiente procederá declarar el reconocimiento voluntario del demandante en relación al citado niño; dicha petición constituye en su especie una diligencia de jurisdicción voluntaria, cuya declaración se verificará en la misma sentencia que se pronuncie en la impugnación de reconocimiento voluntario.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de mayo de dos mil seis. Ref. 16-A-2006)

5.2.3. RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

Es importante señalar que en estas diligencias no existe una verdadera controversia o proceso, pues se trata de emplazar la paternidad a través de diligencias que se inician con una solicitud por medio de la cual al citarse al supuesto padre a la referida audiencia se valorarán de la forma que la ley establece sus actitudes o respuestas para tener por establecida la paternidad así como su inasistencia. Es decir toda la actividad del citado tendrá un efecto sobre la paternidad que se reclama sin perjuicio de que dicha resolución puede ser impugnada.

(Cam. Fam. S. S. treinta y uno de agosto de dos mil cinco. Ref. 81-A-2004)

Como lo sostiene la a quo la naturaleza del reconocimiento provocado es *sui generis*, ya que no nos encontramos en presencia de un proceso contencioso pero tampoco en diligencias de jurisdicción voluntaria, su trámite requiere citar al presunto padre para que manifieste

si reconoce de forma voluntaria la paternidad que se le atribuye, aunque la voluntariedad es relativa, en tanto se instó la actividad del órgano jurisdiccional para lograr ese propósito; es decir, el reconocimiento en definitiva no es estrictamente voluntario, ya que la presencia del padre es conminada por la actividad jurisdiccional.

El título que habilita para citar a una persona a quién se le atribuye la paternidad, es decir, como presunto padre, es la partida de nacimiento de la persona que pretende el reconocimiento, donde consta que la filiación paterna no se encuentra establecida.

Haciendo una interpretación literal de la norma –Art. 146 C.F.– como lo realizó la *a quo* la legitimación se concede al hijo a través de su representante legal, (que lógicamente por carecer de filiación paterna será la madre, y excepcionalmente el Procurador General de la República, en los supuestos establecidos por ley Art. 224 C.F.), el título para solicitar el inicio de las diligencias se funda en la ausencia de filiación paterna; en el caso de la mujer embarazada la legitimada es la mujer como representante del niño(a) por nacer, su título es su condición de embarazada.

(Cám. Fam. S.S, trece de marzo de dos mil siete, Ref. 149-A-2006)

5.2.3.1. ACTITUD ANTE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

La a-quo, al citar al señor ***, únicamente emitió una orden al mismo para que interviniera y asistiera a la audiencia, a expresar si es o no el padre de la criatura, o en su caso si tiene duda solicitar expresamente la práctica de la prueba biológica, ya que en este caso el citado no tiene ningún impedimento que le imposibilite expresar de viva voz su petición (no es sordomudo).

Por tal motivo, lo único que debió hacer el señor *** en las respectivas audiencias era limitarse a contestar de manera respetuosa a las interrogantes de la a-quo, en el sentido si creía o no creía ser el padre de la menor ***; no obstante ello, contrario a las normas de la cortesía, buenas costumbres y del buen entendimiento humano, éste no guardó el debido respeto hacia la juzgadora y se negó a declarar en la audiencia, lo cual hubiese sido motivo más que suficiente desde la primera audiencia para que se considerara como positiva la existencia

del vínculo biológico con dicha menor, y consecuentemente para tener por establecida la paternidad que se perseguía; dicha conducta persistió en la siguiente audiencia en la cual la a-quo tuvo por establecida la paternidad.(...)

Sin embargo el negarse a declarar y contestar, así como no acceder al juramento requerido, dicha actitud únicamente puede interpretarse en el sentido que el citado es el padre de la niña, por lo cual es procedente tener por reconocida la paternidad, tal y como lo hizo la a-quo.

(Cam. Fam. S.S. treinta y uno de agosto de dos mil cinco. Ref. 81-A-2004)

5.2.3.2. LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA INICIAR LAS DILIGENCIAS DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

A nuestro criterio dicha norma (Art. 146 C.F.) no debe de ser interpretada de forma restrictiva sino de forma integral como lo dispone el Art. 8 C.F., en armonía con los principios rectores y generales del derecho de familia, ello implicará en algunos supuestos auxiliarse de la heterointegración, que es la posibilidad de apoyarse de normas contenidas en otros cuerpos normativos, siempre y cuando los supuestos de hecho contengan una misma razón; en consecuencia debe privilegiarse la aplicación de la Constitución por constituir la norma suprema, así como normas de contenido internacional como tratados y convenciones, que constituyen Leyes de la República, las que prevalecerán en caso de conflicto con la ley secundaria. Art. 144 Cn. (...)

En ese sentido el Art. 146 C.F., debe ser interpretado en conjunto con las disposiciones mencionadas y en consideración al interés superior del niño, ***.

Bajo los anteriores argumentos es dable efectuar una interpretación extensiva sustentada en preceptos constitucionales e internacionales que habilitan al presunto padre intentar dicha acción, basada en la aplicación del principio de igualdad, e interés superior del niño(a).

La legitimación procesal no es otra cosa que la facultad para actuar en el proceso ya sea como actor, demandado o tercero, la misma surge del interés o bien que se pretenda proteger, en ese sentido debemos determinar si el señor *** ostenta un interés legítimo que lo habilite a iniciar la acción. (...)

En ese sentido no se puede considerar que la no atribución expresa de legitimación procesal a cargo del presunto padre en principio atente contra el derecho de igualdad, ya que ello radica en el hecho que tanto el hijo como la madre son quienes tratan de establecer la filiación paterna lo que sin duda los ubica en una posición diferente estableciendo ciertos deberes para con el padre, por ende la norma va encaminada a lograr de manera simple el establecimiento de la filiación paterna, pero ello no implica *per se* que se deniegue al presunto padre la posibilidad de iniciar las precitadas diligencias de reconocimiento provocado, y al efecto es preciso analizar los siguientes argumentos.(...)

(...)es legítima la duda razonable sobre la paternidad que se le atribuye al presunto padre, también hemos señalado que frente a esa duda razonable es pertinente que la persona a quien se reclama la paternidad asuma una actitud activa a partir de la cual inste diferentes mecanismos que contribuyan al esclarecimiento de los hechos cuya omisión puede ser sancionada con indemnizaciones morales o materiales según el caso, siendo por lo general sólo la madre quien efectúa las acciones tendientes a determinar la paternidad.

Frente a la duda razonable es aceptable que en principio sean las partes quienes traten de acordar los mecanismos para aclarar los hechos (por ejemplo pruebas de ADN de forma privada o estatal); ahora bien frente a la negativa de la madre de someterse ella y su hijo a los exámenes de ADN, hay una posición de desventaja en contra del presunto padre, pues carece de mecanismos legales que auxilien a ese fin, y si consideramos además que su conducta es valorada en un proceso de paternidad, denegarle la posibilidad de iniciar las diligencias de reconocimiento provocado resulta atentatorio a sus intereses; además no podemos obviar el interés directo del señor ***, de establecer la paternidad pues reconoció en la solicitud de Fs. 1/ 2 haber sostenido relaciones sexuales con la señora *** en los meses de junio y julio de dos mil cinco a diciembre del citado año, lo que coincide con el período de concepción de *** según su partida de nacimiento de Fs. 4; agregando que no había exclusividad sexual, por cuanto el solicitante es casado y la Sra. *** sostenía relaciones sexuales con otras personas e incluso residía y reside en casa de su ex-esposo.

Además de lo anterior la legitimación procesal no debe ser abordada sin considerar la situación de *** (niño), quién como sujeto

de derecho, es el principal interesado en dilucidar la situación, como lo sostiene la Procuradora de Familia en su escrito de Fs. 13 y siendo que todo niño tiene derecho a establecer su filiación tanto materna como paterna, por ser elementos integrantes de su **IDENTIDAD PERSONAL**, derecho que incluso ha sido calificado como un derecho humano y como tal merece una protección especial al grado que el Estado debe velar porque sus nacionales tengan claramente establecida su identidad; es decir un nombre, nacionalidad y establecimiento de relaciones familiares.

Por ello reiteramos que la actitud pasiva de la Sra. *** en la realización de acciones tendientes a esclarecer el vínculo filial de su hijo, resultaría contrapuesta a los intereses de su hijo, ya que no podemos perder de vista que el titular del derecho es el hijo y no la madre; por lo que de existir oposición sin causa justificada de la madre durante la tramitación de estas diligencias, resultarán aplicables los Arts. 223 y 224 C.F., caso en el cual la representación legal del niño deberá ser asumida por el Procurador General de la República.

Por los argumentos expuestos es pertinente darle intervención en las diligencias de reconocimiento provocado, al señor ***, ya que posee un interés directo para establecer la filiación a fin de asumir principalmente eventuales responsabilidades paternas y no verse afectado a futuro por demandas de paternidad e indemnización por daño moral y material por parte de la Sra. *** y su hijo, resultando con ello beneficiado de manera inmediata el niño ***, ya que su derecho no quedará en suspenso hasta el momento en que la madre ponga en movimiento el aparato jurisdiccional para establecer su filiación; pues esa omisión le afecta de manera directa y subsidiariamente al solicitante quien no posee alternativas legales para despejar sus dudas sobre su filiación; en consecuencia es procedente en el interés superior de ***, interpretar y aplicar de forma amplia los Arts. 146 C.F. y 143 L.Pr.F., concediendo legitimación al presunto padre en base a disposiciones constitucionales e internacionales.

El trámite de las diligencias deberá acomodarse a los hechos, citando en este caso al solicitante y a la señora *** a audiencia de reconocimiento, para que ambos manifiesten su posición frente a la solicitud del señor *** respecto de la paternidad del niño y de ser necesario deberá solicitarse la intervención del Procurador General de

la República, quien sólo en caso de negativa injustificada de la madre asumirá la representación de ***, a fin de continuar con el trámite de las diligencias.

(Cám. Fam. S.S, trece de marzo de dos mil siete, Ref. 149-A-2006) (El primero y último paréntesis son nuestro)

5.2.3.3. CITACIÓN PARA LA AUDIENCIA DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

Este Tribunal considera que de acuerdo a lo dispuesto en el último Inc. del Art. 143 L. Pr. F. y Art. 146 C. F. (reformados), el reconocimiento de la paternidad se deriva concretamente de la hipótesis que prevé la inasistencia del supuesto padre a la segunda cita que se le hiciera. Es precisamente en ese punto que deberá interpretarse si dicha norma se aplicó correctamente, al realizarse las citas en la forma en que se efectuaron.

La disposición mencionada refiere que la citación y comparecencia ha de ser personal. La comparecencia significa que no puede el supuesto padre delegar en apoderado general y/o especial para que lo representen en ese acto. Sobre este punto el precepto no ofrece ninguna duda.

En lo que respecta a la citación, es nuestro criterio que lo "personal" de la misma, no implica que dicha esquila de citación deba ser entregada directamente en manos de la persona citada, lo sería si interpretáramos literalmente el término "citación personal", pero consideramos que el término "personal" en el significado jurídico no se restringe únicamente a la entrega que directa o personalmente se haga al interesado, sino que también se refiere a otros supuestos o formas en que la cita es realizada y que se "equipara" al primer supuesto mencionado. La ley misma valida y acepta como personal la diligencia practicada en esos supuestos. Así tenemos que el Art. 208 Pr. C., reformado, establece tres formas de realizar los emplazamientos, que son:

1. Personalmente si el demandado fuere encontrado.
2. Por medio de su representante legal o procurador debidamente autorizado.
3. Por medio del curador especial en el caso del ausente. Art. 141 Pr. C. (diligencias que se han obviado en el proceso de familia, Art. 34 Inc. 4° L. Pr. F.). (...)

En cualesquiera de los casos mencionados, lo importante será realizar la diligencia en el lugar señalado y que éste sea donde realmente resida, trabaje o estudie la persona citada o emplazada. En ese sentido, la cita se toma como personal ya que se hace al interesado y no a su apoderado, en el caso que lo tuviere, asimismo es el notificador quien realiza personalmente la diligencia, es decir, no se hace por ningún medio especial o electrónico de los ya aceptados para facilitar dicho acto procesal, de conformidad al Art. 33 inciso último L. Pr. F. Tampoco se ha realizado por medio de edicto ni por el tablero del tribunal. Art. 34 Incs. 4° y 6° L. Pr. F.

(Cam. Fam. S.S. veintinueve de marzo de dos mil cinco. Ref. 180-A-2004)

5.2.3.4. DAÑO MORAL EN EL SUPUESTO DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

Es importante mencionar, que estas diligencias que la parte apelante afirma que sólo se promueven por una sola vez, tienen por exclusiva finalidad que el supuesto padre comparezca a la audiencia a manifestar si cree, acepta o niega la paternidad; si no comparece, el dar respuestas evasivas o negarse a la prueba sanguínea o el no comparecer por segunda vez, harán que la paternidad se tenga por reconocida, Arts. 146 C. F. y 143 L. Pr. F..

Efectivamente el hijo sólo puede promover dichas diligencias por una vez, como sucedió en este caso, en el cual como ya se dijo, la paternidad se tuvo por establecida por la no comparecencia del citado Sr. ***. En estas diligencias por lo tanto, dada su naturaleza y sencillez, no es posible entablar un verdadero debate (contradictorio), pues su único fin es establecer o no la paternidad, de ahí que no es posible solicitar en ellas una indemnización por daño moral y aunque se pidiese no procedería pues ello debe hacerse dentro de un proceso.

Al no proceder esa pretensión en ese momento, es lógico que deba hacerse posteriormente en un proceso autónomo -y no sólo dentro del proceso de Declaratoria Judicial de Paternidad, Art. 150 C. F.-, puesto que la paternidad ya se había atribuido previa y judicialmente al Sr. ***, no pudiendo vedársele ese derecho a la peticionaria sólo porque no accionó en un proceso de paternidad, ya que ella optó por un trámite más sencillo previo a instar al proceso, lo cual ya no fue

necesario por cuanto que al no comparecer el citado, la paternidad le fue atribuida y es aquí precisamente donde debe aplicarse analógicamente lo dispuesto en el Art. 150 C. F. que establece que "si fuere declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrán derecho a reclamar indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar", es decir, esa acción la pueden ejercer posteriormente, de la misma manera, tratándose de diligencias de reconocimiento provocado. Arts. 8 y 9 C. F.

*(Cam. Fam. S.S. trece de septiembre de dos mil cinco. Ref. 72-A-2005)*¹⁷

5.3. DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD. 5.3.1. LEGITIMACIÓN.

De conformidad al artículo 150 C. F., dicho proceso puede ser incoado (tienen legitimación procesal activa) por: a) el hijo y b) sus descendientes, cuando hubiere fallecido el hijo. Y son legítimos contradictores, es decir, pueden ser demandados: a) el supuesto padre, b) sus herederos y c) el curador de la herencia yacente.

(Cam. Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007)

5.3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA. CURADOR DE LA HERENCIA YACENTE.

Efectivamente, al no haberse aceptado la herencia del causante por las personas llamadas a ello, de conformidad al Art. 988 del Código Civil; dicha herencia fue declarada yacente según certificación expedida por el Juzgado Segundo de lo Civil de San Salvador (fs. 6/8), por medio de la cual se legitimó la personería del Licenciado ***, en calidad de curador de la herencia que a su defunción dejó el de cujus, señor ***, consecuentemente dicho curador es el legítimo contradictor en el proceso, ya que por ministerio de ley ostenta la calidad de representante de la sucesión del de cujus y así se le ha nombrado.

En atención al principio de lealtad probidad y buena fe, presumimos que al momento de interponer la demanda la señora *** desconocía la existencia de la presunta heredera, hija del señor ***,

17. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado ALIMENTOS A FAVOR DE LA MUJER EMBARAZADA, numeral 13.3.1.2 de la parte sustantiva.

la señora ***, quien pudo haber sido demandada no obstante no haber sido declarada heredera mediante las diligencias correspondientes. Art. 1160 C.C.. Sin embargo, dado que el emplazamiento del Licenciado ***, y la legitimación de su personería se ha comprobado no existe ningún vicio procesal que deba ser sancionado con nulidad. Por lo que consideramos válidas las actuaciones del aludido curador.

(Cam. Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007)

El tribunal (de primera instancia) por medio de la resolución de las quince horas cincuenta minutos del día ocho de julio del año en curso (fs. 22), tuvo por subsanada la demanda y previno nuevamente de conformidad al Art. 96 Pr. F. a la referida profesional para que acreditara en legal forma la Declaratoria de Heredero o de Curador de la Herencia Yacente correspondiente según el caso, ya que la acción de paternidad cuando el supuesto padre es fallecido, debe dirigirse contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente de conformidad al Art. 150 del Código de Familia.-(el paréntesis es nuestro)

La licenciada *** expresó, mediante escrito presentado el día ocho de agosto del año en curso (fs. 25), que en ese momento no le era posible presentar la declaratoria de herederos por no contar con tal documento, ya que aún no se había aceptado herencia; que en vista de ello desistía de la pretensión de Declaratoria Judicial de Paternidad de hijo (no nacido) y se continuara el proceso respecto a la pretensión de Declaratoria de Unión No Matrimonial.-

Por auto de las nueve horas cuarenta minutos del día trece de agosto del año dos mil ocho (fs. 26), el tribunal declaró inadmisibles la demanda, por considerar que la recurrente no subsanó la prevención relacionada y que la declaratoria de heredero o de curador de la Herencia Yacente era necesaria en el proceso para las dos pretensiones, de unión no matrimonial y de paternidad.- (...)

Según resolución de las quince horas cincuenta minutos del día ocho de julio del corriente año (fs. 22) el tribunal previno a la demandante para que dentro del plazo de tres días subsanara la omisión en la demanda en el sentido de “acreditar en legal forma la Declaratoria de Heredero o Declaratoria de Curador de la Herencia Yacente correspondiente y según sea el caso, deberá acreditar las

generales de la parte demandada y lugar exacto para su emplazamiento”.
- Entendemos que la señora jueza resolvió de esa manera porque interpreta que los “presuntos herederos” no son los herederos a que se refiere el Art. 126 inc. 2º Pr.F., sino que deben ser “herederos declarados” o al menos que se haya tenido por aceptada la herencia, pues en el primer caso hay representantes definitivos del causante y en el segundo, interinos (Arts. 1166 y 1163 del Código Civil, respectivamente).-
(...)

En relación al caso que nos ocupa, el Art. 126 inc. 2º Pr.F. dispone que cuando la declaratoria judicial de existencia de la unión no matrimonial se plantea en caso de fallecimiento de uno de los convivientes y se desconoce quiénes son los herederos (declarados) que lo representen, debe manifestarse esa circunstancia en la demanda y en su admisión debe ordenarse su emplazamiento para que comparezcan a manifestar su defensa.-

Por lo anterior, como primera providencia, antes de resolver sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda, la señora Jueza debió solicitar a la Secretaría de la honorable Corte Suprema de Justicia, que le informara si se han promovido diligencias de aceptación de herencia o de su declaratoria de yacencia y si existe testamento otorgado por el señor Oliverio Antonio Juárez García (Arts. 19 fracción 1ª y 21 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias), con el objeto de informarse si habían o no diligencias de aceptación de herencia o, en su caso, de declaratoria de yacencia de la herencia.-

Recibido ese informe, según el contenido del mismo, la juzgadora tendría elementos suficientes para adoptar la correspondiente decisión.-

En virtud de lo expuesto, consideramos procedente la revocatoria de la providencia impugnada y antes de resolver sobre la admisión de la demanda este Tribunal Superior deberá solicitar el informe relacionado.-

*(Cam. Fam. Occ., cuatro de noviembre de dos mil ocho, Ref. N° 132-08-ST-F)*¹⁸

¹⁸. Esta sentencia se puede relacionar con el apartado denominado “Unión no Matrimonial. Legitimación pasiva”, en el apartado 4.4 de la parte sustantiva.

5.3.3. CAUSALES PARA LA PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

Ello es así porque la sentencia que se dicte en este proceso de declaratoria de paternidad pasa en autoridad de cosa juzgada. No obstante, en el caso de que la sentencia negare tal declaratoria –como en el sub júdice– por no haberse establecido dentro del proceso uno de los supuestos hipotéticos previstos en el Art. 149 C.F., bajo el cual se pretendía satisfacer la pretensión de paternidad, la parte actora conserva su derecho de iniciar nuevo proceso, replanteando la demanda bajo otro supuesto (hechos diferentes), siempre dentro de los señalados en el Art. 149 C.F., solicitando la declaración de paternidad, lo cual deberá ser probado en la audiencia respectiva.

(Cam. Fam. S. S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 121-A-2004)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., cuatro de julio de dos mil seis. Ref. 127-A-2005.

Cam. Fam. S. S., veinte de abril de dos mil siete. Ref. 107-A-2006

Del análisis de lo expuesto en autos y de la prueba biológica de no exclusión de paternidad y ADN se concluye que el menor *** es producto de relaciones sexuales que sostuvieron la demandante con el demandado, tal como lo refiere la primera en su demanda; siendo irrelevante que esas relaciones no fueran públicas y notorias entre la señora *** y el señor ***, como por ejemplo que hubieran sido el resultado de un noviazgo, o de una relación de convivencia entre el señor *** y la señora ***. De esa manera es comprensible que las fuentes colaterales del lugar donde trabajaban (Fs. ...) expresaran que en ocasiones los vieron salir juntos desconociendo hacia donde iban.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 52-A-2005)

De estas últimas disposiciones legales (Arts. 148, 149 y 150 C.F.), se colige que puede solicitarse la declaratoria judicial de paternidad cuando aquella resulte 1) de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre, 2) de su relación sexual con la madre en el período de la concepción, 3) de la posesión de estado de hijo o 4) de otros hechos análogos de los que se infiera la paternidad y 5) de la convivencia

durante el período de la concepción entre la madre y el pretendido padre. (...)

Ahora bien, en cuanto a lo afirmado en la demanda sobre que la señora ***, desde su adolescencia sostuvo una relación de padre e hija con el señor ***, tal versión no pudo ser comprobada, mediante la prueba presentada, basta recordar en este punto lo dispuesto en el Art. 198 C.F. respecto a la posesión de un estado familiar, según el cual dicha posesión de estado, consiste en un conjunto de hechos que armónicamente considerados, demuestran la filiación de una persona con su progenitor, y que para establecer dicho estado deberá comprobarse, entre otros hechos, que el padre ha tratado al hijo como tal, y que dicho carácter es reconocido por parientes, amigos, y vecinos; es decir, se refiere a una posesión notoria de ese estado familiar, hecho desvirtuado por la prueba testimonial presentada por ambas partes, quienes fueron unánimes al reconocer que desconocían la relación existente entre el señor *** y la señora ***, mucho menos la reconocían como hija de éste, (...)

No obstante que el presente proceso era de declaratoria judicial de paternidad, la comprobación de la posesión del estado familiar de hija, hubiera sido un elemento importante, según el Art. 149 del Código de Familia, que de comprobarse, hubiera podido contribuir al establecimiento de dicha filiación, con mayor razón si fue uno de los elementos mencionados en la demanda que se pretendía comprobar para establecer la filiación reclamada.

(Cam. Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007) (El paréntesis nos pertenece)

5.3.4. PRETENSIONES CONEXAS Y ACCESORIAS DE LA DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

5.3.4.1. ALIMENTOS

Debemos aclarar que en los casos de Declaratoria Judicial de Paternidad, el título que acredita los alimentos nace a partir de la sentencia, razón por la cual aquéllos se deben desde el momento en el que la sentencia quede firme (sin perjuicio del contenido del Art. 83 L.Pr.F.) y por ello no es posible admitir una apelación sobre ese punto en el efecto devolutivo, pues dichos puntos aún están en discusión,

existiendo la posibilidad de que la sentencia sea anulada, revocada o modificada en esos puntos. De igual manera se razona respecto de la indemnización por daño moral.

(Cam. Fam. S.S. veintitrés de febrero de dos mil cinco. Ref. 160-A-2004)

Relaciones: (Cam. Fam. S.S. siete de junio de dos mil cinco. Ref. 79-A-2004)

El proceso se recibió oficialmente el treinta de junio del corriente año, fs.... del incidente, y habiéndose percatado ésta Cámara que no aparecía en el proceso (declaratoria judicial de paternidad) que se hubiese certificado lo conducente para llevar adelante la ejecución provisional de la providencia alimentaria, aspecto que causa ejecutoria, no obstante la interposición del recurso (que impugna la declaratoria judicial de paternidad establecida), art. 83 L.Pr.F.; por auto, del cuatro de los corrientes, fs. ... *ibid.*, se ordenó devolverlo, para el efecto indicado, y retornara inmediatamente, para conocer del recurso (...)

(Cam. Fam. Ote., veintinueve de agosto de dos mil seis. Ref. AP.55(30-06-06)) (Las paréntesis nos pertenecen)

(...) con la contestación de la demanda y los documentos que le acompañaban se probó que el objeto de la pretensión se encontraba satisfecho, volviendo inepta la demanda que dio inicio al proceso no siendo procedente aplicar lo prescrito en el Art. 141 L. Pr. F; por cuanto antes de que se entablara la relación jurídica procesal se había reconocido la paternidad, es decir que se estableció antes que se conformara la litis.

Tal pronunciamiento no obsta para que en un proceso autónomo se puedan ventilar los derechos que derivan de la filiación tales como alimentos o régimen de comunicación, por cuanto como es sabido este tipo de decisiones no afectan el ejercicio de estos derechos, mismos que no fueron solicitados con la demanda para que pervivieran y pudieran ser conocidos, aunque la filiación se hubiere establecido previamente.

(Cam. Fam. S.S., veintidós de noviembre de dos mil siete. Del voto discordante de la Licda. Rhina Elizabeth Ramos González Ref.: 71-A-2007).

5.3.4.2. DAÑO MORAL OCASIONADO POR LA DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

5.3.4.2.1. GENERALIDADES

El daño moral, por su naturaleza personal, sólo puede ser reclamado por quien lo ha padecido, lo anterior implica que en la mayoría de los casos interviene el directamente afectado y excepcionalmente en otros casos el también indirectamente afectado; además es de contenido extraeconómico, que se constituye como una parte de la concepción genérica de la reparación del daño.

Relación (Cam. Fam. S.S. veintitrés de febrero de dos mil cinco. Ref. 160-A-2004)

En el daño moral, se distinguen dos aspectos importantes:

1. Que es de naturaleza personal, pues sólo puede ser reclamado por quien lo ha padecido. Lo anterior implica que en la mayoría de casos interviene aquel directamente afectado; excepcionalmente el indirectamente dañado; y
2. Tiene un contenido extraeconómico, o sea, que se constituye como una parte de la concepción genérica de la reparación del daño.

(Cam. Fam. S.S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 52-A-2005)

En el presente proceso el resultado, de A.D.N., practicado en primera instancia y cuyo resultado corre a fs. 73/77, excluyó al demandado como posible padre del menor, razón por la cual el Lic. *** solicita indemnización por daño moral a favor del demandado, pero es de hacer notar que en el caso de la declaratoria judicial de paternidad cuando existe derecho a pedir la indemnización por daño moral, se establece a favor de la madre y el hijo, exigiendo como prueba únicamente que se compruebe el rechazo que han sufrido por parte del padre, pero la legislación familiar no contempla el daño para el demandado, en el caso en el que no se prueba la paternidad -tal como ha sucedido en el sub lite- por lo que esta Cámara considera que los daños o perjuicios que tenga que reclamar el Sr. *** deben sustanciarse en otra vía judicial, debiéndose probar la intención o dolo con que actuó la demandante, sin dejar de tomar en cuenta que en los procesos de paternidad es

realmente el derecho del hijo y no de la madre el que está en discusión, salvo en lo que respecta a la indemnización propia.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 21 - A-2006)

5.3.4.2.2. DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN LOS SUPUESTOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

El hecho que el demandado haya privado a la menor de su derecho a la identidad y consecuentemente de otros derechos derivados de la Filiación paterna negándole su apoyo constituye una afectación en los sentimientos de la niña, como a fs..., la niña expresó que no mantiene ningún tipo de relación con su padre y que nunca ha recibido ningún tipo de ayuda económica de su parte (...)

*(Cam. Fam. S. S. trece de febrero de dos mil cinco. Ref. 70 - A-2004)*¹⁹

Como lo ha sostenido esta Cámara en fallos precedentes, el daño moral consiste en la afectación extra-económica o extra-patrimonial que sufre una persona en sus emociones y más íntimos sentimientos por el actuar de otra y cuya prueba es de difícil obtención, daño que generalmente queda establecido a partir del hecho antijurídico que lo genera, en este caso la negativa del padre a reconocer voluntariamente a su hija, negándole el derecho a su identidad, a la filiación paterna y a ser protegida y apoyada por él, teniendo que recurrir al órgano jurisdiccional para establecer su filiación, aunque en el sub lite se menciona que en un principio y posteriormente conminado bajo diligencias administrativas (PGR), el Sr. *** aportó ayuda económica a su hija, aunque no la reconoció expresamente como su hija, tácitamente al apoyarla económicamente reflejaba esa aceptación, situación que no fue probada con la documentación pertinente, ni era suficiente –a nuestro juicio– como erróneamente lo afirma el Lic. *** para tener por establecida la paternidad y asentar ese reconocimiento. Arts. 143 y 198 C. F. (...)

19. Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD., numeral 5.3.4.2.4; COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL DEMANDADO Y NEGATIVA DE SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN., numeral 5.3.5, ambos de la parte sustantiva.

En este orden de ideas podemos concluir que el daño moral sufrido estriba en que a la menor ***-ahora mayor de edad-, no obstante haberle "ayudado" económicamente, nunca fue reconocida por el Sr. ***, privándola del afecto que todo padre debe otorgarle a su hijo (a), ya que el simple hecho de ayudar económicamente a una hija, no significa una atención integral, por el contrario, puede interpretarse como una actitud obligada, como un gasto más, pero nunca como una actitud voluntaria que lleve imbridos lazos afectivos de un padre hacia una hija.

El sólo hecho de no reconocerla y no relacionarse con ella, ha ocasionado un daño moral, por cuanto la demandante creció teniendo conocimiento que su padre era aquél que le daba *** COLONES AL MES y que en ocasiones se atrasaba, debiendo ser ella quien tenía que buscarle para que le brindase ayuda económica, la cual no recibió desde abril de dos mil dos por decisión del Sr. ***. Si bien no es necesario que el padre viva bajo el mismo techo de los hijos, sí lo es que se relacionen entre sí para fomentar la solidaridad, lazos afectivos y fraternos filiales entre ellos.

La indemnización por daño moral se refiere a la afectación ocasionada a la hija por haberle negado el padre su filiación, sabiendo que lo era, además el perjuicio que sufren los hijos se incrementa según la edad, al no conocerse en el ámbito de sus relaciones familiares, sociales, educativas, etc., como hija de su padre.

(Cam. Fam. S.S., veinitrés de junio de dos mil seis. Ref. 36-A-2005)

La actitud del demandado frente al menor y sus responsabilidades como padre, tanto afectivas como económicas, son prácticamente nulas y en ese sentido se puede vislumbrar que tal negativa le causa un agravio real a ***, siendo éste el más deseoso de ser reconocido y mantener una relación afectiva con el padre, quien según consta a fs. ..., en las entrevistas que le realizaron los miembros del equipo multidisciplinario, expresamente manifestó no tener interés de relacionarse con ***, esa actitud sumada al no reconocimiento de su hijo, negándole su apoyo, el derecho a su filiación, nombre e identidad, configuran un daño en lo más íntimo de los sentimientos del hijo, procediendo confirmar el punto de la sentencia que declaró la indemnización por daño moral

a favor de *** por la suma de ***, cantidad que se hará efectiva en la forma dispuesta por la a quo.

(Cam. Fam. S. S., siete de febrero de dos mil siete. Ref. 80-A-2006)

5.3.4.2.3. DAÑO MORAL A FAVOR DE LA MADRE EN LOS SUPUESTOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

Considerando que desde que el Sr *** tuvo conocimiento del embarazo de la Sra *** le negó su apoyo y el reconocimiento de su obligación, desde ese momento existió un daño moral hacia la demandante, quien tuvo que afrontar sola con la ayuda de su familia su embarazo y el nacimiento de su hija, pues no contó con el apoyo moral, espiritual y económico del demandado, como era lo correcto, pese a su condición de casado. Es más el demandado se ha excusado en su estado familiar para dudar de su paternidad y de la moralidad de la demandante, es decir que por haber creído la demandante en los sentimientos exteriorizados por él y en la supuesta infelicidad conyugal del demandado, le hace inferir que su moralidad está en entredicho y por lo tanto puede sostener otra u otras relaciones maritales; argumento propio de una mentalidad estereotipada y discriminatoria, propia de sociedades como las nuestras. Ante ello, cabe acotarse, que sí bien es cierto la relación sexo-afectiva de las partes se encontraba al margen de las conductas esperadas dentro del matrimonio, del señor *** debe tomarse en cuenta la duración de esa relación, que en manera alguna podría calificarse de efímera o circunstancial, debiendo ambos asumir las responsabilidades y consecuencias de sus propios actos, lo que hizo la demandante, no así el señor ***, quien con su conducta e indiferencia, afectó los más íntimos sentimientos de la señora *** de quien no puede decirse que por su condición de madre soltera no ha sufrido el rechazo y la humillación al no ser apoyada afectivamente por el padre de su hija, con lo que además de llevar el estigma de madre soltera se le recrimina el hecho de tener un hijo de un hombre casado.

Que el daño moral, aunque de difícil comprobación no estriba en que el demandado haya hecho promesas o no a la señora *** sino en mantener una relación por más de cuatro años a consecuencia de la cual se engendró una hija a la que éste no quiso reconocer dudando

de su paternidad, precisamente por ser él un hombre casado. En la apelación se alega además que por ese hecho no podía controlar la vida sexual de la señora ***; tal afirmación coloca a la demandante y a la esposa misma del apelante en una relación de desconfianza entre iguales y de dependencia, cuya conducta ha de ser supervisada por el cónyuge o conviviente.

De lo expuesto podemos concluir que el rehuir y desconocer a la hija producto de su relación con la demandada, ocasionó los daños reclamados, sin que exista causa justificada o dudas fundamentadas para ese accionar ilegítimo con lo que se acredita la pretensión de la señora ***.

(Cam. Fam. S.S. cuatro de marzo de dos mil cinco. Ref. 88-A-2004)

Con respecto a la falta de reconocimiento, se ha sostenido doctrinariamente que el derecho vulnerado es el relativo a la personalidad, la falta de identidad respecto del hijo, reconocido en los Arts. 350 y 351 C.F. Sobre el daño moral a favor de la madre no hay uniformidad en los criterios doctrinarios e incluso se ha sostenido que ésta no puede más que reclamar daño material; pero en nuestra legislación dicha discusión resulta innecesaria en tanto la misma ley ha reconocido el derecho de la madre para solicitar indemnización por daño moral a su favor Arts. 2 Cn. y 150 C.F.; en ese sentido esta Cámara entiende que el derecho lesionado, no es otro que la afectación en los sentimientos y dignidad de la mujer al tener que instar la intervención judicial para lograr que su hijo obtenga el emplazamiento filial que reclama y que por lo tanto, no es valuable pecuniariamente, porque se trata de una vulneración a la esfera íntima de la Sra. ***. No obstante la jurisprudencia nacional y extranjera, consideran que ese daño es resarcible económicamente, dejando a la prudencia del juzgador la fijación de su monto dadas las circunstancias de cada caso.

(Cam. Fam. S.S., veintiséis de enero de dos mil seis. Ref. 174-A-2005)

5.3.4.2.4. PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

Por otro lado, la idea de la declaratoria de la unión no matrimonial (Art. 118 C.F.) como requisito indispensable para el goce de la indemnización estipulada en el Art. 150 C.F., por motivo de la declaratoria judicial de paternidad, no es atendible jurídicamente pues no tiene nada que ver con la declaratoria de paternidad. Es cierto, que dentro del proceso de declaratoria de paternidad, pueden alegarse y demostrarse hechos de convivencia, entre otros motivos (v.gr. posesión de estado de hijo) como presupuesto para determinar la paternidad. Sin embargo, no es necesario, que se declare la unión no matrimonial, para luego, gozar del derecho a la indemnización prescrita en el Art. 150 C.F. pues esta puede pedirse en todos aquellos casos en que existiere una negativa o una falta de reconocimiento de la paternidad.

*(Cam. Fam. S.S. trece de febrero de dos mil cinco. Ref. 70-A-2004)*²⁰

De lo dicho se advierte que ha existido cierto grado de apoyo material por parte del demandado hacia la madre del menor ***, lo cual no implica que no se haya configurado en el proceso el daño moral alegado por la demandante, pues el Sr ***, nunca reconoció a su hijo, pese a que además de conocer su nacimiento, se iniciaron diligencias de reconocimiento provocado como consta a fs. ... y no requería una petición expresa de la demandante, sin dar razones válidas para no efectuar el reconocimiento, negándole al hijo la identidad paterna y dudando que la madre en esa misma época se relacionara con otro hombre, sin fundamentar esas afirmaciones; lo que ha producido una afectación a sus sentimientos, puesto que confió en que el demandado la apoyaría y reconocería la paternidad de su hijo.

(Cam. Fam. S.S. veintitrés de febrero de dos mil cinco. Ref. 160-A-2004)

²⁰. Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN LOS SUPUESTOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.2 y COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL DEMANDADO Y NEGATIVA DE SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN., numeral 5.3.5, ambos de la parte sustantiva.

El artículo anterior (refiriéndose al ARt. 150 inc. 2° C.F) encuentra base constitucional en el Art. 2 inc. 3° Cn., que expresa: "... **Se establece la indemnización conforme a ley, por daños de carácter moral**". Esta Cámara ha sostenido en pretéritas sentencias que la omisión de reconocer a un menor, implica una afectación sentimental para la madre y el (la) hijo (a), la cual debe ser evaluada a efecto de determinar si procede o no la indemnización. No se evalúa el estado psicológico de la solicitante y su hijo (a), sino más bien las condiciones en las cuales ocurre la situación, ya que podría darse el caso en que el reconocimiento no se diera por omisión u oposición de la madre, por no comunicar al padre su estado de gravidez, no teniendo lugar en este caso la indemnización. (...)

Contrario a lo que sostuvo en la contestación de la demanda, el Sr. *** al ser entrevistado por la Licda. *** (fs. ...), aceptó haber sostenido relaciones sexuales con la Sra. *** desde enero de dos mil cuatro hasta marzo del mismo año; que ambos tenían pareja formal, por lo que cuando la demandante le informó que estaba embarazada no le creyó, luego perdieron todo tipo de contacto.

Entonces, el mismo Sr. *** aceptó conocer del embarazo de la Sra. ***, ante lo cual tomó una actitud negativa al no creerle, argumentando que ella tenía "novio formal", pero en el proceso no probó que efectivamente en ese momento la demandante mantuviera relaciones sexo afectivas con otra persona, lo cual hubiera podido generar una duda razonable de su paternidad respecto de la menor ***.

Aún y cuando el demandado no se negó a someterse a la prueba de A.D.N., se estableció su negativa a colaborar y apoyar a la Sra. *** cuando ésta le manifestó su estado de gravidez, teniendo que afrontar sola su maternidad, por lo cual consideramos que independientemente del compromiso del demandado con su conviviente debió asumir de manera responsable su paternidad y al no hacerlo efectivamente se ha causado un daño moral o afectación a los sentimientos de la Sra. ***, el cual deberá ser resarcido por el Sr. ***.

(Cam. Fam. S. S., diez de marzo de dos mil seis. Ref. 135-A-2005)

Es importante señalar que en el escrito de apelación se acepta la procedencia de la indemnización por el daño moral y sólo se discute

el quantum de la misma, lo que no está condicionado per se a la capacidad económica del obligado, pues su fijación queda librada a la discrecionalidad del juzgador (a), puesto que la ley no establece reglas para ello; por tanto para su establecimiento ha de tomarse en consideración entre otros aspectos la gravedad del daño, la edad del hijo o hija y las condiciones de vida de ambos progenitores y del hijo(a). La cantidad que se impuso en este proceso (***) debe ser factible de pago, por cuanto, las sentencias deben cumplirse (...)

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de octubre de dos mil seis. Ref. 214-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., once de diciembre de dos mil seis. Ref. 218-A-2005

Cam. Fam. S. S., doce de julio de dos mil siete. Ref. 206-A-2006.

Además de lo anterior es preciso valorar el comportamiento procesal del demandado a lo largo del proceso, el cual podemos calificarlo como pernicioso, lo que no abona en nada a la solución del conflicto; se ha pretendido atenuar el mismo haciéndolo ver como producto de un problema de salud cerebral consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en el año de mil novecientos noventa; es decir, previo al nacimiento de *** (siete de noviembre de mil novecientos noventa y tres); sobre ello los compañeros de trabajo del demandado afirmaron a la Trabajadora Social que a raíz de dicho accidente éste presentó problemas neurológicos que afectaron sus relaciones interpersonales, al adoptar actitudes de agresividad y hostigamiento –es decir problemas de carácter-, pero no refieren que a consecuencia de ese evento el demandado haya perdido sus capacidades mentales; es más, el hecho de que continuase laborando, lo ubican en una condición de capacidad mental que le permite discernir sobre sus actos ya que difícilmente se le permitiría ejercer su profesión (Doctor en Medicina) si tuviese algún tipo de limitante mental, dado lo delicado de su ejercicio y de lo cual nada refirieron las fuentes colaterales, lo que nos hace presumir fuertemente que el demandado no presentó la incapacidad alegada, de ser así difícilmente se permitiría en un Hospital Nacional que ejerciera su profesión; puesto que sus colegas serían quienes se encontraban en mejores condiciones (por sus conocimientos médicos)

para apreciar la discapacidad alegada, por lo que no resulta lógico afirmar que su capacidad mental se había reducido, pues de ser así no se le hubiese permitido laborar, lo único que se afirma es que por ello el demandado presenta conductas de agresividad, lo que no podemos asimilarlo a una capacidad mental reducida.(...) A pesar de lo anterior, el estudio psicológico practicado por el Lic. ***, concluyó que el demandado es una persona normal, consciente y responsable de sus acciones; en ese sentido y aunado a lo dicho en los párrafos precedentes, no resultan valederas las afirmaciones realizadas en la apelación que pretenden colocar al demandado en una especie de inimputabilidad y que por esa condición se le excluya de responsabilidad; por otra parte, tal como lo afirmó la Licda. ***, el demandado no ha sido declarado incapaz, es más realiza labores ordinarias como su ejercicio profesional de médico sin ningún tipo de limitante; en consecuencia es improcedente eximir de responsabilidad al Sr. ***, máxime cuando consta que el niño *** durante casi trece años careció de filiación paterna y que el Sr. ***, frente al embarazo de la Sra. ***, asumió una actitud totalmente pasiva, despreocupándose de la situación y condición de la demandante y de su hijo. Debemos resaltar que según refirió el citado niño a los profesionales del Equipo Multidisciplinario, fue hasta la audiencia preliminar que conoció a su padre, habiendo carecido durante todo este tiempo de los cuidados, protección y afecto de su padre, a pesar de que aquél conocía de su existencia, ello sin duda ha generado un daño en la psique de ***, que merece ser reparado y aún cuando el mismo no puede ser valuado económicamente, constituye un aliciente para la reparación del daño infringido.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de febrero de dos mil siete. Ref. 132-A-2006)

(...) debe existir una proporcionalidad y racionalidad entre el hecho que se pretende reparar y la medida reparadora (indemnización) y aún cuando en autos no se presentó ningún medio que acredite cual es la condición del demandado, ni se hizo reparación en el monto reclamado como daño moral, pues se pide la suma de *** DOLARES (\$***) globales para daño moral y material, consecuentemente es procedente decretar la indemnización por daño moral considerando que durante cuarenta y cuatro años el señor *** careció de filiación

paterna (derecho al uso del apellido paterno en sus relaciones familiares y sociales); pero minimizando el daño por el hecho de haber reconocido públicamente desde su adolescencia que el señor *** era su hijo (posesión notoria de estado de hijo), aún cuando prescindió hacerlo de forma legal.

(Cam. Fam. S.S., veinticuatro de abril de dos mil siete. Ref. 231-A-2006)

6.- Que sobre el primer aspecto, la Cámara es del criterio que procede en el caso *sub judice* imponer una condena indemnizatoria al demandado, por las razones siguientes: a) porque si bien el demandado reconoció voluntariamente al demandante mediante escritura pública, dicho reconocimiento fue tardío, en el sentido que se realizó antes de la contestación de la demanda, pero después de la presentación de la misma; habiendo esperado 20 años, para hacer dicho reconocimiento, presumiblemente bajo la presión de la demanda presentada, de la cual probablemente tuvo conocimiento extrajudicialmente, antes de ser emplazado; b) porque si bien en la sentencia pronunciada formalmente hubo un acto de tener por reconocido al demandante, tal pronunciamiento para todo efecto práctico equivale a una declaración judicial de paternidad.

*(Cam. Fam. Ote., veintidós de diciembre de dos mil ocho. Ref. AP. 191(17-12-08) C9.3)*²¹

5.3.4.2.5. RELATIVIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

Ahora bien, en repetidas ocasiones esta Cámara ha sostenido que la omisión de reconocer a un hijo y hacerlo hasta que se inicia el proceso de declaratoria judicial de paternidad, ante el Tribunal competente, no desvirtúa por sí sola la responsabilidad por el daño moral ocasionado a la madre y al hijo(a) ya que para que se de el reconocimiento fue necesaria la promoción del proceso, lo que implica un desgaste no sólo de la actividad jurisdiccional, sino también para la parte accionante –en este caso para la Sra. ***-, pudiendo reconocerla

²¹. Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: RELATIVIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.5 de la parte sustantiva.

sin necesidad de seguir el proceso, por lo que el actuar del demandado debe ser evaluado a efecto de determinar en cada caso concreto si procede o no la indemnización. (...)

Cuando exista duda respecto de la paternidad que se atribuye, esa duda debe tener asidero en hechos probados y no ser producto de la simple imaginación del supuesto padre o en el peor de los casos de su deseo de no obligarse para con el hijo(a), puesto que en el caso concreto es razonable pensar que debido a que en la época de la concepción ambas partes compartían por diferentes circunstancias la misma casa, lugar donde también sostuvieron relaciones sexuales, era muy probable pensar que el demandado fuera el padre de la criatura, a menos de que se probase que la madre (en esa época menor de edad), mantuviera una relación sexual con otra u otras persona(s), lo que no se estableció en autos, sin embargo debe ponderarse la disponibilidad –en principio– del demandado de colaborar con los gastos de la menor y responsabilizarse de la paternidad siempre y cuando el resultado del ADN. fuere positivo, lo que a nuestro juicio no constituye un reconocimiento tácito de la niña. (...)

En consecuencia, analizadas las circunstancias del caso, la actitud omisa del demandado frente a sus responsabilidades como padre, tanto afectivas como económicas, podemos vislumbrar que la negativa al reconocimiento fue motivada por hechos no comprobados en el proceso. Sin embargo dicha negativa no fue expresa ni categórica, sino más bien condicionada –desde el principio– al resultado de la prueba de ADN, estando dispuesto el demandado a someterse a dicha prueba y dependiendo del resultado asumir su responsabilidad, esa circunstancia atempera la negativa e incide en el quantum de la indemnización fijada a favor de la Sra. *** y su menor hija reduciendo la cantidad establecida, tomando en cuenta además las condiciones de vida de cada una de las partes y la efectividad en el pago de la indemnización.

(Cam. Fam. S.S., nueve de junio de dos mil seis. Ref. 5-99-2005)

Este tribunal sostiene que en casos como el sub lite se debe analizar la situación fáctica planteada y el material probatorio tomando en cuenta las consideraciones siguientes:

- En las relaciones sexuales esporádicas cabe la duda razonable acerca de la paternidad, independientemente de la condición o estado familiar de los involucrados.
- No toda duda amerita exonerar de la responsabilidad en la indemnización por el daño moral a la madre y/o al hijo/a.
- Debe tratarse – en realidad – de una duda razonable fundada en hechos probados o actitudes o gestiones realizadas para desvirtuarla, lo cual variará en cada caso concreto.
- Para desvirtuar esa duda y poder exonerar de la indemnización correlativa, el que la alegue tiene que relatar los hechos en que fundamenta la expresada duda, y probar tales hechos, con expresión de las gestiones pertinentes realizadas para despejar la mencionada duda. (...)

De lo expuesto se advierte el comportamiento irresponsable del demandado, quien siendo casado sostuvo relaciones con la demandante sin tomar ningún tipo de precauciones para evitar un embarazo no deseado. La señora *** también tiene culpa en la consecuencia de esas relaciones y por ello la indemnización por el daño moral deberá ser proporcional al comportamiento de cada uno de los progenitores del niño de quien se trata. Es decir que esos comportamientos – de la demandante y el demandado – no justifican que el señor *** sea exonerado de indemnizar el daño causado al niño *** y a la madre de éste; pues al sostener relaciones sexuales con la demandante en la forma en que lo hicieron fue natural el embarazo producto de esas relaciones. Poco importa a ese respecto las dudas afirmadas por el demandado. Por otra parte el hecho de que la señora saliera acompañada en el mismo período que se dio la concepción con otra persona de sexo contrario; lo que fue aceptado por ésta a Fs. ..., aunque negó que tuviera relaciones con esa persona; aun y cuando esto pudo generar duda en el demandado respecto de su paternidad, no lo excluye de la sanción legal, en tanto que la demandante como cualquier mujer puede aceptar el ser acompañada de persona del sexo contrario y ese sólo hecho no da lugar a prejuzgar que han tenido relaciones sexuales. Aceptar ese hecho sería sentar nefastos precedentes para casos futuros.

Respecto a la duda de la paternidad del menor *** expresada por el señor *** ante la Procuraduría General de la República (Fs. ...), no basta para soslayar la responsabilidad familiar, que únicamente exprese

la duda acerca del nexo biológico filial, aunque fuere razonable. Es preciso que el pretendido padre que alega la duda, narre los hechos en que la fundamenta; y además, es necesario que los compruebe, relacionando las acciones positivas que realizó ante las instancias administrativas y judiciales para desvirtuar esas dudas. Amén de los esfuerzos extrajudiciales para practicarse las pruebas científicas tendientes a desvanecer esas dudas, pues no es razonablemente válido exponer la duda y observar una conducta evasiva u omisiva frente al problema: esa conducta no es propia de un buen padre de familia y debe ser sancionada en el fallo.

Dicha duda en el *sub lite* podría haberse aceptado si el demandado hubiese realizado actos tendientes a desvirtuarla. En consecuencia la responsabilidad del demandado sólo será atemperada, pero no exonerada, pues como ya se dijo ambas partes realizaron comportamientos irresponsables, y será en esa medida que se otorgará a la madre la indemnización por el daño moral.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 52-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., once de diciembre de dos mil seis. Ref. 218-A-2005

(...) Efectivamente, como lo sostiene el juez a quo, no se comprobaron las conductas por las que el demandado se negó a reconocer al señor ***, ni en qué momento éste se dio cuenta de la existencia de su hijo, pero esas circunstancias si bien atenúan el grado de responsabilidad no lo eximen, por cuanto el mismo apelante reconoce en la contestación de la demanda, así como en la contestación de los argumentos de la apelación, que tenía conocimiento de la existencia del señor ***, a quien incluso le dio el trato de hijo, pero a pesar de ello no lo reconoció legalmente como tal, al omitir asentarle como su hijo en el Registro respectivo; por otra parte el mismo apelante reconoce en la contestación de la demanda que ha sostenido al señor *** como su hijo, estado familiar que también reconoció (aceptó) su familia(Fs...); ello a nuestro criterio es una confesión de la omisión de la conducta esperada, cual es haber efectuado el reconocimiento del hijo sin que hubiese sido necesario instar a la actividad del órgano jurisdiccional.

Se manifiesta en la demanda y se acepta en la contestación que el señor *** públicamente trató al señor *** como su hijo, esto en alguna medida disminuye el daño moral; pero también podemos inferir que el sólo hecho de no haber reconocido legalmente al señor *** implicó un trato desigual con los restantes miembros del grupo familiar y una vulneración de los derechos reconocidos en la Constitución, la Convención Sobre los Derechos del Niño y las leyes secundarias, Arts. 351 N° 3 C.F..

(Cam. Fam. S.S., veinticuatro de abril de dos mil siete. Ref. 231-A-2006)

(...)somos del criterio que la madre del menor si bien se ha visto afectada por la falta de reconocimiento de su hijo, y por las dudas que manifestó tener sobre ella el demandado aduciendo la existencia de otras parejas de ella, también se debe valorar el hecho irrefutable y comprobado en el proceso que recibió apoyo económico por parte del señor *** durante su embarazo y a la hora del nacimiento del menor, aportando incluso el demandado ayuda económica en efectivo para el menor los primeros meses de vida de éste, ayuda que después se disminuyó en aportes en especies para el mismo. Asimismo, el menor si se ha visto afectado por la negativa de su padre a reconocerlo, hasta que se activó el Órgano jurisdiccional pero únicamente con respecto al reconocimiento de paternidad, ya que como lo hemos mencionado ut supra, ha recibido apoyo económico de su padre, es decir, que no puede decirse que ha existido un desamparo o un abandono por parte del demandado para con su menor hijo, ni tampoco desatención absoluta a su rol de padre, aunque no lo haya reconocido.

(Cam. Fam. S.S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 188-A-2006)

Que en cuanto al monto indemnizatorio establecido, la Cámara es del criterio que adolece del defecto que la a quo lo fijó sin ocupar los parámetros para su determinación. La jurisprudencia de la Sala de lo Civil ha sido clara, al respecto, en precisar que queda librada a la prudencia y ecuanimidad del juzgador determinar el monto indemnizatorio pero para fijarse debe actuarse con sentido de equilibrio a efecto de no incurrir en exceso o defecto. Algunos elementos objetivos que

pueden tomarse en consideración para fijarlo, según la jurisprudencia, son: la edad del hijo; las condiciones personales, la situación familiar y la relación social de la víctima; la tranquilidad y la paz perturbadas como signo de convivencia. En el caso *sub judice* es difícil valorar la mayoría de estas circunstancias porque las partes no aportaron pruebas sobre tales extremos; sin embargo, del estudio de todo el proceso, se infiere que el demandado, en comparación con el actor tiene condiciones personales desventajosas, pues mientras el actor es una persona de 21 años de edad, el demandado es ya un adulto mayor que según se alegó en la contestación de la demanda y en el escrito de apelación, se encuentra bastante enfermo. Vale subrayar que si bien las pruebas sobre este punto presentadas por el impetrante son extemporáneas, la parte actora en ningún momento se pronunció desvirtuándolos. Además, el demandado es prácticamente iletrado, (fs. 58 vto. *ibid*). Y no se ha probado que tenga una capacidad económica sólida, en cuanto a ingresos y propiedad de bienes, ya que ni siquiera pudo hacerse efectiva la anotación preventiva de la demanda (fs. 44 *ibid*).

Que no obstante lo anterior, la Cámara reconoce el derecho del demandante a ser indemnizado por no haber sido reconocido oportunamente, lo cual indiscutiblemente, le ha ocasionado daños morales, no habiéndose establecido, mediante el mecanismo correspondiente que se le hayan ocasionado daños materiales.

(Cam. Fam. Cte., veintidós de diciembre de dos mil ocho. Ref. AP. 191(17-12-08) EJ.3) 22

5.3.4.2.6. DESESTIMACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

En relación a lo que sostiene el Lic. *** sobre el reconocimiento de paternidad "intra proceso" cuando ya existe un resultado de la prueba de A.D.N., en pretéritas sentencias esta Cámara ha sostenido que la omisión de reconocer a un hijo (a) hasta que se inicia el proceso de declaratoria judicial de paternidad, implica efectivamente un desgaste

22. Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD., numeral 5.3.4.2.4 de la parte sustantiva.

y afectación emocional, tanto para la madre como para el hijo (a). En la especie, se debe valorar si la Sra. *** y la menor *** han sufrido el daño alegado, a efecto de decidir si procede la indemnización, pues dentro del proceso el Sr. *** no mostró un total rechazo hacia la menor, sino que desde la contestación de la demanda expresó que estaba dispuesto a reconocer a la menor siempre y cuando mediara la prueba científica del A.D.N., pues tenía dudas sobre la paternidad debido a que no obstante la Sra. *** se separó de su esposo, éste continuaba viviendo en la misma casa que la demandante. (...) A pesar de las particulares circunstancias en que la niña fue concebida, el demandado mostró dentro del proceso disponibilidad de colaborar con los gastos de la menor y responsabilizarse de la paternidad siempre y cuando el resultado de A.D.N. fuere positivo, lo que a nuestro juicio es una negativa justificada a realizar el reconocimiento de la niña, quien fue concebida en una época en la cual la Sra. *** no se había divorciado de su esposo y al mismo tiempo sostenía relaciones sexuales con el Sr. ***. (...)

Aunque efectivamente ha existido una negativa por parte del demandado a reconocer a la menor ***, éste se ha condicionado –desde el principio– al resultado de la prueba del A.D.N., pues la duda del Sr. *** surgía a raíz de que la demandante vivía en la misma casa con su esposo, por lo que debe considerarse que existió cierto grado de acercamiento entre ellos que dio lugar a esa duda, es más, cuando la niña nació la demandante continuaba casada con el Sr. ***. Consta además a fs. ... en la declaración rendida por la testigo ***, que el Sr. *** ha visitado en tres ocasiones a la menor ***, lo que demuestra cierto grado de interés del demandado en conocer y saber de la niña, por lo que no es procedente confirmar el punto que declaró la indemnización por daño moral hacia la menor y la madre Sra. ***.

(Cam. Fam. S. S., nueve de mayo de dos mil seis. Ref. 177-A-2005)

Esta Cámara considera que la absolución de tal pago - indemnización del daño moral- procederá en aquellos casos en los que el padre demuestre haber realizado las gestiones pertinentes encaminadas a despejar las dudas respecto a la paternidad que se le atribuye o que pueda atribuírsele, caso contrario, como el sub lite, en el que es evidente el desinterés del Sr. *** por atender a su hijo desde el momento de

la concepción hasta en la actualidad no es procedente relevarlo del pago de esa indemnización, aun y cuando debe considerarse que al momento del embarazo y parto era menor de edad y la madre era mayor de edad,(...)

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de julio de dos mil siete. Ref. 203-A-2005)

En el *sub lite*, los hechos alegados en la demanda respecto a la pretensión de declaratoria judicial de paternidad no encajan en la hipótesis legal prevista en el Art. 150 C. F. inciso final, por cuanto el Sr. *** reconoció voluntariamente al niño ***, el día veintidós de junio de dos mil seis, según consta de la copia del testimonio de Escritura Pública de Reconocimiento, agregada a fs. ..., celebrada ante el notario **** y presentado al Registro del Estado Familiar de esta Ciudad el veintiséis de junio de ese mismo año, según consta del boleto de presentación agregado a fs. ... Además a fs. ...se agregó la certificación de la partida de nacimiento del menor ***, en la que consta que es hijo de las partes, inscripción hecha el veintiséis de junio de dos mil seis.

Por lo dicho en el párrafo precedente, es irrelevante entrar a valorar la prueba de ADN agregada a fs. ..., prueba que se efectuó el treinta y uno de mayo de dos mil seis.

Sobre lo que cabe hacer hincapié en la especie, es que el reconocimiento y su inscripción se efectuó mucho antes de que el reconociente fuera emplazado de la demanda, como ya se dijo, consta que el emplazamiento se efectuó el veintidós de noviembre de dos mil seis, eso es seis meses posteriores a la inscripción del reconocimiento de paternidad; evitando con ello la condena en daños morales, pues quedó desvirtuado el presupuesto exigido en el Art. 150 C. F.(...)

En resumen; a criterio de esta Cámara es procedente revocar la sentencia en el punto que establece indemnización por daños morales, por el pretérito reconocimiento de la paternidad verificado por el demandado, como ya se dijo la pretensión devino improcedente ya que la demanda inicialmente reunía los requisitos de fondo y forma para ser admitida y tramitada; y en cuanto a los daños materiales a cargo del Sr. *** no se aportó la prueba por tanto también es procedente revocar su establecimiento y así se decretará en el fallo.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de noviembre de dos mil siete. Ref.: 71-A-2007).

5.3.4.2.7. PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD.

Al respecto, tal como lo ha sostenido este tribunal y la Sala de lo Civil, en sintonía con otras decisiones jurisprudenciales de tribunales de familia, doctrina nacional como extranjera, el daño moral generalmente no requiere prueba específica, bastando que se establezcan los hechos generadores. No es necesario un peritaje psicológico para la demostración del daño moral. Ello no implica que se descarte la utilidad del estudio psicológico por parte del equipo multidisciplinario, ya que de efectuarse, éste eventualmente podría arrojar alguna explicación sobre la condición emocional del damnificado, como en ocasiones ha ocurrido. Esto significa que no se debe confundir el daño psicológico con el daño moral.

*(Cam. Fam. S.S. diez de febrero de dos mil cinco. Ref. 10-A-2005)*²³

Es preciso referir que sobre el punto discutido (Declaratoria Judicial de Paternidad), los testigos no aportaron mayores elementos amén de la declaración de la Sra *** (madre de la demandante), quien manifestó la angustia de la demandada (debió decir demandante) ante su embarazo y el comportamiento del padre de la niña; sin embargo en razón de la naturaleza de la pretensión el daño se acreditó con la falta de reconocimiento oportuno; las actitudes pasivas demostradas por el padre al no instar las acciones tendientes a esclarecer su paternidad, aunado a los estudios practicados en el caso, los cuales nos ilustran sobre la realidad planteada para decidir al respecto.

(Cam. Fam. S.S., veintiséis de enero de dos mil seis. Ref. 174-A-2005) (Ambos paréntesis nos pertenecen).

En el *sub judice* como lo reconoce la parte actora no fue necesario la promoción de un proceso de Declaratoria Judicial de Paternidad para que la señorita *** obtuviese el reconocimiento de su padre señor ***, por cuanto el mismo se efectuó de forma voluntaria con fecha trece de febrero de mil novecientos setenta y seis, a través

23. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: DIFERENCIA DE DECLARATORIA JUDICIAL CON FILIACIÓN INEFICAZ, numeral 5.1.3 y AUTENTICIDAD DEL REGISTRO, numeral 7.3.1, ambos de la parte sustantiva.

del otorgamiento de testamento, acto que se celebró ante los oficios del notario ***, dicho reconocimiento se inscribió en el correspondiente registro con fecha quince de marzo de dos mil uno, es decir posteriormente a la lectura del testamento situación por la que concluimos que el reconocimiento se efectuó cuando la señorita *** tenía seis años de edad y se inscribió cuando ella era de treinta y un años de edad, casi un año después del fallecimiento de su padre, al efecto confróntense Fs. 16/18.

Es decir que la acción antijurídica para la reclamación del daño, no se constituye en el caso de autos, por cuanto el reconocimiento de paternidad fue voluntario y no fue necesario instar la actividad del órgano jurisdiccional es por ello que la misma parte actora ha sido sumamente cuidadosa al referir que la reclamación por daños es por la omisión de informar sobre dicho reconocimiento y por no haberlo asentado oportunamente; al respecto es preciso señalar que tales hechos no son constitutivos de reclamación por daño moral. Como sabemos el testamento surte efecto después de la muerte del testador y por lo tanto la inscripción sólo se podía verificar al conocerse la voluntad del testador. La normativa familiar establece el pago de daño moral en los supuestos de nulidad matrimonial, declaratoria judicial de paternidad, en consecuencia la reclamación no tendría sustento legal, por cuanto la conducta del testador en principio no encuadra en la hipótesis prevista en la ley.

No obstante lo anterior esta Cámara con amplitud de criterio ha sostenido que procede establecer indemnización por daño moral en otros supuestos diferentes a los enunciados expresamente, pero ello ha sido de carácter excepcional cuando de la gravedad de los hechos, el daño resulta plenamente acreditado, haciendo una aplicación directa e inmediata del Art. 2 inc. 3° Cn., que dispone: "Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral".

En precedente caso, con características similares, aunque no idénticas al sub judice, esta Cámara ordenó el pago de indemnización por daño moral, pese a que el reconocimiento se efectuó previamente a la promoción del "proceso de declaratoria judicial de paternidad", en

razón de que la parte demandada al contestar la demanda de paternidad en sentido negativo -aún cuando ya la había reconocido- negó ese hecho en sede judicial y sólo dio a conocer el reconocimiento al juzgador hasta que se obtuvieran los resultados de la prueba de ADN que concluían la paternidad del demandado. En el caso en comento para efectivizar el reconocimiento fue necesario instar la actividad del órgano jurisdiccional promoviendo el proceso de paternidad, situación que no acontece en autos ya que para efectivizar el reconocimiento no se instó la actividad jurisdiccional, además consta que la actora fue reconocida por el causante, ostentando en la mayor parte de su vida -cuando aún no se había efectivizado el reconocimiento- la calidad de hija del señor ***.

El mismo causante al momento de reconocer a la señorita *** expresó que siempre había reconocido la calidad de hija de aquella, reiterándolo en dicho instrumento, quedando demostrado en el proceso que el causante le proveyó y satisfizo ampliamente sus necesidades, al punto de tener en su poder muchos documentos en los que constan obligaciones contraídas por terceros a favor del causante, situación aceptada por la misma demandante.

Por otra parte, de las declaraciones de los testigos presentados por la parte actora, se aprecia la concordancia de sus testimonios, al afirmar que el señor ***, era quien proveía y satisfacía las necesidades materiales de la señorita ***, además de reconocer el estrecho lazo afectivo que existía entre ambos, lo que en cierta medida implicó el reconocimiento social (de hecho) de hija, aunado al reconocimiento jurídico que ya existía -es decir aún cuando no se había inscrito ya había nacido jurídicamente, en consecuencia no existe acción antijurídica que reparar.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de octubre de dos mil siete. Ref. 3-99-2006)

5.3.4.3. DAÑO MATERIAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

En cuanto al daño material, debemos recordar que dentro de este se incluyen todos aquellos gastos que se generen durante la gestación, el parto y post parto, o sea, que dentro de éstos tenemos los gastos del control prenatal, gastos del parto (médicos y medicinas).

Además para la comprobación de este daño es necesaria la presentación de material probatorio pertinente y conducente para tal efecto (facturas o recibos de pagos) y cualquier otro medio de prueba.

(Cam. Fam. S.S. veintitrés de febrero de dos mil cinco. Ref. 160-A-2004)

Relaciones: Cam. Fam. S.S., quince de mayo de dos mil siete. Ref. 197-A-2006.

Con los documentos presentados a fs. ..., se comprueba que efectivamente han existido gastos de embarazo, parto y post natales que han significado un desembolso constante para la Sra. ***, quien según dijo a fs. ..., había realizado un total de gastos de *** DÓLARES en el primer año de vida de la menor, incluyendo gastos de control de vacunas, medicamentos, gastos de laboratorio, vestuario y calzado. Por lo que sumado a los gastos de nacimiento de la niña se hace un total aproximado de *** DÓLARES (\$***). Por tanto, siendo ambos progenitores los responsables de tales gastos –dentro de sus capacidades económicas– consideramos que la cantidad fijada a cargo del demandado es el porcentaje que le corresponde cubrir, por lo que es procedente confirmar la sentencia en ese punto.

(Cam. Fam. S.S., nueve de mayo de dos mil seis. Ref. 177-A-2005)

En cuanto a la indemnización por daños materiales solicitados en la demanda, del cual no hubo un pronunciamiento expreso en la sentencia; debemos decir que la carga probatoria en este caso le correspondía a la parte actora presentando la prueba pertinente a fin de establecer ese daño, en el sub lite solamente se expresó en la demanda que el señor *** ayudó a la demandante con los gastos pre natales, lo cual contradijo la testigo, señora *** a fs. 58 quien mencionó que el demandado nunca ayudó a la hija; de lo que consta en el proceso se advierte que los gastos de la menor siempre han sido cubiertos por la madre; en conclusión no se presentó la prueba documental ni testimonial pertinente para establecer el daño material, que ocasionó a la solicitante el embarazo y posterior parto de la niña siendo procedente declarar sin lugar el reclamo de los daños materiales.

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de octubre de dos mil seis. Ref. 214-A-2005)

(...) consideramos que hubo error de parte del a quo, en cuanto a establecer dicha cantidad, ya que la suma fijada corresponde tanto a daños morales como **materiales**. Sin embargo en relación a éstos últimos tiene que señalarse la suma reclamada y ofrecerse y presentar oportunamente la prueba correspondiente, lo cual no ocurrió en la especie, por tanto, tal cantidad deberá comprender únicamente los daños morales ocasionados, debiendo declararse en esta instancia sin lugar la indemnización por daños materiales, por no haberse comprobado su cuantía.

(Cam. Fam. S. S., doce de julio de dos mil siete. Ref. 206-A-2006)

5.3.5. COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL DEMANDADO Y NEGATIVA DE SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN.

Por último, como lo ha sostenido reiteradamente esta Cámara y es aplicable en el sub lite, el demandado no sólo ha negado su paternidad, sino que evadió la posibilidad para demostrar que no era el padre, negándose a someterse a la práctica de las pruebas científicas determinantes de la paternidad, lo cual hubiera permitido excluirlo como padre, por lo que debió ser él, el más interesado en su práctica.

En relación a la negativa del padre a reconocer la paternidad y a practicarse la prueba de ADN, nuestra Ley prescribe en el Art. 140 inc. segundo LPr.F. "La negativa de la parte o de su representante legal, en su caso, a la práctica de estos exámenes, deberá ser apreciada por el Juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica". Es decir, que la negativa del supuesto padre para practicarse la prueba científica, traerá como consecuencia que dicha negativa puede ser estimada como un elemento probatorio por el Juez al dictar la sentencia aunado a los demás elementos que ya obran en el proceso.

Esa norma jurídica, parte de la premisa, que con los avances de la ciencia, puede determinarse el nexo biológico entre padre e hijo con una probabilidad del 99.99 %, es decir una paternidad prácticamente probada. Con esa contundencia, la experiencia indica que las personas demandadas para impedir que se pruebe su filiación con el reclamante, se niegan a la práctica de dichas pruebas sin motivos que justifiquen su negativa, lo que se considera una obstrucción a la justicia, al derecho del niño a determinar su filiación y conlleva a tener por establecida la

existencia de la filiación paterna reclamada.

(Cam. Fam. S.S. veinticinco de enero de dos mil cinco. Ref. 137-A-2004)

Por otro lado, en la nueva doctrina procesal, se ha hecho eco de la idea que la conducta procesal de las partes debe valorarse al momento de fallarse, nos referimos, a que en el sub lite, debe también considerarse lo expresado en la contestación de la demanda y otras actuaciones negativas del demandado a lo largo del proceso. El señor *** por medio de su apoderado, en reiteradas ocasiones afirmó que no había sostenido relaciones sexuales con la madre de la niña **. La vehemencia de las afirmaciones llega al grado de negar rotundamente todo tipo de vinculación con la madre y su hija, aspectos que se desdican con la prueba de ADN la que también estuvo reticente a practicarse y todo ello sumado a la prueba testimonial, nos lleva a concluir que el demandado ha ocultado la realidad de los hechos en forma injustificada. Esta misma conducta es la que provocó a la Jueza, exhortar al demandado para que colaborara con el equipo multidisciplinario, lo que al parecer no acató.

La negativa incisiva de la paternidad a toda costa por parte del demandado, indica la presencia de una indiferencia hacia la madre y su hija, quienes lo único que pretenden es el ejercicio de un derecho contenido en el Art. 150 C.F., actitud que se torna más lastimosa, cuando la realidad indica todo lo contrario a lo esgrimido por el demandado.

En ese orden de ideas, la testigo *** (fs. ...), declaró que la señora *** y el señor ***, fueron novios, se veían frecuentemente, es decir, existía un deber moral de respeto, de consideración, en otras palabras, no era una relación pasajera entre desconocidos. La negación de la paternidad a ultranza por parte del demandado, no hace más que agravar su situación procesal y estimar no solo la existencia del daño si no a incrementar su monto. En cuanto más gravoso sea el daño, mayor será la cuantía de la indemnización.

(Cam. Fam. S.S. trece de febrero de dos mil cinco. Ref. 70-A-2004) ²⁴

24. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN LOS SUPUESTOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.2 y PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD., numeral 5.3.4.2.4, ambas de la parte sustantiva.

En los casos de declaratoria de paternidad como en el sub judice la oposición a la práctica de la prueba será valorada por el juzgador junto con los demás elementos probatorios que obren en el proceso, como un indicio que da lugar a establecer la filiación. El demandado trata de justificar su negativa en motivos religiosos. Pero esa circunstancia no fue demostrada por ningún medio y en todo caso con la literatura de la iglesia de los testigos de Jehová lo que no admite son transfusiones sanguíneas y con la prueba documental de dos miembros de dicha iglesia de fs. ... se ha probado que esa creencia se refiere exclusivamente a transfusiones sanguíneas propiamente dicha y no a toma de muestras de sangre para cualquier examen médico necesario, incluyendo el A.D.N.

De esta forma, no es dable tener por justificada dicha negativa, primeramente porque la referida prueba puede válidamente ser realizada mediante la obtención de otras sustancias como saliva, cabello, etc. (...): por lo que, resulta atinada la decisión de la a quo al ordenar por segunda vez su realización, con otro tipo de muestras diferentes a las sanguíneas y aún así el demandado no compareció a su práctica, sin justificar su incomparecencia. Tal comportamiento obstruye la administración de justicia, atentando contra el derecho fundamental de identidad y establecimiento de filiación paterna afectando el interés del hijo.

Como es sabido la oposición a someterse a la práctica de tales pruebas, da lugar a posiciones doctrinarias encontradas, ya que por un lado se sostiene que la defensa de los principios de la libertad humana y de inviolabilidad de la persona es fundamental; en consecuencia, no se puede imponer un examen por medio de la compulsión física. Por otra parte, otro sector opina que todo depende de los valores que se juzguen como de mayor jerarquía. Debiendo realizarse una ponderación de derechos fundamentales. Debe acotarse que ante ello el Juzgador tiene el deber de descubrir la verdad real y los justiciables han de auxiliarlo en dicha tarea de manera proba y leal. De tal suerte que si el demandado está seguro de la inexistencia de nexo biológico, sería incluso el más interesado en la práctica de dicha prueba.

(Cam. Fam. S. S. siete de junio de dos mil cinco. Ref. 79-A-2004)

Relaciones: Cam. Fam. S. S. seis de octubre de dos mil cinco. Ref. 49-A-2005.