

ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA

**X Aniversario de la creación
de los Tribunales de Familia
octubre de 2004**

Consejo Editorial

**Mirna Antonieta Perla Jiménez
Jorge Alfonso Quinteros Hernández
Jaime Mauricio Campos Pérez**

San Salvador, El Salvador C. A.



***Sección de Publicaciones
Corte Suprema de Justicia***

346.272 84

E82

Estudios de derecho de familia: X aniversario de la creación de los Tribunales de Familia, octubre de 2004 / Mirna Antonieta Perla Jiménez... [y otros]. -1a. ed.- San Salvador, El Salv.: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2004.
II, 219 p.; 24 cm.

I. DERECHO DE FAMILIA-EL SALVADOR
I. Perla Jiménez, Mirna Antonieta.



Magistrado Director de Publicaciones:

Dr. René Fortín Magaña

Jefe de la Sección de Publicaciones:

Lic. José Alejandro Cubias Bonilla

Coordinador de Diseño y Producción:

Martín R. Pocasangre Posada

Diseño de portada y diagramación:

Licda. Roxana Maricela López de Linares

© Corte Suprema de Justicia
Centro de Gobierno
San Salvador

Impreso en El Salvador.

Corte Suprema de Justicia

Dr. Agustín García Calderón
PRESIDENTE

Sala de lo Constitucional

Dr. Agustín García Calderón
PRESIDENTE

Dra. Victoria Marina Velásquez de Avilés
VOCAL

Dr. Jorge Eduardo Tenorio
VOCAL

Dr. Julio Enrique Acosta Batres
VOCAL

Dr. Mauricio Alfredo Clará
VOCAL

Sala de lo Civil

Dr. Mauricio Ernesto Velasco Zelaya
PRESIDENTE

Licda. Mirna Antonieta Perla Jiménez
VOCAL

Lic. Ulises del Dios Guzmán Canjura
VOCAL

Sala de lo Penal

Dr. Felipe Roberto López Argueta
PRESIDENTE

Dr. Edgardo Cierre Guesada
VOCAL

Lic. José Néstor Mauricio Castaneda Soto
VOCAL

Sala de lo Contencioso Administrativo

Dr. Marcel Orestes Posada
PRESIDENTE

Lic. Miguel Ángel Cardoza Ayala
VOCAL

*Dr. René Fortín Magaña **
VOCAL

Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz
VOCAL

* Por Acuerdo No. 219-C Bis de fecha 7 de Julio de 2000 de este Supremo Tribunal, se le nombra ad-honores Director y Redactor de la Revista Judicial.

CONTENIDO

	Pág.
PRÓLOGO	i
ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE LA FAMILIA	1
Centros de Atención Psicosocial	3
Dra. Nuria Elizabeth Salinas Mira	
Licda. M.A. Berta Alicia Ramos Cisneros	
Dra. Maria del Carmen Molina	
Dra. Ana Maria Ventura de Marroquín	
Licda. M.A. Gilma del Socorro Henríquez	
Lic. M.A. Romeo Heriberto Ayala Ramirez	
Licda. M.A. Ana Elena Deras Pleytez	
El rol de los o las psicólogas en los Equipos Multidisciplinarios de los Tribunales de Familia	11
Licda. Teresa de Jesús López de Zelaya	
Rol del educador dentro del equipo multidisciplinario, en la estrategia de atención de escuela de padres y madres en los tribunales de familia	21
Licda. M. Ana Lillan Solórzano de Saldaña	
Lic. M.E. Héctor Mauricio Pacheco Chávez	
Lic. Daniel Hernández Rivera	
El cumplimiento de la cuota alimenticia: desafío desde el fenómeno de la migración para el sistema jurídico familiar salvadoreño	29
Licda. Maria Araceli Linares Palacios	
ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA	39
El divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges en la legislación salvadoreña	41
Licda. Lila del Carmen Mena Alvayero	
La pensión compensatoria en el Código de Familia	55
Lic. Jaime Mauricio Campos Pérez	
La unión no matrimonial entre homosexuales	71
Licda. Karla Marina Criollo Mendoza	

El niño como sujeto de derechos y la autoridad parental en el derecho de familia moderno Licda. Vanesa Carolina Martínez Aguilar	85
La Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y su relación con el ejercicio de la autoridad parental Licda. María de los Ángeles Figueroa Meléndez	97
La visión de la ancianidad en nuestra sociedad: una perspectiva jurídica Dra. Carmen Elena Pineda Colorado	113
ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL DE FAMILIA	127
Análisis sobre la constitucionalidad en la aplicación de la Ley Procesal de Familia Lic. Gilberto Canjura Zelaya	129
La conciliación en el proceso de familia Licda. Sonia Dinora Barillas de Segovia	141
Del cómputo de los plazos de los actos procesales Dr. Octavio Humberto Parada Cerna	151
Algunas reflexiones sobre los plazos Lic. Javier Antonio Tobar Rodríguez	159
ESTUDIOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	173
Violencia intrafamiliar: aspectos legales y no jurídicos. Un enfoque sociocultural Lic. Óscar Manuel Medrano Elías	175
Breves reflexiones sobre algunos aspectos problemáticos que se suscitan en el ámbito de aplicación de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar Lic. Alex David Marroquin Martínez	183
JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL	199
Sentencia de casación: Ref. 1055 Ca.Fam.S.S., del veintidós de septiembre de dos mil tres. Filiación e inseminación artificial	201

PRÓLOGO

El Comité organizador para la celebración del Décimo Aniversario de la creación de los Tribunales de Familia, que integro en mi calidad de Coordinadora General y como Magistrada de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, tiene el honor de presentar a la comunidad jurídica salvadoreña el libro titulado: "Estudios de Derecho de Familia".

La obra, única en su especie, agrupa una serie de artículos de doctrina escritos por autores nacionales, que enriquecerán –por su nivel académico y naturaleza interdisciplinaria– el quehacer judicial y profesional, en la interpretación y aplicación de la legislación familiar. En ese sentido, debo destacar el enorme entusiasmo que esta iniciativa de la Sala de lo Civil despertó en el seno de los tribunales de familia, especialmente, en los jóvenes abogados y abogadas que prestan sus servicios en ellos.

Desde luego, aprovecho la ocasión para agradecer a esta generación de profesionales del derecho, que han nutrido con su vigor y sensibilidad la experiencia de estos diez años; héroes anónimos, que atrincherados detrás de cada expediente y durante cada audiencia, entre espacios físicos reducidos, han crecido bajo el acierto de los nuevos paradigmas en el derecho de familia y el derecho procesal moderno.

De igual modo es meritorio el trabajo multidisciplinario de los juzgados de familia, a través de los especialistas de otras áreas, como la psicología, trabajo social y educación, quienes –en conjunto con los jueces y juezas– analizan el problema, el lenguaje metafórico de las relaciones interpersonales y diseñan una estrategia de atención a la familia en crisis.

Asimismo, es digno de subrayar el importante rol de los Centros de Atención Psicosocial, los cuales brindan tratamiento psicológico y social a las personas y grupos familiares, que han sido usuarias del sistema de administración de justicia, con el objeto de acompañarlas en las dinámicas de reorganización familiar.

Toda esta actividad de los tribunales de familia ha sido condensada en la presente publicación, mediante artículos que van más allá de la exposición de las bondades de la legislación familiar, sino que ahondan en algunas de sus principales dificultades interpretativas, desafíos legislativos e institucionales, así como logros jurisprudenciales, que hacen de esta conmemoración, un momento propicio para hacer examen del camino recorrido.

Quiera Dios que este esfuerzo pueda servir como impulso para el desarrollo doctrinal y agente multiplicador del conocimiento sobre el vasto

campo del derecho de familia en El Salvador, y que su acogida por la comunidad jurídica sea benevolente, en el sentido que toda obra humana, aunque imperfecta, tiende a ser perfectible.

San Salvador, 30 de julio de 2004.

Licda. Mirna Antonieta Perla Jiménez
Magistrada de la Sala de lo Civil

— ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE LA FAMILIA —

CENTROS DE ATENCIÓN PSICOSOCIAL

Dra. Nuria Elizabeth Salinas Mira

Licda. M.A. Berta Alicia Ramos Cisneros

Dra. María del Carmen Molina

Dra. Ana María Ventura de Marroquín

Licda. M.A. Gilma del Socorro Henríquez

Lic. M.A. Romeo Heriberto Ayala Ramírez

Licda. M.A. Ana Elena Deras Pleytez

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Desarrollo de los Centros de Atención Psicosocial (CAPS). 3. Limitaciones. 4. Logros.

1. Antecedentes

Con la aprobación del Código de Familia y la Ley Procesal de Familia en el año de 1994, se crearon los Tribunales de Familia que incluían en su personal los equipos multidisciplinarios, cuyo objetivo principal era ampliar la visión jurídica, a una más integral con los aportes: psicológico, educativo y social.

En enero de 1995, la Sala de lo Civil creó la Coordinación de Psicología para los Tribunales de Familia, la que daría el soporte técnico a los profesionales de esa área en estos Tribunales. Con la supervisión de la Coordinación y el conocimiento de los casos que se atendían en los Tribunales, se constató que habían algunas problemáticas que no se podían resolver en su totalidad a nivel jurídico, lo que generaba reincidencia. Fue entonces, que la Coordinación de Psicología presentó el Proyecto de creación de Centros de Atención Psicosocial (CAPS) a la Sala de lo Civil, específicamente a la Dra. Anita Calderón de Buitrago, Magistrada de la Sala encargada del Área Familiar. Entre la presentación y creación del proyecto transcurrió un año y medio; durante ese tiempo se proporcionaron elementos técnicos para fundamentar la creación de los CAPS y confirmar que era necesario en la Corte Suprema de Justicia este servicio, y fue así como el 7 de octubre de 1996, se inauguró el Programa CAPS con cuatro Centros, ubicados en las ciudades de Santa Ana, San Salvador, San Vicente y San Miguel, para dar cobertura nacional.

La aceptación del servicio fue inmediata y la demanda creció y superó a la oferta, de tal manera que en junio de 1998 fue necesario un incremento de personal tanto profesional como administrativo. Con la aprobación de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, los Códigos Penal y Procesal Penal, que permiten a los Jueces de Paz y del Área Penal atender casos de violen-

cia intrafamiliar, se requirió que los CAPS no solamente dieran cobertura a los Juzgados de Familia, sino que fue necesario dar cobertura además, a los Juzgados de Paz y del Área Penal. Esta apertura incrementó aún más la demanda y en octubre de 2001, se crearon los CAPS de Sonsonate y Chalatenango, siendo al momento insuficiente el recurso humano y material para atender la demanda de referencias de los Tribunales.

2. Desarrollo de los Centros de Atención Psicosocial (CAPS)

En el mes de octubre de 1996 inician labores los Centros de Atención Psicosocial, conformados por un/a Director/a, que también realiza labor psicoterapéutica, Psicólog@s con especialidad en el área clínica; trabajadores Sociales con experiencia laboral en el área de salud y personal administrativo.

Estos Centros brindan tratamiento psicológico y social a las personas y/o grupos familiares que, con base a las resoluciones de los Jueces, lo necesitan; además, realizan evaluaciones psicológicas y estudios sociales, según requerimiento de los juzgados competentes que además, en ocasiones, solicitan la participación de los profesionales en las audiencias; una vez recibida la notificación judicial, se designa al Psicólog@ y/o Trabajador/a Social responsable de atender el caso.

En cuanto a la Intervención del Psicólog@ Clinic@ ésta puede ser individual, en pareja, familiar y grupal, dependiendo de las características de la persona y la peculiaridad del caso, utilizando preferiblemente psicoterapia breve, a fin de dar celeridad a la resolución de los conflictos de las personas atendidas. La intervención en crisis es otra modalidad de atención, que no es programada, se realiza en el momento y su objetivo es minimizar la situación emocional extrema que sufre el individuo en ese momento para que luego inicie o continúe el tratamiento.

La intervención social coadyuva al tratamiento psicológico, ya que en éste se maneja la red social de los casos: familiar, laboral, educacional, salud y ocupacional. Desempeñando el personal de esta área, labor a nivel interno, atendiendo en forma individual y grupal; a nivel externo, realizan visitas domiciliarias para verificar la situación de la familia e institucionales, para dar seguimiento a los casos y formar el banco de recursos de la comunidad, a fin de procurar la inserción de l@s usuari@s a los servicios que prestan las instituciones.

Desde la creación de los Centros de Atención Psicosocial, a la fecha, la referencia de casos por parte de los Juzgados ha tenido un movimiento ascendente, lo que puede observarse en el Cuadro N° 1. El total de los casos referidos hasta junio de 2004 es 22,000.

CUADRO N° 1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CENTROS DE ATENCIÓN PSICOSOCIAL
PROCEDENCIA DE LOS CASOS, RELACIÓN CON TRIBUNALES
PERÍODO: DE OCTUBRE 1996 A JUNIO 2004

TRIBUNALES	AÑO	TOTAL
Juzgado de Familia de Ahuachapán		166
Juzgado 1º de Familia de Santa Ana		959
Juzgado 2º de Familia de Santa Ana		892
Juzgado de Familia de Sonsonate		933
Juzgado de Familia de Santa Tecla		563
Juzgado 1º de Familia de San Salvador		723
Juzgado 2º de Familia de San Salvador		491
Juzgado 3º de Familia de San Salvador		451
Juzgado 4º de Familia de San Salvador		715
Juzgado de Familia de San Marcos		357
Juzgado de Familia de Soyapango		874
Juzgado de Familia de Apopa		390
Juzgado de Familia de Chalatenango		1,275
Juzgado de Familia de Cabañas		340
Juzgado de Familia de Cuscatlán		360
Juzgado de Familia de La Paz		489
Juzgado de Familia de San Vicente		403
Juzgado de Familia de Usulután		792
Juzgado de Familia de Morazán		190
Juzgado 1º de Familia de San Miguel		1,300
Juzgado 2º de Familia de San Miguel		1,701
Juzgado de Familia de La Unión		389
Juzgados de Paz		6,956
Juzgados de lo Penal		200
Juzgados de Menores		19
Juzgados de Primera Instancia		10
Casos Reasignados		62
TOTAL		22,000

De las 22,000 referencias que recibieron los Centros de Atención Psicosocial el 67.06% son de Juzgados de Familia; 31.68% de Paz y 1.32% otros. De estos 22,000 recibidos se han atendido 16,059, de los cuales 10,280 son casos de Violencia Intrafamiliar, que equivalen al 64.01% del total, lo que evidencia la magnitud de la incidencia de este fenómeno en la Sociedad Salvadoreña.

La diferencia entre los casos referidos y los atendidos es porque aproximadamente el 60% de ellos, nunca se presentaron a recibir su tratamiento y el resto son los que aún están pendientes de iniciarlo.

Los casos atendidos han sido 16,059, brindándosele tratamiento a 186,039 personas, lo que se explica porque cada caso genera la intervención psicosocial de entre 1 a 6 personas aproximadamente, relación que se puede apreciar en el siguiente cuadro.

CUADRO N° 2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
COORDINACIÓN DE CENTROS DE ATENCIÓN PSICOSOCIAL
RELACIÓN ENTRE PERSONAS ATENDIDAS Y CASOS ATENDIDOS

PERÍODO: 1996 (Oct. a Dic.), 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 (Ene. a Jun.)

AÑO	CASOS ATENDIDOS	PERSONAS ATENDIDAS
1996	111	551
1997	927	9,310
1998	1,530	18,381
1999	1,614	23,234
2000	1,899	26,192
2001	2,080	24,866
2002	2,744	32,373
2003	3,274	33,474
2004	1,880	17,658
TOTAL	16,059	186,039

Al hacer el análisis de la información estadística recibida de los Centros de Atención Psicosocial, se observó que el mayor porcentaje de referencias era por Violencia Intrafamiliar, por lo que a partir de 1999 se consideró importante llevar un registro especial de personas víctimas y personas agresoras, especificando de ellas, edad, sexo, procedencia, escolaridad y tipo de violencia.

CUADRO N° 3

CENTROS DE ATENCIÓN PSICOSOCIAL
DESGLOSE DE CASOS DE PERSONAS VÍCTIMAS Y AGRESORAS
POR SEXO, EDAD, ESCOLARIDAD Y PROCEDENCIA
PERÍODO: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 (Ene. a Jun.)

VARIABLES		AÑO	TOTAL VÍCTIMAS	TOTAL AGRESORES
Sexo	Masculino		1,444	5,313
	Femenino		7,006	902
	Total		8,450	6,215
Edades	0 - 5		265	9
	6 - 10		575	24
	11 - 15		466	40
	16 - 20		569	278
	21 - 30		2,454	1,792
	31 - 40		2,315	2,208
	41 - 50		1,072	1,181
	51 - 60		458	492
	61 - 70		198	151
	70 y más		78	40
	Total		8,450	6,215
Proce- dencia	Urbano		5,697	4,313
	Rural		2,753	1,902
	Total		8,450	6,215
Escolaridad	Analfabeta		1,365	795
	1er. Ciclo (1º - 3º Grado)		2,949	2,035
	2º Ciclo (4º - 6º Grado)		1,603	1,210
	3º Ciclo (7º - 9º Grado)		976	825
	Bachillerato		862	714
	Estudios no universitarios		409	339
	Universitarios		286	297
	Total		8,450	6,215
Tipo de violencia	Física		2,563	1,644
	Psicológica y/o emocional		3,445	1,982
	Sexual		246	148
	Múltiple		2,147	1,222
	Patrimonial		49	24
	Total		8,450	5,020

El rango de edad en que más se propicia o recibe violencia está comprendido entre 21 a 50 años, y el tipo de violencia psicológica y/o emocional.

La fuerte demanda, ha superado la oferta de servicios de los Centros de Atención Psicosocial, lo que ha obligado a buscar alternativas de intervención y a partir de 2002 se inició con las modalidades de atención grupal siguientes:

Grupos Psicoterapéuticos: atendidos por Psicólog@s,
Grupos Psicosociales: Psicólog@s y Trabajador@s Sociales
Grupos Educativos: Trabajador@s Sociales

CUADRO N° 4

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
COORDINACIÓN DE CENTROS DE ATENCIÓN PSICOSOCIAL
GRUPOS PSICOTERAPÉUTICOS
PERÍODO: 2002, 2003, 2004 (Ene. a Jun.)

AÑO	TOTAL
2002	41
2003	53
2004	18
TOTAL	112

Los grupos se han estructurado con ejes de atención como los siguientes:

- Víctimas de Violencia Intrafamiliar
- Agresores Alcohólicos
- Agresores no Alcohólicos
- Niñ@s testigos de Violencia Intrafamiliar
- Niñ@s víctimas de Abuso Sexual
- Personas Adult@s Mayores inmers@s en Violencia Intrafamiliar
- Parejas que sufren violencia recíproca
- Personas cuidadoras
- Mujeres divorciadas o separadas
- Adolescentes víctimas de abuso sexual

La atención grupal implica los siguientes pasos:

- Elaboración de Plan de Atención
- Selección de los sujetos (entre 8 a 12 personas)
- Desarrollo de las sesiones (entre 8 a 12 sesiones)
- Elaboración de la Memoria del Grupo

Los planes y memorias se encuentran disponibles en el Centro de Documentación de cada CAPS, para consulta interna e intercambio con los otros Centros.

3. Limitaciones

- La demanda de servicio ha superado la oferta, lo que ha generado que las sesiones de primera vez se programen a 2 ó 3 meses después, con relación a la fecha de referencia, lo que incide en la no asistencia del usuario al tratamiento ordenado. Las citas subsiguientes se programan con un lapso, entre ellas, de 3 meses aproximadamente, lo que no es lo indicado en un tratamiento de este tipo porque retarda la resolución de los conflictos.
- Los CAPS no cuentan con equipos de profesionales para hacer las evaluaciones psicológicas y sociales para los Tribunales de Paz y del Área Penal, no obstante que desde el año 2001 se ha presentado el proyecto de creación de este servicio con sede en los CAPS.
- La realización de evaluaciones psicológicas y sociales para los Tribunales de Paz limita el tiempo para brindar atención psicoterapéutica y no está en relación al recurso humano existente en los CAPS.
- La sobrecarga de casos en tratamiento generada por la demanda de servicio que no está en relación al recurso humano existente en los CAPS, no permite que se cumplan con las evaluaciones en el tiempo requerido por los tribunales.
- La sobrecarga laboral está generando en los empleados fatiga física y mental, enfermedades psicosomáticas y otros padecimientos orgánicos, lo que repercute en su productividad y da lugar al ausentismo del personal por incapacidad médica.
- La falta de vehículo asignado a los CAPS dificulta la intervención social y, por ende, limita el manejo integral de los casos.

- En algunos CAPS no se cuenta con el equipo de oficina necesario para su mejor funcionamiento y en todos hace falta material psicoterapéutico.

4. Logros

- La aceptación del sistema CAPS se evidencia en el incremento progresivo de las referencias de casos de los Tribunales competentes, que totalizaron hasta junio de 2004, 22,000 casos de diferentes tipologías, habiéndoles brindado el tratamiento psicosocial respectivo a personas de distintas edades, sexo, nivel educativo, estratos sociales, procedencia rural y urbana.
- El tratamiento psicosocial ha permitido la sensibilización para el cumplimiento de los acuerdos tomados en el Juzgado; además, numerosas familias e individuos han superado conflictos tales como: adicciones, conductas agresivas, incumplimiento del rol materno y paterno, problemas conyugales, eventos post traumáticos, entre otros. La modificación del estilo de vida ha contribuido a fomentar la cultura de paz en los hogares, permitiendo la convivencia saludable a la separación con respeto.
- Los efectos positivos observados en las personas que recibieron tratamiento en el CAPS, promueve en la cultura de denuncia con lo que se disminuye el maltrato a la niñez, mujeres, adultos mayores y personas con necesidades especiales, quienes son los más vulnerables.
- La coordinación y unificación de esfuerzos entre Tribunales y CAPS, permite que el beneficio a los usuarios se amplíe; además, el CAPS realiza gestiones con organismos gubernamentales, privados y ONG's para la atención integral, en la áreas de salud, educación y laboral.
- La creciente demanda de servicio, propició la creación de dos CAPS más en octubre de 2001 en la Ciudad de Chalatenango y Sonsonate, que permitió mayor accesibilidad al servicio, con menor costo de traslado a los usuarios de estas poblaciones.
- La existencia de una infraestructura donde funcionan los Centros de Atención Psicosocial, que reúnen condiciones físicas y ambientales adecuadas que dan seguridad y privacidad para que las personas ventilen su problemática y se puedan aplicar las técnicas específicas necesarias de acuerdo al caso.

EL ROL DE LOS O LAS PSICÓLOGAS EN LOS EQUIPOS MULTIDISCIPLINARIOS DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

Licda. Teresa de Jesús López de Zelaya

SUMARIO: Introducción. 1. La psicología en el sistema legal. 2. Aplicación del estudio psicológico. 3. Intervención del psicólogo en los procesos de divorcio. 4. El rol del psicólogo en la protección de los menores. 5. Intervención psicológica en la violencia intrafamiliar. 6. El rol del psicólogo en el adulto mayor. 7. Reflexión.

Introducción

"... interviniendo, para que exista menos daño".

Quisiera expresar mi agradecimiento a la Sala de lo Civil y muy especialmente a la magistrada Mirna Antonieta Perla Jiménez, por la invitación a participar en la presentación de trabajos monográficos, para el libro, *Estudios de derecho de familia*; en ocasión del décimo aniversario de la creación de los tribunales de familia.

Quiero, en este trabajo, referirme a la pericia psicológica en los procedimientos en materia de familia, haciendo alusión al artículo 9 de la Ley Procesal de Familia, que habla de las atribuciones de los especialistas y que reza de la siguiente manera: "Corresponde a los especialistas de los juzgados de familia, realizar los estudios y dictámenes que el juez les ordene, a fin de procurar la estabilidad del grupo familiar, la protección del menor y de las personas de la tercera edad.

La creación de una ley que regule las relaciones en la familia, abre las puertas a que los jueces pudieran contar con el auxilio multidisciplinario, tal como lo establece el artículo 4 L. Pr. F., donde menciona que cada tribunal contará con un equipo de especialistas integrados, al menos por un trabajador social y un psicólogo.

Es precisamente la aplicación de otras ciencias, la que va haciendo que cada día los seres humanos que se enfrentan a un proceso judicial, pueden salir menos dañados que la misma situación que provoca llegar a requerir de la aplicación de una ley.

Este documento recoge la experiencia acumulada de diez años de aplicar la ley de familia, con el auxilio de un equipo técnico que en un momento

dado se convierte en un asesor constante para que el juez o jueza pueda tomar decisiones que sean congruente con la realidad de cada familia y, en particular, de cada individuo.

1. La psicología en el sistema legal

Con la creación de una normativa en derecho de familia, que entró en vigencia el primero de octubre de 1994, se crearon los juzgados de familia, que comenzaron a operar el 10 de octubre de ese mismo año.

El Juzgado de Familia de Usulután fue ubicado en la cabecera departamental, comenzando sus labores en esa fecha, con un equipo conformado por una jueza titular, una secretaria de actuación, cinco colaboradores jurídicos, un notificador, dos especialistas que conformaban un equipo técnico, un trabajador social y una psicóloga; además, la incorporación de un personal auxiliar administrativo como el recurso de un ordenanza.

Existía la preocupación que esa norma jurídica provocara una reacción de cumplimiento, en las personas del departamento, ya que para ese tiempo, las familias estaban acostumbradas a solucionar los problemas conforme a sus creencias y a lo transmitido de una generación a otra, sin la intervención de un sistema judicial, utilizando los recursos de los juzgados civiles, únicamente para los casos de divorcios o el patrimonio.

Al inicio nos encontramos que los únicos casos que entraban eran demandas de divorcio, aunque el objeto del Código de Familia era regular en forma completa y sistemática, todo lo que se refería a la familia, los menores y las personas adultas mayores. La llegada de las primeras demandas despertó la preocupación del juez en la utilización del recurso del psicólogo, y cómo integrarlo en el proceso judicial; pero, a medida que se fue utilizando la psicología, como cuerpo científico; estudiando las leyes que rigen la conducta de los individuos, en los procesos de familia, se pudo interconectar, de manera que el juez tuviera a su disposición una información que le permitiera tomar decisiones judiciales adecuadas, para que esa norma que se estaba aplicando tuviera, en buena medida, soluciones concretas a los conflictos familiares y, en especial, que la normativa jurídica se cumpliera.

2. Aplicación del estudio psicológico

Hasta aquí se ha planteado, en términos generales, la posibilidad de intervención del psicólogo o psicóloga en los juzgados de familia, pero la experiencia de 10 años de ejecución nos ha demostrado que hasta los casos insospechados pueden presentar algún problema, donde se necesite ser tratado con métodos psicológicos.

La intervención del especialista en psicología ha sido necesaria para ser evaluador en los procesos de divorcios, pérdida de autoridad parental, adopciones, tutelas, cuidado personal, protección al menor, violencia intrafamiliar, y en situaciones donde es necesario evaluar la capacidad de las personas para tomar ciertas decisiones.

Como parte de las funciones del equipo técnico, los o las psicólogas estamos a la disposición del juez y son a criterio de éste, las pautas en la ejecución de las tareas a realizar; pero, por lo general, nos encargamos de dictaminar sobre la idoneidad de las personas, especialmente en los casos de cuidado personal, tutelas, adopciones; se examinan los sistema de comunicación; se ofrecen pautas de comportamiento para que las relaciones ulteriores se desarrollen de forma correcta; en el caso de cuidado personal, la misión ha sido aportar material para facilitar la toma de decisiones acerca del modo en que deben establecerse las relaciones entre padres e hijos, atendiendo aspectos de sus implicaciones afectivas y conductuales; por otra parte, indicar qué sistema de relación debería de adoptar ambos padres para proporcionar a sus hijos un desarrollo armónico; evitando, en la medida de las posibilidades, que éstos se vean afectado por las desventajas que entre los cónyuges existan o surjan; evitando, también, el deterioro de la imagen de cada uno de los padres ante sus hijos y que en los menores surjan sentimientos de culpa ante tal situación.

En muchos casos que se han atendido en el Juzgado de Familia de Usulután, ha sido necesario evaluar la personalidad, para descubrir si existe algún trastorno que esté interfiriendo en las relaciones familiares.

3. Intervención del psicólogo en los procesos de divorcios

Las demandas de divorcio son el motivo de atención más frecuentes. De acuerdo al Código de Familia existen tres causales, pero las que prevalecen son las demandas por separación; en segundo lugar, las de mutuo consentimiento y escasamente llegan demandas por la tercera causal, es decir, por la vida intolerable.

Los divorcios siempre requieren la concurrencia de una causal de divorcio, según el Código de Familia; pero esto, que simplemente viene a romper con una relación de matrimonio, tiene una serie de efectos: el cuidado personal de los hijos o la fijación de un régimen de visitas para el padre no custodio, y aunque la ley establece una serie de criterios es importante detenerse en los menores y que la decisión judicial represente la mejor opción para los hijos; por esa razón, el juez en la mayoría de los casos, aunque las partes no lo pidan, solicita el estudio psicosocial.

Como psicóloga, pensando siempre en el mejor interés para los hijos y dejando por un lado la idea de que se consideraba a los hijos propiedad de

los padres, rompiendo con las creencias y tradiciones sociales, en las que únicamente se consideraba aptos a los clasificados con valoraciones morales o apoyándose en la idea de que las niñas deberían de quedar bajo la protección del padre y los varones bajo el cuidado de la madre, siendo este criterio el que prevalecía antes de entrar en vigencia el Código de Familia; también a medida que se ha ido avanzando en la aplicación de las leyes de familia, en los casos de cuidado personal de menores, se ha ido eliminando la idea del progenitor "apto", ya que se cuenta con la experiencia, de que aquellos progenitores que al inicio parecían aptos, resulta que con los años han resultado muy dañinos para el desarrollo psicológico del niño, aunque no existen estudios que respalden esta tesis, se ha podido observar a través de los años, con la llegada de nuevas demandas en las que el progenitor no custodio pide el cuidado personal de sus hijos, apoyándose en los problemas psicológicos que presentan sus hijos; por ese motivo, cada día se hacen más intentos de mejorar los criterios de evaluación para determinar la custodia de los niños, haciendo valoraciones sobre la capacidad real y el comportamiento de cada uno de los padres, relacionado con las necesidades biológicas, psicológicas y sociales de los menores.

En el proceso de evaluación a los padres se ha intentado medir su estado de salud mental, el funcionamiento de su personalidad, analizando en este apartado, la presencia de trastornos que pongan en riesgo la estabilidad emocional del menor; la historia personal, en la que se busca información sobre la infancia, presencia de adicciones; grado de flexibilidad para aceptar sugerencias, aptitud para establecer una relación cooperadora.

Evaluación de cada uno de los hijos, conociendo su identificación afectiva hacia sus padres y el nivel de influencia de éstos para con ellos; también, se busca analizar la influencia de terceras personas que favorezcan u obstaculicen el proceso de adaptación del niño al progenitor custodio, relaciones fraternales, reacciones emocionales y conductas mentales ante la separación parental.

Se puede señalar que dentro de la práctica del psicólogo en los tribunales de familia, está la intervención durante las audiencias, cuando el juez lo solicita por situaciones de crisis en las partes o después para ayudar a la asimilación o aceptación de un fallo judicial.

4. El rol del psicólogo en la protección de los menores

Dentro de la tipología de casos que a diario llegan al Juzgado de Familia de Usulután, están los tipificados como protección al menor; en estos casos el juez o jueza de oficio ordena el estudio psicosocial educativo, ya que a partir de 1995, los juzgados cuentan con un recurso más, como son los profesionales en ciencias de la educación encargados de conocer la condición educativa del grupo familiar, analizando los factores educativos que influyen en la problemática que presentan.

Los profesionales de trabajo social se encargan de hacer lo pertinente a estudiar los ambientes familiares, los recursos con que cuenta la familia, materiales y humanos, como también la identificación de factores de riesgo y peligro en que viven los menores.

La actuación de los psicólogos o psicólogas en la búsqueda de la protección de los menores, se hacen esfuerzos para evaluar la situación de riesgo desde el ámbito familiar, escolar y social, detectando aquellos factores que alteran el desarrollo biopsicosocial del niño.

Los psicólogos, desde que llega el aviso de que un menor está en peligro y riesgo, o es presentado al juzgado por los padres, cuidadores o la Policía Nacional Civil, inician la investigación para conocer la situación real del niño. Como experiencia, los casos más comunes que se nos presentan son niños maltratados por sus padres o cuidadores; niños que son víctimas de abuso sexual y menores que están presentando comportamientos inadecuados, donde sus padres expresan que no pueden controlar la conducta de sus hijos; que éstos se han vuelto rebeldes, agresivos con sus hermanos pequeños, violentos en sus reacciones al grado de destruir artículos del hogar; otros no quieren asistir a la escuela y, cuando lo hacen, se quedan fuera de clase y en los casos más graves, los padres expresan que sus hijos se han escapado del hogar y que pertenecen a grupos denominados "maras", que sospechan que usan drogas, etc.

Al hacer el estudio psicosocial educativo, se encuentra que estos niños que presentan problemas de conducta viven en ambientes de mucha inestabilidad, son niños que desde pequeños les acompaña la frustración, son niños que tienen un modelamiento inadecuado de parte de sus padres: son padres alcohólicos, agresivos, que hacen un mayor empleo del castigo físico y un menor uso del razonamiento para corregirlos; también se encuentra que en las familias no existen reglas generales de comportamiento en cuanto al rol de educar a los hijos, que algunas veces son muy estrictos y otras muy permisivos.

En todos estos casos, la función de los psicólogos o psicólogas es hacer una evaluación obtener la información que le sirva al juez para dictar las primeras medidas de protección a favor del niño; después se continúa analizando los ambientes familiares, evaluando a los padres y personas que tienen contacto con los niños; en el caso de los menores que presentan conductas inadecuadas, se evalúan los estilos de crianza, las relaciones afectivas, la presencia en la familia de adicciones, los sistemas de comunicación, para observar los factores que inciden en el problema que presenta el niño o el adolescente.

Se hace énfasis que la intervención de la psicología en la protección de los menores va más allá de la evaluación, se comienza analizando la prevención para los otros miembros del grupo familiar, se identifican las nece-

sidades de tratamiento psicológico para el niño o su grupo familiar, se determina la necesidad de reorientar los procesos educativos familiares.

Quiero detenerme y hacer énfasis en que en las evaluaciones psicológicas que se hace a los menores, está la detección de abusos en los niños, especialmente el abuso sexual. En esta parte del proceso, en la evaluación, se ha mejorado las técnicas y procedimientos en la detección de los abusos sexuales, aun cuando el motivo de atención sea otro; la experiencia de estos años ha permitido descubrir que existe un porcentaje insospechado de niños y niñas que están siendo sometidos a abusos sexuales, que van desde las caricias indirectas hasta la violación. De ahí que cada día se hace necesario incorporar, dentro del rol del psicólogo en los juzgados de familia, la medición de los factores de riesgos para el menor referente al abuso sexual, y se ha hecho necesario analizar las características específicas de la dinámica relacional de los adultos con los niños, los indicadores emocionales y conductuales que hagan sospechar la existencia del abuso. Otra función importante que nos toca realizar como profesionales de la psicología en estos casos, es la intervención en situaciones de crisis, en que las primeras intervenciones psicológicas reducen el sufrimiento.

Siguiendo con la protección de los menores, se puede decir que en el Juzgado de Familia de Usulután, existen muchas demandas sobre el reconocimiento provocado de paternidad y que estadísticamente hablando, de acuerdo al número de demandas presentadas al juzgado, ocupa el segundo lugar después de los divorcios, lo que hace ver que existe mucho interés por parte de las madres que demandan los derechos de sus hijos.

5. Intervención psicológica en la violencia intrafamiliar

Quiero terminar esta memoria hablando de otra tipología de casos que demandan la atención de los profesionales de la psicología; me refiero a las personas víctimas de violencia doméstica. Quiero hacer énfasis en esta población, porque desde que entró en vigencia la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, el 29 de diciembre de 1996, los psicólogos de los juzgados de familia hemos sido los encargados de realizar la evaluación psicológica a la víctima, siendo que dentro de la intervención judicial son competentes los juzgados de familia y los juzgados de paz; a los psicólogos adscritos a los juzgados de familia, nos toca realizar la evaluación de los casos que reciben los juzgados de paz, representando para el área de psicología, cerca del 30% del conjunto de actividades que se realizan.

Quiero comentar que la violencia intrafamiliar como fenómeno social, se encontraba escondido en lo más profundo de la intimidad de la familia, existiendo un silencio que cada día hacía más daño a los miembros de cada

familia, especialmente a los más vulnerables. A medida que esta ley se divulgaba, las víctimas comenzaban a tomar conciencia de lo que sucedía y muchas mujeres comenzaron a denunciar lo que sucedía con ellas y con sus hijos; digo mujeres porque, desde que entró en vigencia esta ley, sólo han sido seis hombres los que han denunciado hechos de violencia y cerca de una docena de ancianos; cada día que pasa, la violencia en el hogar emerge al exterior y cada día son muchas más las personas que denuncian los hechos de violencia. Esto no quiere decir que se trate de una epidemia, sino del efecto que produce el que haya muchas instituciones y organismos, que velen por erradicar la violencia doméstica.

La experiencia que se tiene a nivel de psicología en la atención de casos de violencia, es que éstos surgen de la utilización de formas inadecuadas de solución de conflictos, y que recurren a la violencia como la forma más rápida de controlar o parar el problema. Aunque la ley habla de varios tipos de violencia; física, psicológica, sexual y patrimonial, la práctica diaria nos indica que en la relación de la pareja o con los hijos, no hay una forma de violencia pura, sino que cada una de las formas va interconectada y que cuando una mujer nos llega golpeada por su cónyuge o compañero de vida, también puede ser víctima de violencia psicológica, sexual y patrimonial; lo que sucede es que muchas mujeres esperan un incidente de violencia física para denunciar, detectándose que a la violencia psicológica le dan más tolerancia y la consideran como una forma de relación inherente a su calidad de mujer, que culturalmente ha sido formada para ser sometida. Para la mujer promedio que nos llega a los juzgados de familia, las desvalorizaciones y humillaciones permanentes que recibe, no las motiva para denunciar; lo mismo que los controles, la utilización sexual o que el patrimonio lo administre o sea dueño el agresor; para ellas, el punto de tolerancia termina al ser agredidas físicamente.

A los o las psicólogas que estamos a diario en contacto directo con la violencia intrafamiliar, se nos hace menester buscar estrategias de evaluación, ya que cada víctima responde a la violencia, dependiendo del tiempo de convivencia, la edad, el nivel cultural, la dependencia afectiva o económica y el apoyo social que tengan; muchas mujeres denuncian hechos de violencia en la que buscan la protección para que no las sigan maltratando físicamente; pero no quieren romper la relación de pareja; algunas rehúsan a querer hablar de otros aspectos que no sea la violencia física; de ahí que los psicólogos necesitamos construir herramientas que permitan ir más allá de la simple valoración de una mujer maltratada, teniendo conciencia de que se trata de una familia enferma, donde también se necesita tratar a los agresores y diseñar un programa de tratamiento que permita que esta familia sea funcional.

6. El rol del psicólogo en el adulto mayor

En lo que concierne a esta parte que da el Código de Familia al adulto mayor, quiero expresar la poca oportunidad que se ha tenido en el Juzgado de Familia de Usulután, debido a que ha sido mínima la demanda de protección a los adultos mayores, y los que se ha atendido, en su mayoría han sido sujetos que están siendo abandonados por sus hijos. Hemos tenido seis casos donde los ancianos viven solos, están enfermos y han sido los vecinos quienes han dado aviso de la situación.

Al hacer el estudio psicosocial se encuentra que estos adultos tienen familia, pero que sus hijos se han distanciados de sus padres, desde que estos van teniendo cambios en su carácter y pensamiento, se han vuelto desconfiados y hostiles; por esa razón, los hijos han optado por alejarse de ellos; en otros casos se ha encontrado que el origen del conflicto es un bien inmueble; el anciano acusa de que sus hijos lo maltratan por no darles la herencia y en dos casos ha sido el manejo del dinero de la pensión, donde el adulto mayor ha autorizado a un hijo o pariente para que retire el dinero de los bancos, y después de cierto tiempo este hijo lo utiliza para sus necesidades personales.

Los procedimientos psicológicos que se utiliza en la evaluación del adulto mayor, van encaminados a descubrir su funcionamiento mental, el nivel de vigor que posee, la capacidad para cuidarse por sí mismo, de tal manera que se cuente con una información que permita tomar medidas para protegerlo; además implícitamente, está la función de orientación a los familiares sobre cómo manejar los cambios que presenta el adulto mayor con su proceso de envejecimiento. En este apartado quiero detenerme a decir que la mayoría de adultos mayores que se ha atendido no requieren en sí de un tratamiento psicológico; para ellos es más prioritario el apoyo familiar para no sentirse solos, necesitando que su familia entienda que, tras de un comportamiento hostil e inadecuado, existe anticipadamente la percepción por parte del anciano, que ha llegado a una etapa donde se siente inútil, que tiene que depender de otros y que por su pobre movilidad en muchas ocasiones se siente marginado.

Es necesario decir que este comentario no refleja la cantidad de adultos mayores del departamento de Usulután, que necesitan ser atendidos por estar siendo violentados en sus derechos, más bien la falta de divulgación de la ley del adulto mayor ha generado que pocos conozcan los derechos y la protección que la ley les concede.

7. Reflexión

Después de analizar cuál es el rol que tenemos los psicólogos en los tribunales de familia, surge la necesidad de estar preparados para el cam-

bio, conforme al momento histórico que vive nuestra población. No debemos desconocer que los cambios tecnológicos están actuando directamente en la familia que, con la llegada de la tecnología en cuanto a la procreación y de la influencia que ello está teniendo, es necesario reordenar los procedimientos de evaluación y tratamiento que se debe dar; por ejemplo, en los casos de inseminación artificial; también, quiero referirme al divorcio por mutuo consentimiento y que, de acuerdo a la demanda en el juzgado, ocupa el segundo lugar, esto que pareciera una forma sencilla de terminar una relación matrimonial y que aparenta una forma más fácil de resolver los conflictos, como es a través de la negociación, abre la oportunidad para que los cónyuges se divorcien más fácilmente y con ello desintegren a su familia. Quiero mencionar que estas personas que optan por este divorcio están pensando en formar otras uniones, lo que está incrementando el número de familias ensambladas, dificultando la relación de los miembros y el equilibrio de la pareja. Considero necesario que los y las psicólogas que trabajamos en los juzgados de familia estemos constantemente capacitándonos y actualizándonos en los conocimientos que respondan a los cambios de pensamientos que cada día se están dando en los individuos, producto de toda la transculturación y la tecnología; en esto quiero referirme a una experiencia que hemos tenido en el juzgado de familia, de matrimonios de personas que se han conocido por Internet y que al estar en su relación matrimonial, se han dado cuenta que entre ellos existen muchas diferencias y problemas, por su carácter, hasta llegar a maltratarse y llevarlos al divorcio.

Para finalizar, quisiera señalar que la actuación del profesional de la psicología en los procesos de familia tiene, generalmente, lugar en un contexto más amplio, tanto en lo personal como en lo judicial, del que no se puede aislar, y que ello debe ser tenido en cuenta en todo momento para no hacer valoraciones parciales que pudieran no considerar el proceso como un todo. Ya que no se trata de una mera evaluación o de una intervención en crisis, la intervención psicológica comprende una serie de actos que va desde la gestión que facilite la resolución de una crisis familiar; la implementación de una negociación para que sus eventuales soluciones lleguen a tener un alcance legal; hacer el diagnóstico y pronóstico del funcionamiento de una familia, los pronósticos sobre la interacción de sus integrantes y sobre la interacción de un sistema familiar futuro que puede derivarse de la evolución de las personas a quienes se les practica las evaluaciones, la valoración predictiva de los efectos de la propia intervención sea a corto o mediano plazo, dando respuestas profesionales ante posibles nuevas situaciones, etc. La solicitud de un juez sobre las evaluaciones a las partes en una tipología determinada, no significa que se deba analizar en función de la demanda, si no en función de una familia.

ROL DEL EDUCADOR DENTRO DEL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO, EN LA ESTRATEGIA DE ATENCIÓN DE ESCUELA DE PADRES Y MADRES EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

Licda. M.A. Ana Lilian Solórzano de Saldaña

Lic. M.E. Héctor Mauricio Pacheco Chávez

Lic. Daniel Hernández Rivera

SUMARIO: Introducción. 1. Consideraciones teóricas sobre familia, aspectos jurídicos y educativos. 2. Tribunales de Familia y problemática familiar. 3. Estrategia Educativa Grupal.

Introducción

La presente monografía persigue dar a conocer la naturaleza, características, bondades y beneficios que el programa escuela de padres y madres de los tribunales de familia del país, tiene en la personas participantes, constituyéndose en un espacio para el abordaje y reflexión de los conocimientos sobre roles de los integrantes de la familia, comunicación, disciplina y valores, con lo cual se pretende:

- Contribuir al mejoramiento de la calidad de vida familiar y comunitaria que propicien el desarrollo integral de la familia.
- Promover acciones concretas de coordinación y participación de la familia en el cumplimiento de los derechos y deberes normados en el Código de Familia.
- Potenciar la igualdad de los derechos y obligaciones de los cónyuges, convivientes, hijos e hijas, así como la eliminación de todo tipo de discriminación y protección especial.

Para la Corte Suprema de Justicia y, por ende, para los tribunales de familia, el programa escuela de padres y madres es un valioso aporte que propicia en las personas participantes, un proceso de autoevaluación en cuanto a costumbres, estereotipos, actitudes y hábitos en la familia, a fin de ir identificando las oportunidades de cambio.

Para una mejor sistematización, el presente trabajo se ha dividido en las siguientes partes:

1. Consideraciones teóricas sobre familia, aspectos jurídicos y educación, que contiene reflexiones acerca de la interrelación entre la familia y educación, asimismo se comentan algunos artículos de la legislación familiar.

2. Tribunales de familia y problemática familiar, en la cual se expone el objeto de los Juzgados de Familia y los problemas fundamentales de los hogares salvadoreños.
3. Estrategia educativa grupal, que comprende una definición y caracterización del programa escuela de padres y madres en los tribunales de familia, como una estrategia pedagógica que favorece la promoción humana, involucrando lo individual y colectivo.

Para la elaboración de esta monografía se realizó consulta bibliográfica, trabajo de campo, sistematización de datos y su correspondiente análisis.

1. Consideraciones teóricas sobre familia, aspectos jurídicos y educativos.

La historia expone la idea de familia y matrimonio como símbolos de armonía, mutuo acuerdo, afinidad, respeto y ayuda entre los integrantes de este núcleo social, lo que implica que los miembros nacientes en éste, aprenderán y se desarrollarán dentro de esta cultura; en la mayoría de los casos, las normas, actitudes, valores y formas de actuar de los adultos serán entendidas como modelos a reproducir.

"La familia constituye una entidad concreta de dimensiones variables que en cada país responde a la propia realidad histórica, social, económica, pero se trata de una sola familia plurimensurable y cambiante"¹.

Según investigación realizada por Ricardo González Portillo², en las últimas dos décadas, El Salvador, al igual que varios países de la región, está experimentando una serie de transformaciones profundas en su estructura política, social, cultural y económica que ha impactado intensamente la estructura familiar tradicional; entre dichos cambios son relevantes: el conflicto armado, la creciente movilidad social interna, la migración externa, las presiones del movimiento feminista en torno al tema de la familia, la creciente presencia de las mujeres en los sectores productivos y los cada vez mayores índices de desempleo masculino.

La Constitución de la República de El Salvador, en el artículo 32, dice: La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

En este contexto, en el año de 1994, entró en vigencia el Código de Familia, que en el artículo 2, plantea: La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.

1 Guastavino, Elías, *Derecho de familia patrimonial*.

2 González Portillo, Ricardo, *Educación reproductiva y paternidad responsable en el Istmo Centroamericano*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2001, Pág. 13.

La familia puede **ser entendida** en sentido amplio o restringido. El primero comprende a todas las personas entre las cuales existe un vínculo de parentesco por consaguinidad, afinidad o adopción, y se le denomina familia extensa; el segundo está referido a los cónyuges o convivientes y a los hijos que viven en el hogar y que se encuentran sujetos a la autoridad parental, es la denominada familia nuclear.

Tanto en el sentido restringido, como extenso, es necesario dar aplicación real a los principios de no discriminación, responsabilidades y derechos comunes y compartidos, igualdad de oportunidades, que han sido contemplados en la legislación nacional y adoptados en los acuerdos internacionales, pero que no han sido suficientes para modificar los patrones de comportamiento social que condicionan la realidad nacional.

La Constitución de la República, en el artículo 33 establece la igualdad y equidad en las relaciones paterno-filiales, lo cual se extiende hacia todos los miembros de la familia; el artículo 34 plantea la protección especial de los derechos de la niñez; asimismo, el país ratificó la Convención Sobre los Derechos del Niño, considerando a este grupo como más vulnerable de ser violentado en sus derechos elementales; los artículos 35 y 36 establecen las garantías constitucionales de los menores e hijos dentro del ámbito familiar, existiendo los entes responsables de controlar el cumplimiento de los derechos y deberes.

Desde esta perspectiva, la Constitución ordena el pleno goce de las garantías legales para la familia y sus integrantes, elementos que deben ser difundidos a fin de prevenir y solucionar problemas familiares, así como fomentar la actitud de denuncia de la violación de los derechos familiares. Por su parte, el Código de Familia regula las relaciones de los miembros de la familia, sus derechos y deberes, a continuación se citan algunos de sus artículos.

Artículo 206. "La Autoridad Parental es el conjunto de facultades y deberes, que la Ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida y, además, para que los representen y administren sus bienes".

Dadas las diversas formas conductuales del ser humano como producto de las costumbres, tradiciones, estereotipos y esquemas mentales que ha introyectado y desarrollado durante su proceso evolutivo, impone condiciones que son transferidas a sus hijos y familia, muchas veces teniendo como consecuencia, problemas en la formación de los mismos, reduciendo a lo que concibe como "adecuado" en su función de crianza y no como lo establece el Código de Familia.

Artículo 211. "El padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo

lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad. En la función de cuidado, debe tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinación de cada hijo. Si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho, tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionarle los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio. El padre y la madre estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción”, esto implica satisfacer las necesidades materiales, afectivas y educativas de los hijos, además fomentar habilidades en éstos para que puedan realizarse como personas y ser útiles a la sociedad.

Artículo 213. “El padre y la madre dirigirán la formación de sus hijos dentro de los cánones de moralidad, solidaridad humana y respeto a sus semejantes...”, los valores éticos de los progenitores son determinantes porque ejercen influencia en la conducción y orientación de los hijos, así como para el modelaje del correcto actuar dentro de las normas de convivencia social.

Artículo 215. “Es deber del padre y de la madre corregir adecuada y moderadamente a sus hijos y auxiliarse en caso necesario de profesionales especializados o de los servicios de orientación psicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de menores o de la familia.

En caso que la conducta del hijo no pudiere ser corregida por los medios adecuados, el padre o madre podrán solicitar al Juez que provea las medidas tutelares, quien para decidir ordenará los estudios técnicos del grupo familiar que estime convenientes”; desde esta perspectiva, es vital la labor educativa a padres y madres para identificar la diferencia entre disciplina y castigo, erradicar las prácticas de maltrato y lograr el cumplimiento de normas disciplinarias en el hogar.

Para que las personas puedan cumplir con las responsabilidades contempladas en el Código de Familia, es necesario propiciar cambios en sus pautas de conducta, esquemas conceptuales y referenciales, para lo cual es necesario hacer uso de un recurso elemental como es la educación, ésta entendida como “Un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus deberes”³.

El ser humano tiene la profunda necesidad de sentirse aceptado, escuchado, comprendido y apoyado; como ser sociable está diseñado para vivir en colectivo, por ello es que existen diversas maneras de socializarlo. Un medio importante es la familia.

3 Artículo 1 de la Ley General de Educación.

La familia es la base de la sociedad, desde el punto de vista que se trata del núcleo comunal más pequeño que forma la estructura social y es la forjadora de los hábitos, conductas y valores que luego se implementan socialmente. En ese sentido, la familia es más que un vínculo biológico entre sus integrantes, es el marco ideal para que se enriquezca cada uno.

A través de la función socializadora de la familia, el padre, la madre u otros familiares comparten con la niñez, los valores, costumbres, hábitos y tradiciones; los aspectos importantes de la vida se aprenden en relación con las demás personas.

Los hábitos y estilos que tiene un niño en el hogar ejercen profunda influencia sobre los deseos y expectativas que desarrollará en la vida adulta. La construcción de la identidad masculina o femenina, refleja los valores, actitudes y rasgos de conducta en cuyo seno se ha criado ese ser.

"La manera como una familia cuida de sus miembros, los apoya, les asigna roles que desempeñar, lleva a cabo la comunicación y negocia decisiones, establece pautas de acción que afectarán a todos por el resto de sus vidas"⁴. Es así como las tradiciones familiares, la celebración de cumpleaños y fiestas patronales, juguetes y tipos de juegos, contribuyen a moldear la personalidad del individuo.

Los postulados de la UNESCO⁵ sirven de base para una categorización de los aprendizajes que la persona puede experimentar en la familia, escuela y comunidad; estos postulados son: Aprender a hacer, Aprender a aprender y Aprender a ser, los cuales son complementarios.

Aprender a hacer, son los conocimientos, habilidades y destrezas que una persona necesita para la ejecución de un rol o quehacer determinado. En el ámbito familiar, implica conocer los derechos y deberes familiares, métodos disciplinarios, problemática de la familia, manejo de la economía doméstica, entre otros aspectos.

Aprender a ser, analiza las dimensiones políticas, económicas y culturales que la educación conforma en cada contexto social determinado; abarca la participación del sujeto en las transformaciones de la sociedad, el desarrollo humano, tanto en el ámbito personal como social, lo cual demanda la internalización de valores, actitud crítica hacia la vida personal y los compromisos sociales, conocimiento de la realidad nacional e internacional, conciencia del papel del hombre y de la mujer en la sociedad, compromiso en el proceso de construcción de una sociedad más justa y humana.

4 Howse, Kevin y otros, *Guía para la dicha familiar*, Asociación Publicadora Interamericana, Bogotá, 1992, Pág. 54.

5 Arredondo, Mariano y otros, *Notas para un modelo de docencia*, artículo tomado de revista *Perfiles educativos*, número 3, Centro de Investigaciones y Servicios Educativos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, Págs. 8- 13.

Aprender a aprender, está inmerso en la línea de la educación permanente que proyecta la educación como una dimensión de la vida humana, siendo necesario el cultivo de las capacidades como interpretación, análisis, creatividad y juicio crítico.

Así como funcionan los hogares de una nación, así funcionará esa nación; existe alta probabilidad que familias disfuncionales produzcan hijos disfuncionales. Los niños, adolescentes y adultos necesitan amor y protección de una familia estable; en el país, un problema grave es que gran parte de la población carece de familia debidamente constituida.

2. Tribunales de familia y problemática familiar.

Por la cantidad significativa de familias disfuncionales en el país, en el año de 1994, entró en vigor el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia; asimismo, iniciaron funciones los tribunales de familia distribuidos a nivel nacional. El objeto de los tribunales de familia es la administración de justicia en los conflictos o problemas familiares, a fin de hacer valer los derechos y deberes establecidos en la legislación familiar.

La problemática familiar en El Salvador es grande, muchas de las familias atendidas en los tribunales de familia presentan diversos problemas: violencia intrafamiliar, maltrato infantil, padres separados, disputas por cuidados personales, etc., ante esta diversidad compleja, los tribunales han planteado estrategias de posibles soluciones, que comprende atención psicológica, educativa, social y legal.

Sin embargo, la formación de los valores, actitudes positivas y las costumbres familiares se encuentran en serias dificultades, ya que menores, padres y madres, siempre están con problemas de desintegración, maltratos, irresponsabilidades y descuidos, los cuales tienen que ser superados si se pretende mejorar la vida de la sociedad salvadoreña, por lo cual se están realizando esfuerzos serios de cambios en su sistema de atención, los tribunales de familia atienden de forma multidisciplinaria la problemática familiar, desde el mes de octubre de 1994, implementando programas psicológicos, sociales y educativos.

La dinámica familiar refleja una lucha de poder en su interior, donde madre y padre no responden a una relación de armonía, su tiempo y dedicación mutua es muy pobre en calidad y cantidad, su relación está en crisis necesitando mejorar en valores, costumbres, actitudes, estereotipos, hábitos que benefician a la familia y la sociedad.

Desde la perspectiva terapéutica, existen acciones institucionales para que la familia supere los problemas que la misma les forma, esfuerzos con modalidades recreativas, educativas y culturales. Dentro del ámbito jurídico, los tribunales de familia desarrollan un programa de orientación familiar

a padres y madres, con la estrategia de educación activa, participativa y de reflexión sobre su problemática.

"Corresponde a los especialistas de los juzgados de familia realizar los estudios y dictámenes que el juez les ordene, a fin de procurar la estabilidad del grupo familiar, la protección del menor y de las personas de la tercera edad⁶; es así como los profesionales en psicología, trabajo social y educación, en los informes escritos manifiestan las características y necesidades del respectivo grupo familiar.

3. Estrategia educativa grupal.

Dentro del campo educativo, las estrategias van vinculadas al mundo escolarizado, al ámbito sociocultural y ambiente familiar. Para ello, se han planificado programas que se utilizan para modificar actitudes, comportamientos, valores y estereotipos de los integrantes de la familia.

La escuela de padres y madres es un programa educativo del área no formal, cuyo fin principal es ajustarse oportunamente a corto plazo en el campo inmediato de interés y necesidad familiar de padres, madres o todas aquellas personas que ejercen cuidados personales sobre menores bajo su responsabilidad, que con diferentes temáticas, a través de estrategias metodológicas, persigue provocar cambios en las personas y los lleven a la práctica en su dinámica familiar.

Dicho programa está encaminado a procurar la estabilidad del grupo familiar y se caracteriza por:

- Se contextualiza en la educación no formal. "La educación no formal no exige más requisitos que la capacidad de aprendizaje de las personas. No estará sujeta a controles estatales, pero deberá enmarcarse dentro de los principios de beneficio, de orden público y de respeto a los intereses de los usuarios"⁷.
- La metodología es preferentemente de tipo participativa y reflexiva, busca propiciar la autoevaluación de los usuarios.
- Se fundamenta en los postulados pedagógicos: aprender a hacer, aprende a aprender y aprender a ser.
- Tiene por objeto propiciar aprendizajes significativos, por lo que se vinculan los conocimientos teóricos con la práctica y realidad de los participantes.

El programa escuela de padres y madres en los tribunales de familia ha sido concebido como un escenario para impulsar la sensibilización sobre

6 Artículo 9 de la Ley Procesal de Familia.

7 Artículo 45 de la Ley General de Educación.

los problemas familiares de los participantes, sus necesidades, derechos y responsabilidades. Asimismo, sirve para desmontar los estereotipos, creencias, mitos y valoraciones de los rasgos que se atribuyen tradicionalmente a los roles familiares de hombres y mujeres; conduce al acercamiento y la interrelación de las familias de distintos sectores poblacionales que, partiendo de sus necesidades y problemas específicos de su realidad, pueden aplicarlos a situaciones futuras, y contribuir para que el padre y la madre desarrollen habilidades, modifiquen actitudes, potencien valores, aporten experiencias que ayuden a una comunicación efectiva que coadyuve en una integración social y familiar sana, que fomente entre sus miembros la toma de conciencia y ejercitación de roles de madre-padre e hijo, sabiendo aplicar la disciplina familiar con amor y haciendo un uso adecuado de la autoridad, es lo que ayuda a:

- Modificar aquello que hace daño a sí mismo (a)
- Mejorar el trato a los miembros del grupo familiar
- Tomar decisiones para mejorar la calidad de vida personal y social

El Programa tiene como eje transversal la influencia de la violencia en la dinámica familiar y los contenidos están referidos a:

- La familia como grupo social
- Roles de miembros de la familia
- Comunicación en la familia
- Cómo puede ayudar la familia a los menores en el trabajo escolar
- Valores culturales que influyen en los miembros de la familia
- Disciplina familiar.

EL CUMPLIMIENTO DE LA CUOTA ALIMENTICIA: DESAFÍO DESDE EL FENÓMENO DE LA MIGRACIÓN PARA EL SISTEMA JURÍDICO FAMILIAR SALVADOREÑO

Licda. María Aracely Linares Palacios

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Migración y globalización. 3. Impacto de la migración en la familia. 4. Contexto general sobre las cuotas alimenticias. 5. El incumplimiento de la cuota alimenticia desde el fenómeno de la migración. 6. Conclusiones.

1. Presentación

"Lo van a mandar a llamar al Consulado de El Salvador, en los Ángeles California. Estados Unidos... Le van a preguntar a él con cuanto quiere ayudar a sus dos hijos, que residen en El Salvador,... Si él es listo, y conoce que no existe en Estados Unidos, un marco legal que lo pueda obligar como emigrante, a ser efectiva una cuota alimenticia. El señor demandado no cumplirá".

Este mensaje fue dado por una funcionaria de la Procuraduría General de la Republica a una madre de familia que durante 17 años no recibe ningún tipo de ayuda, por parte del progenitor de sus hijos. Esta información le fue, a la señora demandante, ratificada por otra funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien agregó que "el señor demandado puede hasta cambiar de domicilio, y no hay ley que lo obligue a que cumpla... queda a la voluntad de él. En caso desee ayudar, él dirá la cantidad que proporcionará".

Estos párrafos son parte del testimonio de una profesional salvadoreña, que trascurridos 17 años, hace uso del derecho a demandar por alimentos, al padre de sus hijos, residente en los Estados Unidos. La señora demandante realizó esfuerzos para lograr obtener la dirección exacta de la residencia del demandado, de lo contrario "no hubiese tenido ni tan siquiera el derecho a interponer la demanda"... Hoy dice sentirse frustrada, con desesperanza por que el sistema salvadoreño carece de un marco legal que obligue a emigrantes a que cumplan; "no pueden obligar al padre de sus hijos a que cumpla con una cuota alimenticia... Agrega "Es horrible experimentar la sensación de impotencia, no es vergüenza, no es pena, ...no puedo explicarlo... Desde diciembre de 2003 no tengo información alguna de parte de la funcionaria del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Este es un caso, entre miles y miles de madres demandantes de cuota alimenticias para beneficio de hijos e hijas, pero el sistema jurídico familiar salvadoreño, no responde con efectividad. Los logros obtenidos tienen que ver con la voluntad de las personas demandadas, no con los derechos, necesidades e intereses de los/as hijos/as, ni con las obligaciones que como progenitor o progenitora les corresponden.

Existen esfuerzos, discursos, como por ejemplo: "Más de \$10 millones fueron gestionados el año pasado por la Procuraduría General de la República en concepto de cuotas alimenticias, reveló ayer el titular de la institución, Marco Gregorio Sánchez Trejo. De esos \$10 millones, unos \$100,000 llegaron desde el exterior tramitados por los consulados salvadoreños, como cuotas voluntarios de nacionales que viven en Estados Unidos".

Con este referente general, y en el marco del "Décimo aniversario de los juzgados de familia en El Salvador" se presenta este trabajo para reflexionar sobre "El cumplimiento de cuota alimenticia: desafío desde el fenómeno de la migración, para el sistema jurídico familiar salvadoreño". Trabajo que tiene como propósito la adhesión a los esfuerzos serios de la Corte Suprema de Justicia para construir una sociedad en donde el acceso a la justicia sea para todos y todas los/as Salvadoreños/as, en donde prive el interés superior del menor, tal como lo establece el Código de Familia.

Este trabajo elaborado desde trabajo social, contiene un marco general que posibilita la interpretación teórica del objeto de estudio, marco que se complementa, contrasta con datos de la realidad. Se ubica el problema desde una perspectiva integrativa, porque no puede ser de otra forma, por cuanto es una situación problema que involucra varios factores; es multicausal, por lo que requiere alternativas de atención interdisciplinarias.

La intención de este trabajo es apoyar los esfuerzos del sistema Jurídico-Familiar del país, en cuanto a los retos que implica el cumplimiento de cuota alimenticia por parte de población emigrante. Así como compartir los logros obtenidos por los Juzgados de Familia, en los diez años de haberse creado, logros que hace diez años eran desafíos.

2. Migración y globalización.

Los países de América Latina y el Caribe, preparan condiciones políticas, económicas, sociales, entre otras, para enfrentar un nuevo periodo de apertura a la economía internacional. En la actual globalización, la región se ha convertido claramente en origen de migración, origen de migrantes. Las limitaciones y las posibilidades de la globalización han afectado a todos los países del mundo. "Grandes números de gente se mueven de un país a otro, de una ciudad a otra, y del campo a la ciudad. Aproximadamente 175

millones de personas (cerca del 3% de la población mundial) viven fuera de su país de origen, la mayoría en el mundo desarrollado. Se espera que esta cifra aumente a 230 millones para 2050".

Las migraciones, fenómeno humano constitutivo de la sociedad latinoamericana, son otro severo desafío que enfrenta la región. Por un lado, muestran las contradicciones y el grado desigual de desarrollo de las sociedades que viven en el continente, revelando las dificultades de miles de ciudadanos/as para lograr una vida acorde a sus expectativas en el lugar donde nacieron y crecieron. Por otro lado, implican una constelación de nuevos problemas sociales, legales y culturales, para los que buena parte de las políticas públicas tradicionales no estaba preparada: nuevos desafíos de integración social y de tolerancia cultural en un mundo crecientemente competitivo y tenso.

En los últimos decenios, la región de América Latina y el Caribe se transformó en fuente de emigración y sus flujos la vinculan a la más amplia geografía de destinos. En la actualidad, uno de cada diez de los 150 millones de migrantes internacionales (OIM/Naciones Unidas, 2000) nació en algún país latinoamericano o caribeño; esta cifra habla de un mínimo, pues no contabiliza a una fracción que migra (y trabaja) en condición irregular o indocumentada y tampoco incluye los desplazamientos temporales, circulares y de retorno. La información disponible permite señalar que casi 20 millones de latinoamericanos y caribeños viven fuera de su país de nacimiento y que la mitad de ellos emigró a lo largo del decenio de 1990, en especial a los Estados Unidos.

La migración internacional encuentra sus determinantes básicos en las desigualdades en los niveles de desarrollo, cuya enormidad, persistencia y notoriedad en el mundo globalizado contemporáneo acrecienta las llamadas presiones migratorias (FNUAP, 1998). Así, los países de América Latina y el Caribe mostraron en las últimas décadas un comportamiento económico inestable y la recuperación insinuada en algunos durante los años noventa apenas consiguió revertir las graves consecuencias de la "década perdida" de 1980 (CEPAL, 2001a). La asimetría en la distribución de los beneficios ofrecidos por la economía internacional se hace patente en la región, ya sea por las carencias de capital humano y de conocimiento, los cambios del papel del Estado en el plano social o, en general, por las insuficiencias estructurales del desarrollo.

La emigración se concreta como alternativa para enfrentar las difíciles condiciones de vida, la incertidumbre laboral y la disconformidad con los resultados del patrón de desarrollo. Por ende, la reducción de las brechas y la convergencia económica son condiciones elementales para que disminuyan los estímulos a la migración a largo plazo; mientras ello no ocurra, los países de la región deberán convivir con la migración internacional, enfrentando sus múltiples consecuencias, pero también aprovechando sus oportunidades.

3. Impacto de la migración en la familia.

(Mujereshoy) Más de 400.000 centroamericanos/as abandonan cada año sus países de origen con la esperanza de encontrar en Estados Unidos una vida mejor, que les permita ganar el dinero suficiente para subsistir y ayudar a sus familiares que no los acompañaron. Pero en muchos casos, la separación de la familia conduce a la "pérdida definitiva" de las personas que emigraron y la ruptura familiar. Estas afirmaciones las hizo Fundación Intervida, que con motivo del Día Internacional de las Familias celebrado el pasado 15 de mayo, señaló que los largos periodos de separación obligada llevan a miles de familias a su "desintegración".

Sin embargo, hay pocas opciones alternativas a la migración en Centroamérica, fenómeno que se ha triplicado en la última década a causa de la falta de oportunidades, la inestabilidad económica, desastres naturales y el aumento de la pobreza. Con la ayuda económica que algunos/as emigrantes envían a sus países de origen, sus familias cubren buena parte de las necesidades materiales básicas. Sin embargo, en muchos casos la lejanía afecta hasta el punto de la desintegración. Como consecuencia, son muchas las familias formadas por madres, abuelos/as o hermanos/as que han modificado sus roles y han pasado a ser el o la cabeza de familia para atender a los y las integrantes más pequeños.

El fenómeno migratorio no es sólo acelerado, sino que incluye prácticamente todo el país. Los/as migrantes pueden ser hombres o mujeres, individuos o familias, de origen urbano o rural, analfabetas o profesionales. En el nivel familiar, este fenómeno incrementa las incertidumbres. La familia experimenta los temores del individuo; además, están aquellos temores de carácter económico y afectivo, destacan las preocupaciones de carácter económico, la afectación de los lazos sociales y los cambios culturales. El panorama de incertidumbres que la migración está generando en las familias no es alentador. Trasciende a nivel de su estructura, contexto, entre otros cambios.

Las migraciones han contribuido a la emergencia de nuevas formas de familias, familias transnacionales, que viven literalmente en un lado y en otro, fragmentadas, sufriendo desventajas, y también ventajas, tanto para aquellos miembros de la familia que se van, como para los que se quedan en el país de origen. Una familia donde un hijo/a, un/a hermano/a o un/a sobrino se ha ido a un país lejano, donde la cotidianeidad está alterada, para algunas partes de la familia nuclear o para la familia trigeracional, entra dentro de la definición de familia transcultural.

Las migraciones significan, además, un escenario de crisis para la familia que la vive, ya sea porque el jefe o los jefes de familia parten dejando atrás a sus hijos/as, porque la familia reacciona con diversas formas de

resistencia para enfrentar la emigración de uno de sus miembros. La familia, y en particular sus miembros más débiles, las mujeres y los/as niños/as, viven usualmente con la migración una situación de alta vulnerabilidad; es decir, un aumento de los riesgos y la posibilidad de que sus derechos se vean dañados o su integridad afectada.

La crianza de los niños es fuertemente impactada. Ella empieza a desarrollarse en un contexto de incertidumbre sobre el futuro familiar, pérdida de coherencia de la unidad familiar, desaparición de referentes familiares, sobrecarga de la figura materna con el consiguiente aumento del estrés y depresión de la mujer. Asimismo, las urgencias socioeconómicas llevan a la familia a vincularse a formas de sobrevivencia, que trastocan la dinámica familiar construida, y que hay que reacomodarla para garantizar de alguna manera la sobrevivencia de los/as integrantes del grupo familiar incompleto, por que un/a miembro ha emigrado en "busca de mejorar las condiciones materiales de la familia".

Se quiere entonces continuar alertando sobre la desintegración que los movimientos migratorios provocan en las unidades familiares, condenadas a largos periodos de separación y, con frecuencia, a la pérdida definitiva de los/as miembros que se van. La migración involucra mayoritariamente a la población masculina, debido principalmente a cuestiones culturales, ya que, en general, las mujeres asumen los roles del cuidado del hogar y de los/as hijos/as, resultando más complicado su traslado. Como consecuencia de este fenómeno, se producen también cambios en la distribución tradicional de tareas familiares: cuando los hombres migran, sus esposas o compañeras asumen más responsabilidades y una mayor carga laboral, debido a que tienen que sacar adelante sus hogares. "El fenómeno migratorio supone la desintegración del 36% de las familias centroamericanas".

4. Contexto general sobre las cuotas alimenticias.

En una sociedad democrática es el Estado el primer llamado a velar por el bienestar de la comunidad. Siguiendo los comentarios de María Teresa López, Estado y familia son agentes principales que participan en el desarrollo económico y social de un país. Entre ellos se produce una interrelación tal, que las decisiones de uno afectan necesariamente al otro y viceversa. Sin lugar a dudas la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, no sólo porque así lo dispone la Constitución, sino porque es aquí, y no en otra parte, donde se gesta, desarrolla y forma el capital humano.

Entonces la administración de justicia en El Salvador enfrenta complejos retos, por cuanto hoy por hoy, existen esfuerzos para construir verdaderos espacios democráticos, en los cuales la justicia sea para todos y todas, en un mundo vertiginosamente cambiante, en donde los sistemas de comu-

nicación facilitan el intercambio, la información en tiempo record, de tal forma que la realidad exige sistemas que respondan a las verdaderas necesidades de la época, desde la perspectiva de la igualdad y equidad y en el marco de sistemas efectivos y eficientes, capaces de proporcionar calidad en la administración de justicia.

Bajo esta perspectiva, los Juzgados de Familia funcionan desde hace diez años; sus aciertos en la atención integral de la familia son de trascendental impacto, tanto en calidad como en cantidad. Sin embargo, el sistema jurídico familiar, como un todo integrado, tiene, entre otros, un desafío que tiene que ver con el incumplimiento de la cuota alimenticia; para beneficio de menores de edad, cuotas fijadas por vía judicial o administrativa. Generalmente, las cuotas alimenticias son establecidas en procesos promovidos por madres de familia, en casos como: custodia de menor de edad, divorcio, cuota alimenticia, entre otros.

El cumplimiento de la cuota alimenticia a nivel interno del país, es eficaz, cuando:

- El padre o madre de familia son progenitores responsables.
- Cuando el descuento de la cuota se aplica en planillas del lugar de trabajo del progenitor a quien se le establece la cuota alimenticia.
- En algunos casos, cuando se hace uso del sistema bancario nacional.
- En algunos casos, cuando se conoce y aplica la restricción migratoria.
- En algunos casos, cuando la persona demandante solicita la intervención de la Fiscalía General de la República.
- Cuando funciona oportunamente la restricción migratoria.
- Cuando las partes pactan acuerdos y cumplen.
- El informe social o psico social, por que es producto de un proceso de Investigación Diagnóstica, en el cual se sistematiza la información completa de las condiciones reales de los y las involucrados/as. Trabajo en equipo desde el enfoque sistémico.
- Entre otras variables.

Para que una persona que reside en el país cumpla con la cuota alimenticia establecida, el sistema jurídico familiar establece, claramente, la base legal, en situaciones de incumplimiento. El Diario de Hoy nacional@elsalvador.com, al referirse a las nuevas reformas plantea: "A partir de hoy, cualquier mujer u hombre que se niegue a brindar asistencia económica a sus hijos podría ir a parar a la cárcel, debido a la entrada en vigencia de las medidas legales que endurecen el castigo contra los que se niegan a pagar las cuotas alimenticias. Estas reformas fueron discutidas y acordadas por la unanimidad de los partidos políticos en noviembre pasado en el marco del Día Internacional contra la Violencia".

Existen 12 mil demandados en la Procuraduría General de la República. Sólo el 80% de los denunciados se encuentran al día con las contribuciones para los alimentos para sus hijos. 90% son hombres. Los datos de la Procuraduría indican que los del sexo masculino están a la cabeza de las denuncias.

5. El incumplimiento de la cuota alimenticia desde el fenómeno de la migración.

El fenómeno de la migración en la actualidad, esta fuertemente vinculado con la mundialización, desarrollo, familia; al interior de ésta, se ubican uno de los sectores mas vulnerables: los/as menores de edad. Esfuerzos institucionales existen para protegerlos y garantizarles el cumplimiento de sus derechos, pero no son suficientes; tal es el caso, de miles de niños y niñas vulnerados/as en sus derechos, entre otros se menciona: cuando los dos o uno de los progenitores no están cumpliendo con la obligación de proporcionarles alimentos, a fin de garantizarles una vida digna.

Se conoce que las victimas principales de los conflictos familiares son los hijos y las hijas; secuelas graves se construyen en ellos/as. La tortura de ser victimas de los conflictos familiares, en la mayoría de los casos se prolonga cuando un padre o una madre de familia, entre otras responsabilidades que tiene con los menores de edad procreados/as, no asume ni cumple la obligación de proporcionar a los hijos/as una cuota alimenticia fija y suficiente para la crianza y educación de ellos/as.

Sí el o la obligado/a a cumplir con la cuota alimenticia establecida, se encuentra en el país, existe un sistema jurídico familiar con fortalezas y debilidades, al cual se debe recurrir para que se cumplan las disposiciones legales en beneficio de los/as menores de edad. El problema complejo y agudo en El Salvador, respecto al cumplimiento de cuotas alimenticias, se identifica claramente con el o la progenitora que se encuentra residiendo en el extranjero, especialmente en Los Estados Unidos de América, y en Canadá, entre otros, por que no existe en el marco legal del país, el procedimiento, instrumentos, estrategias, etc., que establezcan cómo hacer cumplir, a la madre o padre que ha emigrado, la obligación con los/as hijos/as que residen en el país.

Generalmente, es el padre que al emigrar no cumple, y es la madre, que debe de desarrollar estrategias de sobrevivencia para la crianza y educación de los/as hijos/as. Entre las causas mas frecuentes que inciden para que el/a obligado/a no cumpla con la cuota alimenticia para los/as hijos/as, están:

nicación facilitan el intercambio, la información en tiempo record, de tal forma que la realidad exige sistemas que respondan a las verdaderas necesidades de la época, desde la perspectiva de la igualdad y equidad y en el marco de sistemas efectivos y eficientes, capaces de proporcionar calidad en la administración de justicia.

Bajo esta perspectiva, los Juzgados de Familia funcionan desde hace diez años; sus aciertos en la atención integral de la familia son de trascendental impacto, tanto en calidad como en cantidad. Sin embargo, el sistema jurídico familiar, como un todo integrado, tiene, entre otros, un desafío que tiene que ver con el incumplimiento de la cuota alimenticia; para beneficio de menores de edad, cuotas fijadas por vía judicial o administrativa. Generalmente, las cuotas alimenticias son establecidas en procesos promovidos por madres de familia, en casos como: custodia de menor de edad, divorcio, cuota alimenticia, entre otros.

El cumplimiento de la cuota alimenticia a nivel interno del país, es eficaz, cuando:

- El padre o madre de familia son progenitores responsables.
- Cuando el descuento de la cuota se aplica en planillas del lugar de trabajo del progenitor a quien se le establece la cuota alimenticia.
- En algunos casos, cuando se hace uso del sistema bancario nacional.
- En algunos casos, cuando se conoce y aplica la, restricción migratoria.
- En algunos casos, cuando la persona demandante solicita la intervención de la Fiscalía General de la República.
- Cuando funciona oportunamente la restricción migratoria.
- Cuando las partes pactan acuerdos y cumplen.
- El informe social o psico social, por que es producto de un proceso de Investigación Diagnóstica, en el cual se sistematiza la información completa de las condiciones reales de los y las involucrados/as. Trabajo en equipo desde el enfoque sistémico.
- Entre otras variables.

Para que una persona que reside en el país cumpla con la cuota alimenticia establecida, el sistema jurídico familiar establece, claramente, la base legal, en situaciones de incumplimiento. El Diario de Hoy nacional@elsalvador.com, al referirse a las nuevas reformas plantea: “A partir de hoy, cualquier mujer u hombre que se niegue a brindar asistencia económica a sus hijos podría ir a parar a la cárcel, debido a la entrada en vigencia de las medidas legales que endurecen el castigo contra los que se niegan a pagar las cuotas alimenticias. Estas reformas fueron discutidas y acordadas por la unanimidad de los partidos políticos en noviembre pasado en el marco del Día Internacional contra la Violencia”.

- La irresponsabilidad paterna y, en menor grado, la materna.
- La constitución de otro grupo familiar del emigrante.
- La influencia de la nueva conviviente o esposa del obligado (o viceversa, referida al esposo o conviviente).
- Los conflictos no resueltos entre los adultos/as.
- Ingerencia de familiares que continúan residiendo en el país.
- Temor a ser ubicados por Migración y ser deportados. Entre otras causas.

Independientemente cual sea la causa, nada justifica la irresponsabilidad paterna y/o materna, porque los menores de edad son sujetos de derechos a quienes se les deben de respetar, proteger.

No existe coercitividad para que un emigrante o una emigrante cumpla con la cuota alimenticia establecida en El Salvador por vía judicial o administrativa, o que ya estando el padre o madre en otro país, hagan uso del derecho a interponer la demanda por alimentos. Esta demanda no está sostenida por el sistema jurídico familiar, queda a la discrecionalidad, voluntad del o la emigrante cumplir con su obligación. Esta situación es grave, frustrante para :

Los/as menores de edad, por cuanto se les priva de que sus necesidades materiales sean satisfechas por la madre y el padre de familia, hay mensaje de irresponsabilidad paterna o materna, que puede ser reproducido cuando ellos/as sean adultos/as. La falta de apoyo de uno o de los dos progenitores, limita a que los menores de edad puedan, por la falta de recursos económicos, incorporarse o continuar en el sistema educativo, acceso a asistencia médica, disfrutar del apoyo emocional que brindan las figuras parentales, etc.

Para la madre demandante, en quien recae la responsabilidad total de la crianza y educación de los/as hijos/as, debe, para sobrevivir, crear estrategias que a veces la privan de actividades para su superación y realización personal. Experimenta deterioro de su salud, desesperanza, desconfianza ante el sistema jurídico familiar, entre otros.

Para la familia, por que se incrementa, profundiza y amplía el problema de la desintegración familiar, se transmiten los antivalores y no se cumple con lo que el marco legal establece, considerando que la familia es la base fundamental de la sociedad.

Para el/a progenitor/a que no cumple con sus obligaciones, se auto priva del derecho, a recibir y dar afecto, necesidades que todo ser humano debe de satisfacerlas, por que dan seguridad, afianza la identidad, gratifica el efecto significativo, etc.

Para los/as profesionales comprometidos en la construcción de una sociedad, en la cual se respeten, protejan los derechos humanos. Para ellos/as que cotidianamente trabajan con el/a usuario, que construyen alternativas de

solución, y que también comparten con la población demandante, niños y niñas, sus desesperanzas, cuando no existe, hoy por hoy, la posibilidad de que el progenitor, "aunque sea envíe una cuota alimenticia, ya que al estar en otro país el papá, les ha privado de las caricias, comunicación y relación..."

Para la sociedad, que exige ciudadanos/as que impulsen y logren el desarrollo humano para construir una sociedad sana, justa, democrática e igualitaria.

A la población salvadoreña, se le esta generando expectativas para mejorar las condiciones de vida, en el escenario de la globalización, migración, firma de tratados de libre comercio, modificaciones al sistema de emisión de pasaportes, las visas, el reconocimiento de hijos, cuotas alimenticias, la normativa familiar y la emisión del Documento Único de Identidad (DUI) en el exterior. Entonces si hay discursos, información por todos los medios de comunicación, se debe entonces comprender que son puntos incorporados ya, en la agenda política, y que se concretaran.

Entonces queda, al sistema jurídico familiar de El Salvador, convertir el desafío en logros en un futuro inmediato: Los padres y madres de familia, emigrantes, cumplan la cuota alimenticia que se les estableció, por la vía judicial o administrativa, para beneficio de los/as hijos/as procreados. Cumplimiento que debe de estar, entre otros elementos, basados en una normativa, sólida, pertinente e innovadora y que verdaderamente proteja a los/as hijos/as que continúan residiendo en El Salvador.

6. Conclusiones.

- El desarrollo integral del país no es posible visualizarlo desde una perspectiva lineal; es indispensable la concepción y ejecución de acciones con perspectivas integrales. De tal manera que el problema que se puntualiza en este trabajo, que es sobre el incumplimiento de cuota alimenticia desde el fenómeno de la migración, no es posible atenderlo con eficacia, si no se integran y concensan las soluciones a partir del sistema jurídico familiar, en su visión de conjunto.
- El incumpliendo de la cuota alimenticia por parte de salvadoreños/as en el extranjero, esta influenciado por variables de naturaleza socio-culturales, económicas, entre otras y por un sistema jurídico familiar que no posee las herramientas, leyes, instrumento, procedimientos que posibiliten ejercer la coerción para quienes la necesitan, para cumplir en lo "material" con sus hijos/as.

- Existe en la actualidad un contexto nacional e internacional, que abre espacios para que el sistema jurídico familiar de El Salvador , planifique y ejecute proyectos innovadores y pertinentes para sensibilizar a la población emigrante, para que cumpla sus obligaciones con los/as hijos/as, así como con otros parientes que continúan residiendo en El Salvador.
- Que se continúe realizando los esfuerzos pertinentes para que los desafíos que presenta el problema del Incumplimiento de cuotas alimenticias en beneficio de hijos y de hijas de la población emigrante, se conviertan en logros en un futuro inmediato, a fin de no continuar generando incertidumbre, irrespeto a los derechos de los menores de edad, frustración y desesperanza en la población demandante.

BIBLIOGRAFÍA.

- Baires Sonia. Mami mami, demanda la cuota... la necesitamos. Edición Claudia Perla Campos.
- Fuentes electrónicas.
<http://www.colpos.mx/agrocien/Bimestral/2003/nov-dic/art-10.pdf>
<http://www.kaimh.org/paternida.htm>
<http://www.kaimh.org/paternida.htm>

— ESTUDIOS DE DERECHO DE FAMILIA —

EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO ENTRE LOS CÓNYUGES EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

Licda. Lila del Carmen Mena Alfayero*

SUMARIO: 1. Ideas generales. 2. Diligencias de divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges. 3. El convenio. 4. Contenido del convenio. 5. Forma del convenio. 6. Continuación del trámite de las diligencias de jurisdicción voluntaria del divorcio.

1. Ideas generales

La Constitución de la República¹, Art. 32 señala que *"la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado... y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico"* y de conformidad al Art. 2 del Código de Familia (C. F.)², prescribe: *"La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio..."*.

Desde el punto de vista legal se ha señalado qué es la familia y lo traigo a cuenta porque una de las formas para que se constituya la familia es el matrimonio, Art. 2 C. F. Las personas involucradas en éste son el esposo, la esposa y producto de esa relación, los hijos. El punto que nos atañe es lo que se conoce, como: *"la crisis del matrimonio"*, cuando éste ya no tiene razón de ser. En estos casos se ha previsto (en la ley) una forma de disolver el vínculo matrimonial de una manera amigable (concertada).

En ese sentido, todas las personas tienen derechos y deberes, pero cuando se trata del *"derecho a la libertad"*, así como las personas pueden contraer matrimonio, así también tienen derecho a divorciarse. De esa manera, los divorciados pueden realizar un nuevo proyecto de vida familiar para el futuro; pero esta última libertad está limitada por la ley, puesto que

* Abogada y Notario, graduada en la Universidad Salvadoreña "Alberto Masferrer" (USAM). Profesora en la materia de derecho de familia. Cursó el Primer Diplomado en Docencia Universitaria en el Instituto Superior Politécnico "José Antonio Echeverría" (CUJAE), Cuba por medio de la Universidad "Francisco Gavidia". Labora como Oficial Mayor en la Cámara de Familia de la Sección del Centro. Es socia fundadora de la "Asociación Salvadoreña de Derecho de Familia".

1 Decreto N° 38 del 15/12/1983. Publicado en el Diario Oficial 234, Tomo 281, del 16/12/1983.

2 Decreto Legislativo N° 677, del 11/10/1993, publicado en el Diario Oficial 231, Tomo 321, del 13/12/1993.

existe un control judicial. Para el caso, tramitar un divorcio que se ventila ante un Juzgado de Familia. Si bien es cierto existe el principio de la autonomía de la voluntad, el Estado debe garantizar el divorcio por tratarse de una situación de orden público que está regulado en la ley; así, los cónyuges al presentar la solicitud de divorcio y el convenio respectivos, le corresponde al juzgador calificarlo y homologarlo, porque esos acuerdos garantizan el respeto de los derechos consagrados en la Constitución, en la Convención Sobre los Derechos del Niño³ y el Código de Familia.

Actualmente, el Código de Familia no tiene por objetivo encontrar quien de los cónyuges es el culpable de la ruptura del pacto matrimonial; sino valorar ciertos aspectos más importantes cuando el matrimonio ya está destruido por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges o simplemente porque ya no se cumple con los fines por el cual fue constituido.

Estamos frente a una situación en que los consortes ya no tienen los mismos derechos y deberes porque ellos mismo se los limitan; al vulnerarlos recíproca o unilateralmente; como por ejemplo: no viven juntos, no se guardan fidelidad, no se asisten en toda circunstancia, no se tratan con respeto, tolerancia y consideración, no deciden los asuntos domésticos de común acuerdo, no se preocupan en sufragar –en proporción a sus recursos económicos– los gastos de familia, no se prestan cooperación y ayuda cuando quieran desempeñar actividades lícitas o cuando emprendan estudios o quieran perfeccionar nuevos conocimientos, no organizan la vida en el hogar juntos y el peor de los casos, que no se responsabilizan de sus propios hijos (no les dan alimentos y no ejercen el cuidado personal de los hijos y no se comunican con ellos), etc.

El divorcio supone que el acto constitutivo del matrimonio operó de acuerdo con los elementos de existencia y de validez exigidos por la ley. En ese sentido, el legislador permitió que los cónyuges se pongan de acuerdo de cómo van a disolver ese matrimonio válido por la vía del divorcio por mutuo consentimiento Art. 106 n 1° C. F.

Estoy consciente que la vía del divorcio no es el mejor camino para resolver o remediar el conflicto que se suscita entre los cónyuges por las consecuencias que el mismo produce a los integrantes de la familia y sobre todo a los hijos; puesto que, aun antes y después del divorcio ha habido o habrá periodos de desilusiones, intentos de mejorar la relación, sentimientos de fracaso, pérdida de la autoestima, desajustes de conducta, etc.

Sin embargo, estoy convencida de que con este motivo la pareja debe lograr acuerdos que –a veces– son difíciles de obtener por la vía de la ju-

3 Acuerdo de aprobación del Órgano Ejecutivo 237 del 18/4/1990, Ratificado por Decreto Legislativo 487 del 9/5/1990, D.O. 108, Tomo 307, del 9/5/1990.

jurisdicción voluntaria (que se caracteriza porque en el procedimiento no hay conflicto entre los interesados) puesto que los consortes, por mutuo acuerdo, deciden el nuevo proyecto de vida que quieren para ambos y sus hijos, en un procedimiento breve, sencillo y ágil. De esa manera se minimiza el desgaste emocional y económico, comparado con un proceso contencioso, complejo y tedioso; el cual puede prolongarse en el tiempo, dependiendo de la actividad recursiva de los interesados. En cuanto a la separación de los cónyuges, Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni⁴, señalan que el *"desquicio del matrimonio es, antes que un problema jurídico, un problema psicológico y social. El proceso contradictorio no salvaguarda la institución del matrimonio, ni a la familia. El conflicto conyugal, con divorcio o sin él, reconoce causas y conlleva consecuencias que sería pueril creer que se pueden resolver o ser encausadas, sólo por imponer un proceso judicial más estricto, más formal, o en el que necesariamente se debaten hechos que siempre interesan a la intimidad y que sólo el debate no mitiga, ni evita y, por el contrario, ahonda"*.

Este motivo tiende a evitar mayores y más graves enfrentamientos entre los cónyuges, por lo que se considera que es una forma civilizada que tiene un matrimonio de obtener su separación, de resolver el cuidado de los hijos menores, de dividir sus bienes, de decidir el régimen de comunicación y trato, los alimentos para los menores, la pensión alimenticia especial y pensión compensatoria, el uso de la vivienda familiar, etc.; todo con la finalidad de lograr resolver con un mínimo de armonía los problemas serios y delicados que afrontan los cónyuges, ya que tarde o temprano la separación será traumática para los cónyuges y los hijos.

Lo relevante de este motivo es que no hay que explicarle al Juez de familia —en la solicitud— cuales son las circunstancias graves que dieron lugar a la desavenencia conyugal; porque con ello *"se evita el escándalo o la deshonor de uno de ellos, sobre todo en los matrimonios que tienen hijos"*. Esto fue una de las razones por las cuales la comisión redactora del año 1991, instituyó este motivo de divorcio; además adujo que el divorcio *"es un secreto de familia que no se puede divulgar, o cuya divulgación acarrearía el deshonor, la ruina o la desgracia de otras personas, o que la separación sea motivada por enfermedades o vicios vergonzosos no previstos por el legislador, o que sin mediar alguno de los motivos señalados por la ley, la vida en común se haya hecho imposible por el aborrecimiento o la aversión insuperable de uno de los esposos hacia el otro"*.

4 Manual de Derecho de Familia, 4ª edición actualizada, pág. 358 y 359.

2. Diligencias de divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges

Se recalca que el procedimiento que se utiliza para que se decrete el divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges es el de "Jurisdicción Voluntaria", Arts. 179 al 183 L. Pr. F.⁵, en relación con el Art. 204 de la misma ley. Si bien es cierto que existe un conflicto de familia en sentido sociológico, en el ámbito jurídico ese conflicto ha sido superado en forma amigable, a través del avenimiento entre las partes, mediante el convenio que previamente han suscrito.

El procedimiento inicia con la solicitud de divorcio y no con una demanda, que se presenta ante un Juez de Familia. Dicha solicitud debe ser presentada por medio de apoderado designado por los interesados, en forma conjunta o individual. Es decir, que puede comparecer un solo procurador en representación de ambos cónyuges o cada uno de ellos nombra su propio apoderado y presentan conjuntamente la solicitud. Cabe destacar que, aunque se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, se requiere la procuración obligatoria, Art. 10 L. Pr. F. Ello es así debido a la trascendencia del divorcio; por tratarse de una cuestión de orden público, el legislador ha querido la intervención de profesionales especializados en la materia.

No es necesario que tenga un tiempo prudencial de duración el matrimonio, para solicitar el divorcio por este motivo, en ese sentido el legislador salvadoreño adoptó la tesis divorcista; comparado con otros países que exigen que el matrimonio haya durado un periodo de dos, tres y hasta cinco años.

A la solicitud se debe agregar, esencialmente, los documentos siguientes:

- El convenio suscrito y firmado por los cónyuges, de conformidad a los Arts.108 C. F. y 204 Inc.2º L. Pr. F.
- Certificación de la respectiva partida de matrimonio.
- En el caso que existan hijos, las certificaciones de las partidas de nacimiento de éstos.
- El poder general judicial o especial otorgado de conformidad a los Arts.10, 11 y 12 L. Pr. F. Puede ser que de manera conjunta los interesados nombren un abogado para que los represente o pueden nombrar cada uno –en forma individual– su respectivo procurador. El procurador o los procuradores nombrados comparecerán a presentar la solicitud, Art. 204 Inc. 1º L. Pr. F.
- En algunos casos se agregan fotocopias del Documento Único de Identidad de los cónyuges.
- Si las prestaciones otorgadas en el convenio requieren documentación especial (traspaso de inmuebles, fianza u otro tipo de garantías, etc.) deberán adjuntarse.

5 Decreto Legislativo 133, del 14/9/1994, D.O. 173, Tomo 324, del 20/9/1994.

3. El convenio

El convenio es un acuerdo de voluntades en donde opera la intervención de los cónyuges con la mediación del abogado o notario, quien debe ejercer el rol de orientador, informador o consejero. Debe propiciar que el acuerdo de los cónyuges se desarrolle en un clima de pacificidad, donde ambos consortes tengan iguales oportunidades de participación y en el que no haya perdedor ni ganador, sino que ambos sean beneficiados por el convenio.

Lo que interesa en un convenio es que ambos cónyuges salgan favorecidos y, por supuesto, los hijos menores de edad o incapaces, por lo que deben cumplirse ciertos principios, como el de unidad de la familia, que si bien es cierto los cónyuges no están juntos, a pesar de ello el Estado ha querido proteger a la familia y al menor, para garantizar suficientemente los derechos reconocidos en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales y en el Código de Familia. Otro principio que no hay que perder de vista en el desarrollo y culminación del convenio es el principio de igualdad de derechos del hombre y la mujer, el cual está fundamentado en el principio de igualdad que debe operar –en este caso, ambos cónyuges–. Así mismo, el principio de igualdad de los derechos de los hijos, el cual tiene relación con que los hijos no deben ser discriminados por ninguna razón y el más importante principio que debe tomarse en cuenta es el interés superior del menor, que es todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad, Arts. 4 y 350 C. F. Estos principios, si bien es cierto son principios rectores del Código de Familia no debe perderlos de vista el abogado director (apoderado) a la hora de elaborar el convenio de divorcio.

4. Contenido del convenio

El Art. 108 C. F. señala el contenido del convenio; esta norma establece literalmente que "Los cónyuges que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, deberán suscribir un convenio, que contendrá por lo menos las siguientes cláusulas:

- 1) La determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado personal quedarán los hijos sujetos a autoridad parental, y el régimen de visitas, comunicación y estadía que hubieren acordado, para que el padre o madre que no viva al lado de sus hijos, se relacione con los mismos (Art. 211-216 y 217 C. F.);
- 2) Determinación del cónyuge por cuenta de quien deberán ser alimentados los hijos; o expresión de la proporción con que contribuirá cada uno de los cónyuges para dicha finalidad; con indicación de las bases de actualización de la cuantía de los alimentos y de las garantías reales o personales ofrecidas para su pago (247 C. F.);

- 3) Determinación de la pensión alimenticia especial que se debe prestar cuando proceda (Art. 107 C. F.);
- 4) Expresión del cónyuge a quien corresponderá el uso de la vivienda y bienes muebles en uso familiar (Art. 111 Inc. 3° C. F.); y
- 5) Fijación de las bases para la liquidación del patrimonio conyugal cuando exista régimen económico de comunidad o para la liquidación de las ganancias o determinación de la pensión compensatoria, en su caso." (Arts. 55, 59, 74 y 113 C. F.)

Estos acuerdos serán necesarios de acuerdo a cada caso en particular. Se considera que este artículo no es taxativo y, por la trascendencia del divorcio y para asegurar los efectos del mismo convenio, es necesario hacer constar, en el documento respectivo, todo tipo de acuerdos, aparte de los que señala la ley, siempre y cuando sean en beneficio de los cónyuges y no se vulnere el interés superior de los menores; por ejemplo: a) Cuando existan hijos y los padres residen en diferentes países, ambos padres pueden ponerse de acuerdo que en los períodos de vacaciones los hijos estarán fuera del país, teniendo de alguna manera ambos padres la tenencia compartida, b) Que ambos padres decidirán el centro de estudio donde los hijos estudiarán, c) Juntos tomarán las decisiones en cuanto a la salud de los menores, d) El padre que no tendrá el cuidado personal de los hijos, desde la firma del instrumento puede inferir su autorización para que su hijo pueda salir fuera del país, e) También éste último puede comprometerse a concurrir al Ministerio de Gobernación a tramitar el pasaporte o visa de su hijo en la embajada correspondiente; f) Que el padre asegurará la salud de sus hijos con un seguro internacional que cubrirá gastos médicos y de hospitalización, con cobertura total y con un seguro de vida a su favor en el que los menores serán beneficiarios, seguro que servirá para gastos educativos, primarios, medios y universitarios de los hijos; g) Cuando ambos cónyuges tienen hipotecada la vivienda y uno de ellos asumirá el pago mensual de las cuotas del préstamo hipotecario, éste se comprometerá y garantizará (mediante caución) pago puntual de la obligación y se puede estipular que el otro cónyuge —que también puede tener la calidad de deudor en el banco—, sea exonerado de esa obligación, si en un momento determinado se promueve un juicio ejecutivo, siempre y cuando sea con la aprobación del banco que les concedió el crédito hipotecario, etc.

5. Forma del convenio

Una gran parte de abogados consideran que el convenio debe de suscribirse en escritura pública, por razones de solemnidad y seguridad. Pero ni el Código de Familia Arts. 108/110 C. F. ni la Ley Procesal de Familia (Art. 204 L. Pr. F.) exigen formalidades especiales en la elaboración del

convenio o para el contenido del mismo, por lo que se considera que donde la ley no distingue, no deben los juzgadores hacer ninguna distinción. Por otro lado, no se pueden pedir más requisitos que los que determina la ley; y si la ley no determinó la manera en que debe formularse el convenio, lo único exigible será su autenticidad.

La ley no exige escritura pública, ni acta notarial, o que se elabore ante el Procurador General de la República y menos el tipo de hoja a utilizar, si es papel bond o en hoja de papel empaque, rayado etc. Lo correcto es que el convenio sea claro y preciso, que no dé lugar a confusiones ni fraudes; por lo que el abogado y los cónyuges, al elaborar el convenio deben actuar con lealtad, probidad y buena fe, Art. 7 letra h) L. Pr. F. En un momento determinado, dependiendo del caso, por razones de seguridad deberá hacerse en escritura pública. La forma del convenio queda librada a la opción de los interesados. Desde luego, quedan excluidos de esta regla los acuerdos conexos al convenio, que requerirán las reglas de los actos y contratos que establecen las leyes. Esos pactos que se refieren a prestaciones (donación, traspaso de vehículos, seguro de vida, etc.) para los miembros de la familia, deberán documentarse según lo determinan las leyes respectivas.

El convenio será calificado y homologado por el juez, quien lo aprobará si los acuerdos adoptados por los cónyuges no vulneran los derechos de los hijos y de los cónyuges, reconocidos en la Constitución, Tratados Internacionales y en el Código de Familia; por lo que el juez de familia tiene facultades para hacerle modificaciones pertinentes antes de pronunciarse la sentencia, siempre y cuando los cónyuges no hubieren presentado un nuevo convenio que sea justo y legal, Art. 109 C. F.

El juzgador debe de tener mucho cuidado al analizar la solicitud y el convenio, puesto que en algunos casos con sólo la lectura de ellos se advierte que los datos no son veraces. Por ejemplo: En la solicitud se expresa que la madre tendrá el cuidado personal de su hijo y el padre ejercerá el régimen de comunicación y trato cada quince días y luego, se advierte que la madre está fuera del país porque reside en Estados Unidos de América. En otros casos, se dice que ambos cónyuges residen en este país y de la misma solicitud se advierte que uno de los cónyuges reside en el extranjero. Como se podrá apreciar, en estos casos existe un fraude procesal o al menos un deseo de ocultar información estrictamente necesaria, con la finalidad de disolver el matrimonio prontamente. Por lo que no basta simplemente afirmar que existe el deseo de divorciarse, sino que lo importante es que los acuerdos no vulneren los derechos de los solicitantes ni de sus hijos menores o incapaces. Es por ello que el juzgador hace reparos al convenio de divorcio y en algunos casos se auxilia del equipo multidisciplinario (trabajadora social, psicólogo y educador), Arts. 4 y 9 L. Pr. F. para corroborar la veracidad de lo consignado en el convenio y de esa manera –en esos casos–

declaran no ha lugar al divorcio por este motivo; quedándole a salvo el derecho de los cónyuges de iniciar un nuevo proceso de divorcio por otro motivo; y en otros casos, se decreta el divorcio por este motivo, cuando se hayan subsanado las prevenciones.

También podría suceder que se advierta que lo pactado en el convenio, a todas luces no se va a cumplir; por ejemplo: Si en el convenio se estableció que el padre se compromete a depositar en una cuenta corriente a nombre de los menores, en una institución bancaria; pero al analizar el convenio se establece que la madre no aparece ni como titular, ni está autorizada para retirar fondos de dicha cuenta, sino que aparece como titular de la cuenta el mismo padre; lo cual volvería nugatorio el derecho de alimentos de los hijos, en la forma cómo lo solicitan los mismos padres. Es por ello que, en este caso, la cuenta bancaria deberá estar a nombre de la madre (o de quien ejerza el cuidado de los hijos).

Algo importante que se debe tomar en cuenta en este motivo, es que algunos jueces de familia exigen la "ratificación del convenio", es decir que una vez presentada la solicitud y el convenio, admiten la solicitud y en la audiencia de sentencia no comparece personalmente uno de los solicitantes, por ese motivo la declaran no ha lugar el divorcio, porque el Poder General Judicial con Cláusula Especial con el que actuaba, no le facultaba al abogado para representar a la solicitante, en caso que no pudiera comparecer a la audiencia de sentencia personalmente.

En ese sentido, la Cámara de Familia de la Sección del Centro (Segunda Instancia), ha sostenido en reiteradas sentencias que, si bien es cierto en el Art. 148 en adelante C. C. derogados, se regulaba que el convenio de divorcio debía ratificarse; en la actualidad los Art. 108 y 109 C. F. y el Art. 204 L. Pr. F. no prescriben que el convenio sea ratificado por los solicitantes.

Pese a que el Art. 108 C. F. requiere la presencia de los solicitantes en la audiencia de sentencia, en aplicación de los principios de inmediatez y oralidad, aclaran que dicha presencia posibilita el contacto directo de los solicitantes y el control de los acuerdos por parte del juez de familia, quien tiene la obligación de velar por el respeto de los derechos de la familia; principalmente que no se renuncien a aquellos que la ley dispone como irrenunciable (no disponibles). Por lo que concluyen que la ratificación señalada constituye un mero ritualismo, que no garantiza el efectivo cumplimiento de los derechos. De tal manera que prestarle más atención a la ratificación del convenio, para que se decrete el divorcio, equivaldría a sostener que en las diligencias de divorcio por este motivo, fundamentalmente interesa verificar o confirmar la expresión libre de la voluntad de los solicitantes, cuando en efecto, no solo importa que se externe la misma, sino también que los acuerdos no violenten derechos de los solicitantes.

Se ha planteado casos, donde ambos cónyuges aducen en el convenio, que no tienen hijos y que, a pesar de que están ligados en el régimen de comunidad diferida, carecen de bienes de dicha comunidad. Pese a esas circunstancias, los juzgadores de familia exigen la ratificación del convenio por parte de ambos cónyuges en la audiencia de sentencia. En esos casos, la referida Cámara señala que aún cuando la solicitante no estuvo presente y en el poder judicial carece de la frase sacramental de facultar a su apoderado para representar a la solicitante en su ausencia –en la audiencia de sentencia–, ello no implica que el patrocinante carezca de tal facultad, puesto que se ha observado que éste tiene aún mayores facultades como conciliar, transigir, allanarse, poder iniciar y fenecer juicios de familia, en resumen las facultades especiales del Art. 113 C. F.; de las requeridas en las diligencias de divorcio, teniendo también la facultad de representar a la solicitante en dicho acto judicial, en atención al aforismo que sostiene: quien puede lo más, puede lo menos. Asimismo, finaliza la Cámara manifestando que no hay obstáculo alguno para aprobar el convenio, cuando no hubo prevención sobre modificaciones al convenio, tampoco se adujo que los acuerdos violaban algún derecho y resulta que el apoderado tiene más facultades de las requeridas en diligencias de jurisdicción voluntaria, y de esa manera revocan la resolución y decretan el divorcio por el motivo 1º del Art. 106 C. F. (Ver sentencias clasificadas bajo los números 96-A-03 y 98-A-03).

Por otro parte, el código de familia permite que eventualmente se puedan "modificar judicialmente las sentencias que recaigan sobre las prestaciones (por ejemplo: alimentos, cuidado personal, régimen de comunicación y trato, en general todas aquellas que no causan cosa juzgada, Art. 83 L.Pr.F.) siempre y cuando se demuestre que las circunstancias que fundamentaron el fallo hubieren cambiado sustancialmente". Al respecto el Art. 112 C. F. prescribe: *"Los acuerdos de los cónyuges o las resoluciones prescritas por el juez en la sentencia de divorcio, podrán ser suspendidos o modificados judicialmente cuando se incumplieren grave o reiteradamente, o bien si las circunstancias que fundamentaron el fallo hubieren cambiado sustancialmente"*. Asimismo el legislador aceptó "la modificación del convenio después de la sentencia"; al respecto el Art. 110 prescribe que *"Ejecutoriada la sentencia de divorcio, si ocurriere alteración sustancial de las circunstancias bajo las cuales fue aprobado el convenio, éste podrá modificarse judicialmente, o por medio de otro convenio otorgado en la misma forma que el original, previa aprobación del juez, debiendo seguirse los trámites del artículo anterior."*

Siguiendo el criterio sostenido por la Cámara de Familia, ésta advierte de que se trata de dos supuestos o hipótesis: a) La primera premisa es la existencia de una sentencia ejecutoriada de divorcio, y la segunda, b) El hecho de haberse alterado sustancialmente las circunstancias bajo las cua-

les se aprobó el convenio; mediante una sentencia proveída en diligencias de jurisdicción voluntaria; y la conclusión en ambos supuestos es que esa sentencia –procesalmente ejecutoriada– (no en sentido material) puede modificarse judicialmente. Es decir, mediante un proceso contencioso por no existir acuerdo para la modificación entre las partes; o por medio de diligencias de jurisdicción voluntaria, a través de las cuales se aprueba mediante sentencia, el acuerdo de modificación previamente presentado.

También la referida Cámara ha sostenido que en los casos de divorcio contencioso, después de dictada y ejecutoriada la sentencia, las partes pueden llegar a acuerdos extrajudiciales y presentarlos para su aprobación al juez competente. Lo que en el momento determinado se podría modificar la sentencia dictada originalmente, Art. 112 C. F. Por lo que al cambiar las circunstancias que motivaron la sentencia y de no mediar acuerdo entre los involucrados, ya sea que el divorcio se haya planteado por mutuo consentimiento o de forma contenciosa, necesariamente tiene que presentarse una solicitud (según el caso), cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley, pidiendo la modificación de la sentencia, ofreciendo así los medios probatorios para demostrar que las condiciones y circunstancias han variado sustancialmente, (ver sentencia clasificada bajo el número 66-A-03).

En consulta realizada a litigantes, se advierte que existe un problema de aplicación en relación a la "Modificación del convenio" y a la "Modificación de la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento", porque los juzgadores de familia no le quieren dar el trámite correspondiente a la "Modificación del convenio", puesto que consideran de que se trata de un caso de "Modificación de sentencia".

6. Continuación del trámite de las diligencias de jurisdicción voluntaria del divorcio

Antes de continuar con la relación del trámite, vale aclarar que los cónyuges pueden presentar la solicitud de divorcio en el juzgado de familia que elijan; el que les quede más cerca o por alguna razón les convenga; se podría decir que no existe un criterio de competencia por razón del territorio. En este caso, la competencia del tribunal queda librada a la voluntad de los interesados, expresada o no en el convenio o en el poder o escrito.

Los requisitos que debe cumplir una solicitud de divorcio por mutuo consentimiento son los exigidos en los Arts. 108 C. F., 42, 180, 181 y 204 L. Pr. F. por lo que al faltar cualquiera de ellos, es procedente que se le prevenga a los interesados para que subsanen los errores y omisiones, las cuales deberán ser subsanados dentro de los tres días siguientes a la notificación respectiva, Art. 96 L. Pr. F. Si bien es cierto que la solicitud de divorcio debe formularse con base al Art. 42 L. Pr. F., que se refiere a los

requisitos que contiene una demanda, será en lo que fuere aplicable, porque aquí, como ya lo dijimos, no existen las figuras de actor y demandado, Art. 180 L.Pr.F. Los requisitos dispuestos en esa norma son circunstancias formales, que no están directamente vinculadas al convenio.

Para no causar confusión, una cosa son las omisiones o errores de las solicitudes y otra cosa son los defectos del convenio. Algunos juzgadores admiten la solicitud y, en el mismo auto, ordenan las prevenciones para que sean subsanadas dentro de los tres días siguientes a la notificación respectiva o si no, para que sean subsanadas en la audiencia de sentencia, dependerá del error u omisión en que haya incurrido el abogado, para que sea subsanado inmediatamente o esperarse hasta la referida audiencia; porque si son de aquellos requisitos esenciales, como por ejemplo: la falta de presupuestos procesales, en un momento determinado pueden afectar la sentencia o pueden dar lugar a una sentencia inhibitoria.

Vale aclarar que las prevenciones respecto de la solicitud, no deben entorpecer el trámite breve, ágil y sencillo del procedimiento, por ejemplo: No se admitirá la solicitud por falta de presentación de las certificaciones de partidas de nacimiento de los cónyuges o de los hijos, o porque se estima que al convenio le falta un ingrediente, puesto que éstos pueden ser evacuados antes de la audiencia de sentencia. No obstante los vacíos o errores del convenio no deben afectar el trámite, ya que el juzgador puede decidir y enmendarse en la audiencia de sentencia las carencias del convenio (si legalmente fuese posible); pues habrá casos en que deberá desestimarse el divorcio.

En aplicación de los principios de celeridad, economía procesal y concentración Art. 3 letra b) y c) L. Pr. F., en la misma resolución que admite la solicitud de divorcio se le dará intervención de ley a los solicitantes y al abogado; también, en el mismo decreto de sustanciación ordenará la notificación al Procurador Adscrito al Tribunal (delegado del Procurador General de la República), cuya función aparece señalada en los Arts. 19, 20 y 21 L. Pr. F.; y ahí mismo se ordenan las citas a los menores de edad para escuchar su opinión, en cumplimiento de los Arts. 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y Arts. 351 ord. 9º C. F. y 7 letra j) L. Pr. F.; así como a los solicitantes (interesados) y sus abogados para que comparezcan a la audiencia de sentencia, dentro de los quince días siguientes, Art. 181 L. Pr. F. Ello si no se hubiera ordenado informes psico-sociales para corroborar la verdad de los hechos.

Verificada las citaciones, se celebrará la audiencia de sentencia en la fecha y hora señaladas. En esa audiencia operan los siguientes principios: de intermediación, oralidad, bilateralidad y derecho de igualdad, Art.3 letras d) y e) L. Pr. F. El juez la declarará abierta con los presentes y se procederá a la lectura de la solicitud y del convenio, y en ese momento es donde el juez

expresa si el convenio será aprobado o no. Una vez aprobado el convenio, el juez ejerce su rol de orientador y de consejero, en el sentido que les recalca las obligaciones y derechos que tendrán, ya no como cónyuges, si no como personas humanas y les recuerda su rol de padres (cuando existan hijos), por el bienestar de éstos, pues como progenitores tienen que responsabilizarse de ellos, por lo que tienen que comportarse con probidad, lealtad y buena fe, con la finalidad de lograr un desarrollo pleno y armonioso en la personalidad de sus propios hijos, pues a pesar de las incidencias que tuvieron en la vida conyugal, tienen que darle a sus hijos alimentos, ejercer adecuadamente el cuidado personal de los mismos y cumplir con el régimen de comunicación y trato.

Si bien es cierto que el juzgador, en la audiencia de sentencia homologa y aprueba los acuerdos e inmediatamente dicta la sentencia, los problemas surgen cuando la sentencia no se cumple voluntariamente por los obligados. En estos casos, los ex cónyuges promueven la ejecución de la sentencia de divorcio o la modificación de la sentencia. Si ésta no fue redactada con claridad y hay discrepancias entre lo consignado en el convenio y el fallo, la situación se complica. Al momento de ejecutar la sentencia habrá que interpretar la misma. Por esa razón, lo recomendable es que en la audiencia de sentencia exista suficiente claridad en cuanto a lo que contiene el convenio (cada punto que se mencione frente a los peticionarios) y luego, en la sentencia definitiva que se exprese claramente cada punto de lo establecido en el convenio.

Posteriormente a la audiencia, el juez de familia pronuncia la sentencia definitiva, decretando el divorcio por este motivo y consigna en ella los acuerdos del convenio. La sentencia no requiere de formalidades especiales, pues será breve y contendrá los requisitos que establece el Art. 82 L. Pr. F.

En algunos casos ha ocurrido que, a pesar de que se inició el divorcio por este motivo, uno de los cónyuges ya no quiere divorciarse, por lo que el juez de familia, de conformidad al Art. 183 L. Pr. F debe hacer la conversión al proceso contencioso por existir conflicto entre los cónyuges para divorciarse o para discutir los puntos en discordia que les atañe a ellos, como la pensión compensatoria, pensión alimenticia especial, etc., o lo relativo a los hijos, alimentos, cuidado personal, régimen de comunicación, uso de la vivienda familiar, etc.

Actualmente, el tiempo de duración de este procedimiento para obtener la sentencia definitiva en algunos casos, es de veintidós días, un mes, mes y medio, dos meses, tres meses y, en casos raros, más tiempo, todo dependerá de las incidencias que se susciten en las mismas diligencias, por ejemplo: si ambos cónyuges piden la suspensión de las diligencias, Art. 28 L. Pr. F.; interponen recursos, como el de revocatoria, de hecho, apelación y hasta incluso casación, Art. 147, 150, 153 y 163 L. Pr. F.

También dependerá de la saturación de expedientes que tengan los tribunales, como para señalar la fecha de la audiencia de sentencia en un día próximo.

El problema ocurre cuando no se cumple la sentencia, por lo que es necesario iniciar la ejecución de la sentencia, de conformidad a los Arts. 170 y ss L. Pr. F., por lo que se inicia con esta nueva fase del procedimiento para lograr el cumplimiento de lo establecido en la sentencia de divorcio, que decretó la misma, de esa manera se prolonga la duración de las diligencias y en algunos casos tienen hasta dos, tres, cuatro años, por ejemplo: el expediente NCII SSF3-334 (106.1) 99.

LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL CÓDIGO DE FAMILIA

Jaimé Mauricio Campos Pérez*

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. El divorcio por causas objetivas. 3. La solidaridad post-conyugal. 4. Alimentos y pensión compensatoria. 5. Concepto. 6. El desequilibrio en la situación económica. 7. No sustituye a la liquidación del régimen patrimonial. 8. Se fija en la sentencia de divorcio. 9. Circunstancias que debe acreditarse para su fijación. 10. De las garantías y las bases de actualización. 11. Extinción del derecho. 12. Sustitución de la pensión. 13. La determinación de un plazo de duración. 14. Privación de la pensión. 15. Soluciones de *lege ferenda*. 16. Colofón.

1. Antecedentes

La pensión compensatoria es una institución relativamente nueva en el derecho de familia, que surge en varias legislaciones europeas, como la francesa, a través de la ley del 11 de julio de 1975, que reforma el Código Civil, en materia de divorcio y separación de cuerpos; la alemana, por medio de la ley de reforma del derecho del matrimonio y de la familia, del 14 de junio de 1976, en vigor desde el 1º de julio de 1977; y en España, con la ley reformativa del Código Civil, del 7 de julio de 1981.

Este instituto jurídico nace concomitantemente con el nuevo concepto en materia de divorcio: el divorcio sin culpa o por causas objetivas; de ahí que aparece como una figura ajena a la responsabilidad civil, a las causas del divorcio y a la culpa o inocencia de cada cónyuge, que adquiere especial relevancia en el perjuicio objetivo que el divorcio acarrea a uno de los esposos, sobre todo en un sistema de división de roles¹; y que sustituyendo prácticamente a los alimentos a cargo del cónyuge culpable, ha tenido como fuente la expresión alemana *ausgleichsleistung*, que traducida al francés significa *prestación compensatoire* y en castellano, *prestación compensatoria*².

* El autor es licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas"; abogado especialista en derecho de familia por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; ex colaborador judicial del Juzgado de Familia de Apopa y de la Cámara de Familia de la Sección del Centro; actualmente es coordinador del área de derecho de familia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia y miembro fundador de la Asociación Salvadoreña de Derecho de Familia.

1 Confrontar FLEITAS ORTÍZ DE ROZAS, Abel, *Responsabilidad por daños y perjuicios entre cónyuges*, en la dirección [http://www.rubinza.com.ar/revistas/danos/danoenlarelation_defamilia\(danos\)](http://www.rubinza.com.ar/revistas/danos/danoenlarelation_defamilia(danos)).

2 Cfr. BELLUSCIO, Augusto César, *Alimentos y prestaciones compensatorias*, en revista *La Ley*, tomo A, sección doctrina, Buenos Aires, 1995, página 1033.

En El Salvador, la pensión compensatoria se incluye entre las novedades más importantes del Código de Familia (Decreto Legislativo número 677, del 11/10/1993, publicado en el Diario Oficial número 231, tomo número 321, del 13/12/1993), vigente desde el 1º de octubre de 1994, siguiendo así la tendencia del derecho comparado y la jurisprudencia norteamericana³.

2. El divorcio por causas objetivas

Como es sabido, en nuestra legislación, de la idea del divorcio-sanción contemplada en el Código Civil (1860), con la búsqueda de un culpable de la fractura conyugal, se pasó, con el Código de Familia, a la concepción del divorcio-remedio, en el cual "no se toman en cuenta los actos o hechos que impliquen infracción de los deberes matrimoniales, sino la discrepancia objetiva que se produce en la vida de los cónyuges". En ese sentido, se dijo que: "el divorcio no trata de sancionar culpables. Es un remedio que pone fin legalmente a un matrimonio que en el hecho está destruido"⁴.

En la nueva situación jurídica que surge con el divorcio, las soluciones de política legislativa varían en cuanto al derecho alimentario y las prestaciones compensatorias, según que el divorcio se fundamente en causas subjetivas u objetivas, respectivamente.

Así lo demuestra la tendencia en el derecho comparado, en donde las causales objetivas o sin determinación de culpas aparecen a la par del concepto de las prestaciones compensatorias, como sucede en el Código de Familia; mientras que las causales subjetivas mantienen el deber de asistencia alimenticia a favor del cónyuge inocente, en cabeza del esposo que dio causa al divorcio, llamado tradicionalmente "culpable", como era calificado en las disposiciones derogadas del Libro Primero del Código Civil.

En consecuencia, el régimen jurídico del divorcio se modificó no sólo porque se abandonó el sistema de causales subjetivas taxativas, para introducir la apreciación judicial en las causas objetivas que demuestran el fracaso matrimonial, sino que, además, el legislador optó por el mantenimiento de la solidaridad post-conyugal, ante la disolución del matrimonio, por medio de la pensión compensatoria.

3 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, *Anteproyecto de Código de Familia de la República de El Salvador*, en revista *Jurisprudencia Argentina*, tomo I, sección doctrina, Buenos Aires, 1991, Pág. 892.

4 Cfr. HERNÁNDEZ VALIENTE, René Eduardo, *Nota de presentación del Código de Familia a la Asamblea Legislativa*, en *Código de Familia*, Último Decenio, San Salvador, diciembre de 1993.

3. La solidaridad post-conyugal

Ya sea que promedien razones de política social o familiar, la solución de la pensión compensatoria se compara con el principio rector de la igualdad de derechos del hombre y la mujer (Art. 4 C. F.); y en cierto modo, aunque ello pueda ser discutible, por la continuidad del deber de asistencia entre los cónyuges (Art. 36 Inc. 1º), en un derecho con amplios matices solidarios como el derecho de familia.

El propósito ha sido contrarrestar los efectos perjudiciales a la situación económica de uno de los cónyuges, que tiene lugar por el tránsito de esta etapa del ciclo vital, cuando el nuevo estado que aparece con el divorcio, en comparación a la convivencia matrimonial, aparece una inequidad, producto de la distribución de roles entre los esposos, conforme a la cual el hombre es quien realiza las tareas remuneradas y la mujer desempeña comúnmente las tareas del hogar y el cuidado de los hijos.

En una forma más sencilla, se ha expresado que la pensión compensatoria "trata de evitar las injusticias o arbitrariedades, 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"⁵.

Por otro lado, el hecho que en la actualidad, los roles tradicionales de los cónyuges hayan perdido alguna rigidez, mediante la liberación femenina de ese marco tradicional (*kinder, küche, kirche*- niños, cocina, iglesia) no impide que, básicamente, se mantenga una división sexual del dinero en las relaciones de familia⁶.

De ahí que nuestra jurisprudencia sostenga que entre los fundamentos de orden supralegal de este instituto, se hallan la igualdad jurídica de los cónyuges y la equidad, reconocidos en los Arts. 3 y 32 Inc. 2º de la Constitución (1983); así como en varias disposiciones de los tratados y declaraciones internacionales ratificadas por el país, tales como los Arts. 2, 7 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señalan que toda persona gozará de los derechos y libertades proclamadas en dicha Declaración, entre éstos, los de igualdad y a un nivel de vida que aseguren la salud, el bienestar y la vivienda a la familia; los Arts. 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagran el establecimiento real del principio de igualdad de la mujer y del hombre, sin discrimi-

5 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las sentencias 189-A-2002, del 25/11/2003; 47-A-1999, del 30/7/1999, entre muchas otras.

6 Cfr. CORIA, Clara, *La división sexual del dinero y la sociedad conyugal*, en *Derecho de familia*, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, Pág. 23.

naciones, durante el matrimonio y en caso de disolución; Arts. 2 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevén la igualdad, sin discriminaciones, de toda persona ante la ley, y la obligación del Estado de asegurar por todos los medios la igualdad real; y, finalmente, los Arts. 1, 2 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que reconocen los derechos de la mujer sobre la base de la igualdad con el hombre, asegurándose los medios apropiados para la realización práctica de ese principio, en especial, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución⁷.

En esa tesitura, también se ha dicho que “el Código de Familia garantizando las disposiciones de los instrumentos internacionales ya relacionados, acoge el principio de la llamada solidaridad post-conyugal, mediante el establecimiento de la pensión compensatoria como uno de los efectos de la sentencia de divorcio (Art. 115 Ord. 3^a). De igual manera, que los derechos y deberes regulados por este Código, no excluyen los que conceden e imponen otras leyes en materias especiales y la solidaridad familiar, de conformidad al Art. 1 Inc. 1^a C. F.”⁸.

4. Alimentos y pensión compensatoria

Si bien es cierto que ambas figuras son expresión de la debida solidaridad en las relaciones de familia, su matiz se halla en el diferente fundamento de una y otra. Mientras que en la obligación alimenticia lo constituye el mantenimiento del deber de asistencia material más allá de la disolución del vínculo matrimonial; en la pensión compensatoria, se tiende a resarcir el desequilibrio patrimonial derivado del divorcio.

Aunque del Art. 113 Inc. 5^a C. F. escapan elementos alimenticios y no compensatorios, tal como surge de las expresiones “alimentante” y “alimentario” utilizadas por el legislador; cuando lo correcto sería decir “acreedor” y “deudor”; ello sólo confirma que la pensión compensatoria representa el sustituto natural de los alimentos a favor del cónyuge inocente.

Asimismo, la naturaleza de la pensión compensatoria se puede contrastar en los módulos señalados para su fijación, ya que –según el Art. 113 Inc. 2^a– parecieran ser de dos tipos: alimenticios y compensatorios⁹.

7 Del voto mayoritario de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 108-A-1998, del 15/6/2001.

8 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 1430 Ca. Fam. S.S., del 26/8/2002.

9 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las sentencias 108-A-2001, del 24/7/2002; 66-A-1997, del 24/11/1997, entre muchas otras.

Los alimenticios atienden a las necesidades del beneficiado y las posibilidades del obligado, especialmente, si se toman en cuenta: a) la edad y estado de salud del acreedor; b) la calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; y, c) el caudal y medios económicos de cada uno de los cónyuges. En tanto que los compensatorios atienden: a) la dedicación personal pasada y futura a la atención de la familia; b) la duración del matrimonio y la de convivencia conyugal; y, c) la colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge.

Al margen de la diferencia fundamental entre la pensión alimenticia y compensatoria surge, además, que la primera tiene por objeto el sostenimiento del alimentado a través del tiempo, conforme a sus necesidades y a las posibilidades del alimentante, por lo que dicha pensión estará siempre sujeta a modificación, según los presupuestos de hecho y al principio *rebus sic stantibus*. En cambio, la pensión compensatoria tiene el propósito de tornar equivalentes las condiciones económicas de la pareja, conforme a la situación existente al momento del divorcio, respecto de las necesidades y posibilidades de uno y otro cónyuge, y su evolución previsible; por lo cual no resulta –en principio– revisable, ni modificable, salvo que ello pueda ocasionar una consecuencia de excepcional gravedad, como el haber sufrido uno de los ex cónyuges una alteración sustancial en su fortuna¹⁰.

En suma, la pensión compensatoria adolece de carácter alimenticio, ya que no se limita a las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación, entre otros (Art. 247); ni presupone una situación de necesidad en el acreedor (Art. 254); tampoco las circunstancias con base a las cuales se puede modificar la pensión se hallan relacionadas al binomio necesidades-posibilidades del deudor y del acreedor, respectivamente¹¹; ni se trata de un derecho indisponible, porque el mismo es renunciable¹².

Sin embargo, tampoco se puede desconocer que el modelo de la pensión alimenticia subyace en la regulación de la pensión por desequilibrio económico –como es llamada en España– sobre todo si se tiene en cuenta su carácter de prestación periódica¹³.

10 Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, A. M.; MONTÉS PENADÉS, V. L.; ROCA I TRIAS, E.; y otros, *Derecho de familia*, Urant lo blanch, Valencia, 1997, Pág. 174.

11 Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, *Soluciones económicas en las situaciones de crisis matrimonial*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa (coordinadora), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, tomo II, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, Pág. 89.

12 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las sentencias 120-A-2001, del 9/7/2002; 27-A-1997, del 2/7/1997.

13 Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, ROCA I TRIAS, y otros, Ob. Cit., Pág. 174.

5. Concepto

La pensión compensatoria es un derecho personal de carácter económico o de crédito que tiene un cónyuge, denominado acreedor; contra el otro, llamado deudor; cuya finalidad es indemnizatoria, esto es, correctora del desequilibrio económico que aparece como efecto y consecuencia directa del divorcio, y que ordinariamente se paga en forma de renta periódica.

Es un derecho personal en cuanto mira a la calidad de los cónyuges, de cuyo vínculo surge la legitimación del reclamo, no pudiendo el mismo cederse, ni transmitirse; cuestión que surge del propio texto legal, cuando refiere que "el derecho a esta pensión se extingue [...] por la muerte del acreedor o del deudor (Art. 113 Inc. 4ª)".

Es un crédito de compensación porque tiende al resarcimiento proveniente de una situación de desequilibrio que implica una desmejora sensible en la situación económica del cónyuge beneficiado, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio (Art. 113 Inc. 1ª).

En ese sentido, cabe recordar que el régimen patrimonial primario dispone como deber de contribución a las cargas del hogar, que: "Los cónyuges deben 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" (Art. 38 Inc. 1ª).

Que la pensión compensatoria constituya un efecto patrimonial de la sentencia ejecutoriada que decreta el divorcio (Art. 113 Ord. 3ª) significa, antes de cualquier cosa, que la resolución que la ordena deberá hacer mérito de los recursos y las necesidades analizadas, teniendo en cuenta el previsible porvenir de los cónyuges, lo que deberá surgir, al menos implícitamente, de la relación de elementos de hecho considerados.

Por último, en cuanto a la forma más común que se realiza su pago, se ha dicho que, si bien es cierto, las prestaciones compensatorias "parecen adecuarse más a ser cubiertas por capital; frecuentemente, se las paga de modo periódico, como si fuesen verdaderos alimentos"¹⁴; en forma vitalicia, aunque cabe subrayar que los jueces pueden fijar un plazo de duración, según cada caso en particular¹⁵.

Nuestra jurisprudencia ha sostenido que, en principio, el pago de la pensión compensatoria deberá fijarse en la forma de una renta mensual dineraria, de acuerdo a los antecedentes de la causa, atendiendo al carácter periódico de

14 Cfr. BELLUSCIO, A. C., Ob. Cit., Pág. 1041.

15 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las sentencias 73-A-2003, del 11/11/2003; 120-A-2001, del 9/7/2002.

la misma; salvo que exista un acuerdo por los interesados o así lo decidiere el juez a petición justificada del deudor. De lo anterior, surge que la misma estará sujeta al principio dispositivo, de donde resulta excesiva toda atribución judicial para establecer una forma diferente de pago o su determinación de oficio, ya que no constituye una cuestión esencial a la disolución del matrimonio¹⁶.

6. El desequilibrio en la situación económica

El perjuicio objetivo que el divorcio ocasiona a uno de los cónyuges debe ser de tal entidad que "implique una desmejora sensible en su situación económica", en comparación con la que tenía dentro del matrimonio. No se trata, pues, de cualquier desequilibrio sino de aquel que pueda imputarse objetiva y causalmente a la disolución del régimen patrimonial. En ese pensamiento, el Código establece la pauta de que: "Si el matrimonio se hubiere contraído bajo el régimen de separación de bienes, o si habiendo existido un régimen de comunidad, su liquidación arrojaré saldo negativo, el cónyuge [perjudicado con tal situación] tendrá derecho a una pensión en dinero" (Art. 113 Inc. 3^a).

Como es sabido, el Código de Familia adoptó un régimen convencional, mediante el cual los contrayentes o cónyuges pueden optar por cualquiera de los regímenes patrimoniales que menciona el Art. 41; es decir, separación de bienes, participación en las ganancias y comunidad diferida; o bien, formular otro distinto que no contrarie las disposiciones del Código y demás leyes de la República (Arts. 42 y 84 Inc. 2^a).

Con relación al régimen de separación de bienes no parece haber dificultad, dado que al existir una independencia patrimonial y una gestión separada de los bienes, salvo lo dispuesto en el Art. 46 Inc. 1^a, el cónyuge a quien (por la distribución de roles en la vida de pareja) el divorcio le produjere desequilibrio económico que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a la pensión compensatoria.

Cuando el legislador utilizó, en el Art. 113 Inc. 1^a, la frase "un régimen de comunidad", lo hizo, evidentemente, porque admitió la posibilidad de una clasificación amplia de regímenes de comunidad; entre los cuales, él optó por establecer uno de gestión separada y relativo a las ganancias obtenidas durante la vigencia del régimen, al cual denominó "comunidad diferida", en una acepción que décadas atrás sostuvo Guaglianone, en la doctrina argentina.

16 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 1430 Ca. Fam. S.S., del 26/8/2002; Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 126-A-2002, del 17/11/2003.

En cuanto a la omisión del régimen de participación en las ganancias, cabe recordar, en primer lugar, que la doctrina mayoritaria ha considerado que dicho estatuto patrimonial representa una elección intermedia entre la comunidad y la separación de bienes, que invoca un sinnúmero de acepciones, a saber: participación en los gananciales o en las adquisiciones, o simplemente en los adquiridos; participación con compensación de beneficios (para diferenciarla de la participación con comunidad diferida); régimen con compensación de beneficios; separación de bienes con compensación de beneficios; comunidad en valor; participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios; y, en general, tipo intermedio, comunidad relativa de bienes, comunidad de adquisiciones o de beneficios, patrimonio ganancial, sociedad legal de gananciales y sociedad de gananciales.

Aunque muchas de estas denominaciones incurren en una confusión con el régimen de comunidad de ganancias, de gestión separada, como lo hizo parte de la doctrina uruguaya, en ocasión de la reforma de 1946, que indistintamente utilizó los términos de “comunidad diferida o de bienes reservados” y “participación en los gananciales”; chilena, con Arturo Alessandri Rodríguez; y argentina, con Kaller de Orchansky; lo cierto es que, con el tiempo, según la doctrina empleada, el régimen de participación en las ganancias ha sido considerado erróneamente como una especie de comunidad¹⁷.

De ahí que nuestro legislador, siguiendo esta confusión doctrinal, con la expresión “un régimen de comunidad” incluyó a cualquier clase de régimen comunitario y al régimen de participación en las ganancias, lo cual no deja de ser una imprecisión técnica.

Siendo así las cosas, el Art. 113 Inc. 1º debe entenderse, en el sentido que: “cualquiera sea el régimen patrimonial estipulado por las partes, la pensión compensatoria representa una especie de indemnización económica destinada a restablecer el desequilibrio económico del cónyuge beneficiado o acreedor”¹⁸.

7. No sustituye a la liquidación del régimen patrimonial

Con todo, debe tenerse presente que la pensión compensatoria no se convierte en el sustituto natural de la liquidación del régimen patrimonial

17 Cfr. CAMPOS PÉREZ, Jaime Mauricio, *Comparación entre el régimen de comunidad, el de participación en las ganancias y la sociedad de gananciales: Código civil argentino, Código de Familia de El Salvador, Código Civil francés y Código de Québec*, inédito, Buenos Aires, 2000.

18 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 1430 Ca. Fam. S.S., del 26/8/2002. En igual sentido, Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las sentencias 77-A-1996, del 20/8/1996; 47-A-1999, del 30/7/1999, entre muchas otras.

del matrimonio, como suele hacerse en nuestro país, ni tampoco representa "un nuevo módulo liquidatorio particular subjetivista"¹⁹, como lo entiende alguna doctrina española; ya que, aun cuando la liquidación del régimen patrimonial no se ha producido, la pensión compensatoria se fija mediante el cálculo que deberá establecerse conforme al "resultado probable" de aquella liquidación, si la hubiera. No es cierto, entonces, que la pensión se fija a favor de un cónyuge que "después de la liquidación del patrimonio familiar queda en desequilibrio"²⁰, como literalmente se ha interpretado.

Con base a lo anterior, entiendo que la redacción del Art. 108 cláusula 5ª) es poco feliz, pues confunde entre "la fijación de las bases para la liquidación del patrimonio conyugal, cuando exista régimen económico de comunidad o para la liquidación de las ganancias", con la "determinación de la pensión compensatoria, *en su caso*", como si ambas instituciones tuvieran los mismos fines.

8. Se fija en la sentencia de divorcio

El Art. 113 Inc. 1º determina que: "El cónyuge a quien el divorcio le produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a una pensión en dinero que se fijará en la sentencia de divorcio".

De lo anterior surge que la pensión compensatoria deberá establecerse en la sentencia de divorcio, pues la misma aparece como un efecto de la disolución del vínculo conyugal; de ahí que, "nace en y a resultas del divorcio"; no obstante lo decidido en algunos precedentes que determinaban que podría ser planteada después del divorcio²¹.

Por esta razón, la doctrina enseña que para valorar si existe o no desequilibrio económico hay que considerarlo en ese momento, y no en uno posterior, ya que dicho desequilibrio por uno de los cónyuges debe ser consecuencia directa y estar vinculado causalmente al hecho del divorcio, de modo que es ahí donde hay que situar el origen de la desmejora sensible²².

19 Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de derecho de familia*, tomo I, Civitas, Madrid, 1987, Pág. 165.

20 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución de amparo 1168-2002, del 20/11/2002; Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 37-A-1997, del 11/8/1997.

21 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las resoluciones 27-A-1997, del 2/7/1997; y 30-A-1999, del 7/4/1999.

22 Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., Ob. Cit., Pág. 85.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto que "la norma es expresa al indicar que [la pensión compensatoria] se fijará en la sentencia de divorcio, en virtud de que es una pretensión que está referida a los actos en que se propone, como son la demanda o la reconvencción"²³; de donde, resulta su improcedencia si es solicitada en la etapa de la audiencia de sentencia²⁴, o si no se emplazó debidamente de la reconvencción²⁵, y que la sentencia que la fija será estimatoria, pues el desequilibrio económico tendrá que ser valorado *a priori*, en virtud de que el mismo será consecuencia del divorcio"²⁶.

Asimismo, cuando el Art. 113 Inc. 2º alude a "los acuerdos a que hubiesen llegado los cónyuges", no excluye la posibilidad de que "el acuerdo podría limitarse a dejar a salvo el derecho del cónyuge beneficiado"; ya que, si pueden lo más –llegar a un acuerdo sobre el monto– también, pueden lo menos, o sea, limitarse a reservar el derecho de uno de ellos, sin perjuicio de la posterior fijación de la suma a pagar²⁷.

El hecho que no pueda demostrarse en ocasión del divorcio "la dedicación personal futura a la atención de la familia", de ningún modo habilita que la valoración de esa circunstancia se difiera para un momento posterior a la disolución del vínculo; dado que, en los procesos de divorcio, los acuerdos de los cónyuges no excluyen aquellos sobre el cuidado personal de los hijos, o bien, que el juez lo determine en la sentencia.

De ahí que, los módulos establecidos para su fijación deberán ser invocados tomando en cuenta el previsible porvenir de ambos esposos; pues, el derecho a reclamar la pensión compensatoria es simultáneo a la declaración judicial de disolución del matrimonio; por lo que no puede ejercerse en forma autónoma²⁸; y se extingue o pierde, si el ex cónyuge la precisa después de la sentencia, por haber pasado el momento oportuno para solicitarla, a menos que las partes lo hayan dejado a salvo para un proceso posterior.

9. Circunstancias que debe acreditarse para su fijación

Para determinar "la cuantía" de la pensión compensatoria y las bases de su actualización, el Art. 113 Inc. 2º señala algunos módulos establecidos

23 Del voto mayoritario de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 108-A-1998, del 15/6/2001; 126-A-2002, del 17/11/2003.

24 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 16-A-2001, del 21/3/2001.

25 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 20-A-1997, del 13/6/1997.

26 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las sentencias 189-A-2002, del 25/11/2003; 58-A-1996, del 9/7/1996.

27 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 1430 Ca. Fam. S.S, del 26/8/2002.

28 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la resolución 54-A-2002, del 21/2/2003.

para su fijación: cuya enumeración, según lo entienden la doctrina y la jurisprudencia es *ad exemplum* y no exhaustiva²⁹, quedando el monto librado al prudente arbitrio judicial³⁰.

Como he dicho más arriba, aunque estas circunstancias parecieran ser de dos tipos: alimenticias e indemnizatorias; en cualquier caso, el legislador ha privilegiado la autonomía de la voluntad de las partes, al tomar en cuenta, en primer lugar, "los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges".

En ese sentido, juzgo que su ubicación en la norma no es caprichosa, por lo que esta circunstancia actúa preferentemente con relación a las otras y, además, su formulación amplia no excluye a los acuerdos específicos sobre el cuidado personal de los hijos, el uso de la vivienda familiar, los gastos de familia y la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; los cuales, naturalmente, incidirán en la valoración judicial del desequilibrio y desmejora sensible en la situación económica del cónyuge acreedor.

De lo contrario, en la fijación de la pensión compensatoria deberán promediarse la edad y el estado de salud del acreedor, su calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, como elementos de naturaleza más asistencial que de resarcimiento. Asimismo, deberán valorarse la dedicación personal pasada y futura a la atención de la familia, lo que incluye el cuidado personal de los hijos; la duración del matrimonio y la de convivencia conyugal, en el caso que exista una separación de hecho entre los esposos; y la colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge, tales como labores profesionales, industriales, mercantiles, etc.

Nuestra jurisprudencia ha decidido que la sola circunstancia que el deudor esté formando un nuevo hogar, teniendo que sostener a su actual compañera de vida y dos hijos menores de edad, así como que la acreedora no esté incapacitada, ni sea minusválida; ya que estos últimos son elementos de la pensión alimenticia especial³¹; no son obstáculo para fijar la pensión compensatoria, si se han respetado los criterios para determinar su monto³².

De igual manera, que no es necesario que se reúnan todos los elementos señalados en el Art. 113 Inc. 2º, sino que entre mayor número de ellos concurren, la cuantía de la pensión debería ser mayor para el beneficiario o beneficiaria. Tales criterios no son taxativos y puede acudir a otros que, en el caso concreto, contribuyan para el cumplimiento de los valores de

29 Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., Ob. Cit., Pág. 167. En ese sentido, Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 66-A-1997, del 24/11/1997.

30 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 66-A-1997, del 24/11/1997.

31 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 13-A-1997, del 13/2/1997.

32 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 25-A-1997, del 26/6/1997.

justicia y equidad, en atención a los fines y fundamentos éticos y jurídicos de la expresada figura³³.

10. De las garantías y las bases de actualización

El Art. 113 incisos 2º y 3º prevé que para determinar las bases de actualización de esta pensión, se tomará en cuenta los módulos establecidos para su cuantía, y que "en la misma sentencia se fijarán las garantías para hacer efectiva la pensión compensatoria".

El establecimiento de las bases de actualización es una consecuencia del carácter de obligación duradera y de cumplimiento periódico de la prestación. En este sentido, se ha dicho que la fijación de tales bases tiene por finalidad evitar, en lo posible, la necesidad de sucesivos juicios para revisar la cuantía de esta pensión, especialmente teniendo en cuenta el carácter excepcional de su modificación; lo que no ocurre con los alimentos; o para que la misma no resulte afectada en un futuro "por la devaluación y el poder adquisitivo de la moneda"³⁴.

Sin embargo, también se ha advertido que esta actualización no es la consecuencia de la mora, sino un medio destinado a mantener incólume, a través del tiempo, el valor intrínseco de la suma fijada. Los intereses, en cambio, son la compensación del perjuicio derivado de la mora.

Por otro lado, que los jueces se hallan autorizados para fijar de oficio, en la sentencia, tanto las bases de actualización que consideren convenientes, así como las garantías para hacer efectiva la pensión compensatoria, de donde resulta amplio el arbitrio judicial al respecto³⁵.

La jurisprudencia nos recuerda que, a riesgo del abrupto sinceramiento de la moneda nacional, por el cual, "el tipo de cambio entre el colón y el dólar de los Estados Unidos de América es fijo e inalterable", a partir del primero de enero de dos mil uno³⁶, surge la cuestión, si las pensiones fijadas por los jueces deban actualizarse periódicamente. En tal situación, se resolvió que corresponderá su actualización conforme al índice de precios al consumidor, ya que es el que de forma más adecuada refleja el encarecimiento del costo de la vida³⁷.

33 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las sentencias 13-IH-2000, del 29/3/2001; 86-A-1999, del 6/12/1999; 47-A-1999, del 30/7/1999; 146-A-1998, del 18/11/1998, entre muchas otras.

34 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 1372 Ca. Fam. S.S., del 27/5/2002.

35 Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, ROCA I TRIAS, y otros, Ob. Cit., Pág. 177.

36 Ley de Integración Monetaria, Decreto Legislativo Nº 201, del 30 de noviembre de 2000, publicado en el Diario Oficial Nº 241, tomo 349, del 22 de diciembre de 2000.

37 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 1372 Ca.Fam.S.S., del 27/5/2002.

Asimismo, se ha resuelto que si el deudor percibe ingresos muy superiores a la suma fijada, resulta innecesario exigir la garantía de dicho pago, sobre todo si para el cumplimiento de la cancelación de la pensión, se utiliza el sistema de retención de pago a que se refiere el Art. 264 C. F.; de tal suerte que, si el deudor no cumple voluntariamente dicha sentencia, el acreedor podrá pedir el embargo de los bienes del ejecutado hasta el pago total de la suma líquida adeudada³⁸.

11. Extinción del derecho

El Art. 113 Inc. 4º establece que: "El derecho a esta pensión se extingue por cesar la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona, por haber cometido injuria grave contra el deudor, o por la muerte del acreedor o del deudor".

Corresponde al deudor invocar tales circunstancias como cualquiera otras afirmaciones de hecho, en un proceso de extinción de la pensión compensatoria, demostrando la convivencia del acreedor con otra persona o la comisión de la injuria grave contra él. En cambio, bastará que el deudor presente la certificación de partida de matrimonio o de defunción del acreedor, en el expediente de divorcio, para que tenga lugar dicha extinción. La muerte del deudor extingue la obligación por ministerio legal.

También se pierde el derecho a la pensión compensatoria, si el beneficiario no la requiere con ocasión del divorcio, y no se acuerda su reclamo en un momento posterior, aunque ello deriva del carácter disponible de la prestación y no por alguna causal que establece la ley.

12. Sustitución de la pensión

Se ha criticado que el Art. 113 Ord. 5º califica como "extinción", lo que en realidad es una "sustitución" de la pensión compensatoria, situación que, de ordinario, tendrá lugar después de fijada judicialmente, aunque nada impide que los cónyuges puedan hacerlo antes, en virtud de la naturaleza patrimonial de la pensión y a su carácter disponible³⁹.

Este precepto establece que: "La pensión se extingue cuando el alimentante: entregue bienes, constituya el derecho de usufructo, uso o habitación sobre determinados bienes, o entregue una suma total de dinero en efectivo al alimentario, si así lo acordaren los interesados o lo decidiere el juez a petición justificada del deudor".

38 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 54-A-1996, del 20/6/1996.

39 Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, MONTES PENADES, ROCA I TRIAS, y otros, Ob. Cit., Pág. 178.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto que "la capitalización de la renta es una de las posibilidades que nace del Art. 113 Inc. 5º, a efecto que los esposos convengan en cualquier momento la "sustitución" de la pensión compensatoria, a través de la entrega de un capital en bienes o dinero, o varias de estas modalidades combinadas, como la renta mensual y el traspaso de automotores⁴⁰, entre otras. Así debe autorizarse también, cuando al deudor se lo posibilita su situación económica, lo cual deberá decidir el juez siempre a petición justificada de aquél"⁴¹.

13. La determinación de un plazo de duración

También pueden los cónyuges acordar un plazo, en el cual periódicamente, se cumpla la pensión compensatoria, en atención al carácter temporal y definido que el instituto provee en la tendencia actual del derecho comparado; o sea, que esta pensión no es vitalicia, a la que se tiene un derecho absoluto, incondicional y de duración ilimitada⁴².

14. Privación de la pensión

El Art. 114 determina que: "En los casos de divorcio en que se establezca grave conducta dañosa de un cónyuge para con el otro, no habrá derecho al pago de la pensión compensatoria que prescribe el artículo que antecede".

Esta solución me parece dudosa, pues –como dije– este instituto nace simultáneamente con el divorcio sin culpa o por causas objetivas, de modo que resulta ajeno a la responsabilidad civil y a la participación de uno de los cónyuges en los actos o hechos que originaren el motivo de divorcio, por ser intolerable la vida en común (Art. 106 Ord. 3º e Inc. 2).

Desde que esta pensión adquiere especial relevancia en el perjuicio objetivo que el divorcio ocasiona a uno de los esposos, el juez puede prescindir de la valoración sobre la conducta de éstos, y hacer lugar a la pensión, aun cuando se demuestre que uno de ellos haya participado en los hechos que precedieron el divorcio.

Para ello debo recordar que "el conflicto conyugal no es un problema individual, sino de relación. En la realidad de la vida es muy difícil determi-

40 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia 34-A-1999, del 27/5/1999.

41 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 1372 Ca. Fam. S.S., del 27/5/2002.

42 Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., Ob. Cit., Pág. 104. En ese sentido, Cámara de Familia de la Sección del Centro, en las sentencias 126-A-2002, del 17/11/2003; 66-A-1997, del 24/11/1997; 27-A-1997, del 2/7/1997, entre muchas otras.

nar quién es el culpable o inocente, porque el comportamiento de cada cónyuge es una reacción a la conducta del otro. Es lo que se ha llamado causalidad circular, que se opone a la causalidad lineal, donde dada una causa se genera un efecto. Esa naturaleza circular de la interacción humana hace imposible establecer quién es el responsable del fracaso matrimonial⁴³.

Otra cosa es la grave conducta dañosa que ocurre después del divorcio, entre los ex cónyuges, lo cual es motivo de extinción del derecho a la pensión y no de su privación, como ambiguamente lo señala un fallo⁴⁴.

15. Soluciones de *lege ferenda*

Amén de la derogatoria del Art. 114 y de algunas reformas cosméticas en el Art. 113, tales como la inclusión de la frase: "Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio", al inicio del texto; del reemplazo de los términos: "alimentante" y "alimentario", por "deudor" y "acreedor", respectivamente; y de la expresión "se extingue", por "se sustituye", en el inciso final; considero que el derecho a la pensión compensatoria deberá estipularse a favor del o la conviviente a quien la ruptura de la unión no matrimonial le produjere desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía durante la convivencia, como lo marca la tendencia en el derecho extranjero. Por ahora, entre nosotros, se ha resuelto la improcedencia de la pensión compensatoria a favor de los convivientes, máxime cuando no ha existido ruptura de esa relación de pareja, sumado al hecho que tampoco se encuentra regulada en la ley⁴⁵.

Lo anterior, por supuesto, no impide que en el estado actual de las cosas, los compañeros de vida puedan acordar judicialmente esta solución, atento a la naturaleza patrimonial y al carácter disponible de la pensión compensatoria, así como fijarla contractualmente.

16. Colofón

A diez años de vigencia del Código de Familia, la pensión compensatoria se ha ido consolidando como una de las instituciones más importantes de

43 Cfr. GROSAN, Cecilia Paulina, *Daños derivados del proceso de divorcio*, en GHERSI, Carlos Alberto (coordinador), *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000 Pág. 440.

44 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la resolución 107-A-2001, del 21/6/2002.

45 Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la resolución 108-A-2001, del 24/7/2002.

nuestro derecho de familia, no obstante que, en un principio, su interpretación judicial era un poco ambigua. No cabe duda que a partir de los importantes fallos pronunciados en los últimos dos años por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, el panorama se ha ido aclarando, en un intento de mejorar las soluciones económicas a la pareja en crisis.

UNIÓN NO MATRIMONIAL ENTRE HOMOSEXUALES

*Karla Marina Criollo Mendoza**

SUMARIO: Introducción. 1. Concepto. 2. Características de las uniones homosexuales. 3. Diferencia entre las uniones homosexuales y las heterosexuales. 4. Convenios internacionales. 5. Derecho comparado. 6. Conclusiones.

Introducción.

El modelo clásico de familia, por excelencia, es aquel constituido por la unión entre un hombre y una mujer por vínculo matrimonial, cuya finalidad es establecer una plena y permanente comunidad de vida. Ha sido considerada como la base fundamental de toda sociedad. Tradicionalmente, según Augusto Belluscio, la familia ha sido considerada como, conjunto de personas con las cuales existe una relación de parentesco; agrupación formada por el padre o la madre y los hijos que viven con ellos o como un grupo social integrado por las personas que viven en casa, bajo la autoridad del señor de ella.¹

"El matrimonio es y ha sido un medio de protección de la unión sexual entre el varón y la mujer, de la que nacerán nuevos miembros para que la sociedad no se extinga, si es que la naturaleza sigue su curso. La finalidad del legislador es imperativa y no depende de la autonomía de la voluntad porque satisface necesidades primordiales del grupo social."²

Pero en la modernidad, el concepto de familia ha ido evolucionando, ya no se puede pensar en definir a la familia solo por su función de procreación, asistencia y socialización de los hijos, porque esto implica restar algunos aspectos fundamentales que se desarrollan dentro de la trama familiar.

En un fallo de primera instancia del Juzgado de lo Civil de Mendoza, provincia de Argentina, se dijo que la familia, es principalmente conviven- cia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y

* La autora es licenciada en ciencias jurídicas por la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas"; abogada, colaboradora judicial del Juzgado de Familia de Santa Tecla, actualmente estudiante de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1 Belluscio, César Augusto, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1996, tomo I y II, Pág. 5.

2 Ravinovich Berkman, Ricardo. *Transexualidad*, Dunken, Buenos Aires, 1996, pág. 14, citado por Ignacio Graciela. *Transexualismo, cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio*. J.A. del 3-2-99, pág. 5.

lazos emocionales conjuntos. La familia es la comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, promoviendo una determinada distribución o división del trabajo interno, en lo que hace a las actividades materiales que permiten la subsistencia, desarrollo y confort de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario, fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo, procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno.³

Si tomamos en cuenta esta concepción amplia de lo que debemos pensar como familia, llegaremos a la consideración de que familia también es aquella cuyos miembros se han separado, por motivo de divorcio, separación personal sin voluntad de unirse, —en el caso de Argentina—, las nuevas agrupaciones de los míos, los tuyos y los nuestros, como las familias ensambladas, las uniones de hecho o uniones no matrimoniales como las conocemos en nuestra legislación, y finalmente considerar como familia a las uniones de personas del mismo sexo, cuyo objetivo sea el de una comunidad de vida, que permita el desarrollo y sostén de sus miembros, basada en la cooperación, solidaridad, una unión estable, singular y notoria.

Conocidas son las dificultades con las que este tema se enfrenta, hermetismo, silencio, falta de comprensión y tolerancia, discriminación aun por los mismos miembros de la familia y, finalmente, la discriminación social. Pero debemos tener en cuenta que cuando hablamos de temas como la homosexualidad, se debe partir de una visión amplia y tolerante de la realidad que nos circunda. No podemos intervenir, cuando los prejuicios y prejuicios se acumulan en nuestro pensamiento, ya que nublan el panorama y no permiten ver la profundidad del problema y mucho menos nos permite encontrar soluciones razonables a la misma. Nunca ha sido un buen recurso jurídico ignorar la realidad, y previo al planteamiento de los problemas el derecho debe ser un disparador de soluciones viables, y aún más, tiene la obligación de procurar una igualdad para los miembros de la sociedad, evitar todo tipo de discriminación, y más cuando sea discriminación en razón a preferencias sexuales, esfera íntima de la personalidad de todo ser humano.

El propósito del presente trabajo es dar una pequeña luz en medio de esta realidad que día a día avanza en nuestras sociedades; no es esta la proposición de igualar las uniones homosexuales al matrimonio, ni a las uniones no matrimoniales entre heterosexuales, ya que las finalidades son

3 Fallo de primera instancia, JCiv. De Mendoza N° 10, 20-10-98, "A. A. información sumaria", con comentario crítico de Arbones, Mariano, *Homosexualidad, discriminación y Derecho*, en *Semanario Jurídico de Comercio y Justicia*, 1998 -B- 706. Citado por Medina, Graciela. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Pág. 21.

diferentes y el derecho las ha protegido en virtud de otros objetivos; sino el reconocimiento mínimo de derechos que surgen de la convivencia estable de sus miembros, que tienen un proyecto de vida juntos, que cooperan entre sí económicamente, y que en caso de disolución de estas uniones, sea por causa de ruptura o muerte, el más perjudicado pueda tener acceso a los beneficios propios, en virtud del aporte que realizó dentro de esta unión.

En el desarrollo del tema, estudiaremos en forma amplia, no específica, la denominación de estas uniones, características, su diferencia con las uniones no matrimoniales entre heterosexuales, la mención de tratados internacionales, la situación en otras legislaciones y finalmente nuestra conclusión.

1. Concepto.

La importancia de conceptuar este tipo de relaciones, es que nos permitirá diferenciarlas de otras, basadas en el presupuesto de convivencia, como por ejemplo las uniones no matrimoniales entre heterosexuales.

Como dice la doctora Graciela Medina, es muy difícil conceptualizar una forma de vida que no está institucionalizada, que no está legislada, que se puede presentar de diferentes maneras, que es producto de diferentes causas y que es nombrada en formas disímiles. La unión de dos personas fuera del matrimonio ha sido denominada como unión de hecho, convivencia fuera del matrimonio, convivencia extramatrimonial, unión libre, concubinato, familia de hecho, familia no matrimonial, matrimonio de hecho, uniones maritales de hecho, parejas no casadas, compañeros no matrimoniales y convivencia *more uxorio*.⁴

En nuestra legislación se ha llamado unión no matrimonial a la unión de un hombre y una mujer, sin que medie matrimonio; pues los términos de concubinato, unión libre, matrimonio de hecho, entre otros, parecían peyorativas unas, y otras daban idea de una relación sin compromisos en donde no existe la permanencia, o matrimonios de segunda categoría. En la exposición de motivos del anteproyecto del Código de Familia, presentado por CORELESAL, se dijo que la denominación de unión no matrimonial, aún cuando no escapa de ciertas críticas, se ha preferido pues describe sin matices peyorativos ni de condena, un hecho social, la convivencia de la pareja que vive maritalmente sin haber matrimonio. Encaja sin esfuerzo en la división de unión, ya que una será matrimonial y otra que no lo es.⁵

4 Medina, Graciela. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Buenos Aires, Argentina. Pág. 31 y sig.

5 CORELESAL. *Exposición de motivos del Anteproyecto de Código de Familia*, talleres gráficos de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, octubre de 1990. citado por Bonilla de Avelar, Emma Dinorah, y otros. *Manual de Derecho de Familia*. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia. 1996. Pág. 422 y sig.

Asimismo, hay diversas denominaciones que se atribuyen a las personas cuyas preferencias sexuales apuntan hacia su mismo sexo, se les ha llamado gays, maricas, pederastas, sodomitas, amanerados, homosexuales, etc. No cabe duda que muchas de estas expresiones o términos están cargados de conceptos peyorativos, cuyo fin ha sido la estigmatización de la práctica homosexual. El término homosexual, es la más utilizada. "Proviene del neologismo griego *homos* (semejante, igual) y *sexual*, introducido a finales del siglo XX."⁶ Como apunta la doctora Medina, en su obra, en el Derecho italiano, se sostiene que la homosexualidad es exclusivamente la desviación del impulso erótico por la cual se prefiere la compañía sexual de una persona de la misma especie, un hombre de un hombre y una mujer de una mujer.

Para el caso, propongo que dichas relaciones sean llamadas unión no matrimonial entre homosexuales, por la misma razón apuntada por la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, CORELESAL, en torno a la unión de personas heterosexuales sin que medie matrimonio; ya que quedaría diferenciada "la unión matrimonial con aquella que no lo es", y homosexuales, por considerar que es término no peyorativo, que lo único que muestra es la preferencia sexual de sus miembros.

2. Características

Las uniones homosexuales, según lo sostiene la doctora Graciela Medina, pueden caracterizarse por la convivencia, singularidad, publicidad, permanencia y duración, inexistencia de impedimentos de parentesco –incesto–, imposibilidad de engendrar hijos comunes, incapacidad para educar hijos con los roles de hombre y mujer diferenciados e incapacidad de la unión para la continuación de la especie.

Por convivencia, se va entender la comunidad de vida y de lecho o cohabitación, que implique compartir un mismo domicilio, una relación de pareja y tener una organización económica común. Lo que permitiría dejar a un lado las relaciones de aquellas parejas que comparten únicamente los fines de semana, o las vacaciones o encuentros casuales.

Así como en las relaciones de unión no matrimonial entre heterosexuales, se exige el requisito de singularidad, para el caso de las relaciones homosexuales no será la excepción. Será la fidelidad recíproca, la honestidad y la exclusión de toda otra unión lo que las rija, ya que la unión de personas libres no puede ser accidental y deshonestas; como lo sostiene López del Carril.⁷ Excluyendo de estas relaciones, en consecuencia, a aquellas sostenidas entre tres personas del mismo sexo, o si se tienen otras uniones al

6 Medina, Graciela. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Buenos Aires, Argentina. Pág. 33.

7 López del Carril, Julio. *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1984, pág. 525.

mismo tiempo.

Sosteniéndose que solo aquellas parejas de homosexuales que desarrollen y mantengan el contenido de la obligación de fidelidad, en cuanto expresión de un deber más amplio de solidaridad, podrán ser tenidas en cuenta en el otorgamiento de consecuencias jurídicas⁸.

Dicha unión tendrá que ser conocida, de reconocimiento público o demostración externa de su existencia; excluyéndose aquellas relaciones ocultas o clandestinas, aunque como apunta Medina, esta relación puede bien pasar desapercibida a causa de los estigmas sociales.

La unión homosexual debe perdurar en el tiempo, para que implique un reconocimiento jurídico. Para el caso, nuestra legislación, en las uniones no matrimoniales entre heterosexuales, la ley regula que haya transcurrido el período de tres años o más. Es difícil pensar cuanto tiempo podrá ser el exigible para las uniones entre homosexuales, hasta qué punto se puede considerar que una unión es pasajera, de otra que quiera ser perdurable, cuál sería el parámetro para fijarlo. Indudablemente, sea que se tome por analogía el período de tres años o más, fijado en el artículo 118 del Código de Familia, o se establezca un periodo mayor, la verdad es que el tiempo de la unión es un requisito sin el cual no puede surtir efectos jurídicos la relación.

En cuanto a los impedimentos, se exige que la pareja sea de personas libres, que no tengan impedimento para contraer matrimonio, entiéndase incesto o adulterio; ya que incurriendo alguna de estas circunstancias, se reputarían ilícitas.

Las anteriores características pueden adecuarse tanto al caso de la unión no matrimonial entre heterosexuales como a la de homosexuales, pero ahora veamos aquellas características propias de las uniones homosexuales.

Al respecto, sostiene la doctora Medina, que la pareja homosexual, puede tener lazos de afecto, solidaridad, estabilidad y cohabitación similares a la pareja heterosexual, pero biológicamente está impedida de engendrar hijos comunes. Es verdad que ciertas parejas heterosexuales no pueden tener descendencia y por ello recurren a técnicas de fecundación asistida o a la adopción, pero esto es excepcional, puesto que la norma común es que la unión de un hombre con una mujer sea apta para la concepción. La pareja homosexual estaría destinada a quedar limitada a una pareja de dos personas sin posibilidades de ampliarse mediante la creación de una nueva vida.⁹

Incapacidad para educar hijos con los roles de hombre y mujer diferen-

8 Medina, Graciela. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Buenos Aires, Argentina. Pág. 46.

9 Medina, Graciela. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Buenos Aires, Argentina. Pág. 52.

ciados. Este punto, valga decirlo, es controversial, porque si bien no se critica la forma de ejercer su rol paterno o materno, por parte del homosexual, lo que se sostiene es que no podría brindar al niño el rol diferenciado de padre y madre; es decir, lo que ellos pueden brindar es el cuidado de dos hombres o de dos mujeres, pero no la diversidad necesaria ideal para su educación.

Parece relevante mencionar, que en un fallo producido por el Tribunal de Gran Instancia de Honolulu¹⁰, uno de los expertos, el doctor Pret, psiquiatra especialista en desarrollo infantil, aseguró que los padres biológicos tienen una predisposición que facilita la tarea de educar los hijos. La situación ideal para educar un hijo se da en una familia que comprende un padre y una madre. Si bien es cierto, hay muchos niños que son educados en familias monoparentales y la educación de los mismo no se ve afectada, la realidad es que en el caso de la unión homosexual, es una unión bipersonal, de un mismo sexo que originariamente no podrá brindar al niño el entorno ideal mencionado, con diversidad de roles necesarios para su desarrollo.

Incapacidad de la unión para la continuación de la especie. Entendida ésta como la falta de aptitud para engendrar hijos. Su aptitud es limitada, como lo entiende la doctora Medina, pues se limita a la satisfacción individual de sus miembros, pero no genera ninguna contribución a la continuación de la especie humana. En temas de políticas demográficas de los Estados, este es un tema importante, ya que a fin de priorizar, se preferirá aquellas relaciones cuyo objetivo sea el perfeccionamiento individual y la continuación de la especie humana, por sobre aquella que solo busca el perfeccionamiento de sus miembros.

3. Diferencia entre la unión no matrimonial heterosexual y la homosexual

Como mencionamos anteriormente, son varias las características que le son comunes, tanto a la unión no matrimonial de heterosexuales como a la de homosexuales. Por ejemplo, la estabilidad, publicidad, notoriedad, comunidad de vida y la singularidad.

Estas relaciones –heterosexuales y homosexuales– pueden diferenciarse natural y esencialmente así, de la diferencia natural, se encuentra el hecho de que biológicamente los heterosexuales pueden naturalmente procrear, engendrar hijos biológicos; las parejas homosexuales no. La diferencia esencial es que los heterosexuales pueden educar y brindar a

10 Reseña del fallo, es prácticamente la reproducción del realizado por Errante, Edward, *le mariage homosexuel aux Etats Unis: les arrêts des Tribunaux de l'Etat de Hawaï et leurs implications au niveau national*, en Borrillo, Daniel, *Homosexualité et Droit*, Puf, France, 1998, pág. 293. Citado por la doctpra Medina, Graciela. *Uniones de hecho. Homosexuales*.

los hijos que engendren o críen, los roles diferenciados de padre y madre, asimismo contribuyen a la continuación de la especie. Los homosexuales no.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, los heterosexuales no tienen mayor impedimento para contraer matrimonio, pues se ha señalado que si los heterosexuales no contraen matrimonio, es porque no quieren, pues accediendo libremente no lo hacen; por otro lado pueden acceder más fácilmente a la adopción o a técnicas de reproducción asistida; en cambio los homosexuales, por la igualdad de sexo entre sus miembros, le imposibilita contraer nupcias, ni mencionar la posibilidad de adoptar, pues en muchas legislaciones en donde se les ha permitido casarse, no se les permite adoptar.

Así, por ejemplo en la legislación danesa, la unión homosexual ha sido equiparada al matrimonio heterosexual, pero con dos restricciones fundamentales. La primera, es la imposibilidad de adoptar, ni ejercer un derecho de guarda conjunto; la segunda, es que solo pueden celebrar matrimonio civil, pero no religioso.¹¹ Por su lado la legislación noruega, especifica que las uniones homosexuales registradas producen los mismos efectos que el matrimonio, no así en cuanto al tema de adopción.

4. Tratados internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José de Costa Rica de 22 / 11 / 69).

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.

Artículo 17. Protección a la familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

11 Ley Danesa del 1º de octubre de 1989; aprobada por el Congreso. Caso citado por Navarro Vals, Rafael, *Las uniones de hecho en el Derecho Comparado*. Pág. 34. Pero esto se ha flexibilizado, pues a partir del año 1999 se les permite adoptar a los hijos de su compañero homosexual. Mencionado por Medina, G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Pág. 39.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la Ley.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Artículo 2.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 7.

Todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 12.

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 16.

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

Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar; y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Derecho a la protección, a la honra, la reputación personal y la vida privada y familia.

Artículo V.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Derecho a la constitución y a la protección de la familia.

Artículo VI.

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

5. Derecho comparado

Como habíamos mencionado con anterioridad, en legislaciones como la danesa o noruega, en donde se ha equiparado la unión homosexual al matrimonio heterosexual, con las restricciones apuntadas; en la danesa no podrían acceder a la adopción, ni al casamiento religioso y en la noruega, las uniones homosexuales registradas tiene los mismos efectos que el matrimonio, salvo en materia de adopción.

En otras legislaciones, el problema se ha planteado en relación al tema patrimonial entre sus miembros; y a fin de otorgarles efectos jurídicos vía jurisprudencial, se ha tenido en cuenta la convivencia y las relaciones patrimoniales entre la pareja homosexual. Para el caso, el Tribunal de Belfort, en el año de 1995, resolvió en el juicio de una pareja de mujeres, que había vivido en concubinato durante veinte años y una de ellas fue atropellada por un automovilista mientras transitaba en una bicicleta y muere. La pareja demanda por daños y perjuicios materiales y morales que le había causado la muerte de su compañera. En materia civil el automovilista fue condenado al pago en una suma en dinero tanto por el daño moral y material causado; dicho Tribunal valoró la larga comunidad de vida entre la pareja¹².

En otro caso donde se tuvo en cuenta la convivencia entre la pareja homosexual, fue un caso planteado de continuación de locación. Esta era una pareja de hombres, que convivieron desde el año 76 hasta la muerte del inquilino titular en el año 94. Luego de la muerte, la pareja continuó viviendo en el referido lugar -Londres-.

La pareja del causante alegaba que podía subrogar al muerto, en la titularidad del alquiler, de acuerdo a la Ley de Locaciones. Señaló que había vivido con el causante como "marido y mujer" o alternativamente como miembros de una familia, apuntando que había sido su "esposo". Que en el año 86, el causante sufrió un accidente que lo dejó en coma durante unos meses, pero que no se recuperó por completo, pero que en esa situación él lo había cuidado hasta el día de su muerte. El Tribunal inferior dijo no ha lugar al planteamiento y expresó que el Parlamento tenía que dar otra solución. La pareja del causante llevo su planteamiento hasta la House of Lords. La mayoría sostuvo que el apelante no podía ser considerado como "esposo" del causante, ya que ese término era reservado para marido o mujer. Pero sí podían considerarlo como miembro de la familia. Y es que los rasgos de la relación, como el cierto nivel de interdependencia mutua, de amor

12 Rivera, Julio Cesar, *Legitimados para demandar la indemnización de daños*, en *Revista de Derecho de Daños*, nº 3. Accidentes de tránsito-III Rubinzal-Culzoni. Santa Fé, 1998, pág. 49. Citado por Medina G. *Uniones de Hecho. Homosexuales*. Pág. 44.

y cuidado, de compromiso y apoyo, tenían que ser valorados. La mayoría, entonces sostuvo, que si un hombre y una mujer que viven juntos, manteniendo una relación sexual estable y permanente pueden ser considerados familiares a los fines de la Ley de Locación, nada podría impedir el mismo reconocimiento para las parejas homosexuales.¹³

En la Corte de la Unión Europea –Luxemburgo– Derecho Comunitario; se planteó la siguiente situación; una señora que vivía en pareja con otra mujer, empleada de ferrocarriles, quería que su pareja recibiera el beneficio de una tarifa reducida en el precio del transporte ferroviario, dicha reducción alcanza al cónyuge o a la relación significativa heterosexual con mas de dos años de convivencia. Se preguntó al tribunal, si contrariaba al derecho comunitario (igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos) denegar a un empleado una reducción a un compañero del mismo sexo cuando se concede a los cónyuges o a los compañeros de otro sexo. La decisión del Tribunal fue, que las reducciones pueden ser calificadas de retribuciones, que aunque el Parlamento Europeo deplora cualquier discriminación motivada por la tendencia sexual, la Comunidad no ha adoptado, hasta ahora, normas para poner en práctica la equiparación; en algunos de los Estados, aunque con avances, no existe total equiparación; además el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no incluye la relación homosexual en el concepto de vida familiar; solo el legislador nacional puede producir la equiparación.¹⁴

Otros países Europeos, como España, en el proyecto de ley sobre uniones estables de pareja, estipuló, que “el artículo 32 de la Constitución Española proclama el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. También establece que la ley ha de regular las formas de matrimonio, la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges y las causas de separación y de disolución y sus efectos.

Pero al margen del matrimonio, la sociedad catalana actual presenta otras formas de unión en convivencia de carácter estable, unas formadas por las parejas heterosexuales, que pudiendo contraer matrimonio, se abstienen de hacerlo y las integradas por personas del mismo sexo, que constitucionalmente tiene excluido el acceso a esta institución.” Y a partir del Capítulo II, reguló lo pertinente a las relaciones de unión estable homosexual, separada de la unión estable heterosexual, determinando para cada

13 Fallo “Fitzpatrick vrs. Sterling Housing Association Ltd.” House of Lords, 28-10-99”, Citado por Medina G. Uniones de Hecho. Homosexuales.

14 Caso, Lisa Jacqueline Grant c/ South West Trains, 17/2/1998. Caso citado por la Doctora Kernelmajer de Carlucci, Aida, en Seminario de Familia y Derechos Humanos. Universidad de Buenos Aires, Argentina. 1/7/04.

uno su conceptualización, los requisitos, forma para acreditarse, bajo qué parámetros se regula la convivencia, los gastos comunes de la pareja, así como su responsabilidad frente a terceros, entre otros¹⁵.

Por otro lado en Estados Unidos, en el Estado de Vermont, la Corte de dicho Estado resolvió en un caso del año 1999, que era inconstitucional denegar a las parejas lesbianas o gays los beneficios que gozan los miembros del matrimonio. Y en el año 2000 creó la Ley de Uniones Cíviles, en la que se estableció, a grandes rasgos, que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer. Y la unión civil, es aquella unión estable homosexual registrada, otorgándoseles iguales derechos y obligaciones, en todo aquello que tenga como fuente normas del Estado de Vermont, ya que en ese momento, la Ley del Estado Federal no reconocía a las uniones homosexuales el status matrimonial¹⁶.

Finalmente, en la legislación argentina, es relativamente poco lo que se ha avanzado sobre el tema, no obstante en el año 2002, se creó un registro a fin de inscribir las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, a fin de adherir a la pareja a obras sociales o al beneficio de previsión social. Solo se encuentra regulado para Capital Federal, y cuenta con un problema, que fuera de este ámbito territorial no tiene validez; pues una norma local no puede derogar a la Ley Nacional Civil.

No obstante, en un fallo del Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas N° 10 de la Provincia de Mendoza, Argentina, que he mencionado al inicio del presente trabajo, se otorgó los beneficios de la obra social al conviviente homosexual, tomando en cuenta estos elementos, la publicidad de la unión, el reconocimiento de la misma por parte de la madre de uno de los miembros de la pareja homosexual, que sostuvo que la unión homosexual de su hijo con el compañero era conocida en el seno de la familia de ambos y que como tales eran aceptados por ambas familias. El Tribunal sostuvo, entre otras cosas, que no hay posibilidad de excluir de la caracterización de convivientes que se procuran ostensible trato familiar a los homosexuales, ya que cualquier diferenciación originada por la igualdad de sexos de los convivientes significaría una discriminación prohibida respecto de la misma caracterización otorgada a los compañeros de parejas heterosexuales, toda vez que la Ley de Obras Sociales no ha pensado en otorgar el beneficio al conviviente por razón de los hijos, sino con clara abstracción de la existencia de éstos.¹⁷

15 Ley que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*. *Palau del Parlament*, 11 de junio de 1998. Citado por Medina G. *Uniones de hecho. Homosexuales*, Pág. 374.

16 Ley de Vermont de 2000. Citada en la obra Medina, G. U.de H. H. Pág. 380.

17 *Idem*. Referencia N° 3.

6. Conclusión

Numerosas son las legislaciones que se han planteado el tema de las uniones homosexuales, lo anterior es solo una muestra de ellas. Algunas legislaciones han respondido equiparándolas al matrimonio, otras por el contrario reconociéndoles mínimos derechos. Luego de dar una pequeña mirada al vasto tema de las uniones homosexuales, se advierte que el problema no es menor. Nuestra constitución y la legislación secundaria, hace referencia, en tema de familia, a aquella considerada tradicionalmente, formada por un hombre y una mujer que sin impedimento legal, contraen matrimonio o forman pareja en unión no matrimonial, y esta última teniendo acceso al matrimonio, pero no queriéndolo hacer. Pero nada se ha dicho, en sentido positivo o negativo, en torno al tema de las uniones de personas del mismo sexo.

La realidad de nuestro país impone el análisis de otras formas de agrupación humana, fuera de las relaciones heterosexuales, planteando el problema de las uniones entre homosexuales, que al igual que la primera unen sus vidas, en torno a un proyecto en común, en donde rige la solidaridad, la ayuda mutua económica, los cuidados propios entre miembros de una familia, la estima, el amor, el respeto, la fidelidad, la convivencia, la notoriedad, la singularidad y la permanencia de dicha relación. La pregunta que surge es: por qué si estas relaciones se enmarcan dentro de los lineamientos familiares, no pueden ser consideradas formas alternativas de familia, y si se llega a aceptar como formas alternativas, por qué no reconocerle ciertos derechos.

Seguramente, lleguemos a la conclusión de que el tema, además de ser bastante árido y delicado, lo rodea toda una atmósfera de silencio, condena y escarnio; por lo que se hace necesario dejar de lado algunos preconceptos para comenzar a tratarlo. Tenemos que considerar la necesidad de que dichas relaciones sean contempladas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para evitar todo tipo de atropello o injusticia. Como dije al principio, no se trata de igualar al matrimonio estas uniones, ni a la unión no matrimonial heterosexual, las cuales ya hemos diferenciado, sino pensar sobre qué derechos o qué efectos jurídicos les podrían ser reconocidos. Todos en cuanto al tema patrimonial, –económico– pues en relación a derechos como acceder a la adopción, me parece que no es conveniente, por la imposibilidad de que éstos puedan educar niños conforme a los roles diferenciados de hombre y mujer, necesarios en su desarrollo integral (de los chicos).

Nuestra sociedad esta cambiando y el derecho no puede quedarse atrás, ya sea que se comparta o no con estas ideas, lo cierto es que en un Estado democrático, no pueden existir sectores de la población ignorados, discriminados, como en su momento lo fueron mujeres y niños.

En nuestra constitución, el artículo 32, establece que la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado. El fundamento legal de la familia es el matrimonio. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia. En un caso de jurisprudencia de la Corte, se dijo sobre los tipos de relaciones entre pareja, "que para la doctrina que analiza dicho sector del ordenamiento jurídico existen diversos tipos de relaciones entre pareja; la forma tradicional de establecer vínculos entre un hombre y una mujer es el matrimonio. Sin embargo la doctrina también considera la existencia de otro tipo de relaciones, las cuales clasifica en lícitas, ilícitas y ajurídicas; el matrimonio y la unión de hecho o concubinato son –para la doctrina y el derecho–, las únicas formas de entablar relaciones lícitas; las relaciones ilícitas, por su parte, presentan una gama variada y en algunas legislaciones se les ha considerado incluso como delitos –v. gr. el adulterio, el incesto, el rapto, el estupro y la bigamia–; las llamadas ajurídicas se caracterizan porque los sujetos entablan relaciones sexuales fuera del matrimonio, pero en el ejercicio de su libertad, pues no están violando normas prohibitivas... Pero en la mayoría de los casos no producen consecuencias jurídicas".¹⁸ Actualmente podrían ser incluidas en esta última clasificación las relaciones estables de unión entre homosexuales.

La legislación secundaria en el Código de Familia, reconoció a la unión no matrimonial, como forma de familia, ciertos derechos, entre ellos, los contemplados en los artículos 119, 129, 121, 122 y 123. Para acceder a estos derechos la ley ha establecido como requisito que dicha unión fuera reconocida mediante declaración judicial a fin de acreditar la calidad de conviviente.

En relación a la unión no matrimonial entre homosexuales, la ley secundaria debería acoger esta nueva o alternativa forma de familia, ampliando la concepción que se tiene de la unión no matrimonial –permitida solo para heterosexuales–, e integrando este nuevo paradigma familiar, unión no matrimonial homosexual; delimitando y distinguiendo para el caso, su concepto, requisitos y efectos jurídicos que se le reconocen una vez decretada judicialmente; que bien podrían ser los mismos que se le reconocen a la unión no matrimonial heterosexual, o mucho más acotados.

Considero procedente que el reconocimiento de efectos jurídicos, sean los contemplados en los artículos 119, 129, 121, 122 y 123 del Código de Familia; es decir, que la pareja homosexual, pueda tener acceso a un régi-

18 Sentencia de 28-IV-2000, Inc 2-95, considerando V1. Jurisprudencia citada por el Licenciado González, Rodolfo Ernesto. Constitución y jurisprudencia constitucional. Sección de Publicaciones. Corte Suprema de Justicia. República de El Salvador. Pág. 100 y sig.

men patrimonial, que en caso de ruptura, puedan acceder a la partición o distribución de los bienes que han adquirido durante toda la vigencia de la unión, si éstos han sido adquiridos con fondos de ambas partes o que, siendo adquirido por uno solo, su adjudicación represente un perjuicio y detrimento en el patrimonio del otro; que puedan tener acceso a la protección de la vivienda; a ser llamado a la sucesión abintestato del otro, en el mismo orden que los cónyuges, como lo estipula la norma; que incluya el derecho, como conviviente, a que la pareja sea beneficiaria de obras sociales, de indemnizaciones por causa de muerte, temas de previsión social.

Y así como en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, se contempla en el artículo 11, el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones en orden a la orientación sexual, entre otros; nuestro país debe avanzar en dirección a prever este tipo de garantías, reconocimiento de derechos e incorporación de estas "nuevas" formas de agrupación o formas alternativas de familia, a la esfera jurídica de la sociedad.

Como dijo BLACKMUN, "Sólo una ceguera puede oscurecer el hecho de que la intimidad sexual es una llave de las relaciones de la existencia humana, una llave central para el desarrollo de la personalidad humana. Y la orientación sexual no es un problema de elección sino que está en las profundas raíces de la sexualidad humana".

DEO OMNIS GLORIA!

EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS Y LA AUTORIDAD PARENTAL EN EL DERECHO DE FAMILIA MODERNO

*Vanessa Carolina Martínez Aguilar**

SUMARIO: Introducción. 1. El menor como sujeto de derechos en la Constitución, tratados internacionales y leyes secundarias. 2. Concepto moderno de autoridad parental y consideraciones sobre su fundamento. 3. Naturaleza jurídica de la autoridad parental. 4. Distinción del concepto de autoridad parental de la patria potestad.

Esto generó un sobre proteccionismo de la minoridad, alimentándose una vigorosa dominación sobre los hijos, lo que se tradujo, en los hechos, en un instrumento esterilizador que dificultó su cabal inserción en la sociedad. Esto se ve reflejado en las legislaciones anteriores en las que el niño no era considerado sujeto de derechos sino un objeto de posesión de sus padres.

En este contexto se desarrolló a lo largo de muchos años la anteriormente llamada "patria potestad", en nuestro Código Civil de 1860, la que tenía un contenido eminentemente patrimonialista y un enfoque de deberes de los hijos hacia los padres, como los deberes de respeto, obediencia y servicio a los padres; la obligación de cuidarlos en la ancianidad y el deber de socorrer a los ascendientes; de esta manera, se constata el poco reconocimiento que en esta época tenían los menores³; esta dominación de los padres sobre sus hijos proviene desde el derecho romano, por el poder ejercido por el jefe de familia (*pater familia*), es así que se configuró el concepto tradicional de patria potestad, como "el conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados".

2. El menor como sujeto de derechos en la Constitución, tratados internacionales y leyes secundarias

En la posmodernidad jurídica se da la creación de tratados internacionales, como la Convención Sobre los Derechos del Niño, suscrita por El Salvador el 26 de enero de 1990, ratificada el 27 de abril del mismo año y publicada en el Diario Oficial número 108, tomo 307, de fecha 9 de mayor de 1990, el cual cuenta con primacía legal con respecto a las normas secundarias de conformidad al artículo 144 de la Constitución. Asimismo, se produce posteriormente la creación del Código de Familia, el día 11 de octubre de 1993, entrando en vigencia el 1° de octubre de 1994 juntamente con los juzgados de familia que ahora se encuentran cumpliendo diez años de actividad jurisdiccional.

Estos procesos han implicado el reconocimiento a los niños de sus derechos fundamentales, entre ellos, la protección contra toda forma de discriminación y a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada (Arts. 2º.2 y 16.1), el de identidad (Art. 18º.1), a expresar su opinión libremente y ser escuchado (Arts. 12.1 y 12.2), a la libertad de expresión (Art. 13.1), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 14.1),

3 Cfr. CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita, BONILLA DE AVELAR, Emma Dinorah; y otros, *Manual de derecho de familia*, Proyecto de Reforma Judicial II, 2ª. Edición, 1995, San Salvador, Pág. 599.

etc. También se incorpora al niño a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que consagran derechos inalienables a todos los seres humanos y a toda persona sin hacer distinción entre menores y adultos (Arts. 1º y 11, respectivamente).

La Constitución establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad, y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos (Art. 2); los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos de forma equitativa (Art. 33); el derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan un desarrollo integral (Art. 34); la protección de la salud física, mental y moral (Art. 35), etc.

En consonancia con ello, el Código de Familia establece la protección integral de los menores (Art. 4); para la función del cuidado deben tenerse presente las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo (Art. 211 Inc. 1º), derecho a su identidad (Art. 351 Ords. 3º y 4º), derecho a la libertad de expresión (Art. 351 Ord. 9º), derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 351 Ord. 18º), derecho a asistencia legal (Arts. 388 y 351 Ord. 21º), derecho a no prestar servicio militar (Art. 351 Ord. 23º), derecho a la libertad artística (Art. 284), derecho de asociación (Art. 351 Ord. 24º), entre muchos otros. Asimismo, este cuerpo legal establece una serie de deberes que los hijos deben de realizar en razón de ser personas, por lo que deben cumplir ciertas funciones dentro del hogar familiar, algunos son: el realizar esfuerzos por adquirir conocimientos (Art. 352 Ord. 1º), una actuación honesta y responsable (Art. 352 Ord. 3º), el ser cuidadoso de sus bienes y los de su familia (Art. 352 Ord. 5º), etc. A su vez, la Ley Procesal de Familia establece como uno de los deberes del juez, en el proceso de familia, el hacer efectivo el derecho del menor a ser escuchado en todos los procesos que le afecten (Art. 7 Lit. j).

Así, pues, la infancia ha adquirido una identidad social, cultural y psicológica que es respetada buscando satisfacer sus particulares necesidades⁴. El niño es ahora una persona humana, titular de derechos y obligaciones al igual que el adulto, siendo reconocido desde la concepción en el seno materno, debiendo también entenderse a este sujeto de derechos en sentido ético, es decir, que no sea considerado como un objeto que puede ser manipulado de forma discrecional.

4 Cfr. GROSMAÑ, Cecilia Paulina, *El hijo como sujeto de derechos en el derecho de la autoridad parental*, Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana de Ciencias Jurídicas y socioeconómicas, diciembre de 1980, No. 59, Pág. 281.

3. Concepto moderno de autoridad parental y consideraciones sobre su fundamento

El niño carece de idoneidad para obrar, por lo que el padre y la madre, en su misión de socialización, son los encargados de representar y orientar las acciones del hijo con vistas a su formación como ser adulto y a su consiguiente preparación para el cumplimiento de sus venideros roles sociales y familiares. La interacción padre-hijo debe ser bilateral.

En razón de lo anterior, el concepto actual de autoridad parental parece ser una institución que se encamina a la protección del hijo menor, a su educación y preparación para su mejor desenvolvimiento en la vida, dentro de un marco en el que el menor cuenta con derechos inherentes a su persona, y los poderes parentales no tienen más los alcances que anteriormente tenían, puesto que les está vedado a los progenitores el ejercer sus atribuciones con el fin de someter a los hijos a un universo de símbolos previamente asignados; tampoco podrán imponer una crianza coercitiva o discrecional, ni será admisible que implanten forzosamente a los hijos el modelo parental⁵.

Nuestro Código de Familia establece en su Art. 206 inciso primero, el concepto de autoridad parental como: "el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además para que los representen y administren sus bienes". Este concepto evidencia un cambio de la antigua idea de patria potestad, siguiendo la línea evolutiva antes descrita, poniendo el énfasis en la protección de la persona del hijo, que es el principio en la que se fundamenta; es decir, que la razón de ser de la autoridad parental es que ésta hace posible el desarrollo y protección integral del hijo menor. En este mismo sentido encontramos otras legislaciones, como la argentina, que en su Art. 264 del Código Civil define a la patria potestad como: "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado"; señalando la doctrina que los derechos y deberes que se le atribuyen a los padres son en beneficio del hijo y no en provecho de ellos⁶; coincidentemente otros autores como Planol y Ripert sostienen que la patria potestad no tiene otro fin que hacer posible el mantenimiento y la edu-

5 Cfr. MIZRAHI, M. L., *Ob. Cit.*, Págs. 122 y siguientes.

6 Cfr. LEHMANN, *Tratado, parte general*, tomo IV, Pág. 34.

cación del hijo, ya que es en vista a la protección del hijo que existe la potestad parental⁷.

La autoridad de los padres, que no es un fin en sí misma, se encamina a cuidar físicamente a los hijos, velar por su formación moral en sentido amplio y suplir su natural incapacidad cuidando de sus bienes, ejerciendo el indispensable control de conducta y asumiendo la consiguiente responsabilidad que los actos de los hijos pudiesen generar.⁸

La labor de los adultos necesariamente se tiene que orientar a que los niños ejerzan los derechos que se les reconocen, y a no conculcarlos (Arts. 3, 5 y 14 de la Convención Sobre los Derechos del Niño) y aquí hallaremos el límite preciso a las facultades de aquellos.⁹

4. Naturaleza jurídica de la autoridad parental

La persona del niño es titular de derechos, aunque no pueda ejercitarlos por sí mismo; este ejercicio es atribuido a los progenitores, ya que son los padres los que en principio, resultan obligados a ejercer los derechos que sus hijos son titulares y esa obligación deriva de la función protectora que el ordenamiento ha atribuido a la autoridad parental; es así que se configura como una *función* que tiende a la consecución de los intereses del menor, es decir, que el poder que ha sido otorgado a los progenitores es solo para el cumplimiento de una función, por lo que las facultades que se les reconoce únicamente responden al cumplimiento de los deberes respecto del menor¹⁰.

La autoridad parental no trata de relaciones que presupongan igualdad entre los sujetos, los padres ejercen un poder reconocido por la ley sobre sus hijos, en cumplimiento de un deber¹¹; los padres están obligados a ejercerlo personalmente, ya que ese ejercicio es indelegable a terceros. Como se ha mostrado, se ha sustituido la noción de "dominación" por la de "protección", atendiendo exclusivamente al bienestar del hijo, evidencia de ello es la transformación del nombre que ha recibido la institución en nuestro Código de Familia, en su Libro Tercero, Título II, utilizando el de autoridad parental, en lugar de patria potestad, como antes era conocida en el Código Civil; de igual modo, el Código Civil francés que utiliza el nombre de autori-

7 Cfr. PLANIOL-RIPERT-ROUAST, *Tratado práctico de derecho civil francés*, tomo I, Pág. 349.

8 Cfr. ZANNONI, Eduardo Antonio, *Derecho de Familia*, tomo II, 4a. Edición, Buenos Aires, 2002, Pág. 689.

9 Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis, *Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores*, revista La Ley del 26/9/2003, Buenos Aires, Pág. 1.

10 Cfr. GROSMAN, C. P., Ob. Cit., Pág. 282.

11 Cfr. CICÚ, *El derecho de familia*, Pág. 131.

dad parental, también hay otras legislaciones como el Código Civil de Perú que, en su Título I, Libro III, que antes hacía referencia a la patria potestad, hoy utiliza la expresión: "De los adultos responsables de los niños".

5. Derechos y deberes emergentes de la autoridad parental

En los cuidados que los padres proporcionan a sus hijos deberá considerarse en primer lugar, las necesidades del menor, que estarán determinadas por las características psico-físicas del niño, sus disposiciones, aptitud, vocación y requerimientos en materia de salud, vivienda y demás elementos que conforman el ambiente donde debe desenvolverse¹²; es decir, que el arbitrio paterno se halla restringido por una serie de demandas originadas de la individualidad del hijo, las cuales van a determinar el contenido de los derechos-deberes de la autoridad parental, como es la educación, sustento, corrección, el cuidado etc.

Entre padres e hijos se genera una interacción que implica contar con la *cooperación del hijo*, cooperación que tendrá una forma distinta en cada fase de su vida, dependiendo del desarrollo físico, mental y moral del menor, que es un proceso que va desde el nacimiento hasta la mayoría de edad (18 años); en cada etapa del crecimiento los derechos y deberes de los padres adquirirán otra dimensión y también será otra la medida de participación del hijo.

Las inclinaciones, aptitudes y necesidades del menor también estarán condicionadas por el ambiente sociofamiliar en el que vive, es decir, que estos factores determinan en gran medida la identidad del menor, dándose una interiorización de normas, valores y deseos que los padres le han transmitido, por lo que se puede decir que la subjetividad del menor en la relación paterno filial no representa generalmente posiciones antagónicas, no obstante que todo niño tiene su individualidad y su ritmo de desarrollo que debe ser respetado.

En cuanto a la función de educadores que cumplen los padres, se debe tener presente que los menores no pueden ser obligados a seguir cursos, prácticas de deportes o realizar estudios que van mas allá de su capacidad física, intelectual o condiciones particulares, ya que, de lo contrario, sería un modo de tratar al menor como un objeto y no como un sujeto de derechos, no obstante las sanas intenciones del progenitor.

La función de sustento que comprende la alimentación, vestido, higiene, vivienda, etc. y la función afectiva son las que determinarán la seguridad física y emocional del niño; los procesos de control que los padres apli-

12 Cfr. GROSMAÑ, C. P., Ob. Cit., Pág. 283.

can a sus hijos influyen en los valores morales del hijo y su comunicación adecuada con el medio que lo rodea, comprobándose la importancia de la interacción bilateral en la relación paterno filial.

6. Crecimiento de los hijos y consiguiente limitación de las funciones parentales

Los menores sujetos a la autoridad parental tienen la aptitud para ser titular de derechos y deberes, pero no tienen la capacidad para actuar por sí mismos, ya que el menor es incapaz de cuidar de su persona y patrimonio, es inhábil para manejar sus asuntos, por lo que lo hacen los padres en su representación; su capacidad para obrar se va desarrollando de forma progresiva¹³.

La minoridad cubre una etapa de la vida de grandes transformaciones; no es semejante la situación física y psíquica de un niño de dos años que la de un joven de dieciocho años, la evolución finaliza en la vida adulta.

Los padres son, en razón de la autoridad parental, los primeros árbitros del interés superior del menor, pero este libre arbitrio tiene sus límites.

Si el niño es de corta edad, son los padres quienes deciden si una formación religiosa es mejor que una laica, quienes disponen el tipo de escuela a la que asistirá, con quién se relacionará, qué amistades fomentará, qué tipo de alimentación recibirá y hasta qué clase de ropa utilizará. A medida que el niño crece, éste tiende a intervenir más en las decisiones que le afectan, lo que ha sido tomado en cuenta en la Convención Sobre los Derechos del Niño, al establecer que el menor que se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio ante todo procedimiento judicial y administrativo debe ser escuchado, teniendo en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez del niño (Art. 12). Asimismo, se le va considerando con idoneidad para la ejecución de distintas acciones vinculadas a su persona y sus bienes.

Es decir, que a medida que el niño va creciendo, ese libre arbitrio de los padres empieza a encontrar límites, pero no por funcionario alguno del Estado, sino en la misma *voluntad del propio hijo*, límites poco claros y nada fáciles de establecer *a priori*; pero, si es cierto que las limitaciones y cuestionamientos surgen de la voluntad del hijo,¹⁴ porque se acepta que el hijo pueda discrepar con algunas decisiones de los padres, tales como la

13 Cfr. LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, tomo I, editorial Perrot., Buenos Aires, 1964, Pág. 370.

14 Cfr. DI LELLA, Pedro, *La representación del menor bajo patria potestad*, en *Derecho de familia*, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia N° 13, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Pág. 119.

escuela a la que el padre pretende enviarlo, la religión que el padre pretende que profese o a las amistades que pretende imponerle o limitarle; siendo, en este sentido, que la Convención Sobre los Derechos del Niño señala que el niño es todo menor de dieciocho años, ya que al parecer, considera que a dicha edad la persona cuenta con criterios propios que le permiten decidir sobre su futuro, como adulto, en cuanto a los estudios que desea realizar, trabajos que quiere desempeñar, comenzando a asumir las responsabilidades que sus decisiones y acciones implican como persona adulta que es.

En este mismo sentido, el Art. 26 del Código Civil establece que se considera mayor de edad o simplemente mayor a la persona que ha cumplido dieciocho años de edad; extinguiéndose consecuentemente a dicha edad la autoridad parental, de conformidad a los Arts. 206 y 239 del Código de Familia.

En la Convención sobre los Derechos del Niño se puede observar que han sido tomados en cuenta diversos estadios por los que pasa un niño para llegar a la autonomía, pudiendo distinguirse los siguientes: 1. el mejor interés del niño, 2. el derecho del niño a la información, 3. el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado y 4. el derecho a la autodeterminación o decisión autónoma, libre de coacción y derivada de los propios valores y creencias¹⁵.

En este mismo sentido, se pronunciaron algunas de las conclusiones con respecto a las relaciones ente padres e hijos, en la comisión número cinco¹⁶ de la XIX Jornadas Argentinas de Derecho Civil, llevadas a cabo en la ciudad de Rosario en 2003, que señalaron: 1. el derecho del niño a ser informado y escuchado debidamente, en toda clase de procesos en que sea parte, constituye una manifestación de su autonomía en las relaciones personales de familia; 2. el pleno reconocimiento del hijo como individuo autónomo, más allá del conflicto de sus padres, tiene derecho a acceder, a ejecutar y a obtener la ayuda y colaboración para preservar el vínculo con ambos y 3. el adolescente, como sujeto de derecho, es titular de su derecho a la salud reproductiva y procreación responsable que a su salud le atañe.

15 Cfr. voto de Dra. Conde, Fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, 14/10/2003- Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad, en *Derecho de familia*, revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, No. 1, 2004, Pág. 55.

16 Cfr. comisión 5 de la de la XIX Jornada Argentina de Derecho Civil, Rosario, 2003. Autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia, conformada por los Doctores: presidente Zannoni, Eduardo; coordinadores: Barbero, Omar; D'Antonio, Daniel Hugo; Relator: Dutto Ricardo, Secretarios: Ramos, Rodolfo; Gatti Fiant, María Magdalena. Nómima de ponentes: Arianna, Carlos Alberto; Biscaro, Beatriz; Levy, Lea; Mizrahi, Mauricio L. y otros.

El proceso de formación moral e intelectual del menor queda sujeto a la obligación de garantizarle el íntegro desarrollo de su personalidad. La discrecionalidad de la que gozan los padres durante la infancia del hijo en la elección del modo de cumplir su función, no legitima una arbitraria separación o diferencia entre educación familiar y valores generales de la colectividad, sin que ello les impida ejercitar sus naturales funciones de educadores ni aconsejar y orientar a sus hijos en una dirección conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas. La autoridad parental es, pues, el sistema de protección de los hijos a través de la representación de los padres.

7. Breve comentario sobre algunas de las principales funciones parentales

a) Derecho-deber de cuidado personal:

Este derecho-deber presupone el reconocimiento de la autoridad de los padres que deben ejercer el debido cuidado hacia sus hijos menores de edad, comprendiendo la *crianza* y el deber de *convivencia* establecidos en los Arts. 211 y 212 C. F., dentro de los que se encuentran los deberes de los padres de proporcionar un *hogar estable*, *alimentos* adecuados y proveer de todo lo necesario para el desarrollo normal de los menores hijos; pudiendo decirse que el incumplimiento del deber de guarda implica una forma de abandono, tipificada como causal de pérdida de la autoridad parental, según el Art. 240 Ord. 2º C. F. Asimismo, permite a los padres requerir el reintegro de los hijos si estos dejasen la casa sin autorización¹⁷.

De acuerdo al anteproyecto de Código de Familia¹⁸, este derecho-deber es el aspecto personal que se concreta en el trato íntimo de protección y cuidado que los padres deben dar a sus hijos, para hacer de ellos personas equilibradas en los aspectos físicos, intelectuales y afectivos.

b) Derecho-deber de educación:

Este derecho deber implica que los padres deben ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad¹⁹. Los padres están obligados a dar a sus hijos la instrucción elemental y escolar, alentándolos a llegar a niveles superiores, es decir, que si la voluntad del hijo es continuar con una formación más elevada, los padres deben procurárselas si están en condiciones para ello.

17 Cfr. ZANNONI, E. A., Ob. Cit., Pág. 761.

18 Cfr. CORERESAL, Documento Base. Exposición de Motivos. Anteproyecto de Código de Familia, Talleres Gráficos de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador, octubre de 1990, Págs. 421 y 422.

19 Cfr. ZANNONI, E. A. Ob. Cit., Pág. 768.

Este derecho-deber se encuentra desarrollado en los Arts. 213 y 214 C. F. que señalan: el deber de los padres de educar a sus hijos dentro de la moralidad, solidaridad humana, dándoles una formación integral complementada con el acceso al sistema educativo, y en el caso de los estudios superiores del hijo que necesita de la ayuda de los padres, para finalizarlos y así alcanzar una profesión u oficio que le permita autosatisfacer sus necesidades, los padres deberán continuar brindándole la ayuda necesaria aunque se encuentre extinguida la autoridad parental por ser mayor de edad, según el Art. 239 Ord. 4º) C. F., si el joven realiza sus estudios con provecho, tanto en tiempo como en rendimiento, de conformidad al Art. 211 Inc. 2º del mismo Código.

c) Derecho-deber de corrección:

Este se encuentra comprendido por el deber de educación, pero debe ser de tal naturaleza que no dañe la salud, ni ofendan el sentido del honor del menor en crecimiento; tal facultad debe ser ejercida de forma razonable, de acuerdo a las circunstancias, excluyéndose los castigos corporales, cualquiera que fuere el modo de aplicación, debiendo las acciones disciplinarias considerar la personalidad del menor en todos sus aspectos: edad, condiciones psíquicas, etc.²⁰.

En ese pensamiento, el Art. 215 C. F. promueve el respeto a la integridad física y moral de los hijos para no causar abusos de ningún tipo, ni malos tratos²¹, de incumplirse esto, puede llegar a configurarse una causa de suspensión o pérdida de la autoridad parental, pudiendo constituir una conducta delictiva sancionada en la legislación penal.

8. Cuando interviene el estado en la autoridad parental

El Estado debe evitar entrometerse en aquello que es naturalmente función propia de quienes de hecho la cumplen mejor de lo que éste podría hacerlo, limitando su intervención a los supuestos en que su injerencia no puede evitarse. Según la doctrina, la intervención de los organismos del Estado solo puede darse en dos circunstancias: 1. Cuando haya conflicto entre ambos progenitores; y, 2. Cuando el menor se encuentre en grave peligro de cualquier índole²², lo cual se halla regulado en el Art. 209 C. F.

20 Cfr. GROSMAÑ, C. P., *El castigo corporal y el derecho de corrección de los padres*, en revista de Derecho de la Universidad Católica Argentina, del 19 de junio de 1980, Buenos Aires.

21 Cfr. CALDERÓN DE BUITRAGO, A.; BONILLA DE AVELAR, E. D.; y otros, Ob. Cit., Pág. 608.

22 Cfr. DI LELLA, P., Ob. Cit., Pág. 118.

El peligro al que hace referencia, no puede ser mínimo como para ser intrascendente, por el cual no debe permitirse la injerencia de los jueces en la vida familiar, ni pueden ser tan graves como para excluir la autoridad parental; asimismo, debe tenerse presente que para que se dé esta intervención del Estado, deben ser los mismos padres los que han colocado al hijo en situación de peligro.

9. Conclusiones

- En la relación de sujeto "capaz" y sujeto "incapaz" que supone la autoridad parental, ocurre un proceso de socialización que aún no se ha completado, en el cual, el hijo transita por distintas etapas de su desarrollo físico, mental y espiritual, para llegar a la vida adulta, y las restricciones que tiene en su actuación responden a la limitación del niño en el manejo del mundo circundante, por lo que se entiende que es justa en la medida en que el hijo no tiene la comprensión ni la madurez para dirigir sus acciones, pero puede convertirse en injusta cuando el menor crece y es poseedor del pensamiento abstracto, adquiriendo el discernimiento para comprender el sentido de sus acciones y no se le reconoce su opinión y colaboración en las materias que afecten a su persona, atentando así contra la calidad de sujeto que posee para convertirlo en objeto de sus padres o guardadores.
- Será forzoso para los padres acordar un margen progresivo de libertad para que el hijo intervenga en el ejercicio de los derechos-deberes derivados de la autoridad parental, siendo siempre necesario la dirección y control paterno, pero facilitando al mismo tiempo la asunción de la responsabilidad propia del menor dentro de la comunidad social.

LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y SU RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL

*Maria de los Angeles Figueroa Meléndez**

SUMARIO: Introducción. 1. Antecedentes normativos. 2. Fundamentos sociológicos de la sustracción. 3. La Convención de La Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: objeto, requisitos, causales de excepción, procedimiento, derecho de visita, vigencia. 4. Conclusiones.

Introducción

A diez años de la incorporación de la normativa familiar en la legislación salvadoreña y de la creación de los tribunales de familia, se vuelve necesario estudiar las instituciones jurídicas desde la perspectiva del derecho internacional, así como las herramientas que esta rama proporciona a la legislación familiar. Dentro de este contexto, el objeto del presente trabajo es dar a conocer uno de los instrumentos internacionales, que a tres años de su incorporación en nuestro sistema normativo no ha sido difundido, aun cuando proporciona mecanismos útiles para la protección del menor en la esfera del ejercicio del cuidado personal y en el mantenimiento de las relaciones afectivas o trato personal por el progenitor con quien no convive. Me refiero a la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores –en adelante la Convención– que fue adoptada por la Conferencia de la Haya en su décima cuarta edición el veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta y que fue ratificada por nuestro país por medio del Decreto Legislativo número 169, publicado en el Diario Oficial el veinte de noviembre de dos mil y que actualmente nos vincula con veintisiete países.

1. Antecedentes normativos

Después de la segunda guerra mundial, surge en el plano internacional la preocupación por los niños y niñas, que resultaron los seres humanos

* La autora es licenciada en ciencias jurídicas por la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas"; abogada, colaboradora judicial del Juzgado Primero de Familia de San Salvador, actualmente estudiante de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

más perjudicados, sobre todo aquellos que a causa de las guerras habían quedado huérfanos o habían sido desplazados de su país de origen; en este marco se dicta la Convención de Luxemburgo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones relativas a guarda de niños.

Es preciso subrayar que la Convención, objeto de estudio, se elaboró de forma simultánea con la Convención sobre los Derechos del Niño; no obstante esta última fue promulgada con posterioridad el 20 de noviembre de 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por tanto, también le preceden la Declaración de Ginebra Sobre los Derechos del Niño del 24 de septiembre de 1924 y la Declaración de los Niños del 20 de noviembre de 1959.

Dentro del ámbito nacional y previo a su ratificación, encontramos como antecedente inmediato, la Constitución Nacional de 1983, que en su Art. 34 reconoce el derecho del menor a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, el Código de Familia de 1994 que en su Art. 4 establece como sus principios rectores, la unidad familiar y la protección integral de los menores; el Art. 205 que dispone que la enumeración de los derechos a favor de los hijos dentro del contexto del Código de Familia, no excluyen a los reconocidos en las convenciones internacionales, así como las normas que regulan la institución de la autoridad parental, la cual se compone básicamente por tres elementos: cuidado personal, representación legal y administración de bienes, Art. 206 C. F.; por su parte, el Art. 207 del citado cuerpo legal, regula que el ejercicio de la autoridad parental corresponde conjuntamente a ambos padres o a uno de ellos, cuando falte el otro; el Art. 212 señala el deber de convivencia del hijo con sus padres o con aquél que ejerza su cuidado personal.

2. Fundamentos sociológicos de la sustracción

En las últimas décadas, en la mayoría de países latinoamericanos se ha incrementado la emigración; según estudios de la Universidad Autónoma de México, de 1998 a 2001 fueron deportados seiscientos mil centroamericanos;¹ por otro lado, el desarrollo acelerado de los medios de transporte y comunicación han facilitado el desplazamiento de las personas de una nación a otra.

A lo anterior se agregan los cambios en la estructura tradicional del ciclo vital de la familia; el divorcio comienza a ser una fase más de éste y,

1 Información obtenida de la página electrónica del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, en el marco de la campaña: Información sobre los riesgos y consecuencias del tráfico de menores Inmigrantes. www.rree.gob.sv

con ello, la estructura del ciclo natural de la familia nuclear se transforma en una familia con dos núcleos –las llamadas familias binucleares–; por ello, las reformas legislativas propugnan por la protección de los menores, a través del establecimiento de regímenes de cuidado personal a favor de uno de los padres, y regímenes de comunicación y trato entre el menor y el padre que no ejerce su cuidado.

A pesar de los esfuerzos estatales, la situación puede salirse de control cuando los progenitores tienen contacto con diferentes territorios y, ante el conflicto conyugal, uno de ellos decide trasladarse a otro Estado, llevándose consigo a los menores sin el consentimiento del otro, produciéndose así el fenómeno de la sustracción.² En el caso de El Salvador, si bien el Art. 208 C. F. requiere la autorización de ambos progenitores para que el menor pueda salir del país, expondremos adelante cómo este mecanismo puede contribuir a la consolidación de una situación jurídica irregular.

La sustracción se caracteriza porque los ejecutores de la conducta ilegal, generalmente es uno de los progenitores que disputa el cuidado del menor; y este elemento es el que lo diferencia del tráfico ilegal de menores que tiene como fines la explotación del menor, ya sea laboral, sexual o en la prestación de servicios.³

3. La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Objeto

La Convención tiene por objeto garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los restantes (Art. 1). Es preciso aclarar que, a través de este mecanismo, se pretende lograr el respeto de los derechos de custodia; para nuestro caso, cuidado personal de los Estados contratantes; en tanto que, como fin inmediato, se persigue la restitución de los menores a su *status quo* para que sea la autoridad competente de su Estado de residencia habitual, quien decida sobre el derecho de fondo; no se pretende unificar criterios legislativos para el otorgamiento de los derechos de cuidado personal o custodia; es por ello que se ha sostenido

2 ARCAGNI, JOSE CARLOS. *La Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el derecho internacional privado tuitivo*, Revista La Ley, sección doctrina, Tomo 1995-D. Págs. 1024-1036.

3 WEINBERG DE ROCA, INES. *Sustracción y restitución internacional de menores*, Revista La Ley, sección doctrina, Tomo 1995-C. Págs. 1281-1285.

que "el Convenio de La Haya tiende a solucionar aquellas situaciones que derivan del uso de la fuerza, para el establecimiento de jurisdicciones artificiales a nivel internacional, con el propósito de obtener una sentencia de tenencia a favor del padre secuestrador".⁴ Es por ello que la Convención se enmarca dentro del derecho internacional tuitivo o de protección, cuyo campo de tutela lo constituye la parte más débil; de esa forma se protege fundamentalmente el interés del menor de mantener comunicación con el padre no conviviente.⁵

Requisitos

A efecto de determinar si procede la aplicación de la Convención, se deberá realizar un examen y determinar si se reúnen los siguientes requisitos:

La comisión de una conducta ilícita, representada por el traslado o retención ilegal que se materializan a través de la infracción del derecho de custodia, atribuido separada o conjuntamente a una persona, institución u organismo, con arreglo al derecho vigente, en el que el menor tenía su residencia habitual; además se requerirá que este derecho de custodia se haya ejercido efectivamente en el momento del traslado o retención o que su ejercicio no hubiese cesado de no haberse producido la infracción al derecho de custodia o cuidado personal. Art. 3.

La Convención, a efecto de evitar problemas interpretativos entre los diferentes Estados contratantes, ha establecido una definición autárquica –que no depende de los contenidos de derecho interno de los Estados– de lo que se debe de entender por derecho de custodia, señalando que comprende el derecho relativo al cuidado personal del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, Art. 5 lit. a); además sostiene en el inciso segundo del Art. 3 que el derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente, según el derecho del Estado.

En razón de lo expuesto, así como de un análisis integral de las normas constituyentes y de la jurisprudencia emitida por diferentes tribunales de países contratantes, podemos distinguir las siguientes situaciones típicas de desplazamiento ilícito:

1. Cuando el niño convive con ambos padres y desaparece con uno de ellos sin la autorización del otro, trasladándose a un país diferente al de su residencia habitual.

4 GOICOCHEA IGNACIO y SEOANE DE CHIODI, MARÍA DEL CARMEN. *Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Ley 23.857. Revista La Ley, Sección Doctrina, Tomo 1995- D. Págs. 1412-1423.

5 ARCAGNI, JOSÉ CARLOS. *Ob. Cit.*

2. Cuando se ha otorgado judicialmente a uno de los padres el cuidado personal y al otro se le ha conferido el derecho de visita, éste último, ante su disconformidad con la resolución, traslada ilegalmente al menor a otro Estado, pretendiendo que el país receptor le otorgue el cuidado de éste.
3. Cuando el menor sale del país con uno de sus padres por un período determinado, con la autorización del otro, vencido el plazo no es reintegrado a su país de residencia habitual, produciéndose así lo que se ha definido como retención indebida.

De lo anterior se deduce que el énfasis del derecho de custodia viene dado por la facultad de los padres o de uno de ellos, de fijar el lugar de residencia del menor y la ilicitud deviene de alterar unilateralmente el centro de vida del niño, cuando el derecho bajo el que se ejerce no le otorga esta potestad.

La Corte de Casación francesa en el año de 1990, resolvió en el caso de las menores S y H, quienes habían llegado a Francia con el objeto de pasar las vacaciones junto a su padre y que, al finalizar las mismas, habían sido retenidas por su padre; la Corte decidió que debían regresar al domicilio conyugal que se constituía en Inglaterra y consideró que la sustracción era considerada ilícita, en cuanto violaba un derecho de custodia, ya que el ejercicio de este derecho no resulta únicamente de una decisión judicial o administrativa, sino también de una atribución de pleno derecho.⁶

Otro punto a valorar para determinar la aplicación de la Convención, es que el menor haya tenido su residencia habitual en el Estado contratante, inmediatamente antes de la infracción al derecho de custodia o de visita. Art. 4.

Se ha considerado que el término residencia habitual no es un concepto jurídico, sino una noción de hecho que se refiere al centro de vida efectivo del menor, lo cual supone estabilidad y permanencia, prescindiendo de criterios referentes al domicilio real de los padres o de la nacionalidad del menor.⁷

Por su parte, Arcagní refiere que la determinación de residencia habitual, no sólo es una cuestión de hecho que deba ser probado, sino además, una cuestión de calificación, por lo que señala que en vía judicial, la calificación corresponde a la *lex fori*; no obstante, considera que puede estarse a la calificación autárquica, expuesta en el párrafo anterior.

6 *Revue Critique Du Droit International Privé*. T 80. P. 408 y WEINBERG ROCA. Ob cit.

7 URIONDO DE MARTOLINI, AMALIA, *Restitución Internacional de Menores. Aplicación del derecho convencional*, Revista El derecho. Tomo 173. Págs. 826-834. Año 1997.

La autoridad central española ha manifestado que en relación al Convenio de La Haya, existe un acuerdo generalizado, en la doctrina internacionalista, en el sentido de que el interés del menor concuerda con su devolución inmediata al lugar en que se encontraba antes del traslado ilícito.⁸

Sobre este punto, la Corte Suprema de Buenos Aires señaló en los autos WEM c/ OMG, que la expresión residencia habitual, que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores. Es, pues, errónea la interpretación de la apelante, que hace depender la residencia de la niña a los fines del artículo 3, párrafo primero, "a" de la Convención de La Haya, del domicilio real de sus padres. Desde su nacimiento, cabe reiterarlo, la menor desarrolló su vida en Guelph, Provincia de Ontario, donde estaba su ámbito familiar y social, lo cual basta para tener por configurado el presupuesto del Art. 4.⁹

Que el menor no haya cumplido dieciséis años de edad Art. 4, esta restricción a la edad resulta del entendido que un joven de dicha edad posee voluntad propia para aceptar u oponerse al desplazamiento o retención y que difícilmente ésta opinión será ignorada por sus padres. Sobre el punto se ha establecido por la jurisprudencia de los diferentes Estados, que la edad del menor debe ser considerada al momento de iniciarse el procedimiento de restitución.

En referencia a esto, nuestro país, al momento de la suscripción del Convenio hizo la siguiente reserva: El Gobierno de la República interpreta el Artículo tres en el sentido de que no está en contradicción con su legislación interna que prevé que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años¹⁰.

Causales de excepción

Además de los requisitos expuestos, es preciso que el aplicador del Convenio verifique que no proceda ninguna de las causales de excepción que impidan la restitución, las cuales son:

Que el solicitante no hubiese ejercido de forma efectiva el derecho de custodia al momento de la sustracción o que hubiese brindado el consentimiento para el traslado o retención; éste último, porque se enmendaría la ilicitud de la conducta, Art. 13 lit. a.

8) GOICOECHEA IGNACIO. Ob. Cit.

9) Revista Fallos de la Corte Suprema. Tomo 318. Págs. 1280 y subs.

10) Decreto Legislativo Nº 169, publicado en el D.O el 20/11/2000

Que la restitución exponga al menor a un grave riesgo, peligro físico o psíquico o lo exponga a una situación intolerable. Art. 13 lit. b.

El grave riesgo debe ser probado, en principio, por quien se opone a la restitución; sin embargo, considero que, en atención a las concepciones modernas del derecho procesal y en aplicación del principio dinámico de la prueba corresponderá a la parte que esté en mejores condiciones, presentar los elementos de prueba necesarios para comprobar o desvirtuar los hechos.

En la reunión de autoridades centrales de 1993, se sostuvo que la interpretación del Art. 13 b debe ser limitada; por su parte, expertos estadounidenses señalan que el término "riesgo grave" significa el peligro al que se expone el menor al ser restituido a su país de residencia habitual, ya sea por las condiciones internas del país, que expongan al menor a un daño físico o psíquico y por ello no consideran suficiente la manifestación de que el padre requirente pone en riesgo al hijo, ya que este hecho constituiría un punto a ser discutido en la tenencia del menor.¹¹

Un antecedente jurisprudencial ha sido el emitido por la Sala I de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones de Argentina, donde se denegó la restitución de un menor de cinco años, solicitada por su padre quien era de nacionalidad kuwaití y con residencia en el Reino Unido, se resolvió que la restitución exponía al menor en un grave riesgo de vida, en virtud de un documento presentado por el mismo padre en el que afirmaba su pertenencia a grupos contrarios a movimientos árabes e islámicos, los cuales lo habían amenazado a muerte, por lo que no podía desplazarse a la Argentina. El tribunal consideró verosímil el grave riesgo y señaló que el Art. 13 b debe ser interpretado con carácter restrictivo, que éste contempla no sólo riesgos extremos generalizados en el país requirente (guerra civil), sino también la situación concreta que pudiera derivarse de la reinstalación del menor a la situación anterior al traslado ilícito; además sostuvo el tribunal que la resolución no debía entenderse como un premio a la conducta ilegal de la madre, sino de preferir los legítimos derechos del padre a favor del interés del menor a su propia existencia, sin enfrentar riesgos innecesarios en razón de las actividades o ideas de aquél.¹²

De forma contraria resolvió la Corte de Casación Francesa, el 15 de junio de 1994; los hechos eran: de la unión de los cónyuges con residencia habitual en México nace R. En julio de 1992, la madre abandona, junto con el menor, su lugar de residencia habitual en México y se establece en Francia. La Corte de Casación, al valorar la excepción interpuesta por la madre, dijo que es materia soberana del tribunal de alzada evaluar a la luz del Art.

11 GOICOECHE IGNACIO, ob cit.

12 Revista El Derecho, Tomo 165. Pág. 499 y subs.

13 de la Convención, si las concepciones filosóficas o teosóficas del padre que pertenece a una secta, constituyen peligro físico o psíquico para el menor. Y consideró que la circunstancia de que el padre adhiriera a la medicina alternativa, que practicara yoga y astrología no puede ser suficiente para acreditar el factor desestabilizante.¹³

Cuando el menor se oponga a su restitución, en este caso será necesario apreciar la edad y grado de madurez de aquél. Art. 13 inc. 2º

Ante esta circunstancia, el juez o autoridad administrativa que valore el caso, deberá auxiliarse de la multidisciplina (psicólogos, sociólogos y educadores), debiendo prevalecer siempre el interés superior del menor, por lo que será preciso que la autoridad competente esté plenamente convencida que la opinión del menor es un elemento fundamental en su decisorio.

Un precedente de lo expuesto, lo constituye la resolución pronunciada en el caso *Sheik c/ Cahill* (145 Misc.ed171, 546 NYS 2d 517- Supreme Kings Co. 1998), donde la Corte decidió que un menor de nueve años de edad no había obtenido una edad y grado de madurez para que dicho tribunal tomara en consideración su opinión y así evitar el retorno a su residencia habitual. Durante la entrevista, el menor había expresado que prefería quedarse en los Estados Unidos. Luego de escucharlo, la Corte estimó que sus dichos eran el resultado del impacto de las vacaciones con su padre y que era normal considerando la edad y madurez del menor. Por lo que no podía considerarse como una excepción a la restitución.¹⁴

Cuando los principios fundamentales del estado requerido en materia de derechos humanos y libertades fundamentales permitan la oposición del estado requerido a la restitución del menor. Art. 20.

Esta cláusula reemplaza a la tradicional norma de orden público presente en la mayoría de tratados internacionales; con ello se ha pretendido acotar el alcance de la excepción y, en caso de aplicarse, ésta deberá fundamentarse de forma fidedigna, a efecto de establecer que la restitución se opone a los principios protectores de derechos humanos; se debe de tener presente que la autoridad competente actúa como representante del Estado, por tanto una resolución arbitraria fundada en esta excepción, puede repercutir en responsabilidad internacional; y es que el "convenio descansa sobre el rechazo unánime del traslado ilegal de menores y sobre la convicción de que la mejor forma de combatirlo a nivel internacional es denegando el reconocimiento legal de situaciones de hecho."¹⁵ Es por ello que los Estados se deben de comprometer a su aplicación efectiva, liberándose de

13 *Revue Critique Du Droit Internationale Privé*, T 84, P. 98. WEINBERG DE ROCA. Ob. Cit.

14 Citado por ARCAÑI, JOSÉ CARLOS. Ob. Cit.

15 ARCAÑI, JOSÉ CARLOS, Ob. Cit.

su aspiración por aplicar normas internas que constituyan un valladar para la pronta restitución del menor.

El Art. 11 señala que cuando la solicitud se efectúe después de un año de haberse producido el traslado o retención, se podrá denegar la restitución siempre que se compruebe que el menor se ha integrado a su nuevo medio.

Debemos aclarar que esta norma no pretende consolidar la conducta ilegal, sino que se sustenta en el interés del menor suponiendo que aquél ha establecido un aquerenciamiento en su nuevo centro de vida, por lo que se ha considerado que sería contraproducente otro desarraigo, cuando por el transcurso del tiempo y su completa adaptación al nuevo medio han generado que se transforme el centro de vida de aquél; ahora bien, si estas condiciones no se reúnen, y aun cuando haya pasado un año de la conducta ilícita, el Estado de refugio no podrá oponerse a la restitución.

En la Audiencia Provincial de la Ciudad Real del Reino de España, en los autos D'Amico contra J. Morano Godoy, donde se decidió que: "Pretender... que el tiempo transcurrido no puede beneficiar al que actuó ilícitamente, es desconocer todo lo expuesto sobre el interés del menor y sobre la propia finalidad del convenio que, desde luego, no es, a juicio de esta sala, respetar las decisiones extranjeras, salvo que ellas coincidan con el interés prevalente, en todo caso, del menor, debiéndose rechazar los argumentos utilizados por la recurrente para pretender el retorno de una menor que tenía cinco años cuando fue traída a España y que ahora tiene trece".¹⁶

Procedimiento

Como se dijo *supra*, la Convención tiene como fin lograr la pronta restitución del menor trasladado o retenido ilícitamente, a efecto de evitar el fortalecimiento de una situación de hecho y para ello se ha desarrollado un procedimiento especial, dentro del cual desempeña un papel preponderante las autoridades centrales, así como la sede judicial.

Cada Estado contratante debe, de conformidad al Art. 6, designar a la autoridad central, encargada del cumplimiento de la obligación del Convenio; en nuestro país, lo constituyen la Procuraduría General de la República y el Instituto Salvadoreño Para la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

Hay dos conceptos útiles para explicar el procedimiento, que son: Estado de residencia habitual o requirente, que es donde el menor, previo a su desplazamiento, ejercía su centro de vida. Así como Estado de refugio o

16 Citado por Arcagni, José Carlos. Ob Cit.

requerido, que es el país donde se instala al menor después de la comisión de la conducta ilícita. Cada uno de estos Estados deberán ser contratantes del Convenio, tal y como lo dispone el Art. 35 y, por ende, cada uno deberá tener designada a su autoridad central.

Producida la conducta ilícita, las personas legitimadas –que según el Art. 8 puede ser cualquier persona, institución u organismo que sostengan que un menor ha sido objeto de traslado ilícito– deberán solicitar la restitución del menor a la autoridad central del país de residencia habitual o a cualquier otro Estado contratante; con ello se brinda la posibilidad de solicitarlo en el mismo Estado de refugio.

El Convenio utiliza los términos demanda y solicitud, de forma indistinta; sin embargo, algunas autoridades centrales tienen elaborados formularios tipo para facilitar el trámite.

De conformidad al Art. 8, la solicitud debe contener como requisitos mínimos: información y datos personales de identidad del demandante, del menor y de la persona que lo ha sustraído o retenido; la fecha de nacimiento del menor, cuando fuere posible obtenerla; los motivos por los cuales se reclama la restitución; información relativa a la presunta localización del menor y de las personas que se encuentran con él. Asimismo, la demanda puede estar acompañada de una copia legalizada de toda decisión o acuerdo sobre custodia o asuntos pertinentes; así como por certificaciones o declaraciones juradas del derecho vigente en el Estado requerido, donde el menor tiene su residencia habitual.

Recibida la solicitud o demanda, la autoridad central del Estado requirente deberá trasmitirla a la autoridad central del Estado requerido; esta última es la encargada de analizar si se cumplen las condiciones del Convenio, de ser así lo admitirá; caso contrario, está facultada para rechazar la demanda e informar los motivos a la autoridad central del Estado requirente. Art. 27. Puede suceder, además, que la autoridad central del Estado requerido presuma que el menor se encuentra en otro Estado contratante; en este caso, deberá transmitir sin demora la demanda a la autoridad central del Estado en que se presume que se encuentra, e informar inmediatamente a la autoridad requirente.

Si se admite la demanda, la autoridad central del Estado requerido iniciará la fase previa o voluntaria en la que se procederá a localizar al menor; además, se adoptará las medidas provisionales que prevengan que éste sufra algún daño o se perjudique a las partes interesadas, asimismo se decretará las medidas necesarias para conseguir la restitución voluntaria del menor. Arts. 7 lts. a, b, c y 10.

Si la autoridad central no lograre llegar a ningún acuerdo con la persona que ha retenido o trasladado al menor, se iniciará la fase judicial.

La Convención no establece el procedimiento a seguir en sede judicial; ante esta situación y si no existe en la legislación interna un procedimiento especial, de sumo se deberá seguir el procedimiento ordinario; en nuestro caso y siendo la materia de análisis competencia de los jueces de familia, en tanto el estudio es consecuencia de uno de los electos integrantes de la autoridad parental, se deberá determinar conforme al procedimiento establecido por la Ley Procesal de Familia, teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad y contradicción. Sin embargo, se debe tener presente que este procedimiento debe ser expedito, ya que el Art 11 del convenio, señala que si en un plazo de seis semanas de interpuesta la demanda o solicitud, no se ha resuelto, se tendrá derecho a pedir explicación por la demora, lo que puede generar responsabilidad internacional para el Estado requerido.

En esta fase, el juez debe determinar si se reúnen los requisitos de la Convención; debe verificar que, efectivamente, la conducta haya sido ilícita; es decir, que el traslado o retención se hayan efectuado en violación a un derecho de custodia, atribuido conforme al derecho vigente del Estado requirente y, además, que éste se hubiese ejercido efectivamente al momento del ejercicio de la conducta ilegal; que no exista ninguna causal de excepción que impida ordenar la restitución; hecho este examen y, de proceder la restitución del menor, deberá ordenar, si fuese necesario, las medidas coactivas para el eficaz cumplimiento de su resolución.

En el transcurso de esta fase, la autoridad central podrá intervenir, coadyuvando a la autoridad jurisdiccional y en esta etapa, sus funciones se limitarán a: invocar o facilitar la apertura del procedimiento judicial, proporcionar al juez información sobre la situación social del menor, facilitar la asistencia jurídica incluida la participación de un abogado, facilitar información referente a la legislación del país requirente y garantizar la restitución sin ningún tipo de peligro. Art. 7.

En el desarrollo del procedimiento de restitución, las autoridades centrales como las judiciales, no pueden inadvertir que su actuación bajo la aplicación de la convención se circunscribe, únicamente, a decidir sobre la procedencia de la restitución, por lo que no podrán pronunciarse respecto al derecho de fondo que está en juego; es decir, la determinación de quién de los padres ejercerá, para el caso de nuestro país, el cuidado personal del niño; por lo que no se puede analizar cuál es el derecho aplicable o la jurisdicción competente; esta función está reservada para el juez de residencia habitual, por ello el Art. 16 ha dispuesto: que las autoridades judiciales del Estado de refugio, después de haber sido notificado de un traslado o retención ilícita, no podrá decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado si se reúnen las condiciones para ordenar la restitución, o que haya transcurrido un tiempo razonable sin la

presentación de la demanda; además, el Art. 17 dispone que si se obtiene en el Estado de refugio una decisión respecto a la custodia del menor, ésta no podrá justificar la negativa del Estado para restituir al menor, valorando siempre los demás supuestos del Convenio.

Es así como se resolvió en el caso H. G. L. contra R. T por la *Justice of the Peace, 7th Judicial Circuit, Florida*, de los Estados Unidos de Norteamérica, donde se sustentó: que la demandada había sustraído a los menores de su residencia habitual; que al llegar a los Estados Unidos, a través de una manifestación notarial *-affidavit-*, donde falseaba la realidad, solicitó la disolución del vínculo matrimonial y que se le otorgara la custodia de los menores: El juez hizo lugar a lo solicitado, sin oír a la parte que permanecía en el país de la residencia habitual de los menores. Una vez presentada la demanda de restitución internacional, el juez estadounidense hizo lugar a la restitución y ordenó declarar la nulidad de la disolución del matrimonio y del otorgamiento de la custodia de los menores al cónyuge que había cometido la sustracción.¹⁷

Aun cuándo el juez del Estado requerido sea quien tenga la última palabra sobre la procedencia de la restitución, por ser éste quien tiene el imperio del niño, su resolución no afectará la decisión de fondo que se tome posteriormente, respecto a los derechos de cuidado personal de los menores; en virtud de lo estipulado en el Art. 19 del Convenio.

Sobre los aspectos de forma, la demanda debe ser remitida en el idioma de origen e ir acompañada por una traducción al idioma oficial (inglés o francés) o a uno de los idiomas oficiales del país requerido; nuestro país declaró como idioma oficial el castellano.

Derecho de visita

Como se señaló antes, uno de los fines de la Convención es velar por los derechos de visita, definiendo éste como el derecho de llevar al menor por un periodo de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual. Art. 5 b.

Por su parte, el Art. 21 regula que, ante una demanda que pretenda el ejercicio efectivo del derecho de visita, las autoridades centrales únicamente estarán sujetas a las obligaciones de cooperación que emanan del Art. 7 y para ello se posibilita la presentación de la demanda en los términos del caso de la sustracción.

Al decir de Arcagni, la Convención no condiciona la efectividad de los derechos de visita en los países ratificantes a que exista una problemática

¹⁷ *Ibidem*.

de sustracción internacional. Tal vez la interpretación responda al temor de asegurar los derechos de visita fuera de la residencia habitual del menor y que éste diera lugar a conflictos de sustracción.

Vigencia

Nuestro país se suscribió al referido Convenio el 28 de agosto de 2000 y su ratificación fue el 19 de octubre del mismo año; su depósito ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos fue el 5 de febrero de 2001; de conformidad al Art. 38, la vigencia se cuenta a partir del primer día del tercer mes calendario después del depósito del instrumentos; es decir, aquél está vigente desde el 5 de mayo de 2001.

Ahora, esta adhesión sólo surte efectos con aquellos Estados que declaren la aceptación de la misma, entrando en vigencia con respecto de éstos, el primer día del tercer mes calendarios después del depósito de declaración de aceptación; en virtud de ello y como se dijo al inicio de este trabajo; el Convenio nos vincula con 27 Estados contratantes. (Ver Anexo)

4. Conclusiones

1. La Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, proporciona herramientas útiles para lograr la pronta restitución del menor desplazado o retenido ilegalmente en un Estado diferente al de su residencia habitual, persiguiendo fundamentalmente la conservación del *status quo* del menor y garantizando la protección de sus intereses, respetando así el principio *favor filiorum*.
2. La aplicación del Convenio no persigue discutir los derechos de fondo, respecto al ejercicio del cuidado personal como integrante de la autoridad parental y del derecho de relación y trato del menor con su otro progenitor; dejándose a salvo esta potestad al juez de residencia habitual, en el entendido que es éste quien puede conocer de mejor fuente las circunstancias que rodean al caso. El criterio de valoración que debe predominar es la atención al interés superior del menor.
3. La regulación autárquica de la concepción derecho de custodia, no altera nuestro derecho interno; porque ésta es utilizada a efecto de lograr la pronta restitución de los menores, pero no para la determinación del derecho de fondo.

4. A tres años de la incorporación de dicho instrumento internacional en nuestra normativa, se vuelve necesaria su divulgación, tanto a la comunidad jurídica como a la sociedad en general; ya que proporciona mecanismos útiles que tienden a hacer efectivo los derechos de cuidado personal.
5. Siendo que El Salvador se encuentra obligado internacionalmente, en virtud de este Convenio, con veintisiete Estados, no se puede vacilar que en cualquier momento se solicite la restitución de algún menor; por lo que es preciso determinar el mecanismo judicial a adoptar en caso de no acordarse una restitución voluntaria, la cual deberá considerar que el factor tiempo es determinante para la convalidación de la conducta ilegal.

ANEXO.

En la página electrónica de la Conferencia de La Haya, puede observarse los países que han aceptado nuestra adhesión al convenio y la fecha a partir de la cual el Convenio esta vigente con los mismo.

EL SALVADOR Adhesión 5 febrero 2001 Vigencia: 1 mayo 2001

La adhesión de la República de El Salvador, ha sido aceptada por:

Italia	1 mayo 2001
Luxemburgo	7 junio 2001
Panamá	18 junio 2001
Uruguay	23 julio 2001
Argentina	23 julio 2001
Costa Rica	31 julio 2001
Chile	2 agosto 2001
República Checa	9 agosto 2001
Irlanda	30 agosto 2001
Portugal	12 octubre 2001
Israel	8 enero
the Netherlands (for the Kingdom in Europe)	8 enero 2002
Norway	31 enero
Hungría	11 marzo 2002
España	26 marzo 2002
Uzbekistán	26 marzo 2002
Brasil	29 marzo 2002
República Eslovaca	19 junio 2002
Alemania	23 agosto 2002
Nueva Zelanda	1 octubre 2002
Australia	23 octubre 2002
Trinidad y Tobago	10 diciembre 2002
Polonia	19 diciembre 2002
Moldova	23 abril 2003
Serbia y Montenegro	19 agosto 2003
Canadá	29 agosto 2003
Cyprus	22 enero 2004
Grecia	13 abril 2004

La vigencia del Convenio entre el Estado salvadoreño y los países adherientes es desde:

Italia	1 agosto 2001
Luxemburgo	1 septiembre 2001
Panamá	1 septiembre 2001
Uruguay	1 octubre 2001
Argentina	1 octubre 2001
Costa Rica	1 octubre 2001
Chile	1 noviembre 2001
República Checa	1 noviembre 2001
Irlanda	1 noviembre 2001
Portugal	1 enero 2002
Israel	1 abril 2002
the Netherlands (for the Kingdom in Europe)	1 abril 2002
Norway	1 abril 2002
Hungria	1 junio 2002
España	1 junio 2002
Uzbekistán	1 junio 2002
Brasil	1 junio 2002
República Eslovaca	1 septiembre 2002
Alemania	1 noviembre 2002
Nueva Zelanda	1 enero 2003
Australia	1 enero 2003
Trinidad y Tobago	1 marzo 2003
Polonia	1 marzo 2003
Moldova	1 julio 2003
Serbia y Montenegro	1 noviembre 2003
Canadá	1 noviembre 2003
Cyprus	1 abril 2004
Grecia	1 julio 2004

* La información puede ser vista en www.hcch.net

LA VISIÓN DE LA ANCIANIDAD EN NUESTRA SOCIEDAD: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

*Dra. Carmen Elena Pineda Colorado**

SUMARIO: Introducción. 1. Antecedentes históricos. 2. Conceptos. 2.1. El proceso de envejecimiento. 2.2. Concepto de adulto mayor en nuestra legislación. 3. Marco legal del adulto mayor. 3.1. Antecedentes legislativos. 3.2. Marco legal e institucional que garantiza la atención a las personas adultas mayores. 3.3. Algunos Instrumentos internacionales. 3.4. Principios rectores de la *Política Nacional de Atención a la Persona Adulta Mayor*. 3.5. Derechos del adulto mayor. 3.6. Deberes del adulto mayor. 4. Jóvenes hoy, adultos mayores, mañana.

Introducción

El envejecimiento de la población es uno de los mayores triunfos de la humanidad y también uno de nuestros mayores desafíos. En la entrada del siglo XXI, el fenómeno del envejecimiento a escala mundial impone mayores exigencias económicas y sociales a todos los países. Al mismo tiempo, conviene recordar que las personas de edad avanzada ofrecen valiosos recursos, a menudo ignorados, que realizan una importante contribución a la estructura de nuestras sociedades.

En el año 2002 se refleja un rápido envejecimiento de la población en los países en desarrollo, así casi 400 millones de personas mayores de 60 años vivían en el mundo en desarrollo. Para 2025, esta cifra se habrá incrementado hasta aproximadamente 840 millones, lo que representa el 70% de todas las personas mayores del mundo¹.

El envejecimiento de la población plantea muchas cuestiones fundamentales a los responsables políticos². ¿Cómo se puede ayudar a las personas a que sigan siendo independientes y activas a medida que envejecen?; ¿cómo se puede mejorar la calidad de vida en la edad avanzada?; ¿hará quebrar tal cantidad de personas de edad avanzada nuestros sistemas sanitarios y sociales?; ¿cómo repartir de forma equilibrada el cuidado de las

* La autora es colaboradora jurídica de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

1 EDWARDS, Peggy: *Envejecimiento activo: un marco político*; Organización Panamericana de la Salud, oficina regional de la Organización Mundial de la Salud, abril, 2002 (pág. 9).

2 Estas interrogantes también han sido planteadas por el informe de la Organización Panamericana de Salud, op. cit. (pág. 5).

personas que necesitan asistencia a medida que envejecen entre la familia y el Estado?; ¿cómo reconocer y apoyar el importante papel que desempeñan estas personas a medida que envejecen cuidando a otros?

Se ha manifestado que dentro del derecho de familia ha operado un acercamiento en temas denominados de "derecho moderno", pues la finalización del siglo XX obligó a complementar dicha rama con aspectos como los siguientes: en primer lugar, la transformación de la economía familiar, en segundo lugar, la dinámica liberadora del hombre y, en tercer lugar, el acceso científico a la biología humana³. En la actualidad, estos aspectos se refieren a la protección integral de los derechos de las personas, que deben ser caracterizados por notas de igualdad, participación, consenso, autonomía y respeto.

Es por ello que el derecho de familia, establece una protección a todas las personas individuales a partir de su concepción en el seno materno y hasta el momento de su muerte. En este ámbito son sujetos de derechos las personas por nacer, los menores, incapaces, ancianos y demás protagonistas de las relaciones familiares.

A partir del reconocimiento del derecho de igualdad como derecho de la persona, la evolución de las sociedades y el derecho mismo no han podido evitar algunas situaciones que constituyen verdaderas situaciones desiguales de hecho. Así se advierte la existencia de modos de marginalidad de sujetos en relación con el medio en que viven, el cual se manifiesta en el rechazo y diferencias de trato social. Habiendo superado ciertas formas de marginación como el relegamiento de extranjeros, herejes y leprosos, conviene preguntarse si no han surgido nuevas formas, como el caso de nuestro comportamiento hacia los ancianos, que impliquen cierto grado de marginalidad.

En este contexto, es de nuestro interés resaltar la regulación jurídica y la importancia de las personas mayores en nuestra sociedad actual, partiendo de una premisa de orden natural y reflejo de justicia que se regula, por ejemplo, en el Art. XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que prevé *«toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos, ampararlos cuando éstos lo necesiten»*⁴.

3 URIARTE, Jorge Alcides: *Protección Integral de los derechos de las personas. Equiparación de las personas con capacidades diferentes; Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 13, Abeledo-Perrot. Buenos Aires (págs. 43 y 44).

4 Ya el cristianismo había confirmado la regla de consideración y respeto hacia los ancianos, puesto que en el Decálogo, ubicado en el libro del Deuteronomio del Antiguo Testamento, se establece la obligación de honrar y respetar a los padres.

1. Antecedentes históricos

En la antigüedad las personas mayores eran consideradas como reflejo de sabiduría, experiencia y serenidad; por ello, siempre eran éstos a los que se les confiaba la administración de los negocios del Estado. Así por ejemplo, Platón en *La República* otorgaba a las personas de más edad los cargos de gobernantes en el Estado ideal descrito en su obra. También el Senado⁵, dentro de la organización política de Esparta, estaba integrado por veintiocho miembros de más de sesenta años, nombrados a perpetuidad y escogidos entre las familias más nobles⁶. Anteriormente, los índices de mortalidad eran muy bajos, por ejemplo, entre los merovingios, los varones no eran superiores a los treinta años y las mujeres no sobrepasaban los treinta y cinco. En esta etapa de la historia, a consecuencia de la corta vida de la mayoría de las personas, el gozar de una vida longeva era considerado como una muestra de protección divina sobre esas personas.

Pero esta situación fue evolucionando, pues a principios del Renacimiento, el apareamiento de los primeros signos de vejez, constituye una realidad cambiante, pues se considera como el inicio de la decrepitud de la persona. Dante establece la primera vejez a los cuarenta años y la segunda a los setenta. La actitud hacia las personas mayores se vuelve ambigua; mientras que en algunos casos se ubican como cabezas de familia, consecuente con un acogimiento respetuoso, en otras dicha tutela era considerada como una carga inacabable. En ese momento, la condición de las mujeres ancianas era mucho más dura debido al deterioro de su posición, generado por la soledad de la viudez y la pobreza que la rodeaba.

Durante los siguientes siglos, la atención al anciano se caracteriza por considerarse como un servicio social, una obra de caridad, en muchos casos. En este sentido, la Iglesia desarrolló una importante labor en esta materia, a través de la creación de asilos, hospicios y conventos. De esta forma, el dinero reunido por los feligreses para alimentar y asistir a los niños pobres y ancianos, se calificaría como "depósitos de piedad", de parte del Papa León XII en la Encíclica *Rerum Novarum*.

La situación del anciano en el seno de su familia es alterada por los cambios operados en la organización y estructura de la familia tradicional. De un lado, la desaparición de la familia como centro de producción económica; y de otro lado, la aparición de ciertas realidades sociales, como la

5 Que en ese entonces se denominaba *Gerusia*, nombre que posiblemente se originó por la calidad de los miembros que lo conformaban. Asimismo, el prefijo *ger* se utiliza para indicar lo referente a los ancianos o personas mayores, por ejemplo, gerontología, geriatría.

6 COHEN, Robert: *Historia de Grecia*; Surco, Barcelona. 1958 (pág. 93). Citado por URIARTE, op. cit. pág. 9.

guerra, migración y crisis económicas, produciendo como efecto más inmediato la reducción numérica de sus integrantes. Esta reducción resulta acompañada por una disminución del espacio físico ocupado anteriormente y por un debilitamiento de las atenciones prestadas al anciano.

Como ya se había citado, los avances científicos en la biología médica produjeron consecuencias muy importantes en la prolongación de la vida humana. En la integración del núcleo familiar se encuentra la participación de varias generaciones en un mismo momento histórico, debido a la mayor longevidad de los seres humanos, ya que implica la necesidad de prestar asistencia médica constante a los más pequeños y a los viejos. Esta prolongación de la vida reviste una doble faceta: por un lado, la felicidad de compartir más años en compañía de los suyos, y por el otro, el desasosiego de quienes no tienen capacidad de tolerar la convivencia⁷.

2. Conceptos

2.1. El proceso de envejecimiento

Desde el punto de vista psicosocial, la etapa de la vejez no es una opción de vida, ni un estado mental negativo ante las circunstancias del medio; la vejez es parte del desarrollo humano; sin embargo, muchos han opinado en otro sentido, afirmando por ejemplo, que "hay una enfermedad crónica, necesariamente mortal, que todos deberíamos evitar y que, sin embargo, todos deseamos: la ancianidad"⁸.

Puede afirmarse que el envejecimiento es "un proceso de cambio espontáneo y gradual, resultado de la maduración a través de la niñez, pubertad y adultez joven; y que declina a través de la edad media y tardía"⁹. Es decir, que el envejecimiento es el efecto causado por el transcurso del tiempo, constituyéndose como gradual, evolutivo, normal y común a todos los seres humanos.

Ante esta situación se presenta la dificultad de fijar claramente cuándo se está en presencia de una persona anciana o vieja, ya que, lo que sucede es que todos nos encontramos en un proceso normal de envejecimiento;

7 PONSÁ DE LA VEGA DE MIGÜENS, Nina: *La promoción social y jurídica de la familia*; *Revista Criterio*, n° 1753/1754, 1976 (págs. 692 y siguientes). Citado por URIARTE, Jorge Alcides: *Protección del anciano en nuestro derecho*; *Derecho de Familia*, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 5, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991 (pág. 12).

8 RAMÓN y CAJAL, Santiago: *Charlas de café*; Colección Austral, 11ª edición (pág. 57).

9 *The Merck Manual of Geriatrics*, Sec 1, capítulo 1.B (pág. 1 a 9), extraído de la página web <http://www.merck.com>

con lo cual no es tan correcto referirse a "personas de edad". Según este criterio, la edad es un continuo ante lo cual el término *tercera edad* no sólo carecería de precisión deseada, sino que respondería a aspectos administrativos de la regulación de este proceso¹⁰; pues la forma como haya transcurrido ese tiempo puede alterar el establecimiento de parámetros fijos y relativizar la división de ese proceso. Sin embargo, la terminología convencional en congresos y trabajos científicos, refleja la similitud en las expresiones como personas de edad, personas mayores o ancianos.

A pesar de lo antes descrito, para la regulación jurídica de esta materia, sí es relevante el fijar una edad exacta en la que se entienda configurado el concepto de una persona mayor o anciana.

2.2. Concepto de adulto mayor en nuestra legislación

El Código de Familia previó, en el Art. 389, el concepto de las personas de la "tercera edad": importa detenernos en este punto, puesto que el legislador de entonces había seguido las corrientes del momento, utilizando el concepto de "tercera edad", regulando que *«se entiende por personas de la tercera edad, las que hubieran cumplido sesenta años de edad o más. En caso de duda, se presumirá que una persona es de la tercera edad»*.

Sin embargo, este término utilizado en la década recién pasada, fue sometido a consenso en los grupos de debate que coordinó la Secretaría Nacional de la Familia, en donde se llegó a la conclusión de la necesidad de cambiar el mismo, por el término *adulto mayor*, ya que, se decía en ese momento, que aquel calificativo era peyorativo para las personas en tales condiciones¹¹. En efecto, la legislación especial fue promulgada utilizando el término "adulto mayor", como se refleja en el Art. 2 de la Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor, que recoge los mismos parámetros en las edades que se alcanza dicha calidad.

3. Marco legal del adulto mayor

3.1. Antecedentes legislativos

La primera referencia dentro de la regulación jurídica del adulto mayor la encontramos en el Art. 32 de la Constitución de la República, que también es recogido en el Título Preliminar del Código de Familia (Art. 3 C. F.),

10 URIARTE: *Protección del anciano en nuestro Derecho*, cit. (pág. 17).

11 Esta modificación fue iniciativa de la Secretaría Nacional de la Familia, aprobándose el cambio por medio del Decreto Legislativo No. 811 de fecha 6 de enero de 2000.

que establece que el Estado está obligado a proteger a la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico. Además, el Art. 70 Cn. prevé una protección para los indigentes mayores que no estén aptos para trabajar, así señala que «el Estado tomará a su cargo a los indigentes que, por su edad o incapacidad física o mental, sean inhábiles para el trabajo».

Debe mencionarse que, previo a la aprobación del Código de Familia en octubre de 1994, no existía en nuestro ordenamiento legal interno, normas específicas que establecieran los derechos y las obligaciones de este importante rubro de la sociedad, como lo son las personas mayores. Si bien es cierto, algunos aspectos eran regulados, tomándolos en cuenta como miembros integrantes del núcleo familiar, así es el caso del parentesco, la filiación y en materia de sucesiones, por ejemplo, en el Derecho Civil.

En la Exposición de Motivos que hizo el Ministerio de Justicia a la Asamblea Legislativa, para la aprobación del mencionado Código, señaló, entre otras cosas, que el objeto del mismo era regular en forma completa y sistemática, toda la materia de familia, menores y personas de la tercera edad. Así, en el Libro V explica que se pretende establecer una protección integral a todos los menores y personas de la tercera edad, pues en él se contienen disposiciones que garantizan de la manera más amplia sus derechos fundamentales, destacando la responsabilidad que tiene la familia, la sociedad y el Estado en el logro de esta protección.

Otro de los aspectos relevantes de la Exposición de Motivos del Código de Familia es la regulación de las relaciones paterno filiales, que entre otros puntos expresa "las relaciones paterno filiales representan uno de los aspectos más significativos de la vida de familia, pues a través de ellas se concretizan la esencia misma del ser humano, posibilita a los padres, hijos y miembros de la familia proyectar amor, calor humano, solidaridad, cuidados y atenciones; y aunque tales relaciones son *innatas o connaturales al ser humano*, es necesario regularlas a fin de darles el reconocimiento jurídico u orientar a los padres y miembros de la familia en el cumplimiento de las mismas"¹² (la cursiva es nuestra). Una de las finalidades del mencionado Código, en palabras del Ministro de Justicia, ha sido "estructurar una familia donde el valor justicia no sea regateado, sino por el contrario, que él se convierta en la piedra fundamental de las relaciones paterno filiales"¹³.

Por último, la función social que le corresponde al Estado es destacada por dicha Exposición de Motivos, al señalar que los preceptos que se esta-

12 *Exposición de Motivos del Código de Familia*, Publicación del Ministerio de Justicia; ediciones último decenio; (pág. xxi).

13 *Ibidem*.

blecen en el mismo, han de servir para modelar o influenciar la conducta de los miembros de la familia, ejerciendo el Estado los mecanismos de control para que tales relaciones sean adecuadas.

3.2. Marco legal e institucional que garantiza la atención a las personas adultas mayores

Dentro del ordenamiento jurídico del adulto mayor, actualmente contamos con una serie de leyes especiales, que entre otras, serán analizadas brevemente, para presentar un esbozo general de la situación, así podemos enumerar las siguientes:

- El Libro Quinto, Título II, Código de Familia.
- La Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor.
- El Reglamento de La Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor.
- Política Nacional de Atención Integral a la Persona Adulta Mayor (2000-2004).
- Plan de Acción de la Política Nacional de Atención Integral a la Persona Adulta Mayor (2002-2004).
- Manual de Normas de Funcionamiento para los Centros de Atención a las Personas Adultas Mayores, aprobado por el Consejo Nacional de Atención Integral a los Programas de los Adultos Mayores (CONAIPAM).

3.3. Algunos instrumentos internacionales

El Salvador ha adquirido compromisos a través de las diferentes conferencias, convenios y tratados internacionales, que han servido de instrumentos y directrices inspiradoras para las políticas que ha implementado la Secretaría Nacional de la Familia¹⁴, que además han intentado reflejarse en la normativa interna para cumplir con la protección que se merecen las personas adultas mayores.

En primer lugar, los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establecen que la libertad, la justicia y la paz tienen como

14 Como lo expresa la propia Política Nacional de Atención a la Persona Adulta Mayor; publicación de la Secretaría Nacional de la Familia, enero, 2001 (pág. 6). Asimismo, esta política se define como "un conjunto de medidas que dicta el Estado para atender a las personas de 60 años y más, propiciando condiciones favorables para su integración en el seno de la familia, la comunidad y la sociedad, haciéndoles partícipes de los beneficios del desarrollo económico, político y social del país", op. cit.(pág. 17).

base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Las recomendaciones de la Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, reunida en Viena en 1982, inspira a proponer y estimular políticas y programas orientados a la acción y destinados a garantizar la seguridad social y económica de las personas mayores, así como a darles oportunidades de contribuir al desarrollo y compartir los beneficios del mismo.

La Declaración de Guadalajara de julio de 1991, los acuerdos en materia de seguridad social de la Cumbre Iberoamericana celebrada en Madrid en julio de 1992, y los principios de democracia y de respeto a los derechos humanos en los que se asienta la comunidad iberoamericana, permitieron a la Conferencia Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, sentar las bases de un proyecto de cooperación iberoamericana, sustentando un mundo justo, estable, libre de pobreza, guerra, intolerancia, hambre, enfermedad, degradación del medio ambiente e ignorancia. Además, en la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas Mayores en el Área Iberoamericana, realizada Colombia en 1992, se supera el enfoque del adulto mayor centrado en la enfermedad, por considerarse la interdependencia e integralidad de los factores físicos, mentales, sociales y ambientales; así como el Pronunciamiento de Consenso sobre Políticas de atención a los Ancianos en América Latina, realizada en Santiago de Chile en noviembre de 1992, son algunos de los documentos jurídicos internacionales que analizan en profundidad el fenómeno del envejecimiento en el mundo y comprometen a los países participantes a tomar medidas encaminadas a la protección y asistencia de las personas mayores.

3.4. Principios rectores de la Política Nacional de Atención a la Persona Adulta Mayor

El Art. 5 del Reglamento de la Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor, regula los principios orientadores de la política nacional aplicada a las personas mayores, que se pueden enumerar de la siguiente forma¹⁵:

a) Universalidad

De acuerdo con este principio se deberá procurar que los recursos alcancen para todas las personas mayores, dando respuesta integral a sus

15 El desarrollo de estos principios se encuentran contenidos en la Política Nacional de Atención a la Persona Adulta Mayor, op. cit. (pág. 17).

necesidades. La política de atención contempla la necesidad de extender las acciones que se adopten para beneficiar a todos los estratos de la población mayor, cuidando especialmente cubrir las necesidades del área rural y urbano marginal de las ciudades, de las mujeres adultas mayores y de la población mayor discapacitada y de todos aquellos grupos de personas mayores que, a consecuencia de su raza, cultura, religión, situación económica o ideas políticas estuvieran en peligro de ver mermado su acceso a los servicios y actuaciones integrales.

b) Normalización

Responde al derecho que tienen las personas mayores de vivir de acuerdo con las pautas y condiciones dignas de la vida en que se han desenvuelto, beneficiándose también como los demás, de los avances y mejoras sociales que experimenta el país. Implica que los servicios que se presten eviten el mínimo grado posible de limitación, intrusión o distanciamiento de sus pautas y condiciones de vida dignas.

Los estudios científicos han confirmado que la separación de las personas mayores, de su medio habitual de existencia, amistades y relaciones familiares o parentales, pueden acarrear un deterioro de su calidad de vida.

En consecuencia, se ha de posibilitar la permanencia de las personas mayores en su entorno, y que, cuando el ingreso en un establecimiento residencial o un alojamiento colectivo sea necesario, debe facilitarse al máximo la interacción con la comunidad.

c) Democratización

Se refiere a procurar el hacer accesible el derecho a disfrutar de una vida plena y a participar en el desarrollo económico, social y cultural de la comunidad mediante la generación de políticas, estrategias y medios que promuevan el incremento de su calidad de vida. Este principio implica además, abrir las posibilidades de participación para las personas mayores en la toma de decisiones, la planificación, ejecución y control de las acciones que les involucren.

3.5. Derechos del adulto mayor

En el contexto del régimen especial de las personas adultas mayores, debemos resaltar la responsabilidad primaria de la familia de protegerlos y atenderlos, pues constituye su primer derecho, el vivir al lado de su familia (Art. 392 C. F.); asimismo, el Art. 5 n° 4 de la Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor, regula como derecho fundamental «vivir al lado de

su familia, con dignidad, en un ambiente que satisfaga plenamente sus diversas necesidades y les proporcione tranquilidad. Esta convivencia al lado de su familia les genera el derecho de recibir un buen trato, consideración y tolerancia por parte de su grupo familiar y el Estado (Art. 394 n°6).

La protección integral implica que las personas adultas mayores tengan el afecto, respeto, consideración, tolerancia, atención y cuidados personales, un ambiente apropiado, tranquilo y los esparcimientos adecuados (Art. 391 C. F.).

Aun cuando la familia es la principal responsable del cuidado del adulto mayor, el Estado tiene una **responsabilidad subsidiaria**, cuando éste careciera de familia o cuando teniéndola, no puede ser capaz de proporcionarle la atención adecuada. En este sentido, como última medida, se prevé que el internamiento en asilos se constituye como la última alternativa a tomar, únicamente en casos extremos.

Los demás derechos, regulados en el Art. 394 C. F. y 5 de la Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor, en síntesis, podemos describirlos, en primer lugar, lo que tienen relación con su integridad física, es decir, el recibir alimentación, transporte y tener una vivienda adecuada, a recibir asistencia médica, geriátrica y gerontológica; a recibir protección contra abusos o malos tratos de cualquier índole, a la asistencia especializada de cualquier tipo; y, a no ser obligados a realizar labores o trabajos que no sean acordes a sus posibilidades o condiciones físicas. En consecuencia, de los derechos anteriores, también se establece el derecho a recibir oportunamente una pensión por retiro o cuotas subsidiarias para gastos personales y verificar periódicamente sus pensiones.

En segundo lugar, los derechos que tienen relación con el desarrollo normal de su personalidad y respeto a su integridad moral, así podemos incluir el derecho a no ser discriminado en razón de su edad, a disfrutar de forma gratuita de programas recreativos, culturales, deportivos, de servicio o de simple esparcimiento; a ocupar su tiempo libre en educación continuada, empleo parcial remunerado o labores de voluntariado; a ser oídos y consultados en aquellos asuntos que fueran de su interés, asegurándoles su participación en actividades propias de su comunidad.

Desde el punto de vista de asistencia jurídica, los adultos mayores tienen derecho a ser atendidos con prioridad para el goce y ejercicio de sus derechos, a recibir asistencia de forma gratuita para la defensa de sus derechos; a ser informados de sus derechos y de las leyes que se los garantizan; a gozar de los derechos que les reconoce la Constitución y los tratados internacionales ratificados por El Salvador.

En resumen, puede concretarse los derechos del adulto mayor, en el número 14 del Art. 5 de la ley citada, en el sentido de *«disfrutar de un envejecimiento útil a la sociedad, entendiéndose éste como el aprovecha-*

miento máximo de sus experiencias adquiridas, participando activamente en el desarrollo de sus capacidades y habilidades»

3.6. Deberes del adulto mayor

Dentro de los deberes de las personas mayores, contenidos en el Art. 395 C. F. y 6 de la Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor, pueden describirse en dos: de un lado, el respeto y consideración de los demás miembros de la familia, respetando sus costumbres, el orden y las normas del hogar; en consecuencia, están obligados en la medida de sus posibilidades, a colaborar con las tareas del hogar. De otro lado, uno de los deberes más importantes es orientar con sus consejos a los miembros de su familia, compartiendo, con ello, los conocimientos y las experiencias para capacitar a los demás en la toma de mejores decisiones en la vida; asimismo, se establece que debe orientar y dirigir con ejemplos a los niños y adolescentes con sus consejos oportunos.

Es importante detenernos en este punto, pues la función de ser orientadores de los demás, es quizás el mayor tesoro con que podamos contar los demás miembros de la sociedad. Esta situación debe abrir la posibilidad de contribuir a la construcción de una sociedad en la que se reconozca el aporte de las personas mayores, como patrimonio moral y cívico del que son portadores, cuya función económica, social, educativa y cultural, universalmente reconocida, debe ser objeto de protección.

4. Jóvenes hoy, adultos mayores, mañana

Hemos intentado hacer un breve esbozo de la situación jurídica de los adultos mayores dentro del ordenamiento jurídico; sin embargo, las limitaciones, quizás, pueden haber sido muchas. En primer lugar, consideramos que actualmente existe una gran desconocimiento o apatía jurídica en estos temas, además de que aún existen actitudes negativas hacia las personas mayores, debido a los estereotipos sociales asignados a la etapa de la vejez, pues, en muchos de los casos, los ancianos son equiparados a enfermedad. Por tanto, debemos reconocer que estas actitudes sociales ante la vejez y el envejecimiento, son en muchos casos, los mayores obstáculos para la integración y participación social de las personas mayores.

En segundo lugar, la complejidad y diversidad de los instrumentos jurídicos que le son aplicables a la presente temática, unido a la poca investigación de carácter jurídico sobre la misma, hace que dejemos en manos de otros profesionales, un tema, como muchos, que estamos obligados a investigar y promover, pues ante todo, el adulto mayor, como hemos visto, tiene todos y cada uno de los derechos que le reconoce nuestra Constitu-

ción a la persona humana; quizás, matizados y adecuados a la propia situación del adulto mayor.

La Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento realizada en Viena, en 1982, expone que los gastos relacionados con el envejecimiento deben considerarse como una inversión duradera; por otro lado, no negamos el esfuerzo y el tesón demostrados por la Secretaría Nacional de la Familia con la finalidad de proteger y promover de las personas mayores, impulsando leyes y creando organismos administrativos encargados de velar por el cumplimiento de dichas funciones. Sin embargo, estamos conscientes que son aún muchos puntos que están pendientes de cumplirse, pues como hemos dicho, lo más importante no sólo es establecer un marco jurídico que posibilite el cumplimiento de la protección jurídica a los mayores; sino el real cumplimiento de los mismos.

Podemos afirmar que hasta un poco más de una década, nuestro sistema legal de protección al adulto mayor podía concretarse en el sistema de previsión social, por medio del cual tenemos derecho a recibir una pensión, si hemos cumplido con los requisitos de cotización establecidos; y por otro, la asistencia en salud, en los hospitales públicos y para los trabajadores, en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, que no contaban con servicios especializados para el manejo y la patología peculiar de las personas mayores.

En este estado, nos gustaría retomar algunas políticas de la Secretaría Nacional de la Familia, que no se han efectuado hasta el momento:

En el aspecto de la jubilación, se establece que aun cuando se haya llegado a la edad de jubilación, sin tener derecho a ella, la persona mayor debe poder disfrutar igualmente de recursos suficientes para satisfacer sus necesidades, garantizándoles una renta mínima, que les permita una vejez digna. Además, la revisión periódica de los sistemas de jubilación, ajustándolas de conformidad al costo real de la vida y la inflación.

En el área de vivienda, se espera la accesibilidad para la adquisición de viviendas, posibilitando a las personas mayores permanecer con sus propias familias. Además, el establecimiento de subsidios de alquiler, para facilitar el acceso a una vivienda digna para los mayores; por último reservar un porcentaje de viviendas de promoción pública. En este sentido, se establece entre otros, la recuperación de la infraestructura de la vivienda de personas mayores en situación de pobreza, por medio de créditos o subsidios; o bien ayudas financieras para conservar su hogar, cuando no son propietarios.

En el ámbito fiscal, podemos citar, por ejemplo, la reducción o eliminación de impuestos que gravan determinados gastos soportados por personas mayores, especialmente en el caso de la adquisición de ayudas técnicas, prótesis dentales, lentes correctores y audífonos que no son cubiertos por el sistema de seguridad social. Además, se prevé la compensación eco-

nómica o exenciones tributarias para las familias con personas mayores a sus cargo, contribuyendo en parte, al logro de la permanencia del adulto mayor en su entorno familiar. Asimismo, las exenciones de impuesto para la adaptación de las viviendas de las personas mayores de edad que son propietarias de las mismas.

Nos parece que han quedado aún muchas cosas que decir; sin embargo, a pesar de nuestra inexperiencia en estos temas y otros, sirva el presente como una ventana, que abra el interés o la inquietud de los profesionales del derecho, para que estudiemos en profundidad esta interesante temática; ya que, los juristas somos los principales responsables de forjar el marco jurídico, que establezca un digno futuro para los ancianos de mañana, entre los cuales nos incluimos, más temprano, o más tarde, nosotros también.

— ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL DE FAMILIA —

ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL DE FAMILIA

*Lic. Gilberto Canjura Zelaya**

SUMARIO: 1. Casos en los cuales se cuestiona la constitucionalidad del proceso de familia. 2. Emplazamiento por edicto de una persona cuyo domicilio es conocido en un país extranjero. 3. La constitucionalidad de las medidas cautelares dictadas en el desarrollo del proceso de familia. 4. Prevenciones formalistas y el derecho de acceso a la jurisdicción. 5. Inadmisibilidad de la prueba ofrecida en la contestación de la demanda como contraste al derecho constitucional de defensa.

1. Casos en los cuales se cuestiona la constitucionalidad del proceso de familia

A continuación, se procederá a realizar un análisis sobre la constitucionalidad de algunas actuaciones judiciales en determinados procesos de familia, que a simple vista podrían resultar lesivas o incluso vulnerar la esfera de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, con base en la inobservancia de garantías procesales.

Para tal efecto, he seleccionado, como lo he mencionado arriba, determinados casos o procesos que concurren en la primera y segunda instancia en materia de familia, respecto de los cuales no existe pronunciamiento al respecto de su constitucionalidad, lo que permite que los jueces *a quo*, en la tramitación de los mismos inobserven las garantías fundamentales establecidas por la Constitución.

2. Emplazamiento por edicto de una persona cuyo domicilio es conocido en un país extranjero

Previo al análisis de este caso, es necesario definir lo que debe entenderse por *Emplazamiento*. La doctrina establece que es "*el acto por medio del cual el juez fija un espacio para la ejecución de un acto procesal*".¹ Nuestro Código de Procedimientos Civiles establece que el *Emplazamiento*, es el llamado que el juez hace al demandado para que comparezca a manifestar su defensa. En síntesis, es la oportunidad del demandado para concretizar su derecho de de-

* El autor es colaborador judicial del Juzgado Tercero de Familia de San Salvador.

1 De Santo, Víctor, *Op Cit*, pp., 121-122

fensa, manifestándose sobre el contenido de la demanda o de lo vertido por el juez en su resolución motivada cuando el proceso sea iniciado de oficio.

La Ley Procesal de Familia, en su Art. 34, establece que el demandado puede ser emplazado de las siguientes maneras: a) Cuando se tiene conocimiento del demandado, se realizará siguiendo lo establecido en el Art. 210 Pr. C., es decir, de manera personal, en caso de que se le encuentre; b) Por esquela, dejándola con persona conocida o fijándola en la puerta de la casa; c) Por medio de comisiones rogatorias: Provisión, exhorto o suplicatorio, según sea que el domicilio del demandado se encuentre fuera de la sede del tribunal, o fuera del territorio de la república, y dependiendo del rango del funcionario a quien se le solicite la práctica de tal diligencia; y d) Por medio de edictos, cuando el domicilio del demandado sea desconocido, caso en el que el demandado tendrá quince días para contestar la demanda a partir de la fecha de la última publicación del edicto en un diario de circulación nacional.

Respecto a ese último punto (Lit. d), vale aclarar, que cuando se ignora el paradero de una persona, debe darse ciertos factores o elementos que den lugar a sostener *a priori*, que efectivamente la persona es de paradero ignorado; ente ellos podemos mencionar, que la persona no sostenga ningún tipo de comunicación con su cónyuge o su familia.

El problema que se analiza en este momento, surge, debido a que la Ley Procesal de Familia no reguló detalladamente los problemas de competencia territorial del juez que conoce sobre esa materia. Vale mencionar que doctrinariamente la competencia, no es sino la facultad que tiene el juzgador o tribunal para conocer de un negocio jurídico determinado, con exclusión de cualquier otro.

A efecto de determinar la competencia relativa, el primer título que debemos aceptar y observar es la regla general del domicilio de la parte demanda, el cual se encuentra contemplado en el Art. 35 Pr. C., que establece "*El juez del domicilio del demandado es competente para conocer en toda clase de acciones, ya sean reales o personales*". Por otra parte el Art. 60 C. C. establece que el domicilio no es más que el lugar donde un individuo está de asiento o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, o donde ha manifestado su ánimo de permanecer.

En este sentido el asunto a dilucidar, es la constitucionalidad de un emplazamiento realizado por medio de edictos, cuando posteriormente se determina el lugar exacto del domicilio que el demandado posee en el extranjero y que aún a sabiendas de esto el Juez tiene por válido.

Cabe mencionar que el artículo 34 de la Ley Procesal de Familia es claro en establecer, que si el demandado tuviere su domicilio en el extranjero se procederá de conformidad a lo dispuesto en los tratados internacionales o, e su defecto, mediante suplicatorio.

En la práctica, muchas veces el juzgador, en atención a la presunción de que los sujetos procesales y abogados que intervienen, actúan en los procesos de lealtad, probidad y buena fe. Art. 3 lit. h) de la Ley Procesal de Familia, omiten realizar una investigación profunda sobre la veracidad de los hechos manifestados en la demanda. Y es debido a esto que, en algunos casos, la parte actora, a fin de evitarse problemas y obtener la satisfacción de sus pretensiones, aun a costa de vulnerar derechos de la parte demandada, plantea que esta última es de domicilio ignorado, a pesar de conocer la dirección de ésta, en el país donde reside.

Ante tal situación, si durante la tramitación del proceso se llegase a tener conocimiento, con certeza, del domicilio exacto de la parte demanda en otro país, el juzgador no debe de seguir teniendo por válido el emplazamiento realizado por medio de edictos, siendo procedente declararlo nulo. Este planteamiento encuentra sustento legal, en lo establecido en los Arts. 14 y 15 Inc. 1º C. C. y ampararse en los casos de extraterritorialidad que contempla el Código de Familia en su artículo 10 el cual literalmente dice... *"El nacional, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero queda sujeto a las disposiciones de este Código, en lo relativo al estado de las personas y a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia"*. Lo que incluye, por supuesto, las reglas procesales establecidas para hacer valer estos derechos.

Respecto al emplazamiento, la doctrina establece que éste es un acto complejo de comunicación, de tal manera que pone al emplazado en la situación jurídica de comparecer, es decir, cumplir una actividad o manifestar su voluntad ante el Órgano Jurisdiccional, con consecuencias procesales a su cargo. Su objeto es situar en un principio de igualdad jurídica a las partes, para que estén a derecho. Éste se encuentra intrínsecamente relacionado con el *derecho de defensa*; de tal modo que debe dárseles a las partes en el juicio la oportunidad de ser oídos, ya que nadie puede ser condenado sin haber tenido la oportunidad de alegar sus pretensiones.²

La Sala de lo Constitucional, ha sido clara en determinar que el emplazamiento para contestar la demanda, es el acto procesal que posibilita la incoación de una pretensión y el contenido de la misma, así como fija un plazo inicial para que el emplazado cumpla con una actividad o declare su voluntad respecto a ésta.³

El emplazamiento practicado en legal forma, garantiza el *derecho de defensa*, cuyo contenido es procesal y del cual no puede disponerse a voluntad de los sujetos procesales, pues sus elementos y manifestaciones deben de respetarse forzosamente por su naturaleza constitucional; es decir, que éste se encuentra

2 Sobreseimiento de Amparo Ref. 236-2000 de fecha 05 de noviembre de 2001.

3 Sentencia de Amparo Ref. 54-1999 de fecha 26 de febrero de 2001.

indiscutiblemente, con las restantes categorías jurídicas subjetivas integrantes del *debido proceso*, o proceso constitucionalmente configurado.

En conclusión, puede afirmarse que en los casos donde el demandado sea de nacionalidad salvadoreña y su domicilio es conocido en el extranjero, el juez de familia deberá de tramitar el proceso correspondiente de conformidad a los Arts. 14, 15 ordinal 1º. Del Código Civil, 15 de la Ley de Extranjería y 10 del Código de Familia, relacionados con lo establecido al respecto en el Código de Bustamante; y a *contrario sensu* no podrá permitir que su emplazamiento sea por medio de edictos.

3. La constitucionalidad de las medidas cautelares dictadas en el desarrollo del proceso de familia

El hecho de imponer medidas cautelares en los procesos de familia por parte del juzgador, ha sido muy cuestionado desde el punto de vista de la parte demanda, siendo que es a ésta a quien dichas medidas perjudican o gravan. En materia de familia, las medidas cautelares pueden ser personales o patrimoniales, éstas se encuentran reguladas en la Sección Tercera, Parte Primera de la Ley Procesal de Familia, que establece su aplicación genérica, determinación y facultades del juez para imponerlas. En el Capítulo Quinto del mismo cuerpo de ley, específicamente en las disposiciones especiales, Arts. 124 y 130 se establecen medidas cautelares para determinados procesos.

Es necesario establecer, que las medidas cautelares en materia de familia, tienen una naturaleza, objeto y fundamento muy peculiar, pues se sostiene que las mismas son decisiones de carácter jurisdiccional, provisionales, discrecionales, mutables e instrumentales, tendientes a buscar la protección de los miembros de la familia, cuya situación personal sea más débil y vulnerable ante aquellos que se encuentren en una situación de mayor poder, afectando con sus decisiones y/o acciones la integridad física, psíquica, moral o sexual de la persona humana, su dignidad, seguridad y la satisfacción de sus necesidades. Sin embargo, cuando las medidas se decretan en sentencia definitiva, deberá precederle la información o prueba necesaria que acrediten los hechos y que habiliten ese estadio procesal –con mayor sustentación– las medidas cautelares o de protección correspondientes. En ese sentido, el juzgador está obligado a verificar las condiciones en las cuales se encuentran las partes y si es procedente que éstos continúen de esa manera o cambiar su situación, dependiendo de las circunstancias de cada caso, a efecto de garantizar el desarrollo de los menores que se vean involucrados.

Por esta razón se vuelve necesario, que previo a decretar las medidas cautelares, se practiquen los estudios correspondientes. En ese sentido el juzgador debe solicitar la cooperación de los miembros de los equipos multidisciplinarios adscritos a los tribunales de familia o cualquier otra institución gubernamental o no gubernamental.

De cierta forma, existen similitudes entre las medidas cautelares en materia de familia y las del derecho civil común, aunque los bienes jurídicos que ambas ramas del derecho regulan y tutelan sean totalmente distintos. Dentro de estas similitudes se encuentra el caso de la anotación preventiva de la demanda (en familia) y la anotación del embargo (en civil o mercantil), y es que en ambos casos se afecta el patrimonio del demandado, por la deuda reclamada por el demandante, de esta forma se establece una garantía de prenda ejercitada por el acreedor.⁴

Respecto a la cuota provisional de alimentos que durante el trámite del proceso grava el salario del demandado, se debe aclarar, que si bien es cierto toda persona tiene derecho a disponer libremente de su salario, dicha facultad no es absoluta, ya que éste puede estar condicionado a obligaciones alimenticias que el demandado pueda tener y lo que se busca por medio de ésta es garantizar que tales obligaciones no se vean perjudicadas durante la tramitación del proceso.

Otra medida cautelar, que casi siempre despierta gran polémica, es la de conferir el cuidado provisional de los hijos a una de las partes y es que, en estos casos, el juzgador debe de valorar cual de las partes propicia el ambiente mas estable, alimentos adecuados y pueda proveer todo lo necesario para el desarrollo normal de la personalidad, lo que incluye una adecuada formación moral, religiosa o espiritual y educación especializada en su caso. Arts. 213 y 214 Inc. 2º. C.Fam.

En ese sentido, el Art. 216 del Código de Familia establece que corresponde al juez de familia decidir sobre quién ejercerá dicho cuidado, debiendo de considerar en tal decisión, fundamentalmente el *interés superior del menor*, que significa todo aquello que favorezca el desarrollo física, psicológico, moral y social del Niño, para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad, Art. 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 350 Código de Familia. En otras palabras, el *interés superior del menor* se concretiza en el goce efectivo de sus derechos.

La Sala de lo Constitucional ha establecido que el juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, se encuentra facultado para decretar las medidas cautelares que resulten necesarias para garantizar, de manera puntual, la eficacia de la sentencia definitiva del proceso, evitando que se realicen actos que impidan o dificulten la satisfacción de la pretensión debatida, siempre que se cumplan los presupuestos establecidos para tal efecto.⁵

4 Sentencia de Casación Ca. 1194 S.S. de fecha 22 de septiembre de 2000.

5 Sobreseimiento de Amparo Ref. 265-2000 de fecha 11 de septiembre de 2001.

Las medidas cautelares constituyen un mecanismo tendiente a asegurar la eficacia de la decisión definitiva que deba dictarse en un proceso, es decir, no constituyen un mecanismo de tutela inmediata.

La base de la cual se parte para decretar medidas cautelares, es la probable existencia de un derecho amenazado (*fumus boni iuris*) y el daño que ocasionaría el desarrollo del proceso (*Periculum in mora*). Sobre este punto, es que se ha establecido que la existencia de la función cautelar es evitar que la duración del proceso altere el equilibrio entre las partes y mantener a salvo la situación jurídica controvertida, procurando así lograr la ejecución de un eventual fallo estimatorio, lo cual no significa que alguno de los litigantes tenga una posición favorable en el proceso de cognición o ejecución.⁶

El artículo 6 de la Ley Procesal de Familia, establece en su literal d), que dentro de las atribuciones del juez, se encuentra la de decretar medidas cautelares; respecto a este punto, la Sala de lo Constitucional ha establecido, por medio de su jurisprudencia, que en materia de familia el decretar medidas cautelares, es una potestad jurisdiccional y que, a la vez, dicha Sala no está facultada para examinar la concurrencia de elementos fácticos determinantes de la procedencia del dictado de tales medidas, en la tramitación de un proceso de familia, pues esta es competencia privativa de los órganos jurisdiccionales ordinarios.⁷

En conclusión, las medidas cautelares decretadas en los procesos de familia, no vulneran derechos constitucionales a las partes, siempre y cuando se decreten conforme a la ley y no pierdan sus elementos que las caracterizan, como su *temporalidad*, *proporcionalidad*, *congruencia*, etc., en relación al proceso que pertenecen.

4. Prevenciones formalistas y el derecho de acceso a la jurisdicción

El proceso de familia puede iniciar de dos formas: a) *De oficio* (juez inicia el proceso) y B) *A instancia de parte*. En el tema que nos ocupa, abordaremos esta última, a efecto de analizar algunas garantías de índole constitucional, que pueden verse violentadas durante la tramitación de un proceso de familia, específicamente en su fase inicial que se refiere a la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda.

El proceso *a instancia de parte*, inicia con la presentación por escrito de la demanda, como medio específico de concretizar una pretensión determinada por parte de los interesados. Una vez presentada ésta, el tribunal tiene cinco días hábiles para resolver sobre su admisión (Art. 95 L. Pr. Fam.),

6 Sobreseimiento de Amparo Ref. 316-2000 de fecha 27 de septiembre de 2001.

7 Improcedencia de Amparo Ref. 615-2000 de fecha 19 de febrero de 2001.

En un primer momento se analiza si ésta reúne los requisitos formales establecidos en el Art. 42 L. Pr. Fam. es decir, verificará aspectos importantes como la individualización del demandante y demandado, la narración precisa de los hechos que sirven de fundamento para la pretensión, la cual debe ser expresada con claridad y precisión, y el ofrecimiento de los medios de prueba entre otras.

Existen otros requisitos, que no aparecen expresamente señalados en la disposición *supra* citada, pero que es indispensable que aparezcan indicados en la demanda y eso se refiere a lo establecido en el literal J) del Art. 42 L. Pr. Fam., el cual establece que los requisitos penden de la naturaleza de la pretensión invocada. Si la demanda no cumple con alguno de estos requisitos, el juez deberá puntualizarlos, haciendo una prevención a la parte demandante, intimándola para que subsane la omisión dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación. En caso de que las observaciones hechas por el juzgador no sean evacuadas en legal forma según el Art. 96 de la Ley Procesal de Familia, la consecuencia inmediata es la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda, por falta de formalidades de ley.

Del análisis inicial de la demanda, no solo se puede declarar su inadmisibilidad, sino que de igual forma, ésta se podría declarar *improcedente*, de conformidad al Art. 45 L. Pr. Fam.; si de su lectura se advierte que hay cosa juzgada, caducidad del plazo para ejercer la acción o *litispendencia*; de igual forma ésta podría ser declarada *improponible*, de conformidad al Art. 197 del Código de Procedimientos Civiles, por advertirse, por ejemplo, falta de capacidad para actuar o ser parte, falta de legítima contradicción, cuando el objeto de la pretensión no resulte idóneo con la naturaleza del proceso en donde ésta se ha invocado, etc.

La *Improponibilidad* siempre se ha destacado como una figura sistematizadora de todos los rechazos liminares de la demanda, es decir, que abarca a la inadmisibilidad como a la improcedencia.

Para realizar un estudio más amplio, se vuelve necesario establecer los efectos que produce un rechazo *in limine* de la demanda. Y es que, en el caso de la improcedencia o de la improponibilidad, la demanda no podrá volver a incoarse, con base en los mismos hechos o circunstancias. Mientras que respecto a la inadmisibilidad, ésta podrá volver a plantearse cuantas veces sea necesaria.

Sí al practicar el examen de admisibilidad, la demanda cumple con los requisitos establecidos, o si dentro del plazo concedido se subsanaren las omisiones señaladas por el juzgador, ésta será admitida de conformidad a lo establecido en el artículo 95 de la Ley Procesal de Familia.

Para efectos de disipar cualquier duda respecto a los conceptos antes mencionados, considero oportunos definirlos de forma más precisa y puntual:

- *Improcedencia de la demanda*: es oportuna cuando se ha producido la prueba pertinente dentro del proceso, que le permite al juzgador determinar si es competente o no para conocer del reclamo, examinando la naturaleza de la relación jurídica existente y tomando en consideración lo que eventualmente el demandado pueda aducir en defensa de sus intereses.
- *Improponibilidad de la demanda*: Se establece por razones de economía procesal y se refiere a pretensiones que son, desde el punto de vista objetivo, manifiestamente improponibles.
- *Ineptitud de la demanda*: Se refiere a aquella situación procesal caracterizada, fundamentalmente, por la no existencia en el proceso de adecuada e idónea forma de la relación procesal, que imposibilita entrar al conocimiento del fondo de la cuestión debatida.⁸ Se presenta en tres casos: a) Falta de legítimo contradictor; b) Cuando el actor carece de interés y c) Cuando la vía utilizada para el ejercicio de la pretensión, no es la correcta.

Sobre el rechazo de la demanda por considerarla manifiestamente improponible, puede determinarse que la improponibilidad de la pretensión o rechazo liminar de la misma, se basa en cuestiones de fondo, pronunciándose el juzgador sobre el mérito de lo discutido sin darle trámite a la demanda pudiendo, por ende, llegar a adquirir fuerza de cosa juzgada material, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 197 del Código de Procedimientos Civiles, que literalmente dice: "Si al recibir el tribunal la demanda, estimare que es manifiestamente improponible, la rechazará, expresando los fundamentos de su decisión".

La improponibilidad de la demanda es una facultad-deber de los jueces de rechazar *ab initio* la demanda y tiene su fundamento en los principios de autoridad y economía procesal, a fin de evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional. Y en vista de que la ley no define la improponibilidad de la demanda, es necesario acudir a la doctrina que establece "... la improponibilidad objetiva que padece una pretensión, siempre nace de alguna patología sufrida por el objeto de ésta y a resultas de la cual concurre un defecto absoluto en la facultad de juzgar en el tribunal interviniente. Por lo que presentada la demanda ante el juez, éste deberá analizar (entre otras cosas) la proponibilidad objetiva de la pretensión y, para ello... deberá consultar el ordenamiento y comprobar en abstracto si la ley concede la facultad de juzgar el caso...". Se establece, además, que si el juicio de proponibilidad objetiva resultara desfavorable, "el tribunal emitirá una respuesta jurisdiccional discordante, disponiendo del rechazo *ab initio* de la pretensión y del archivo de las actuaciones. La misma doctrina agrega que dicho juicio desfavorable de proponibilidad objetiva, se

8 Revista Judicial, Tomo LXXVII Pág. 440.

producirá "cuando el Tribunal se encontrara en la imposibilidad de juzgar el objeto de la pretensión propuesta" o "cuando se produce lo que se conoce como defecto absoluto de facultad de juzgar". Y concluye que "... habrá improponibilidad objetiva de la pretensión cuando el órgano jurisdiccional se encuentra absolutamente imposibilitado para juzgarla"⁹. Es decir, no se trata del caso determinado en que un tribunal no puede conocer de la pretensión, sino que el Órgano Judicial completo se encuentra imposibilitado para conocer de ésta.

A fin de delimitar el presente tema, se analizará la *inadmisibilidad* de la demanda por falta de requisitos legales, de conformidad al Art. 42 de la Ley Procesal de Familia. Vale la pena mencionar que dicho cuerpo normativo en su artículo 23, establece que el juez evitará el ritualismo.

Desde esta perspectiva, se vuelve necesario establecer, que el juzgador, en aplicación del Art. 96 L. Pr. Fam., debe de puntualizar las omisiones o errores de la demanda, a efecto de que éstos sean subsanados dentro de los tres días siguientes al de la notificación respectiva. Frente a esto, la parte actora tiene tres posibilidades: 1) Evacuar debidamente dichas prevenciones en el plazo legal, para que, de esta forma, sea admitida la demanda y se le dé el trámite legal correspondiente; 2) Dejar pasar el plazo o evacuarlas extemporáneamente; y 3) Subsananlas parcialmente. En los dos últimos casos, la demanda puede ser declarada inadmisible, sin perjuicio que dicha resolución sea impugnada, alegando que la prevención fue correctamente evacuada o que ésta era oscura, *innecesaria, inútil o impertinente*.

Como anteriormente se ha dicho, la *inadmisibilidad*, implica que *in limine litis*, el juzgador, al examinar el escrito de la demanda o solicitud encuentra errores u omisiones, los cuales son susceptibles de ser corregidos, pero que ante la falta de subsanación, la pretensión es inadmitida, dejando a salvo el derecho de la parte para intentar nuevamente la pretensión. Dichos errores u omisiones también pueden ser subsanados en audiencia preliminar, tal como lo establece el Art. 106 L. Pr. Fam.

Con relación a lo antes mencionado, desde una perspectiva constitucional, esto se vincula directamente con el derecho a la *protección jurisdiccional*, la cual se encuentra consagrada en el Art. 2 de nuestra Constitución, y cuya finalidad es darle vida a todas las categorías subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías.

Respecto al derecho a la *protección jurisdiccional*, la Sala de lo Constitucional, ha establecido que tal derecho viene a reconocer de manera expresa la posibilidad que tiene toda persona de acudir al Órgano estatal competente para

9 Peyrano W. Jorge en su obra *El Proceso Atípico*.

plantearle, via pretensión procesal, cualquier reclamo tendente al establecimiento de alguna vulneración a una categoría fundamental. Y es que, en efecto, tal disposición constitucional obliga al Estado a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos, y a través del instrumento heterocompositivo – también creado constitucionalmente– diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.¹⁰

De lo anterior, debemos concluir que al analizar los requisitos de la demanda, el juez deberá de valorar si los errores u omisiones que se detecten afectan o no los requisitos esenciales de la pretensión, como por ejemplo la falta de presupuestos procesales o de datos que puedan afectar la sentencia o puedan dar lugar a una sentencia inhibitoria. Ya que al hacer otro tipo de prevenciones, el juzgador incurre en un exceso de rigor ritual que contraría los principios de *celeridad, economía procesal* y, a la larga, pueden llegar a vulnerar el derecho fundamental de *acceso a la jurisdicción*.

5. Inadmisibilidad de la prueba ofrecida en la contestación de la demanda como contraste al derecho de constitucional de defensa

La contestación de la demanda se encuentra regulada en la Ley Procesal de Familia, específicamente en su Sección Tercera. Regula la contestación de la demanda, estableciéndose que ésta deberá presentarse por escrito y el demandado se pronunciará sobre la verdad de los hechos alegados en la misma, debiendo de ofrecer la prueba que pretenda hacer valer en defensa de sus intereses. Es decir, haciendo una analogía con el Art. 42 L. Pr. Fam., la contestación de la demanda debe de reunir las mismas características o requisitos de la demanda. Según el Art. 97 L. Pr. Fam., la contestación debe de presentarse dentro del plazo de quince días contados a partir del emplazamiento. El demandado puede asumir frente a la demanda las siguientes actitudes:

- a) Contestar la demanda en sentido afirmativo, en cuyo caso se relevará al actor d presentar prueba.
- b) El demandado se allana expresamente a la demanda, reconociendo los fundamentos de hecho y de derecho. En este último caso, según el Art. 47 L. Pr. Fam., en caso de reunirse los requisitos establecidos por el allanamiento, se tendrá por aceptado el mismo y sin más trámite se procederá a dictar sentencia.
- c) El demandado puede contestar la demanda en sentido negativo y, a la vez, interponer las excepciones perentorias, dilatorias o mixtas que obren a su favor (Art. 50 L. Pr. Fam.)

10 Sentencia de Amparo Ref. 676-99 de fecha 30 de agosto de 2001.

- d) El demandado puede contestar negativamente la demanda y a la vez interponer reconvencción o contrademanda, planteando sus propias pretensiones. (Art. 49 L. Pr. Fam.)

El inciso segundo del Art. 46 de la Ley Procesal de Familia, establece que "El demandado al contestar la demanda, deberá ofrecer y determinar a prueba que pretenda hacer valer en defensa de sus intereses".

En los procesos de familia, se busca garantizar la proscripción del sistema de emboscada respecto a la prueba, que se da cuando los elementos de ataque como los de defensa son ocultados por las partes y éstas se valen de las pruebas sorpresas. El proceso de familia, tiene como objetivo obtener sentencias justas en aras de los principios de *lealtad, probidad y buena fe*.

La etapa probatoria debe desarrollarse siguiendo los postulados de la oralidad, especialmente en la audiencia preliminar, cuando después de delimitarse en forma definitiva el objeto de la prueba y las pruebas a producirse, todo dentro del marco de lo propuesto en los escritos introductorios de la demanda, contestación y reconvencción si fuere el caso.

La fijación definitiva del objeto de la prueba de acuerdo al Art. 109 L. Pr. Fam., sienta que el juez resolverá sobre los medios probatorios solicitados por las partes y para esto deberá pronunciarse en un doble camino: a) Rechazará los que fueren inadmisibles, impertinentes o inútiles (Art. 6 lit. b L. Pr. Fam.) o b) admitirá los medios probatorios que estime pertinentes al caso, para que sean presentados en la audiencia de sentencia y ordenará los que considere necesarios.¹¹

Con la intención de definir el concepto de *plazo*, nos avocamos a la doctrina, que establece que el plazo puede ser determinado por la ley, otras veces por los jueces y otras por convenio entre las partes. Plazo es aquél dentro del cual se tiene que cumplir cada uno de los aspectos que constituyen el proceso. Se habla, en ese sentido, de plazo para contestar la demanda, para apelar, entre otros, para describir solo algunos de los actos principales que informan al proceso.¹²

En ese mismo orden, se sabe además, que el emplazamiento significa el acto de emplazar o de "*dar un plazo*".¹³ Así pues, la mención que los actos procesales deben cumplirse en los plazos establecidos que describe la primera parte del Art. 24 L. Pr. Fam., significa que la contestación de la demanda debe presentarse dentro de los quince días contados a partir del siguiente del emplazamiento o a partir del siguiente de la última publicación del edicto, ya que la misma ley determina que los plazos son perentorios e improrrogables tal como lo regula el Art. 25 de la ley ritual.

11 Sentencia de Familia Ref. 621 Ca. Fam. S.A. de fecha 21 de diciembre de 2001.

12 DE SANTO.

13 PALLARES.

En la práctica, muchos jueces de familia, cuando la demanda ha sido contestada de manera extemporánea, la rechazan y de igual forma descartan la prueba ofrecida en ésta, argumentando el cumplimiento de ley. Pero desde una esfera constitucional, cómo puede apreciarse tal situación respecto al derecho de defensa.

Para efecto de obtener un criterio debidamente fundamentado, es necesario abordar esta problemática desde una óptica constitucional; en este sentido, recordamos lo mencionado con anterioridad respecto al derecho de defensa que garantiza la posibilidad de exponer razonamientos y facilitar el ejercicio de medios de defensa frente a la pretensiones de la parte actora e, incluso, a las actuaciones de las autoridades.

En su sentido procesal, la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio y con base a los cuales el juez, agotada la etapa de substanciación, procede a dictar sentencia.

En un procedimiento, aunque se reconozca el derecho de las partes procesales a utilizar los medios de prueba para su defensa, tal derecho no es absoluto, sino que esta condicionada a ciertos requisitos. Uno de ellos es la *pertinencia*, que se refiere a aquella actividad que viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo, considerado y entendido como actividad, sino al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento; es, pues, aquella que versa sobre las proposiciones o hechos que son verdaderamente objeto de prueba o demostración.¹⁴

En conclusión, si bien es cierto, existe en materia de familia la perentoriedad de los plazos, y el plazo para contestar la demanda se encuentra contenido en éstos, el juzgador, al descartar la prueba ofrecida en una contestación extemporánea, puede desechar prueba que sea completamente pertinente para llegar a la *verdad real de las cosas* y, de esta manera, jamás llegará a saber a ciencia cierta como han ocurrido los hechos alegados por las partes, privándose, de esta forma, una verdadera aplicación de justicia en sentido real.

Por lo tanto, puede afirmarse que el juzgador podrá valorar la recepción de la prueba dependiendo de su pertinencia, y a la vez garantizando, de esta forma, un legítimo derecho de defensa, en aras del establecimiento de la realidad de los hechos.

14 Sentencia de Amparo Ref. 268-2000 de fecha 18 de septiembre de 2001.

LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO DE FAMILIA

*Licda. Sonia Dinora Barillas de Segovia**

SUMARIO: 1. Importancia de la conciliación. 2. Desarrollo de la conciliación en el proceso. 3. Situaciones imprevistas que se presentan en la audiencia preliminar. 4. Logros de la conciliación. 5. Otros efectos de la conciliación. 6. Conciliación extra proceso.

1. Importancia de la conciliación

Sin temor a equivocarme, creo que en todas las sociedades, salvo por contadas excepciones culturales y religiosas, el esquema que presenta la situación familiar es similar; la tecnología, videos, películas, ha contribuido a generar patrones casi idénticos de conducta en los niños y jóvenes, a la vez que nos encontramos con un marco social y laboral diferente. La mujer trabaja, muchas veces sólo ella es cabeza de hogar, la tipología del problema que se presenta es similar: cuotas alimenticias, divorcios, custodias, hogares desintegrados, violencia intrafamiliar, embarazos de adolescentes, violencia de los jóvenes, desempleo, poco acceso a la educación, falta de programas de atención a la familia y, si agregamos los problemas que la globalización trae consigo, redes pornográficas en internet, acoso sexual, explotación infantil y juvenil, nos encontramos con que la familia, como tradicionalmente es concebida, se va diluyendo en la vorágine modernista y, con ella, muchos de sus valores y principios.

Ello se observa directamente, cuando se trabaja en problemas familiares; el conflicto que mediante el proceso se presenta a los tribunales, generalmente es la punta del iceberg del problema vivencial, que afecta a esa familia.

Es entonces que adquiere una dimensión excepcional, la conciliación intra y extra proceso, como está concebida en la legislación familiar de nuestro país, ya que potencia una forma de consenso, de acuerdos, una forma anormal de poner fin a un proceso, tomando en cuenta a los involucrados directamente en el caso, quienes tienen la posibilidad real de ser escuchados.

* La autora es Magistrada de la Cámara de Familia de la Sección de Occidente.

2. Desarrollo de la conciliación en el proceso

El proceso de familia en nuestro país se desarrolla ante jueces especializados; es mixto y contempla dos etapas, la primera es la audiencia preliminar, audiencia depurativa del proceso, que contiene, como primera etapa o fase, la conciliatoria, en la cual el juez tiene un papel sumamente determinante; ya no es solamente espectador. Dicha etapa tiene las siguientes características:

La comparecencia de las partes es personal, por lo tanto son ellas quienes hacen sus propias valoraciones de lo expuesto en el proceso; pueden ser asistidas por sus apoderados o representantes legales. Esta audiencia puede, además, celebrarse con sus apoderados o representantes legales, si los mismos estuvieren facultados para ello.

La conciliación ha tenido un gran éxito en nuestro país, debido a varios factores: es una etapa procesal obligatoria; la comparecencia es personal y se realiza ante un juez especializado. Ciertamente puede celebrarse con el apoderado facultado para ello, pero nunca será igual; la capacidad de decisión personal que se tiene y el conocimiento profundo del problema, sus causas y consecuencias, solo las conocen los directamente involucrados. El éxito también radica en muchos abogados que conocen las consecuencias jurídicas de ponerle fin a un proceso, evitándose la audiencia de sentencia y, por consiguiente, la recepción y valoración de pruebas. Aunque también (de todo hay en la vida) algunos abogados litigantes obstruyen el desarrollo de la audiencia, asesorando a sus clientes en el no conciliar, ya que aseguran que ganarán el proceso con la prueba correspondiente.

Con la entrada en vigencia del Código de Familia, el 1º de octubre de 1994, se dio inicio a una etapa histórica-judicial diferente. La idea es que no debe haber ganadores ni perdedores, vencidos ni vencedores, sino que se debe lograr el equilibrio familiar apoyado en la norma, lo cual se hace realidad con la conciliación.

El juez dirige la audiencia, primero haciendo un resumen de los hechos y pretensiones de ambas partes e indicándoles a éstas la conveniencia de resolver el asunto en forma amigable, invitándolas a que propongan fórmulas de arreglo y, en caso de que no lo hagan, podrá proponérselas.

El éxito ha radicado en el protagonismo del juez y la aplicación de técnicas apropiadas; que conozca la psicología, sociología de las personas, que sepa leer entre líneas, que aprecie en toda su dimensión el lenguaje corporal, etc.; es importante resaltar que los tribunales de familia tienen equipos especializados compuestos por trabajadoras sociales, psicólogos, educadores, quienes aportan una visión multidisciplinaria al problema familiar, ya que éste no puede resolverse únicamente bajo una perspectiva jurídica, puesto que sería incompleto, sino dada la complejidad del problema, debe tener una solución integrada.

De mi experiencia como jueza, valoro mucho la intervención de los equipos multidisciplinarios; no fue fácil para algunos integrarlos a la normativa o visibilizarlos, pero creo que un equipo con la óptica que determina la ley "procurar la estabilidad del grupo familiar, protección del menor y adulto mayor" (Art. 9 Ley Procesal de Familia). Trabajar con un equipo integrado puede hacer la diferencia en los resultados, ya que éstos pueden hacer mediación familiar; si la situación es grave, desde el emplazamiento, el choque inicial, el enojo, la ira o frustración, la incredulidad, la reciben los miembros del equipo que están conociendo el caso, pero si ellos llevan una perspectiva de mediación, pueden lograr que las partes acepten compromisos, consecuencias, además de que logren comprender el problema en toda su dimensión y que ellos, como vean la situación, son parte de la solución.

Cuando ha intervenido inicialmente el equipo multidisciplinario, el juez tiene un informe de la situación real del problema: dónde están inmersos, cómo se originó el mismo, los diferentes actores, cuál es la situación social y económica, si existen o no redes de apoyo familiar, cuáles son las actitudes de las partes como pareja, como padres, cómo son sus roles, el juez tiene grandes posibilidades no sólo de proponer o escuchar propuestas, sino que las mismas sean apegadas a la verdad. La posibilidad en ese caso, de vulnerar derechos es más remota, puesto que le ha precedido una investigación previa, y las propuestas del juez o el aceptar la de las partes se validan con objetividad y precisión.

A la vez permite al juez que sus propuestas sean, no únicamente en el marco de un problema específico, sino en toda su dimensión, lo que permite una solución justa, equilibrada, y completa, por lo que a la misma vez las propuestas hechas por las partes son analizadas dentro de ese amplio espectro; como el informe es integrado y se hace evaluaciones psicológicas, permite conocer una parte íntima de los involucrados que normalmente no aparece a simple vista; los estudios señalan si hay o no problemas de carácter, de personalidad, si la persona es simple, compleja, manipulador(a), egocéntrico, etc., lo cual se analiza al momento de la conciliación.

Esta es una posibilidad real en los procesos de familia; depende de la dirección que cada juez le dé a los casos, ya que la obligación de dar a conocer el informe ordenado a los especialistas, es hasta el momento de la audiencia de sentencia. Lo que sería objeto de otro análisis. Y aclaro que no obstante ser una posibilidad para todos los tribunales, ya que se encuentran en similares condiciones y con igual participación de equipos multidisciplinarios, la utilización de los mismos dentro de los procesos aún no se ha clarificado suficientemente, ya que cada juez le da la interpretación que para él es adecuada. Y hay que mencionarlo que aun, a veces, la valiosa labor de los equipos (que está expresamente señalada en la ley) no es

utilizada adecuadamente, ya que algunos jueces utilizan el informe del equipo multidisciplinario como prueba, que en un proceso atenuadamente dispositivo como el nuestro le corresponde a las partes aportar, puesto que la función inquisitiva que pueda tener el juez de familia está específicamente determinada en la ley y aun, hay quienes los utilizan para que efectúen notificaciones.

En lo personal, creo que la dirección del juez utilizando la intervención mediadora de los equipos multidisciplinarios, abona a la solución de la controversia. Creo que el proceso permite utilizar las dos figuras en diferentes tiempos; una intervención mediadora del equipo multidisciplinario, en el cual las partes reconocen derechos y obligaciones, lo cual permite al juez, en su momento procesal, conciliar, lo cual se plasma en debida forma mediante un acta, que es la que tiene efectos legales, pero lo que nos llevó a ello fue un trabajo integrado de equipos-juez, para lo cual debe existir una adecuada comunicación y conocimiento del juez de cada caso en concreto, lo que lo vuelve realmente "trabajo en equipo" y no "trabajo con equipo".

El informe que es confidencial y al cual tienen acceso únicamente las partes, sus apoderados, un procurador de familia adscrito al tribunal y el juez, concretiza una riqueza de información útil para solucionar el proceso. El juez, en esta etapa es conciliador, una figura de autoridad que debe mantener su imparcialidad y objetividad, debe ser creíble a las partes, para que confíen, no sólo en el sistema sino en la conciliación. Se ha cuestionado por algunos qué tan sano es para el sistema el hecho de que el juez sea conciliador y posteriormente sentenciador, si no hay una contaminación con el caso y si puede ignorar algunas situaciones que se hayan dado dentro de la audiencia conciliatoria. La experiencia nos señala que, con respecto a ello, en nuestro país no ha habido mayores problemas, ya que, caso que no exista conciliación, en el acta que al efecto se levanta, no se detalla lo acontecido; sólo si hubo conciliación y en qué aspectos; si no hubo conciliación, sólo se señala tal situación; así como si hubo conciliación parcial y en que aspectos; por otro lado, el juez está conocedor de los roles que le impone la normativa y sus diferencias, por lo que no ha existido problema de contaminación; lejos de ello, muchas personas creen en los métodos alternativos de resolución de conflictos o disputas, gracias a la experiencia de una conciliación con un juez imparcial pero humano, que conoce a fondo el problema y se interesa en que se solucione.

La conciliación puede ser parcial o total. Si quedan pretensiones no resueltas, hay tres alternativas: intentar otra conciliación judicial, ya que el inciso 2º del Art. 84 señala que "La conciliación se podrá solicitar por escrito firmado por las partes o en audiencia, en cuyo caso se hará constar en acta". Esta permisión de la ley rara vez es utilizada, ya que las partes se concretan a la audiencia preliminar señalada; si no logran conciliar, rara vez

solicitan otra audiencia, sino que se decide judicialmente en la audiencia de sentencia; tratar de conciliar extraprocesalmente y documentarlo al tribunal para su homologación y aprobación; o se decide judicialmente en la audiencia de sentencia, que al efecto en la misma audiencia preliminar se señala fecha para celebrarla. Cuando es esta la situación, en la etapa de fijación de hechos se especifican cuáles son y qué prueba se ofreció (desde la demanda) para ese o esos aspectos, y es la prueba que se ordena recibir para la audiencia.

3. Situaciones imprevistas que se presentan en la audiencia preliminar

La Ley Procesal de Familia ha establecido la procuración obligatoria, de tal forma que todos lo que intervienen en el proceso lo hagan bajo la asesoría técnica de un abogado; en tal sentido, las personas que no pueden pagar un abogado particular que los represente, acuden a los servicios de la Procuraduría General de la República, o diferentes universidades u ONG'S que brinden ese servicio; pero la situación que se presenta en los tribunales es: el demandado no contestó la demanda y llega a la audiencia preliminar sin apoderado que lo represente y queriendo conciliar; al respecto algunos jueces no admiten la conciliación en esas condiciones, manifestando la indefensión del demandado, al carecer de procurador que lo represente; otros señalan que la litis está planteada con la demanda, que el juez, según la ley, tiene que ver que no se vulnere la igualdad de las partes, y lo que se va a discutir en la audiencia son situaciones personales que atañen a las partes, no obstante no existir contestación, por lo que admiten celebrar la audiencia conciliatoria en esas condiciones y, si hay conciliación, se aprueba en los términos que señalan los artículos 84 y 85 de la Ley Procesal de Familia. Otra situación un tanto irregular es la misma anterior, la parte demandada se presenta sin apoderado que lo represente, solicitando conciliar, se lleva a cabo la audiencia, en la cual la parte demandada no llega a ningún acuerdo o lo hace en forma parcial.

Ésta se resuelve de diversas formas, en los juzgados donde no se celebra la conciliación por falta de abogado que represente al demandado, generalmente se señala fecha para la audiencia de sentencia, haciéndole ver la obligación que existe para el demandado, de asistir a la audiencia debidamente procurado. Ahora, si asiste a la audiencia de sentencia sin procurador que lo represente, ese es otro problema que también debe ser analizado aparte.

En otros tribunales donde se acepta celebrar la audiencia, no obstante la ausencia de apoderado que represente los intereses del demandado ante la conciliación parcial, se acepta la misma, y la parte no conciliada de la demanda se señala fecha para la audiencia de sentencia, haciéndole ver la necesidad al demandado de comparecer con abogado que lo represente.

Particularmente creo que la audiencia de conciliación se debe llevar a cabo, tenga o no abogado el demandado, ya que esa fase normalmente se lleva a cabo sin la intervención de los apoderados, puesto que la conciliación la intenta el juez directamente con las partes; y además de potenciar la voluntad y acuerdos de las partes, el éxito de la conciliación descongestiona el sistema, ya que cada caso conciliado implica una audiencia de sentencia menos para el tribunal, espacio que el juez le dedica a otro caso, agilizando así la administración de justicia. Ello, siempre que no se pierda la perspectiva que señala la ley; el juez debe ser totalmente imparcial, y debe procurar la igualdad de las partes y que no se vulnere ningún derecho.

No se debe de olvidar que está presente en cada audiencia y adscrito a cada tribunal, un procurador de familia (delegado del señor Procurador General de la República), que tiene la obligación constitucional de velar por la familia, y además la facultad procesal de apelar de cualquier resolución que cause agravio, por lo que ante una decisión que pudiera ser arbitraria, está el contralor legal para el proceso: el procurador de familia.

Otra situación que se presenta es, más que todo, con los divorcios: la demanda fue planteada por la causal 3ª del artículo 106, la parte demandada, con abogado o no que la represente, está de acuerdo con divorciarse pero no por esa causal, sino por separación por más de un año, o por mutuo consentimiento. La parte actora está de acuerdo, muchos jueces lo que hacen es suspenden el proceso, le piden a la parte actora que desista (mediante escrito) y que presenten posteriormente el divorcio por la causal de separación o por mutuo consentimiento, señalan que los términos de la litis se plantean con la demanda y que el juez no puede salirse de ello Art. 3 literal g de la Ley Procesal de Familia. Al respecto, creo que al plantearse una pretensión al Órgano Judicial, es porque se espera la satisfacción de la misma; así observamos qué es lo que se pretende: el divorcio, por qué causal: por la 3ª por una parte, por la 2ª o 1ª por la otra, el fondo es el mismo: la separación. Y si pensamos qué contribuye a un mejor arreglo, o viendo al futuro qué es lo mejor para los hijos y padres, creo que es el acuerdo por ambos de la causal a invocar, mi opinión es que en audiencia se puede desistir de la causal invocada y ponerse de acuerdo con respecto a qué causal es la pertinente. En caso sea mutuo consentimiento, los acuerdos se establecen en la audiencia. Lo que se debe tener cuidado es que no se viole ningún derecho, y que el principio de igualdad también esté presente. Al aprobarse una situación así, se vuelven reales los principios de inmediateción, oralidad, concentración, economía procesal, etc.

Augusto César Belluscio, en su *Manual de Derecho de Familia*, Tomo 1 páginas 418 y 419, señala una cuestión similar que se resuelve en Argentina, relacionados con hechos no alegados en la demanda, que surgen de la

prueba, y si es posible o no decretar el divorcio sobre tales hechos no invocados, al respecto menciona que varios tratadistas están de acuerdo en acceder, ya que entienden que la cosa demandada es el divorcio y que las causales son hechos relativos al derecho de la parte, pero que no constituyen el objeto de la acción, lo cual no afecta las garantías de la defensa, la que está dada por el contradictorio de las pruebas. Lo que reafirma mi opinión al respecto, máxime cuando son las partes involucradas que deciden libre y personalmente sobre una situación jurídica que les atañe directamente.

4. Logros de la conciliación

Entre los aspectos más relevantes está el descongestionamiento del sistema judicial, antes indicado, pero, sin lugar a dudas, creo que el mejor logro es la satisfacción personal de los involucrados de lograr soluciones personales atinadas y específicas para cada caso y necesidad, la posibilidad real de haber sido escuchados y tomados en cuenta, aunque no se ha hecho un estudio específico sobre los efectos de la conciliación en los procesos; de mi experiencia, conozco que los casos conciliados, en que las personas estaban conscientes de las responsabilidades que tenían y asumían, de los cambios de roles de adversarios a colaboradores, que con ese cambio, además de ganar los involucrados en forma personal, los mayores ganadores son los hijos y la familia extensa, que deja de tomar partidos sino se concentran en el beneficio que se logra personal y directamente, pues se tiene un conflicto menos con el cual vivir y un acuerdo voluntario que respetar. Esos casos raramente regresan a los tribunales.

Sería efectivo que se hiciera una medición, no sólo de satisfacción y efectos entre los justiciables, sino de cuántas sentencias en las que hay por consecuencia una decisión judicial basada en pruebas, se modifican con posterioridad (la ley permite hacerlo en casos de alimentos, custodias, derechos de visitas, etc. Art. 83 de la Ley Procesal de Familia) y cuántos acuerdos conciliatorios en los que ha intervenido un juez se modifican.

5. Otros efectos de la conciliación

Si bien es cierto, la conciliación tiene efectos positivos para las partes y la administración de justicia, es oportuno hablar de los efectos que tiene en el administrador de justicia, en el juez.

Generalmente, las personas que trabajan con mediación y conciliación tienen un límite de los casos en que intervienen, ya que los conocedores del área señalan que el estar trabajando continuamente con problemas familiares afecta la sique, la productividad y la salud del mediador y conciliador: si hiciéramos una investigación nos diéramos cuenta de cuán cierto es lo ante-

rior, y como se encuentran en la actualidad los jueces, los equipos multidisciplinarios y los auxiliares del juez o "resolutores", el problema de familia es tan intenso y profundo que afecta a todos los que lo conocen no sólo a los directamente afectados, sino que a los hijos, abuelos, tíos, amigos, en fin la familia extensa recibe el embate del problema, si no hay conciliación y, como la ley no permite incapacidades ni tachas en razón del parentesco, si se llevan de testigos a los parientes, tenemos que toda la familia cercana y lejana se enemista. Los que hemos trabajado con problemas familiares conocemos la complejidad y el laberinto que el problema presenta la mayor parte de veces, la no aceptación de responsabilidad del problema y su solución, las personalidades de los intervinientes, el daño que se ha ocasionado, los resentimientos, enojos, el dolor causado, la incredulidad, nos encontramos ante una situación jurídica que arrastra pasiones, sentimientos emociones, y que hay que entenderlos para una justa solución.

La situación se vuelve compleja para el juez de familia, que además de conciliar, recibe las pruebas en la audiencia de sentencia, conoce de modificaciones y además ejecuta en casos de incumplimientos; si a ello le agregamos que conoce oficiosamente en los casos señalados por la ley y además también aplica la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, nos damos cuenta no sólo de la dimensión de la situación y la carga laboral que representa, sino del riesgo que implica que esta valiosa etapa procesal, algunos (menos mal que son pocos) jueces la obvian, ya que preguntan en la audiencia preliminar a las partes y sus apoderados, ¿traen ya acuerdos?, si las personas dicen no, entonces dicen: "bien, entonces, sólo haremos el señalamiento para la audiencia de sentencia", sin entrar a dirigir e intentar la conciliación. Si bien es entendible la situación, por la misma carga laboral ya expresada, creo que es sumamente determinante en el proceso de familia intentar la conciliación entre las partes. Lo anterior implica un "desgaste" físico y emocional para el juez, ya que no es fácil que a veces las personas entiendan sus derechos y sus correspondientes obligaciones; la mayoría quiere sólo derechos, pero esa inversión de tiempo en lograr el conocimiento y consciencia de la situación a largo plazo, se compensa con que el juicio ya no regresa, y los acuerdos se cumplen.

6. Conciliación extra proceso

Se presentan muy pocos acuerdos logrados extraprocesalmente, pero hay que señalar que donde, sin mencionarlo más, se aplica, es en el divorcio por mutuo consentimiento, donde los notarios y abogados han debido tener un rol conciliador para lograr acuerdos que se plasman en el convenio que se presenta al tribunal para su homologación y aprobación, bien por los

abogados, que trasladan a sus clientes la oportunidad real de ponerse de acuerdo, para lo cual han tenido que dialogar ampliamente con sus clientes, haciéndoles ver con detenimiento sus obligaciones y responsabilidades. Siempre está el otro lado de la moneda, abogados y notarios que no se preocupan de ahondar en el problema y presentan un convenio que satisface las exigencias legales, pero si no se concientizó, si lo que se quería era salir del paso o lograr un rápido divorcio, es el divorcio que regresa al tribunal para modificarse, y a lo mejor la modificación es más compleja que el divorcio mismo.

También es importante resaltar la actitud conciliadora que muchos abogados van teniendo en relación con los casos de derecho de familia, las actitudes propiciadoras del diálogo hacen que los casos se resuelvan de manera diferente.

Tenemos leyes bastante positivas, pero falta que juntos veamos las fallas y vacíos que las mismas presentan, entre las cuales está la interpretación particularizada de la norma, lo cual afecta la seguridad jurídica que ante el mismo supuesto se van a obtener diferentes resultados, que se trabaje en posibles reformas ante vacíos u oscuridad de la ley, y más que todo que gobernados y gobernantes, aplicadores y justiciables conozcamos y entendamos que la base de la convivencia pacífica en la sociedad nace en la familia, y si ésta no es protegida y atendida, los problemas regresan nuevamente a su origen, la familia; y debemos, desde donde nos encontremos, trabajar en beneficio de la familia como origen de la sociedad.

DEL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS DE LOS ACTOS PROCESALES

*Dr. Octavio Humberto Parada Cerna**

SUMARIO: Introducción. 1. La regla general. 2. Las excepciones. 3. La diferencia fundamental. 4. Otros aspectos. 5. Incidencia de esos otros aspectos. 6. ¿Retorno a la regla general? 7. Aplicación de la regla general. 8. El otro caso de excepción. 9 Conclusión.

Introducción

“Los actos procesales deben cumplirse en los plazos establecidos y se contarán en días hábiles” (Art. 24 de la Ley Procesal de Familia).

Siguiendo las líneas de don Jaime Azula Camacho, podemos decir que los actos procesales son las actuaciones judiciales provenientes de los sujetos del proceso o de otras personas que accesoriamente intervienen en el mismo; con el objeto de iniciarlo, desarrollarlo y ponerle fin (*Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, 7ª edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, año 2000, pág. 305).

De acuerdo con la legislación procesal familiar salvadoreña, los actos procesales se clasifican en tres categorías: los actos de documentación, los actos de comunicación y los actos de decisión.

En la primera de ellas nos encontramos con las actas y los expedientes (de los procesos); en la siguiente, con las notificaciones, los emplazamientos y las citaciones; y en la tercera, con los decretos de sustanciación y las sentencias. Éstas son de dos tipos: definitivas e interlocutorias; y a estas últimas las podemos clasificar en tres: sentencias simplemente interlocutorias, sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas y sentencias interlocutorias que ponen fin al proceso (Arts. 417, 418 y 984 inc. 2º y 3º del Código de Procedimientos Civiles).

A continuación se aborda el tema del cómputo de los plazos en que deben realizarse los actos procesales, especialmente los relacionados con los términos dentro de los cuales, los sujetos que intervienen en la relación procesal, deben hacer uso de sus derechos, ya sea contestando la demanda o evacuando prevenciones o interponiendo recursos o resolviendo las peticiones formuladas dentro de los procesos y las diligencias de jurisdicción voluntaria familiares.

* El autor es Primer Magistrado de la Cámara de Familia de la Sección de Occidente.

1. La regla general

Por regla general, los plazos para la realización de los actos procesales se cuentan a partir del día siguiente de la notificación, tal como lo dispone el Art. 212 del Código de Procedimientos Civiles, según el cual "El día de la notificación no se contará en el término fijado para los emplazamientos, ni para las apelaciones y demás recursos y diligencias judiciales, si no es que la ley expresamente disponga otra cosa; pero si se contará en el término fijado el de la comparecencia".

Los casos de excepción a esa regla general, o que el legislador ha establecido otra manera de contarlos, los podemos clasificar en dos grupos: 1) los que comienzan a correr DESDE EL DÍA o LA FECHA de la notificación y 2) los que se cuentan DESDE EL INSTANTE o LA HORA de la notificación.

2. Las excepciones

El primero de los casos de excepción a la regla general (el plazo se cuenta desde el día o la fecha de la notificación), además de otro caso que se citará al final, se encuentra contemplado en el Art. 520 del Código de Procedimientos Civiles, referente a un juez competente en materia civil que declara sin lugar, excepciones dilatorias opuestas, en procesos civiles ordinarios o en los extraordinarios expresamente citados en el segundo inciso del Art. 133 del mismo código, en cuyo caso el plazo para contestar la demanda será de tres días, "que comenzará a correr desde el día de la notificación", de la providencia que ordene entregar el expediente del proceso al demandado para que la conteste. De ello se concluye que el legislador ha dispuesto, en forma expresa, que el día de la notificación se cuente dentro de los tres días que la ley concede para la contestación de la demanda.

El segundo de los casos (el plazo se cuenta desde el instante o la hora de la notificación), además de otras leyes, lo encontramos en algunas disposiciones de la Ley Procesal de Familia, tales como: a) el Art. 96, al establecer que cuando la demanda carece de requisitos legales el juez de familia los puntualiza y ordena su subsanación "dentro de los tres días siguientes a la notificación" de la resolución respectiva; b) el Art. 97, al ordenar que la demanda debe contestarse dentro del plazo de quince días "contados a partir de la notificación" respectiva; c) el Art. 156 inc. 1º, al estatuir que se puede apelar de las sentencias interlocutorias dentro de los tres días "siguientes a la notificación" de ellas; y d) el Art. 156 inc. 2º, al disponer que se puede interponer el recurso de apelación de las sentencias definitivas dentro del plazo de cinco días "contados desde la notificación" de las mismas.-

Resumiendo lo anterior podemos afirmar que, en materia familiar adjetiva, cuando el legislador nada dispone sobre el cómputo de los plazos para la realización de los actos procesales, se aplica la regla general contenida en el Art. 212 del Código de Procedimientos Civiles, en el sentido de que los términos para la práctica de actos procesales se cuentan a partir del siguiente día hábil de la respectiva notificación y, en vista de que toda regla general admite excepciones (siempre y cuando lo ordene la ley en forma expresa), en los cuatro ejemplos planteados en el párrafo precedente, los plazos procesales se contarán a partir de la notificación y, como ésta se realiza en una determinada hora de un día específico, los términos deben contarse a partir de la hora o el instante en que se practicó la notificación.

Esta forma de interpretar las disposiciones que se han citado de la Ley Procesal de Familia ha encontrado oposición pues, según otras opiniones, cuando el legislador dispone que los plazos se cuenten a partir o desde la notificación debe entenderse que el término se cuente a partir o desde el día o la fecha de la notificación, argumentando que la ley no aclaró si el plazo debe contarse "o a partir de la hora de la notificación o desde el día de la notificación", pues sólo se limita a establecer que el término se cuente "a partir o desde la notificación" y ésta se practica en un determinado día, por lo que la fecha en que se realiza debe contarse dentro del correspondiente plazo.

3. La diferencia fundamental

Comparemos esas dos formas de interpretación de la norma al través del siguiente ejemplo: si una sentencia interlocutoria se notifica a las diecisiete horas (05:00 p.m.) del lunes siete de un determinado mes al representante judicial de la parte a quien le fue desfavorable la decisión, el recurso de apelación deberá interponerlo dentro de los tres días siguientes a la notificación de tal providencia (Art. 156 inc. 1º de la Ley Procesal de Familia), en cuyo caso, el primer día se cuenta a partir de las 05:00 p.m. del lunes 7 y concluye a las 05:00 p.m. del martes 8; el segundo se cuenta a partir de las 05:00 p.m. del martes 8 y termina a las 05:00 p.m. del miércoles 9; y el tercero y último día se cuenta a partir de las 05:00 p.m. del miércoles 9 y finaliza a las 05:00 p.m. del jueves 10; de donde resulta que el recurrente tendría los tres días completos que le concede la legislación para interponer su alzada (el martes 8, el miércoles 9 y el jueves 10). Pero si, por el contrario, interpretáramos que "los tres días siguientes a la notificación" significa que el plazo debe contarse "desde el día o la fecha de la notificación", estaríamos restándole un día al apelante para que pudiera hacer uso de su derecho, pues el primer día sería el de la notificación realizada a las 5:00 p.m. del lunes 7 y éste se contaría como el primer día, el

segundo sería el martes 8 y el tercero y último día sería el miércoles 9, de donde resulta que el apelante únicamente dispondría de dos días para impugnar la providencia (martes 8 y miércoles 9), cuando el legislador le concedió tres, lo que va en menoscabo del derecho de defensa y la consiguiente violación de derechos que le confiere la Constitución de la República. Por tal razón se considera que cuando la ley dispone que un plazo, se cuenta a partir o desde la notificación o dentro de los tantos días siguientes a ella, debemos interpretar que el término se debe contar a partir o desde la hora de la notificación o dentro de los tantos días siguientes a la hora de ella.

4. Otros aspectos

Fuera de lo anterior, también existen otros aspectos que deben tomarse en cuenta para el cómputo de los plazos de los actos procesales en materia familiar adjetiva, los cuales se encuentran contemplados en diversas leyes y son los siguientes:

PRIMERO.- Los actos procesales deben cumplirse en los plazos establecidos y se cuentan en días hábiles (Art. 24 de la Ley Procesal de Familia).

SEGUNDO.- Los días hábiles o útiles son los que no son feriados y éstos (los feriados) los designa la ley (Art. 1279 del Código de Procedimientos Civiles).

TERCERO.- Los días feriados que establece la legislación son los siguientes: a) todos los sábados y domingos del año; b) el uno de mayo, día del trabajo; c) el diez de mayo, día de la madre; c) el quince de septiembre, día de la independencia patria; y d) el dos de noviembre, día de los difuntos.- Además, para estos efectos, se consideran feriados los días de vacaciones de los empleados y funcionarios públicos, que la ley concede a sus servidores y se dividen en tres periodos: 1) uno de ocho días durante la semana santa, que se inicia el lunes santo y concluye el lunes de pascua, ambos días inclusive; 2) otro de seis días, del uno al seis de agosto; y 3) un tercero de diez días, que corre del veinticuatro de diciembre de un año al dos de enero del siguiente, ambos días inclusive. En cuanto a la vacación de agosto, se hace la aclaración de que los empleados y funcionarios públicos que laboran en los departamentos fuera del de San Salvador, gozan de vacaciones durante los principales días de las fiestas patronales de la localidad en que prestan sus servicios, pero la vacación de agosto se recorta para ellos en el número de días de vacaciones concedidos con motivo de tales fiestas patronales (Art. 1 inc. 1º y 2º y Art. 3 de la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos).

CUARTO.- Los plazos fijados por las leyes para la ejecución de actos procesales deben computarse con arreglo a lo dispuesto en el Art. 46 del Código Civil (Art. 1288 del Código de Procedimientos Civiles).

QUINTO.- Los plazos de días, meses o años establecidos por las leyes o fijados por los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo (Art. 46 del Código Civil).

SEXTO.- Después de cerradas las oficinas de los juzgados y tribunales de la república a las horas que prescribe la ley, ya no reciben solicitudes ni evacúan diligencia alguna (Art. 1297 del Código de Procedimientos Civiles).-

SÉPTIMO.- El despacho ordinario de las oficinas públicas es de lunes a viernes de cada semana, en una sola jornada comprendida entre las ocho y las dieciséis horas de cada día (8:00 a.m. a 4:00 p.m.), con una breve pausa de cuarenta minutos para tomar alimentos (Art. 84 inc. 1º de las Disposiciones Generales de Presupuestos). Y

OCTAVO.- El Código de Procedimientos Civiles se aplica en forma supletoria en la competencia familiar, es decir que a todas las situaciones que no estén previstas o reguladas de manera expresa en la legislación adjetiva familiar, deben aplicárseles supletoriamente las disposiciones de las legislaciones especiales referentes a la familia y las del Código de Procedimientos Civiles, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza y finalidad de la Ley Procesal de Familia (Art. 218 de ésta).

5. Incidencia de esos otros aspectos

Para apreciar la incidencia de los ocho aspectos anteriormente relacionados, nos remitiremos al siguiente ejemplo: una **sentencia definitiva** pronunciada en un determinado proceso de familia, fue notificada al apoderado del demandado, a quien le fue desfavorable la providencia, a las 09:00 horas del lunes 1º de un específico mes, por lo que deberá interponer (y fundamentar por escrito) su recurso de apelación "dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la sentencia" (Art. 156 inc. 2º de la Ley Procesal de Familia), por lo que el **PRIMER DÍA** se cuenta a partir de las 09:00 horas del lunes 1º y concluye a las 09:00 horas del martes 2; el **SEGUNDO DÍA**, lo contamos a partir de las 09:00 horas del martes 2 y termina a las 09:00 horas del miércoles 3; el **TERCER DÍA**, cuenta a partir de las 09:00 horas del miércoles 3 y finaliza a las 09:00 horas del jueves 4; el **CUARTO DÍA**, parte de las 09:00 horas del jueves 4 y llega a su fin a las 09:00 horas del viernes 5; y el **QUINTO DÍA**, se inicia a partir de las 09:00 horas del viernes 5 y concluye a las 09:00 horas del lunes 8 (no cuentan el sábado 6 ni el domingo 7 por no ser días hábiles). Pero como se entiende que los plazos deben ser completos, que corren hasta la medianoche del último día de los mismos y que cerrada la oficina del juzgado de familia a la hora que prescribe la ley ya no se reciben peticiones, significa que (en el caso planteado) el agraviado dispondría hasta las 16:00 horas (4 p.m.) del

lunes 8 para presentar su escrito de apelación de la sentencia de que se ha hecho mérito.

La regla aplicada al ejemplo que antecede, también tiene validez para el ejemplo que anteriormente planteamos en el párrafo correspondiente al epígrafe "LA DIFERENCIA FUNDAMENTAL" (pág. 5).

6. ¿Retorno a la regla general?

Si observamos bien el ejemplo planteado, notamos que, contando el plazo a partir de la hora de la notificación, volvemos a la regla general del cómputo de los términos establecido en la legislación común, pues si la notificación se realizó el lunes 1º (independientemente de la hora en que se haya verificado), si el plazo lo contamos desde el día siguiente al de la notificación respectiva o sea a partir del martes 2, éste sería el primer día, el miércoles 3 sería el segundo, el jueves 4 sería el tercero, el viernes 5 sería el cuarto y el lunes 8 sería el quinto, de modo que llegamos a la misma conclusión si el término los contamos a partir de la HORA de la notificación. Aparentemente resultaría estéril esta última manera de contar los plazos (a partir de la hora de la notificación o del instante en que ésta se realiza), pero probablemente con el siguiente planteamiento no lo sea.

En materia procesal civil "el término para apelar de toda sentencia será el de tres días contados desde el siguiente al de la notificación respectiva" (Art. 981 del Código de Procedimientos Civiles), de donde han surgido dos posiciones hasta encontradas de parte de algunos juzgadores y abogados en el ejercicio libre de la profesión. Quienes interpretan literalmente la ley sostienen que, si se interpone recurso de apelación el mismo día en que se notificó la providencia, no puede admitirse la alzada o dársele trámite, porque el legislador ha dispuesto que el plazo para hacer uso del derecho comienza el siguiente día de aquél en que se realizó la notificación. En cambio otros intérpretes, con amplitud de criterio, afirman que el derecho de apelar nace del agravio que causa la sentencia y ésta se conoce en el instante mismo de la notificación, de donde concluyen que el derecho de alzarse de ella nace desde el momento en que se realiza la notificación, porque en ese preciso instante se tiene conocimiento de la providencia que causa agravio, de donde concluyen que la apelación se podría interponer el mismo día en que se realice el acto de comunicación relacionado.

Esa dualidad de opiniones se evita en la competencia familiar con la redacción que se dió a las disposiciones contenidas en los incisos 1º y 2º del Art. 156 de la Ley Procesal de Familia, pero interpretándolas en el sentido de que el plazo se inicia desde el instante o la hora de la notificación y no desde la fecha o el día de la misma.

7. Aplicación de la regla general

Es de aclarar que en la Legislación adjetiva familiar, también hay disposiciones que se remiten en forma tácita o de manera expresa a la regla general del cómputo de los plazos contenido en el Art. 212 del Código de Procedimientos Civiles, tal como ocurre con los Arts. 160 inc. 1° y 164 de la Ley Procesal de Familia respectivamente. En el primero de ellos (Art. 160), cuando el representante judicial de una de las partes interpone el recurso de apelación, de una sentencia definitiva por ejemplo, el juez de familia, al admitirlo o tenerlo por interpuesto, "manda a oír a la parte contraria en el plazo de cinco días, a fin de que se manifieste sobre los argumentos del apelante", lo que significa que esos cinco días comenzarán a correr desde el día siguiente de la fecha en que se notificó la providencia, ya que al no aclarar el legislador (en este caso) desde cuándo se inicia el cómputo del plazo, tendremos que remitirnos a lo establecido en el Art. 212 del Código de Procedimientos Civiles, que se aplica supletoriamente cuando la Ley Procesal de Familia (Art. 218) no regula en forma expresa determinadas situaciones, siempre que no exista contraposición a la naturaleza y finalidad de dicha ley especial. En el segundo de los casos (Art. 164 de ésta), cuando la apelación es denegada indebidamente por el juez de familia, el recurrente puede interponerla (de hecho) ante la respectiva cámara de familia "dentro de tres días contados desde el siguiente al de la notificación de la negativa", lo que significa que el legislador en forma expresa se remite a la regla general, determinando de qué manera debe contarse el plazo.

8. El otro caso de excepción

También es de hacer notar, como se dijo al principio (pág. 3, "LAS EXCEPCIONES", 2ª línea), que en la Ley Procesal de Familia se encuentra contemplado otro caso de excepción o salvedad a la regla general, establecida en la legislación común en relación al cómputo de los plazos, en el sentido de que éstos se contarán desde el día o la fecha de la notificación (no desde la hora) y está relacionado con el incidente de recusación de Jueces y Magistrados de Cámaras de Familia (Art. 67 inc. 2° de la Ley Procesal de Familia), disponiendo el legislador que para recibir la prueba de la recusación, el tribunal superior (Cámara de Familia o Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su caso) debe celebrar una audiencia, para lo cual fija el lugar, el día y la hora en que deba realizarse, la cual se llevará a cabo "dentro de los ocho días contados a partir de la fecha de la notificación" de la resolución mediante la cual se hace el señalamiento para la celebración de la audiencia. En este caso, el legislador dispuso en forma expresa que ese plazo de ocho días no debe contarse desde la hora de la

notificación, ni desde el día siguiente de ésta, sino desde la fecha en que se realizará la notificación del señalamiento.

9. Conclusión

Las opiniones vertidas o criterios externados por medio de las anteriores líneas, obedecen a las diversas interpretaciones que se han hecho de algunas disposiciones de la Ley Procesal de Familia, especialmente las que establecen plazos procesales: a) para subsanar la carencia de requisitos de las demandas (Art. 96), b) para la contestación de éstas (Art. 97), c) para interponer el recurso de apelación de las sentencias interlocutorias (Art. 156 inc. 1º) y d) para plantear la alzada de las sentencias definitivas (Art. 156 inc. 2º).

De modo pues, que cuando la ley ordene que un determinado acto puede o debe realizarse dentro del plazo de tantos días "siguientes a la notificación" o "contados a partir de la notificación" o "contados desde la notificación", se debe interpretar que el término se cuenta desde el instante o la hora en que se realice la notificación y que el plazo concluye a las dieciséis horas (04:00 P.M.) del último día.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS PLAZOS

*Lic. Javier Antonio Tobar Rodríguez**

SUMARIO: Introducción. 1. Temática (problema). 2. La forma de los actos procesales. 3. El lugar de presentación de los escritos. 4. Los plazos en materia procesal de familia. 5. ¿Es aplicable el Art. 155 C. Pr. Pn. en materia procesal familiar? 6. Recomendaciones.

Introducción

La Ley Procesal de Familia, más adelante (L. Pr. F.), como todo nuevo cuerpo legal, que pretende otorgar autonomía a una determinada rama del derecho, derecho procesal de familia (D. Pr. F.), anida los principios y normas jurídicas *propias*, tendientes a concretar la celebración de los actos procesales.

En ese marco conceptual, se regula que toda persona que haya de comparecer al proceso por derecho propio o por representación legal, deberá acudir con abogado que la represente; además, prescribe la forma (verbal o escrita) para otorgar poder al apoderado, el lugar de presentación del escrito de poder judicial específico, el idioma a emplearse en los actos procesales, la forma y plazo para desarrollarlos, etc. En conclusión, la ley contiene básicamente, las normas necesarias para darle vida a los actos procesales. Los plazos, lugar, forma e idioma son conceptos íntimamente unidos.

Los aplicadores de las normas jurídicas procesales, partes y jueces (juezas) muchas veces sostienen criterios jurídicos no muy coincidentes entre ellos, eso debido a que las leyes no son uniformes en algunas prescripciones, respecto a los plazos, entre otras causas. La diversidad de criterios genera inseguridad jurídica, por cuanto el destinatario de la norma, no sabe a que atenerse frente a la ley en manos de los jueces y juezas.

Las siguientes líneas tienen por objeto, exponer –brevemente– algunos criterios respecto a los plazos, lugar y forma de los actos procesales, a fin de sumergir al lector a la búsqueda y reflexión de una solución armónica al debido proceso y a la ciencia del derecho. Es decir, no es el objeto el explicar los plazos civiles (sustantivos), que obedecen a otras reglas distintas de

* El autor es abogado. Profesor de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", en la materia de Introducción al Derecho, ex colaborador jurídico del Juzgado Segundo de Familia y Cuarto de lo Mercantil, ambos de la ciudad de San Salvador, y actualmente de la Cámara de Familia de la Sección del Centro. Graduado de la primera promoción del Diplomado en Derechos Humanos, mención "Acceso a la Justicia" de la Universidad "Rafael Landívar", Guatemala, en conjunto con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la AUSJAL.

las procesales, aunque brevemente haré mención del Art. 46 C. C. Y una exposición completa de los temas propuestos, también escapa de las fuerzas de éstos párrafos, tarea que quedará pendiente para el futuro.

1. Temática

"Inseguridad jurídica por la existencia de diversos criterios jurídicos referidos a la forma de contabilizar los plazos y el lugar de presentación de escritos en la competencia de familia".

2. Forma de los actos procesales

Como pieza fundamental del andamiaje procesal, el Art. 23 L. Pr. F.¹, en principio, prescribe que la forma de los actos procesales debe atenderse a la finalidad de los mismos. Así, no se le concede excesivo énfasis a la forma que revisten esos actos, sino al cumplimiento de sus fines. Se establece una especie de relación proporcional entre la forma y la finalidad, en otras palabras, una relación de medio-fin.

La disposición comentada, bautizada con el epígrafe "forma de los actos procesales"² nunca define qué y cuál es la forma de esos actos, sino la función de la forma. Con la ayuda de otras disposiciones legales³ afirmo que

-
- 1 El artículo 23 reza: " La forma de los actos procesales será la necesaria para la finalidad perseguida, salvo cuando la ley la determine expresamente y en todo caso, se evitará el ritualismo". La ley determina la forma expresamente en el Art. 11 Inc. 1ª L. Pr. F. al exigir que el poder para intervenir en un proceso familiar, debe constar en una escritura pública; sin embargo, posteriormente, deja la salvedad para que pueda ser otorgado mediante escrito firmado por la parte, etc..
 - 2 Acoto el epígrafe, con el fin de exponer la pretendida finalidad del legislador de prescribir en esa norma (Art. 23 L. Pr. F.) la forma de los actos procesales. Escribo, "pretendida", porque, como bien se sabe modernamente, el epígrafe no debe constituir un criterio de interpretación de los artículos, ya que para esta tarea, solo debe considerarse los mandatos normativos contenidos en cada una de las disposiciones legalmente emitidas. Este criterio puede encontrarse en el Art. 115 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos: "Los títulos que encabezan los artículos de esta Ley tienen una función exclusivamente indicativa, por lo tanto, no surten ningún efecto para la interpretación de las disposiciones de la presente Ley".
 - 3 El Art. 42 reformado L. Pr. F. dice que la demanda se presentará por escrito, el Art. 46 L. Pr. F. prescribe que la contestación de la demanda se presentará en esa misma forma. Los incidentes, según el Art. 60 L. Pr. F. se promoverán por escrito, "salvo los planteados en audiencia que se podrán formular verbalmente". El Art. 148 Inc. 1ª reza: "Los recursos se interpondrán en forma oral en las audiencias o por escrito, en el tiempo y forma establecidos, bajo pena de inadmisibilidad". El Art. 156 incs. 1ª y 2ª en lo pertinente dicen: "El recurso de apelación deberá interponerse por escrito dentro de los tres días siguientes a la notificación ...salvo cuando se dictare en audiencia..., en cuyo caso se propondrá en forma verbal. (El subrayado es mío). El Art. 164 L. Pr. F. requiere que la apelación por la vía de hecho sea por escrito,

el Art. 23 L. Pr. F. se refiere a que los actos procesales pueden realizarse en forma oral o escrita.

Un ejemplo de la forma de un acto, es lo que sucede con el examen previo. Éste puede hacerse constar en auto o acta, ya que la ley no prescribió la forma de su realización; además no se le debe conceder mayor importancia a la forma, ya que lo más importante es el cumplimiento de la finalidad del acto. En este último punto, en pocas palabras, diré que el examen previo es un momento procesal y a la vez encierra la facultad del juez(a) de analizar, ahondar en el caso planteado (en su demanda, contestación, pretensión, ubicación de hechos controvertidos, sus probanzas, excepciones, sus pruebas, nulidades, etc.). Un proceso debidamente examinado, posibilita el éxito del desarrollo de la audiencia preliminar, ya que ofrece al juez una visión panorámica y clarificadora del espectro procesal. Lograr esa finalidad, es más relevante que preocuparse por documentar el examen previo en acta o resolución.

4. Lugar de presentación de los escritos

La L. Pr. F. no contiene una norma general que regule el lugar de la celebración de los actos. A diferencia de lo antes comentado, en las Disposiciones Generales de esa ley, Capítulo I, del Título II, actos procesales, básicamente, se regula el idioma, forma, plazos procesales (Arts. 22/40).

Para mejor inteligencia de este punto, vale recordar, que los actos procesales —en esencia y para efectos de este estudio— son: actos de parte y judiciales.

Los primeros, corresponden a las partes y son: la demanda, contestación, reconvencción, escritos de revocatoria, apelación y el poder específico, entre otros.

Los actos judiciales, atañen al juez(a), v.gr.: Admisión de la demanda, examen previo, sentencia, etc.

En ausencia de una norma genérica que señale lo relativo al lugar de los actos procesales, me auxilio de una interpretación integral de la L. Pr. F. El Art. 11 inc. 1º L. Pr. F., faculta a la parte a presentar personalmente el escrito de poder específico al juez o tribunal. Aunque la disposición no precisa si se refiere al juez que conocerá o conoce del caso, perfectamente, puede incluirse el supuesto, de la presentación del escrito del poder específico al juez que conoce del caso determinado, es decir, ya iniciado⁴. A la

4 Por ejemplo, el Juez de Familia de San Marcos, conoce de un proceso de divorcio; días antes de la celebración de la audiencia preliminar, la parte demandada puede apersonarse al tribunal y presentar personalmente el escrito de poder específico.

Secretaría de la Cámara de Familia podría presentársele ese mismo escrito, aun cuando el proceso no haya sido remitido por el juez a quo. Si se inicia un proceso por demanda en la periferia de San Salvador, el juzgado conocerá del caso, por lo que puede también recibirse el escrito.

Respecto del lugar de presentación de los escritos de la parte, hubiese sido útil su regulación precisa y clara, a pesar de la carencia de una norma genérica sobre ese asunto, se sobreentiende que deben ser presentados ante el juez (jueza) o mejor dicho secretario(a) del juzgado o tribunal que conoce o conocerá del caso.⁵ Además, lo anterior lo señalan el Art. 83 ord. 1ª C. Pr. C. y Arts. 70 fracción 2ª, 71 y 78 fracción 4ª L. O. J.

Otra disposición que señala el lugar de presentación de escritos, es el Art. 163 L. Pr. F. Este señala que si la apelación fue denegada indebidamente, el apelante puede acudir al tribunal superior en grado, (obviamente) a presentar el escrito de apelación por esta vía o canal de presentación de peticiones. Es decir, recoge la figura de la apelación por la vía de hecho, mal llamado recurso de hecho.

Esto tiene como antecedente, que ordinariamente, el impetrante debe utilizar la vía o conducto franqueado por la ley para presentar la apelación, es decir, presentar su alzada ante el juez, jueza que conoce del proceso y no ante otro, no ante la Cámara de Familia, sino sólo cuando le fuere denegada indebidamente. Lo anterior parece de fácil comprensión para cualquiera, sin embargo, a la Cámara de Familia de la Sección del Centro, llegó un caso donde previamente, al inicio del conocimiento de este tribunal, el apelante había presentado la alzada ante un tribunal que no conocía del asunto, éste lo recibió y remitió al juez que sustanciaba el proceso.

Ahora bien, si su apelación fue indebidamente denegada, la ley faculta al peticionario el empleo de otra vía –no usual– para presentar su escrito ante la Cámara de Familia competente.

Es decir, que la ley señala el lugar para la presentación de la petición, de acuerdo a la existencia de autoridades competentes para conocer del asunto discutido (proceso iniciado) o por discutir (inicio de un proceso).

Es menester hacer hincapié en que lo anterior (señalamiento legal del lugar de presentación de escritos) se debe a que la ley reguló (no limitó) el ejercicio del derecho de petición, estableciendo facultades a los particulares (hacer uso de los recursos ante tal autoridad) y, a su vez, deberes a los funcionarios para recibir y admitir un escrito. Con esto se elimina la arbitrariedad y nos adentramos al imperio del derecho.

5 Las demandas de familia en la zona periférica de San Salvador, se presentan ante juzgados competentes y no en la Secretaría Receptora de Demandas, con sede en el "Centro Judicial Isidro Menéndez".

Por otro lado, el lugar de la celebración de un acto es importante, ya que de ello se deriva la existencia del acto legalmente establecido (presentación de un escrito, audiencia) y sugiere la competencia de una autoridad. De ahí, que se diga que por la vía procesal inadecuada, se configure la ineptitud de la demanda. Por ejemplo, que se presente una demanda civil ante un Juzgado de Familia o que en S. S. (área metropolitana) se presente directamente una demanda de divorcio ante un Juez(a) Segundo de Familia de San Salvador, cuando debió presentarse ante la Secretaría Receptora y Distribuidora de Demandas⁶.

Lo mismo sucede, con el escrito de petición de la ejecución de la sentencia definitiva. Los Arts. 170, 171, 172 L. Pr. F., al ser leídos en forma integral, se concluye, que aquel escrito se presentará ante el juez que conoció del proceso (cognoscitivo) en primera instancia, porque éste es el autorizado para ejecutar la sentencia. Es por esta razón que la ejecución se lleva en el mismo expediente que documenta el proceso cognoscitivo, es decir se ejecuta sin aperturar otro expediente. También así lo regula el Art. 441 C. Pr. C.

Otro supuesto, es el contenido en el Art. 207 L. Pr. F., el cual indica que la solicitud de conciliación se presentará ante la Secretaría del Juzgado de Paz respectivo.

Con estas y otras disposiciones legales, demuestro que el lugar de presentación de los escritos de la parte constituye una vía o conducto procesal importante, por cuanto sugiere la competencia del juzgador y, por ello, la ley determina las autoridades ante quienes se presentan. Amén que las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les otorga la ley, Art. 86 *in fine* Cn.

En relación a lo comentado en este acápite, Vescovi afirma que los escritos de las partes son documentos privados pero, al ser presentados, adquieren fecha cierta; más adelante, dice que el escrito debe presentarse en la oficina del juzgado correspondiente. Caso de ser presentado por equivocación en otra oficina, en general, técnicamente, el escrito estaría mal presentado⁷.

5. Los plazos en materia de familia

La materia procesal de familia en El Salvador, por tener su génesis en una ley especial (L. Pr. F.), dispone una forma propia de contar los plazos.

6 El Art. 153 L. O. J. en esencia reza: "(...) créase como dependencia de la Corte Suprema de Justicia una Secretaría Receptora y Distribuidora de Demandas y solicitudes iniciales de diligencias que se presenten por escrito. Tal dependencia funcionará en el Centro Judicial Isidro Menéndez y estará a cargo de un Secretario Distribuidor. El Secretario deberá llenar los mismos requisitos que se exigen para ser Juez de Primera Instancia y será el único competente para recibir y ordenar la distribución entre los jueces mencionados de las demandas y solicitudes respectivas(...)".

7 Vescovi, Enrique, *Introducción al Derecho*, 20ª Ed. IB de F, Montevideo, Uruguay, Buenos Aires, Argentina, año 2001, Pág.230/231.

Así, el Art. 24 L. Pr. F. reza: "Los actos procesales deben cumplirse en los plazos establecidos y se contarán en días hábiles".

En hermandad con esa norma jurídica, el Art. 26 del citado cuerpo legal acuña las expresiones: "días y horas inhábiles". A *contrario sensu* significa que existen en el mundo jurídico procesal familiar, días y horas hábiles.

Cabe ahora preguntar: ¿cuáles son esos días y horas hábiles o inhábiles en materia procesal de familia?

La respuesta es sencilla, las horas hábiles son las horas de audiencia o laborales de la administración de justicia (juzgados), inician a las ocho a.m. y finalizan a las cuatro p.m. de lunes a viernes. Las horas y días inhábiles, obviamente son las excluidas de esos rangos de tiempo; aquí también incluyo los días sábados, domingos, días feriados (v.gr. vacaciones de agosto, fin de año, etc.).

De lo anterior, preliminarmente, se puede concluir, que todos los plazos "procesales" deben ser contados con base en la L. Pr. F., en horas y días hábiles. Pero el problema no termina ahí, ¿será aplicable el Código Civil al respecto?

Para contestar, me remito al Art. 46 y siguientes C. C. aquí, cabe recordar, que el C. C. es un cuerpo normativo general. Frente a ése, en el ámbito de validez material familiar (*ratione materiae*) está vigente la L. Pr. F., que es la ley que debe prevalecer frente a disposiciones generales. Esto lo demostraré a continuación.

A-) Los Arts. 46, 47 y 48 C. C., tienen como factores en común y que chocan con la L. Pr. F., lo siguiente:

- nunca se refieren expresamente a la terminología: días inhábiles,
- solo se refieren a los días feriados, en estricto sentido, no aluden a sábados y domingos.
- la praxis jurídica incluye los días sábados y domingos en el cómputo de plazos, pues éstos se cuentan en días corridos,
- la regla general (Art. 48 C. C.) es que los plazos incluyen los días feriados y por excepción los plazos se computan en días útiles (hábiles), siempre y cuando se exprese así en las leyes, decretos del Órgano Ejecutivo y Judicial.

-Los plazos corren hasta la medianoche del último día del plazo.

B-) En cambio, en la L. Pr. F., los plazos se cuentan en:

- días y horas hábiles.
- no se cuentan dentro de los plazos días feriados, días y horas no hábiles.
- Acuña la expresión "días hábiles y días inhábiles" (éste último comprende días feriados, sábados y domingos); enfatizo, que el C. C. solo se refiere expresamente a los días feriados y no a los sábados y domingos.

Además, si en la L. Pr. F. se regula lo relativo a los plazos y por tanto no existe vacío legal, no hay por qué recurrir al auxilio de una norma jurídica supletoria del Código Civil (C. C.).

¿Existe derogatoria por la L. Pr. F. sobre el C. C. en lo relativo a los plazos? No, simple y sencillamente, esas normas del C. C. referentes a los plazos procesales no son aplicables con todo rigor o amplitud a los procesos de familia, como cuando el Art. 46 C. C., regula que los plazos deben ser completos, efectivamente, así debe operar en materia de familia, pero no en lo atinente a que los plazos se contarán hasta la medianoche del último día del plazo, sino hasta las cuatro de la tarde o en horas de oficina del último día del plazo. A pesar que la L. Pr. F. en sus reglas generales sobre los actos procesales, no establece expresamente el término –fin– de los plazos, estimo, que de la lectura del Art. 24 L. Pr. F. y por ser los actos procesales perentorios (Art. 25 L. Pr. F⁸.), se puede concluir que la ley alude a términos o puntos finales de un plazo.

Sobre el cómputo del plazo para impugnar la sentencia definitiva (Art. 156 L. Pr. F.), al igual que el plazo para contestar la demanda (97 L. Pr. F.), haré alusión escuetamente, quedando pendiente el análisis amplio de este tema, por motivos de limitación del espacio designado para este ensayo. En síntesis, la Cámara de Familia de la Sección del Centro ha sostenido que para “unificar los plazos y que el ejercicio de los derechos de las partes esté conforme al principio de igualdad y principalmente a la Constitución, es procedente contabilizar los plazos a partir del día siguiente del acto de comunicación; de esa manera se garantizará a la parte demandada, que tendrá el tiempo suficiente y completo para ejercer la defensa de sus derechos...” (43-A-04, igual en 15-IH-03, 9-IH-02-13-IH-00), en el mismo sentido ha resuelto la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución dictada a las nueve horas y cuarenta minutos del día doce de diciembre de dos mil tres, en proceso de Declaratoria Judicial de Paternidad, que conoció en apelación la Cámara de Familia de la Sección del Oriente,

6. ¿Es aplicable el Art. 155 C. Pr. Pn. en materia procesal familiar?

En no pocas ocasiones, varios Jueces de Paz y de Familia, han creído, que el Art. 155 C. Pr. Pn. es aplicable en materia procesal familiar.

En las siguientes líneas, relataré brevemente uno de esos casos, para lo cual utilizaré nombres ficticios.

En el incidente de apelación por la vía de hecho (7-IH-03) conocido por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, constaba en la pieza de primera instancia, que una de las partes materiales era asistido por su apo

8 Art. 25 inc. 1² L. Pr. F. “Los plazos señalados para realizar los actos procesales son perentorios, salvo que exista impedimento por justa causa. Vencido un plazo, sin necesidad de petición alguna, se dictará la resolución que corresponda al estado del proceso”.

derado. Dicho apoderado había elaborado un escrito de apelación contra una interlocutoria que les agraviaba y que había sido dictada por la Jueza Cuarto de Familia S. S. Parte y apoderado se apersonaron al Juzgado de Familia para presentarla, cuya fue la sorpresa, al darse cuenta que ese tribunal estaba cerrado, porque sus labores cesan a las cuatro de la tarde (4:00 p.m.) de un día (5 de febrero-03).

Aquéllos, en su creencia que el plazo para presentar su escrito vencía a las veinticuatro horas de ese día, como su siguiente paso, acudieron al Juzgado Séptimo de Paz de S. S. a presentar el escrito de apelación a las seis de la tarde del día en mención, el cual en base al Art. 155 C. Pr. Pn. fue recibido y posteriormente remitido al Juzgado Cuarto de Familia S. S.⁹

Para mejor inteligencia del asunto, transcribo el Art. 155 C. Pr. Pn., el que literalmente prescribe: "Los actos procesales se practicarán en el término de tres días, sin perjuicio de que el juez o tribunal o la ley disponga de un plazo mayor. Éstos correrán desde que comienza el día siguiente a aquél en que se efectuó la notificación, y vencerán a las veinticuatro horas del día final.

Si son comunes comenzarán desde la última notificación que se practique a los interesados.

La Corte Suprema de Justicia organizará una oficina permanente para recibir los escritos de las partes fuera del horario hábil. En los departamentos del interior del país, los escritos se podrán entregar personalmente al secretario o a un empleado del Juzgado de Paz, para que los envíe inmediatamente al tribunal competente."

El primer inciso del Art. 155 C. Pr. Pn., es similar al Art. 46 C. C., al prescribir que el término vencerá a las veinticuatro horas del día final o a la medianoche del último día del plazo.

¿Contiene la L. Pr. F., alguna disposición legal que señale que los plazos terminan a las veinticuatro horas o a la medianoche del día final?

No. Pero sí establece que se contarán en días y horas hábiles, Art. 24 L. Pr. F.

Más adelante, el Art. 155 inc. 3º C. Pr. Pn., para dar viabilidad a la presentación de escritos en horas inhábiles (en horas de la noche), indica a la Corte Suprema de Justicia que organice una oficina de recepción de escritos y que en el caso de los departamentos del interior del país, los escritos se podrán presentar al secretario o empleado del Juzgado de Paz (se supone que al juzgado de turno o que labore en horas no hábiles) para que los envíe al juzgado competente o donde se tramite el caso.

9 . En otra ocasión, una Cámara de lo Civil del interior del país, recibió un escrito de apelación por la vía de hecho, el cual estaba referido a un proceso de familia; ese tribunal posteriormente lo remitió a la Cámara de Familia de la Sección del Centro (3-1h-04). Confrontar el Art. 163 L.Pr.F.

De la sola lectura de ese artículo, salta a la vista que es frente a la necesidad de presentar y recibir escritos hasta las veinticuatro horas de un día, que la ley señala el medio estipulado para solucionarla, es decir, señala el establecimiento de una oficina receptora de escritos. El fin, es el acceso a la justicia. Esto precisamente, porque en el proceso penal, está en juego la libertad de tránsito. Frente a ello, la ley otorga prerrogativas, como la presentación de escritos en horas no hábiles, incluso la celeridad en el procedimiento es más apremiante que en otras ramas del derecho (derecho procesal civil).

Esa necesidad no se presenta en el ámbito familiar, por lo que no se justifica ni se presenta una solución similar en la L. Pr. F. Posiblemente, podría considerarse –por su utilidad– en el supuesto de solicitudes de medidas cautelares y de protección, violencia intrafamiliar.

En el caso planteado, la vía (lugar) de presentación del escrito no es la franqueada por la ley y tampoco puede aplicarse el Art. 155 C. Pr. Pn., es decir, si la ley (L. Pr. F.) alude al lugar de presentación de escritos, no existe vacío legal, por tanto, no es aplicable analógicamente el Art. 155 C. Pr. Pn., por cuanto no existe laguna legal que pueda ser suplida por esa disposición legal. Además, el aplicar esa norma jurídica, implicaría brindarle al juez de paz o secretario de esos juzgados, más potestades que las que les confieren las leyes, en contravención con el Art. 86 *in fine* Cn. La recepción de escritos en horas inhábiles, debería estar autorizada por la ley a una autoridad, como ocurre, por ejemplo, con la Secretaría Receptora de Demandas, la cual recibe las demandas que conocerán –mediante su remisión– los tribunales del Centro Judicial “Isidro Menéndez” y en tal efecto, se encarga de distribuirlas.

Respecto del lugar de los actos procesales, Víctor Fairen Guillén, afirma que en los lugares donde hay varios Juzgados, “hay un <<Juzgado de Guardia>>, ante el cual pueden presentar escritos las partes, fuera de las horas hábiles (...). Este juzgado, pasa diariamente lo recibido durante su guardia, al que le corresponde el asunto, según su orden jurisdiccional(...) es fundamental su funcionamiento para las instrucciones penales”.

Respecto del plazo:

Estimo, que no es aplicable en materia procesal de familia, la disposición legal comentada (Art. 155 Pr. Pn.). Como antecedente, cabe recordar, que la resolución que se impugnaba era una interlocutoria contra la Jueza Cuarto de Familia S. S. Al punto, el Art. 24 L. Pr. F. establece que los actos procesales deben cumplirse en los plazos establecidos y se contarán en días hábiles, así en la especie, la apelación debe interponerse en el plazo de tres días siguientes a la notificación de la presente resolución, en base al Art. 156 inc. 1° L. Pr. F.

El plazo de días hábiles se cuenta de lunes a viernes; para el efecto de realizar un acto en la sede del tribunal (para presentar un escrito), el plazo comienza de ocho de la mañana a cuatro de la tarde o en horas de audiencia, de atención al público. Esta última disposición se refuerza con el Art. 25 y 26 L. Pr. F., el primero regula que los plazos procesales son perentorios e improrrogables, salvo justo impedimento; el segundo, prescribe que "podrá pedirse la habilitación de días inhábiles para la realización de diligencias,... La habilitación deberá ordenarse por lo menos cuarenta y ocho horas antes de los días y horas inhábiles y podrá prorrogarse hasta la conclusión de la diligencia que se trate". (Los subrayados son míos).

Con dichas disposiciones se corrobora la existencia de días y horas inhábiles, es decir sábados y domingos, horas no laborales, respectivamente. Lo anterior nos lleva a afirmar con propiedad, en principio, que en materia de familia, cuando se trate de plazos procesales, no es aplicable en toda su extensión normativa el Art. 46 C. C. que dispone la existencia del plazo en días ha de contarse hasta la medianoche del último día del plazo.

Para que una hora inhábil se habilite, se requiere una resolución judicial, salvo que por ejemplo, la secretaría del juzgado se encuentre abierta, en cuyo caso es posible la recepción de los escritos presentados en horas inhábiles. Si el escrito fue presentado fuera del plazo establecido por la ley –extemporáneamente– será rechazado (no admitido), pero eso es otra cosa distinta a la no recepción del escrito en secretaría.

Por existir las disposiciones referidas (Arts. 24, 25, 26 L. Pr. F.) que establecen que los actos procesales –apelación– deben efectuarse en los plazos señalados por la ley en horas y días hábiles, es que con base en el Art. 148 L. Pr. F. se regula la inadmisibilidad de un recurso por presentación extemporánea.

Es conveniente, ahondar en este tópico, utilizando otro argumento, v.gr. cuando se le notifica una resolución interlocutoria escrita a un particular un día lunes, éste tendrá tres días para pedir apelación a partir del día martes. En efecto, si contamos las horas efectivas que un particular tiene para pensar y elaborar su escrito, rápidamente se vislumbra que éste tiene intacto su derecho de libertad para disponer de las veinticuatro horas durante los dos primeros días (martes y miércoles); el día jueves, el litigante deberá presentarlo en la secretaría, para lo cual contará hasta las cuatro de la tarde. Si se computa el último día del plazo hasta las cuatro de la tarde para presentar el escrito, es cierto que sólo le quedarán dos días completos (martes y miércoles) para pensar y escribirlo (también le queda lo que le resta del día lunes), es decir, la consecuencia es que al litigante se le acorta el tiempo para recurrir.

Si al mismo litigante le notifican un día viernes por la mañana, este litigante le iniciará su plazo para apelar el día lunes (primer día hábil poste

rior a la notificación) y le finalizará el día miércoles a las cuatro de la tarde. Observemos que, aun cuando no se contabilice dentro del plazo el día sábado y domingo (por ser días inhábiles) el litigante es dueño de todo su tiempo durante esos días y puede utilizarlos para preparar su alzada y nadie se lo puede impedir, ni siquiera la ley, salvo excepciones. Un abogado apremiado por el asunto que litiga o diligente aprovecharía esos días.

En todo caso, el litigante, al momento de presentar su escrito de alzada, siempre debe de tomar en cuenta, que a diferencia de sí mismo, no puede disponer del tiempo de la autoridad competente para que le reciban los escritos, quien sólo está obligado a prestar su tiempo de ocho a.m. a cuatro p.m. Por ende, aunque el plazo de presentación del escrito finalizara a la media noche del último día del plazo —situación que niego—, no se le recibirá su escrito, porque las oficinas están cerradas y no existe autoridad competente para ese efecto. La crítica a esta postura podría ser, que un aspecto es el cómputo del plazo y otro la autoridad competente y ambos no deben confundirse; sin embargo, vale aclarar que ambas situaciones están entrelazadas; no puede pensarse que el último día del plazo dura hasta la medianoche, porque no hay autoridad legalmente autorizada para recibir el escrito. Si se quiere que el último día del plazo corra hasta la media noche, la ley debe regular la autoridad competente para ello, podría ser la misma Secretaría Receptora de Demandas —en el caso del Centro Judicial “Isidro Menéndez”—, insisto, la competencia solo la puede conferir la ley.

Otro tópico estriba en lo que podrían pensar algunos: 1- que una autoridad incompetente en un caso, reciba un escrito referente a un proceso bajo conocimiento de otra, a quien por fin se lo remite; 2- que esa actividad —remisión del descrito al juez competente por parte del incompetente para recibirlo— es insignificante, a via de ejemplo, que el juzgado de paz al recibir un escrito de un proceso bajo conocimiento de la Jueza Cuarto de Familia, nada más sería un pasapapeles o que solo es un mero aspecto de forma. Eso, no lo comparto, ya que se vulneraría las competencias previamente establecidas por la ley.

Esa situación podría prestarse a las más diversas arbitrariedades. Querido lector, imagínese el caso que cualquiera de las partes, presionada por la finalización de un plazo para apelar o presentar una contestación de una demanda, se dedique a perseguir a cualquier funcionario o recurre a su “amigo” para que le reciba su escrito y después, esa autoridad “manifestando que lo recibió en tiempo” lo remita al juzgado competente.

Tampoco deberá entenderse que el juzgado de paz puede recibir el escrito relacionado a un proceso de familia, en horas inhábiles, so pretexto de ampliar el acceso a la justicia, el derecho a recurrir; este derecho no es absoluto, frente a ello está la seguridad jurídica. Vale acotar, que los salvadoreños dejamos las cosas para última hora y, cuando se nos acaba el pla-

zo, queremos justificar las prorrogas. Es mejor que cumplamos las leyes, preparando a tiempo el escrito para su presentación ante la secretaría del tribunal donde se ventila la causa.

A veces, los juzgados de paz que reciben estos escritos, hasta admiten el escrito para darle trámite, es decir, efectúan una resolución, ¿a quién pretenderán notificársela? Obviamente, que no tienen un proceso, ni partes a quienes notificársela.

Solo para efectos de argumentación: Si se llegase admitir que los juzgados de paz reciban escritos después de la jornada laboral de los juzgados de familia, sin que lo prescriba la ley, es decir, que reciban cualquier tipo de escrito a las cinco de la tarde, a las siete a las nueve a las doce de la noche, tres de la madrugada, cinco de la mañana en fin, a la hora que al presentante se le antoje. ¿Por qué no recibir un escrito fuera de plazo en el juzgado de familia y admitirlo?, ¿qué objeto tendría negarle a una parte la admisión de su escrito, que ha presentado en el juzgado de familia competente, sólo porque lo presentó fuera del plazo exigido por la ley para el uso de algún derecho? En definitiva, que el juez de paz reciba escritos a la hora que el presentador lo quiera, sobre procesos que no le competen, raya en la arbitrariedad y se presta a la inseguridad jurídica.

El admitir ese entuerto, implicaría que todos los recursos o escritos "presentados extemporáneamente" deberían de admitirse ("o todos en la cama o todos en el suelo").

No es por menospreciar —o restarles relevancia— a los aspectos discutidos en materia de familia, pero creo, a diferencia de éstos, el Art. 155 C. Pr. Pn. se justifica en materia penal, pues, en ese ámbito se discute la libertad ambulatoria de las personas, que es sumamente preciada.

¿Qué tiene que ver todo esto con la seguridad jurídica? Bueno, una vez un litigante afirmó en su escrito de apelación, que el Art. 97 L. Pr. F. no se aplicaba por algunos jueces... Además, muchas veces los abogados litigantes en el ejercicio de su profesión, se preguntan: ¿cuál será el criterio de este juez?, ¿cómo interpretará la ley? La respuesta no siempre resulta satisfactoria para ellos.

Aquéllos, por más que finquen sus razonamientos en doctrina, jurisprudencia, leyes, en ocasiones, siempre les embargará una estela de incertidumbre. Esto, algunas veces se debe, a que los funcionarios al aplicar la ley al caso concreto, previamente la interpretan bajo parámetros ajenos a la hermenéutica jurídica. Si los jueces, interpretaran y aplicaran la ley mediante parámetros doctrinarios, leyes, principios generales del derecho, el resultado proyectaría mayor seguridad jurídica. Ello, por cuanto los litigantes sabrían de antemano, los parámetros a través de los cuales se ha juzgado.

No omito acotar, que también se produce inseguridad jurídica por ignorancia inexcusable. Pero este tema me lo reservo para exponerlo —según ejemplos observados— en otra ocasión.

A) En resumen:

1. El aplicar el Art. 155 C. Pr. Pn. atenta contra el principio de legalidad y de libertad restringida aplicable a las autoridades, pues no tienen más facultades que las que expresamente la ley les concede.
2. Puede violar el principio de igualdad procesal.
3. El admitir el entuerto (presentación de escritos fuera del plazo, en horas inhábiles y ante un juez incompetente en aplicación del Art. 155 C. Pr. Pn. para ser remitidos al juzgado de familia competente), en relación a un trato igualitario, implicaría que todos los demás recursos podrían admitirse aun cuando se presenten fuera del plazo y no en su lugar adecuado para su presentación o también en el juzgado competente, ya nadie debería molestarse por presentar los escritos y recursos en el juzgado competente y a horas prefijadas legalmente.
4. Tal vez, únicamente como excepción podría ser aceptable una situación así, mas no como regla general. El problema de aceptar una excepción en nuestra sociedad, es que debido a la falta de hábito en el cumplimiento de la ley, se degenera la norma jurídica, es decir, lo excepcional se vuelve general, lo anormal a normal.

B) Respecto del cómputo de los plazos, en resumen afirmo:

- 1-) Los plazos de días (ejemplo: tres días, cinco días) deberían contarse así:
 - 1.1) El de tres días: El día uno (1) y dos (2) deben contarse en horas corridas (24 horas = un día), el día tres (3 o sea el último día) hasta cuatro de la tarde. Es aplicable a la apelación contra una interlocutoria (Art. 156 inc. 1º L. Pr. F.) y al plazo para subsanar prevenciones sobre la demanda y la contestación de la demanda (Art. 96 L. Pr. F.), también al examen previo (Art. 98 inc. 1º L. Pr. F.).
 - 1.2) El de cinco días: El día uno (1) y dos (2), tres (3) y cuatro (4) deben contarse en horas corridas (24 horas = un día) y el día cinco (último día del plazo) hasta las cuatro de la tarde.
Estos plazos de días para ser contabilizados no deberían convertirse a horas, porque resultarían plazos muy prolongados en el tiempo y se sacrificaría el principio de celeridad. Lo mismo puede aplicarse al plazo para contestar la demanda (Art.97 L. Pr. F.), reconvencción y para la apelación contra sentencia definitiva.
- 2-) Los plazos de veinticuatro horas (24 horas, por ejemplo, la revocatoria -Art.151 L. Pr. F.- y complementaria -123 L.Pr.F.-), en la praxis jurídica se cuentan las horas corridas, es decir, que un litigante que le notifiquen el lunes, tendría que desvelarse para formular un buen escrito de revocatoria y muy probablemente el litigante con poco

tiempo para pensar su estrategia, lo presentará defectuoso. Por eso propongo que debería ser computado esos tipos de plazos en horas hábiles de ocho a cuatro, horario de juzgado. Esto garantizaría el derecho a recurrir. Ese cómputo de horas debe ser completo, incluso, puede descontarse la hora de receso de la una p.m. a las dos p.m., bajo la idea que este plazo corre en horas hábiles o de funcionamiento del juzgado.

7. Recomendaciones:

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay (C.G.P.U.) no deja dudas respecto de la regulación de plazos y de presentación de escritos, v.gr.: A) El Art. 93 reza: "comienzo de los plazos. Los plazos establecidos para las partes, comenzarán a correr, para cada uno de ellos, el día hábil siguiente al de la respectiva notificación(...)". B) El Art. 95, "vencimiento de plazos. Los plazos vencen en el último momento hábil del horario de la oficina del tribunal del día respectivo". C) El Art. 96 dice que son días y horas hábiles los correspondientes al horario fijado para el funcionamiento de la oficina, es decir, juzgado. D) Además, dicha disposición reza: "Los escritos deberán presentarse en la oficina y dentro de su horario de funcionamiento".

Tomando en cuenta esas premisas, recomiendo a los expertos en derecho procesal en nuestro país, reflexionen sobre el tema.

Además, la Asamblea Legislativa, en base a estudios técnicos procesales, debería efectuar reformas legales, tendientes a unificar el cómputo de los plazos en materia procesal de familia, civil y mercantil. Para ese propósito pueden auxiliarse del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. A pesar que esta recomendación tiene sabor a plagio y que se critica que nuestro país copia leyes extranjeras, considero, que nadie desprecia la sabia de la quina sólo porque no nace en su jardín¹⁰.

Como el Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador, contiene disposiciones (Arts.137/140) similares a las comentadas, la Asamblea Legislativa debería apresurarse a su aprobación.

10 Abelardo Torrè cita a Ihering y escribe: "Y esto porque, al margen de todo estrecho nacionalismo, creemos con Ihering que "nadie traerà desde la lejanía lo que en casa tiene de la misma o mejor calidad, pero sólo un loco rechazaría la cáscara de la quina, porque no ha crecido en su campo de hortalizas". Torrè, Abelardo, *Introducción al Derecho*, séptima edición actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1975, Pág.83.

— ESTUDIOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR —

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: ASPECTOS LEGALES Y NO JURÍDICOS. UN ENFOQUE SOCIOCULTURAL

*Lic. Oscar Manuel Medrano Elías**

SUMARIO: 1. Presentación. 2. ¿Qué es la violencia intrafamiliar? 3. Factores que intervienen en la violencia intrafamiliar. 4. Género y violencia intrafamiliar. 5. Violencia intrafamiliar. Aspectos legales.

1. Presentación

El presente trabajo es una monografía sobre el fenómeno de la violencia intrafamiliar, considerando sus vinculaciones legales y no legales, desde un enfoque sociocultural. Se plantea varias definiciones de diferentes autores, con el fin de tener mayores insumos de análisis, al relacionar distintos factores socioculturales que intervienen en un considerado proceso de enseñanza-aprendizaje (consciente e inconsciente), como la costumbre, la tradición, los mitos, los estereotipos, la familia, etc. Se hace una relación de lo que es violencia intrafamiliar y lo que es género, planteando en ambos que son consecuencia de un proceso de socialización que inicia en las personas desde el instante de su nacimiento.

En cuanto a los aspectos legales, se hace una referencia a los tres componentes del derecho o de la norma jurídica, haciendo énfasis en la influencia del componente político cultural, en los componentes formal normativo y en el estructural. Se finaliza haciendo mención general de las bases jurídicas de la ley contra la violencia intrafamiliar, así como las posibles vinculaciones de los sujetos desde su perspectiva personal al aplicar e interpretar las leyes.

2. ¿Qué es la violencia intrafamiliar?

En nuestro contexto social son conocidas algunas definiciones acerca de lo que es la violencia intrafamiliar, violencia doméstica o violencia familiar; mencionaremos algunas:

* El autor es licenciado en trabajo social (J. V. P. T. S. 74), miembro del Equipo Multidisciplinario del Juzgado Segundo de Familia de Santa Ana.

"Constituye violencia intrafamiliar cualquier acción u omisión, directa o indirecta que cause daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico o muerte a las personas integrantes de la familia" (Art. 3 Ley contra la Violencia Intrafamiliar)".

"La violencia doméstica es una categoría de actos que incluye la violencia conyugal y el abuso y maltrato contra la mujer". (Stark y Flieraft, 1991).

"El maltrato contra la mujer en la familia lo definimos como un patrón de conducta sistemática de violencia física, psicológica y sexual por parte del hombre hacia una mujer con quien cohabita o ha cohabitado legal o consensualmente, con el propósito de forzarla a hacer lo que él quiere sin hacer caso de sus necesidades, derechos, deseos o mejores intereses" (Diana Valle Ferrer, 1998).

"Violencia en la familia es toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica, o incluso la libertad de otro de los miembros de la misma familia, que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad" (Consejo de Europa, 1985)¹.

"Violencia doméstica se define como actos violentos ejercidos por una persona con un rol marital, sexual, parental, o de cuidados hacia otros con roles recíprocos" (Sandra M. Steth y Karen H. Rosen)².

Según las definiciones anteriores, hay una serie de conceptos que están inmersos en esta problemática, mencionando los siguientes: Sufrimiento, víctimas, victimarios, miedo, maltratos, patrones de conducta, menoscabo a la libertad, sometimiento, muerte; hechos que tienen sus causas y consecuencias; entre estos últimos sobresalen: La proliferación de la violencia en todos sus niveles, desintegraciones familiares, divorcios, niños y niñas huérfanos de padre o de madre o de ambos, personas que se convierten en reos, inclinación al consumo de drogas y bebidas alcohólicas. Las causas serán analizadas en un apartado posterior.

La violencia intrafamiliar es un fenómeno que ha permanecido a través de la historia, en diversas latitudes y en todo nivel socioeconómico. Hace algunas décadas incluso se consideraba que la violencia entre personas unidas por lazos consanguíneos o por afinidad, tenía que ser resuelta por ellos mismos, sin la intervención de las respectivas autoridades.

La violencia doméstica no se produce aisladamente; en ella intervienen una serie de hechos internos y externos interrelacionados e integrados entre sí que se complementan unos con otros.

1 Consejo de Europa: Rec. Nº (85) 4,26,5, 1985.

2 Módulo: *El maltrato infantil: Diagnóstico e intervención*, Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona, 2000.

3. Factores que intervienen en la violencia intrafamiliar

La violencia intrafamiliar es un fenómeno complejo, determinado por los procesos de formación de la personalidad y de socialización de las personas; por lo tanto, si se quiere enfrentar este fenómeno, es de considerar los siguientes factores culturales que intervienen en dicho proceso:

- a) **La costumbre**, que son los hábitos adquiridos por la repetición de actos de la misma especie, son prácticas usadas y reproducidas en el ambiente familiar³.
- b) **La tradición**, que es la transmisión de valores, principios, conductas, hecha de generación en generación y que es promovida por medio de la práctica.
- c) **Los mitos**, son creación humana que se apoyan en la tradición y en las creencias populares; son una forma de explicación de la realidad que tiene significados vitales que influyen en la vida individual y colectiva⁴.
- d) **Los estereotipos**, que son los gestos, palabras, fórmulas, expresiones, acciones, hechos, actuaciones, maniobras, que se repiten invariablemente, como respuesta a determinadas situaciones. Es una creencia popular u opinión preconcebida, que se aplica a un aspecto de la realidad; si el estereotipo es aceptado por la persona, grupo o colectividad, entonces influye significativamente en las respectivas actitudes y formas de comportamiento.
- e) **La educación**, en un sentido amplio, es el proceso mediante el cual una persona desarrolla su capacidad física o intelectual, es decir, existe una socialización de valores, normas, creencias y comportamientos. El proceso educativo inicia en la familia, continuando con la educación formal, complementándose en otras formas de educación, como la no formal, la educación social, la educación popular, la educación religiosa o espiritual.
- f) **La familia**, es un grupo de personas emparentadas entre sí, ascendientes, descendientes, colaterales y afines que conviven juntas. Ezequiel Ander-Egg, dice que es la forma de vinculación y convivencia más íntima, en la que la mayoría de personas suelen vivir buena parte de su vida. Según la cultura social que practique la familia en relación a sus normas, patrones de conducta, límites, etc., así puede ser la influencia o la desarticulación de la violencia intrafamiliar. Las familias también pueden clasificarse en: Familia

3 *Diccionario de la Lengua Española*, OCÉANO, Grupo Editorial, S. A., Barcelona.

4 Ezequiel Ander-Egg, *Diccionario de trabajo social*, 1995.

nuclear, compuesta por el padre, la mujer y los hijos, este tipo de familia actualmente se encuentra en crisis; familia compuesta, es la formada por familias nucleares o parte de éstas; familia extensa, se refiere al conjunto de descendientes, ascendientes, colaterales y afines de una familia nuclear; familia sustituta, es la que acoge a un niño o niña con el aval de la familia natural o por resolución judicial.

- g) **La religión**, que es el sistema de creencias, dogmas, prácticas y ritos que forman la concepción de la vinculación y religiosidad de las personas con la divinidad; por lo tanto, ésta determina en gran medida el comportamiento de los seres humanos, ya que implica el cumplimiento de un deber.
- h) **El poder cultural**, el cual asigna las normas culturales-ideológicas que adaptan a los miembros de la sociedad a una estructura arbitraria; legitima la estructura dominante, la hace percibir como la forma natural de organización familiar y social; oculta también la violencia que implica toda adaptación del individuo a una estructura en cuya construcción no intervino y hace sentir la imposición de esa estructura, como la socialización o adecuación necesaria de cada uno para vivir en familia y en sociedad⁵.

Los factores culturales enumerados anteriormente, son aspectos no legales, pero que intervienen directamente como consecuencia de un proceso de socialización en la formación de la personalidad integral de las personas, y al mismo tiempo influyen en las manifestaciones de una conducta violenta y agresiva al interior de las familias.

4. Género y violencia intrafamiliar

El género y la violencia intrafamiliar son elementos que están estrechamente relacionados entre sí, debido a que ambos, desde un punto de vista social, son consecuencia de un proceso de socialización educativo (en forma consciente o inconsciente), que es parte y está inmerso en el desarrollo, formación y formas de actuar de las personas en las familias y en la sociedad.

El género está concebido como el conjunto de valores, normas, conductas, tradiciones y funciones que la sociedad asigna a mujeres y hombres en una época y cultura determinada: por lo tanto, el género es algo aprendido, no natural. Según esta definición, se destacan algunos valores para los hombres como características de ellos: La fuerza física, la inteligencia racional, la libertad el poder, etc.; y para las mujeres son asignados roles de

5 Vásquez- Martínez, Oscar, *Masculinidad y paternidad responsable*, departamento de psicología, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas".

amas de casa, cuidadoras de niños, sometimiento, débiles física y racionalmente, etc.; esta diferenciación de funciones entre hombres y mujeres que ha sido impuesta por la sociedad –porque no son roles o características naturales– incide en que se promueva la violencia intrafamiliar, en este caso de parte del sexo masculino en contra del femenino.

Mujeres y hombres somos educados con relación al género de manera similar a como han sido nuestros ascendientes y, al mismo tiempo, los mismos estereotipos transmitimos a nuestros descendientes; según Marcela Lagarde, esto sucede debido a los modos de vida sociales, al tipo de sociedades en que vivimos –sus relaciones sociales, económicas y políticas–, que generan y reproducen sustratos de las condiciones de género masculina y femenina. Las culturales que nos envuelven y hacen comprensible la vida y manejable aun lo incomprensible, producen mitos que nos impiden observar lo obvio o descalificar lo evidente; y son las sociedades y las culturas, la historia y no los genes, ni la herencia, responsables de como somos hombres o mujeres y de lo que ocurre entre ambos⁶.

Con relación a la organización social de género, la distribución de los bienes y recursos materiales y económicos son de dominio masculino, generando, este hecho, autoridad y poder a los hombres, lo que influye a perpetuar la violencia, las agresiones e irrespetos de éstos hacia sus esposas e hijos.

Es de considerar que género y violencia intrafamiliar se encuentran en estrecha coordinación con el patriarcado, que se puede definir como un “Sistema familiar, social, ideológico y político con el que los hombres –a través de la fuerza, la presión directa, los rituales, la tradición, ley o el lenguaje, las costumbres, la etiqueta, la educación y la división del trabajo– determinan cuál es o no es el papel que las mujeres deben interpretar, con el fin de estar en toda circunstancia sometida al varón”⁷.

5. Violencia intrafamiliar. Aspectos legales

Por ser esta monografía con un enfoque sociocultural, se transcribe una definición corta de derecho, del trabajador social argentino Ezequiel Ander-Egg, que en su *Diccionario del trabajo social* establece que “es la norma que obra sobre la voluntad regulando la conducta humana”. Para aproximarse a la noción de derecho, hay que distinguir entre el derecho subjetivo y el dere

6 Lagarde, Marcela, *Identidad del género. Derechos humanos*, módulo: Aspectos fundamentales de la teoría de género, Escuela de Capacitación Judicial, CNJ, 2003.

7 Rich, Adrienne, citada por Sav, Victoria, *Un diccionario ideológico feminista*, Barcelona, editorial Leiria, 1981.

cho objetivo. El derecho subjetivo consiste en la facultad o poder moral de hacer, poseer o exigir cualquier cosa que el derecho objetivo confiere a los individuos para la realización de sus intereses legítimos. El derecho objetivo es el conjunto de normas jurídicas que regulan el comportamiento de los miembros de una sociedad, y está expresado en leyes, códigos, etc.

El aspecto legal y social del derecho está integrado por tres componentes: El formal normativo, el estructural y el político cultural. Estos componentes están influidos, limitados e interrelacionados entre sí, uno contribuye a definir el otro y viceversa; por lo tanto, todo el proceso que implica una ley o una doctrina jurídica tiene que ser vista y analizada bajo estos tres componentes.

El componente formal normativo (*norma agendi*), es la ley formalmente promulgada o al menos formalmente generada, ya sea en su forma de ley constitucional, tratados internacionales, leyes secundarias, etc. El componente estructural de la ley es el contenido que las cortes, los tribunales, oficinas administrativas, policía, funcionarios que administran justicia, le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al seleccionar, aplicar e interpretarlos. El componente político-cultural de la ley, es el contenido que las personas le van dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que de la ley tenga la gente y uso que hagan de las leyes existentes; en este componente pueden existir leyes no escritas, pero obedecidas por las personas y, en algunos casos, más efectivas que las que se encuentran tipificadas⁸.

Como dijimos antes, todos estos componentes están influenciados entre sí; empero, en este caso haremos alusión únicamente a dos tipos de influencia: a) La presión o fuerza del componente político-cultural en el componente formal normativo; en este caso, las costumbres y tradiciones son interpretadas por las y los legisladores, de acuerdo a intereses que protegen la clase, raza o credo, a sus valores, actitudes; en ocasiones posiblemente no se atreven a legislar por miedo a perder privilegios, por presiones políticas o por sus propias creencias e intereses. b) La influencia del componente político-cultural en el componente estructural; esta influencia es ejercida tomando en cuenta los mismos argumentos del literal a), pero también porque una ley no conocida por la generalidad de personas podría carecer de contenido, al no ser aplicada ni interpretada; así, una ley que exista en el componente formal normativo, es posible que no exista en el componente estructural debido a la influencia del componente político-cultural.

8 Facia, Aida, *Género y derecho, metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, ILANUD.

Es importante considerar que, en los tres componentes, se encuentran inmersos en la redacción, análisis e interpretación de contenidos y aplicación de la ley; características o referencias genéricas como el sexismo, androcentrismo, doble parámetro, familismo, etc.

En El Salvador, en el año 1996, entró en vigencia la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, teniendo como base jurídica el Art. 32 de la Constitución. Uno de los fines de esta ley secundaria es establecer los mecanismos adecuados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar en las relaciones de los miembros de la familia; otra finalidad es proteger, de forma especial, a las víctimas de violencia intrafamiliar; las formas de violencia que establece son cuatro: Psicológica, física, sexual y patrimonial (a esta última la identificó también como violencia social); entre los principios rectores se encuentran: El respeto a la vida, la igualdad de derechos del hombre y la mujer, de los hijos e hijas, el derecho a una vida digna, libre de violencia en el ámbito público y privado, la protección del grupo familiar y de cada miembro; el considerando IV de las y los legisladores, menciona que la violencia intrafamiliar es un fenómeno complejo que ha permanecido oculto, lo que ha posibilitado la impunidad del infractor y la desprotección de la víctima. Para el cumplimiento de dicha ley intervienen instituciones del Estado, como los tribunales de familia y de paz, el Ministerio Público, el Ministerio de Gobernación, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer y las instituciones gubernamentales que velan por la familia. Esta ley está basada, también, en su contenido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que fue ratificada por nuestro país en el año 1995.

Algunos aspectos de violencia intrafamiliar también están regulados en el Código de Familia, Ley Procesal de Familia, Código Penal, etc., en cuanto a derecho interno. En relación al derecho internacional, existe una serie de tratados internacionales que han sido ratificados por El Salvador y, por consiguiente, se convierten en ley de la república, incluso según el Art. 144 de la Constitución éstos prevalecen sobre la ley secundaria.

Sin embargo, la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, así como los otros preceptos legales que regulan este fenómeno, no cumplen con sus objetivos y fines, por muy bien redactados que éstos se encuentren, si las personas operadoras o aplicadoras de ejecutar o interpretar la ley, le dan más énfasis a las costumbres y tradiciones personales, que al contenido formal-normativo de las leyes, prevaleciendo, en este caso, el talante personal.

La creación de los tribunales de familia en el año 1994, marcó un salto gigantesco en nuestro país, en cuanto a la legislación familiar, siendo también estos tribunales los que han absorbido la aplicación de la ley contra la violencia intrafamiliar, procesos que, según estadísticas, se encuentran entre los de mayor captación en dichos tribunales.

Aunque es de considerar que la Ley contra la Violencia Intrafamiliar está siendo aplicada, casi en su totalidad, en líneas de sanción o castigo, más que de prevención; esto último, o sea la prevención, es absorbida con ciertas limitantes por los equipos multidisciplinarios de los tribunales de familia, especialmente por las disciplinas de psicología, trabajo social y educación; instancias que refieren los casos de violencia intrafamiliar a los centros de atención psicosocial, donde acertadamente sí les proporcionan tratamiento a las personas involucradas, ya sea como víctimas o victimarios, y como consecuencia, inciden en la prevención de este complejo fenómeno, como es la violencia intrafamiliar.

**BREVES REFLEXIONES
SOBRE ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS
QUE SE SUSCITAN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA
LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

*Lic. Alex David Marroquín Martínez**

SUMARIO: Introducción. 1. Concepto y formas de violencia intrafamiliar. 2. Legitimación activa y pasiva. 2.1. El concepto de familia. 2.2. Tratamiento penal y principio de legalidad. 3. La conciliación: sede administrativa y sede judicial. 4. Derecho de acceso a la justicia y necesidad de asistencia letrada. 5. Aplicación supletoria de la Ley Procesal de Familia. 6. Conclusión.

Introducción

El fenómeno de la violencia intrafamiliar aparece en las relaciones interpersonales del seno de la familia, con una frecuencia asombrosa. Esta presencia permanente motivó que muchos sectores, vinculados a la atención de las necesidades y desarrollo de la familia, propugnaran por la creación de un instrumento jurídico específico que contrarrestara la existencia y efectos nocivos de la violencia intrafamiliar. Ahora bien, y es el propósito de estas breves reflexiones, es necesario analizar algunos tópicos de la ley que se vuelven problemáticos en el ámbito de aplicación de la misma, para propiciar un debate científico que permita profundizar en el análisis del fenómeno y de su tratamiento desde el punto de vista jurídico.

Así, genero mi opinión sobre el concepto y formas de violencia intrafamiliar, destacando su amplitud y consecuente dificultad para diferenciarla de las modalidades de tratamiento del mismo problema en sede penal. De igual manera analizo, como otro aspecto problemático, la inadecuada, a mi juicio, amplitud de la legitimación activa y pasiva que concede la ley para ser sujeto de aplicación y protección de la misma, profundizando

* El autor es abogado, Graduado de la Universidad Tecnológica de El Salvador. Ex becario de la Primera Promoción de Formación Inicial para Jueces, que auspició el Consejo Nacional de la Judicatura, por medio de su Escuela de Capacitación Judicial (2001-2003). Ex colaborador judicial del Juzgado Segundo de Familia de San Salvador (1997-2001). Actualmente, se desempeña como Juez de Paz de Sociedad, departamento de Morazán y capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial en el área de derecho de familia.

un poco sobre el concepto de familia y las posibilidades de atipicidad en materia penal. Asimismo, analizo, y señalo como una contradicción en la ley, el uso que se da a la figura procesal de la conciliación, en sede administrativa y en sede judicial. Finalmente, planteo una reflexión en torno al derecho de acceso a la justicia y la necesidad de asistencia letrada en los procesos, así como un análisis sobre la procedencia del desistimiento en materia de violencia intrafamiliar, como modalidad de aplicación supletoria de la Ley Procesal de Familia.

Al final, pues, pretendo con estos comentarios sentar las bases para una discusión más a fondo sobre el tratamiento legal que se está dando y que debe darse al fenómeno en comento.

1. Concepto y formas de violencia intrafamiliar

El Art. 3 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar (en adelante LCVI) define lo que debe entenderse por *"violencia intrafamiliar"*, estableciendo las diversas formas que puede asumir ésta. Así, se señala en dicha disposición, que la violencia puede ser de indole psicológica, física, sexual y patrimonial. El punto problemático se origina cuando, con ocasión del acaecimiento de un hecho que revista la forma de violencia intrafamiliar, según la definición normativa que da la LCVI, hay necesidad de determinar si el mismo merece la aplicación del trámite que señala dicha ley, o por el contrario, se aplican las disposiciones y procedimientos que señalan los códigos penal y procesal penal.

El problema se plantea debido, a mi juicio, a la excesiva amplitud de la definición que proporciona la LCVI, y, como veremos más adelante, la relación estrecha que guarda esta situación con la también inadecuada legitimación, activa y pasiva, que otorga para ser sujeto de protección de la misma. El concepto y formas de violencia intrafamiliar es amplísimo, y de su lectura se sugiere la incorporación de cualquier hecho, independientemente de su gravedad, al ámbito de la violencia doméstica. Veamos ahora, analizando cada una de las formas de violencia que recoge la LCVI, cómo éstas en nada se diferencian de algunos tipos penales que regula el Código Penal, lo cual nos obliga a plantearnos la reflexión sobre cuáles son los límites y alcances en la aplicación de la LCVI.

En el caso de la violencia psicológica, ésta se conceptualiza así: *"Acción u omisión directa o indirecta cuyo propósito sea controlar o degradar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta u omisión que produzcan un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación, el desarrollo integral y las posibilidades personales"*. En esta definición, muchas de las acciones

o conductas descritas bajo ese rubro de violencia, configuran asimismo la concreción de algunos tipos penales que atentan contra la autonomía personal, tales como los delitos de coacción y amenazas, regulados en los Arts. 153 y 154 del Código Penal.

El problema es cómo delimitamos la frontera entre los actos que se quedan en el ámbito de la violencia doméstica, de aquellos que pasan a convertirse en delitos de coacción y amenazas. Ello es así, ya que si vemos, dentro de los elementos objetivos de los tipos penales señalados, aparecen la violencia y el daño, los cuales de igual manera se encuentran comprendidos en el concepto de violencia psicológica, volviéndose difícil, entonces, determinar, a la hora de la aplicación de la ley, cuál es el procedimiento a seguir. En este caso, la gravedad del hecho no nos sirve para establecer la diferenciación, ya que, por ejemplo, también en el Código Penal se habla de amenazas leves, en el Art. 376.

En lo que se refiere a la violencia física, según la LCVI, ésta se define como: *"Acciones, comportamientos u omisiones que amenazan o lesionan la integridad física de una persona"*. Aquí, el problema lo constituye la similitud, en su contenido, con los tipos penales de amenazas y lesiones, regulados en los Arts. 154 y 142 del Código Penal, que castigan, precisamente, el ataque a los bienes jurídicos de la autonomía personal e integridad física. Tenemos, asimismo, bajo este rubro de violencia física, un error conceptual, originado en el hecho de concebir las amenazas como parte de la violencia física, ya que en las amenazas, si bien es cierto existe una voluntad exteriorizada de causar daño, ésta no ha llegado a concretizarse. Al acaecer su concreción, es que se puede decir que existe un daño a la integridad física. En el caso de las lesiones, no es posible determinar cuándo será violencia intrafamiliar o cuándo serán lesiones, merecedoras de una sanción penal, como delitos o como faltas, y lo que parece sugerir la LCVI es que cualquier tipo de lesión encajaría bajo el acápite de violencia intrafamiliar.

En cuanto a la violencia sexual, la situación me parece más delicada. El texto de la LCVI la define como *"Acciones que obligan a una persona a mantener contactos sexualizados, físicos o verbales, o a participar en ellos mediante la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza u otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente se considerará violencia sexual, el hecho de que la persona agresora obligue a la persona agredida a realizar algunos de estos actos con terceras personas"*. El panorama, reitero, se ve difícil, porque dado ese concepto, no es posible determinar en la práctica, cuándo la violencia intrafamiliar, bajo la forma de violencia sexual, es lo aplicable o conveniente, según el procedimiento de la LCVI, y cuando hay necesidad de pasar al ámbito sancionatorio penal.

Digo esto en virtud de que muchas acciones o conductas, prohibidas en el ámbito penal, encuentran acogida en este rubro, pues los mismos elementos que la definen como tal están reflejados en la LCVI. Así, vemos que la mayoría de delitos que atentan contra la libertad sexual, contemplados en el Título IV, Capítulos I, II, y III, Arts. del 158 al 173 del Código Penal, perfectamente encajan en el supuesto de violencia intrafamiliar de naturaleza sexual. Delitos como la violación, el acoso sexual, otras agresiones sexuales, para mencionar algunos, se encuentran comprendidos bajo la forma de violencia sexual.

De hecho, no niego que todo ese tipo de acciones constituyen violencia sexual, lo problemático es el tratamiento que debemos darle, cuando las mismas aparecen, tanto en la LCVI, cuya naturaleza es esencialmente preventiva, y el Código Penal, cuya principal característica es ser punitivo, sancionador (Esa es su principal característica, aunque también sus normas tienen un carácter preventivo general, que pretende motivar a las personas para que se abstengan de cometer las conductas prohibidas). Nuevamente, surge la pregunta de cuál es la frontera que nos permitirá delimitar uno y otro ámbito de aplicación. Debo subrayar un elemento más a esta contradicción, y es que, tanto la violación como la agresión sexual se agravan cuando dichas conductas son realizadas por familiares, según se desprende del Art. 162, Nº 1 del Código Penal, y entonces, si las mismas conductas se regulan, desde el punto de vista preventivo, como violencia intrafamiliar, no veo forma de salvar dicho obstáculo.

Finalmente, en cuanto a la violencia patrimonial, según la LCVI, esta se define como: *"Acción u omisión de quien afecte o impida la atención adecuada a las necesidades de la familia o alguna de las personas a que se refiere la presente ley; daña, pierde, sustrae, destruye, retiene, distrae o se apropia de objetos, instrumentos o bienes"*. Aquí, de igual manera, nos encontramos con el problema de diferenciar estas acciones, concebidas como formas de violencia intrafamiliar, con relación a algunos tipos penales que atentan contra el patrimonio, como el hurto, la estafa y los daños, para mencionar algunos, los cuales se encuentran tipificados como delitos en los Arts. 207, 215 y 221 del Código Penal.

En cualquiera de las formas de violencia señaladas, nos encontraremos con la misma dificultad: delimitar la frontera entre la aplicación del procedimiento preventivo de la LCVI o la aplicación del procedimiento represivo del Código Penal. El parámetro de la gravedad del hecho no parece sugerida del texto de la LCVI, y más bien es lo contrario, pues pretende abarcar innumerable cantidad de conductas.

Se podría sostener que si existe un parámetro diferenciador, desde el punto de vista formal, siendo éste que debemos considerar susceptible de aplicación preventiva de la LCVI a todos aquellos hechos que se susciten

entre personas a las cuales les unen lazos familiares, o sea, el carácter familiar de la relación sería el parámetro, y de no revestir esta calidad, lo aplicable sería el Código Penal. Debo decir que, por lo señalado antes, en torno a la amplitud del concepto de violencia, y por lo que señalo más adelante, en cuanto a la legitimación activa y pasiva, ésta no parece ser la solución más conveniente. Lo útil sería, más que promover una distinción formal, buscar criterios materiales de diferenciación, que de acuerdo a las características propias del hecho concreto, nos permita determinar el trámite aplicable.

El problema de la violencia intrafamiliar es de tal magnitud, que ha llevado a propugnar, por parte de algunos sectores, la necesidad de contar con un instrumento jurídico específico para su combate. Sin embargo, en esa búsqueda considero que se ha errado, pues se han cometido imprecisiones, como las que he señalado antes, que generan más confusión en la práctica y que no permiten al juzgador tener la claridad necesaria para juzgar los hechos sometidos a su conocimiento y decisión. En este punto específico de definir la violencia intrafamiliar, considero que se está propiciando duplicidad de tratamiento para hechos de igual naturaleza, lo cual es grave, pues se estaría abriendo la puerta para la impunidad, dando tratamiento preventivo a hechos que, por su especial gravedad, afectan el normal desarrollo de las personas, y que por ende, merecerían un tratamiento jurídico diferente.

Al parecer, se quiso abarcar demasiado al elaborarse la ley, extendiendo los límites que configuran la violencia intrafamiliar y con ello se ha perdido la perspectiva en cuanto a su tratamiento por la vía legal. Cualquiera podría sugerir que en mi análisis se olvida, por ejemplo, el carácter fragmentario y de última *ratio* del derecho penal, y que precisamente, reiterando dichas características, es que surge la LCVI, de naturaleza preventiva. Sin embargo, debo decir que si bien es cierto, el derecho penal debe ser la última instancia a recurrir, hay hechos que por la gravedad que representan, no pueden estarse tratando por la vía preventiva, pues ello significaría, por ejemplo, para el caso de la violencia intrafamiliar, estar legitimando la concreción de acciones o conductas nocivas para la familia, como podrían ser una violación, acoso sexuales, agresiones sexuales, lesiones graves, etc, puesto que, tratándose ésta de manera preventiva, no se visualiza una sanción muy grave. Sería autorizar, en el ámbito de la familia, este tipo de conductas, lo cual me parece totalmente inconveniente o, mejor dicho, una solución que iría contra el contenido de la Constitución de la República, la cual, en su Art. 32, prevé la obligación del Estado de proteger la familia y garantizar su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

2. Legitimación activa y pasiva

Otro aspecto que tiene íntima relación con el análisis realizado antes, es lo concerniente a la legitimación activa y pasiva que concede la LCVI para ser sujeto de aplicación y protección de la misma. El Art. 1 de la LCVI, en su inciso final dispone que: *"Para los efectos de esta ley se entienden por familiares las relaciones entre cónyuges, ex-cónyuges, convivientes, ex-convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales por consanguinidad, afinidad, adopción, los sujetos a tutela o guarda, así como cualquier otra relación interpersonal que pueda generar este tipo de violencia"*. Nuevamente, a mi juicio, el problema lo genera la excesiva amplitud que se proyecta en cuanto a las personas que pueden ser sujetos de aplicación de la ley, ya que bajo ese rubro puede entenderse que cualquier relación interpersonal puede clasificarse como *"familiar"*. Para los efectos de aplicación de la LCVI no solo representa inconveniente esta situación, sino que, además, aunado al análisis precedente sobre los inconvenientes que representa la amplitud de la definición de violencia intrafamiliar, se puede estar cometiendo el error de tratar, bajo el régimen preventivo, situaciones graves que pudieran ser sujetas de un tratamiento punitivo (Piénsese, por ejemplo, un hecho de violencia entre dos novios, entre dos ex-cónyuges que no tienen hijos entre sí, entre dos amantes, etc.).

En razón de ello, es conveniente analizar a continuación el concepto de familia, desde el punto de vista jurídico, que merece ser adoptado en orden a atribuir alguna responsabilidad jurídica a personas involucradas en hechos de violencia intrafamiliar.

2.1. El concepto de familia

Un análisis razonable indica que, en la LCVI, el concepto de familia adoptado es amplio, moderno, y no tradicional, a diferencia del que adopta el Código de Familia en su Art. 2, y que por ello es que se facilita la incorporación de otro tipo de relaciones interpersonales bajo el rubro de familiares.

Ciertamente, el Art. 2 del Código de Familia restringe el carácter de familiar a las relaciones resultantes del matrimonio, la unión no matrimonial y el parentesco. Esta conceptualización tiene sintonía con las posibilidades concretas de atribuir responsabilidad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares; así, piénsese, por ejemplo, en la reciprocidad del deber ético-legal de proporcionar alimentos, según lo estatuye el Art. 248 del Código de Familia. Lo que interesa plantear es que el uso que se le da al vocablo *"familia"* no es unívoco, y que por ende existen diversidad de conceptos, y que el legislador tiene libertad de configuración legal para adoptar el que le parezca más adecuado, pero que, en ese orden de ideas, lo que tenemos

Código Penal, que, habiéndose aplicado preventivamente la LCVI y se volbiesen a reiterar los hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, es procedente pasar del ámbito preventivo al ámbito sancionatorio penal.

El problema lo constituye, precisamente, el contenido del primer inciso del Art. 200 del Código Penal, el cual establece que *"Cualquier familiar, entendido por éste, según el alcance de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar que ejerciere violencia en cualquier forma señaladas en el Art. 3 del mismo cuerpo legal, será sancionado con prisión de uno a tres años"*. Por la vigencia del principio de legalidad, los tipos penales deben establecerse de manera previa, precisa e inequívoca, para que las conductas en ellos detalladas se puedan imputar a título de delitos o faltas.

Pensemos ahora en el hipotético caso de que en una relación afectiva interpersonal entre dos novios, dos amantes, dos homosexuales o lesbianas¹ se suscite un hecho de violencia, que la LCVI considera como intrafamiliar, bajo el rubro de *"cualquier otra relación interpersonal"* que pudiera generar este tipo de violencia, y se le da tratamiento preventivo aplicando la misma, y posteriormente se vuelvan a reiterar los hechos de violencia denunciados; ahí, necesariamente se tendrá que acudir a la vía penal, según el trámite establecido.

Llegando al ámbito penal, debemos atender los requerimientos del principio de legalidad. Así, vemos que el Art. 200 del Código Penal es una norma, de las conocidas en doctrina como normas penales en blanco, porque hay necesidad de remitirse a otras normas, extra penales, para configurar la conducta prohibida. El problema del Art. 200 C. P. es que hace una doble remisión a la LCVI: por un lado en cuanto a la configuración del sujeto activo, ya que debe ser un familiar en los términos planteados en el inciso final del Art. 1 de la LCVI, y por otro lado, en cuanto a la configuración de la conducta prohibida, ya que, si bien es cierto, el tipo penal habla de "violencia", ésta debe configurarse bajo las formas que señala el Art. 3 de la LCVI. Por lo que he apuntado antes sobre la amplitud del concepto de violencia intrafamiliar y de la inadecuada legitimación activa y pasiva que otorga, lo contenido en el Art. 200 del C. P., definitivamente rompe con las exigencias del principio de legalidad, contenido en el Art. 1 del Código Penal, ya que quedaría una norma (relacionando el Art. 200 con los Arts. 1, inciso final y 3 de la LCVI) excesivamente abierta, susceptible de discrecionalidad judicial en la construcción de la conducta prohibida. Es decir, sería una norma, contrariamente a lo exigido por el principio de legalidad, imprecisa y equívoca.

1 Definitivamente me parece que constituyen un tipo de relaciones interpersonales que merecen atención desde el punto de vista legal. Lo que debe discutirse es bajo que consideración debe darse, cuando se dan hechos de violencia en ellas, si tomando en cuenta lo regulado ya en el Código Penal para ese tipo de conductas, o, si es necesario darles tratamiento como violencia intrafamiliar. La primera opción es la que parece posible, tomando en cuenta las regulaciones que sobre la familia establece el Código de Familia.

Esa situación nos obliga a plantearnos la posibilidad jurídica de aplicar el contenido del Art. 200 del C. P., pues, en el caso de los jueces, como bien sabemos, por la vigencia del Art. 185 de la Constitución de la República, tenemos la opción de declarar la inaplicabilidad de una ley, cuando ésta no se ajuste a los parámetros constitucionales. El artículo en comento, entonces, a mi juicio, por romper con el principio de legalidad y atentar, además, contra la seguridad jurídica podría rayar en la inconstitucionalidad. En todo caso, con la presente reflexión pretendo que se inicie la discusión sobre dicho aspecto, pero, al final, si existe la posibilidad de que dicho artículo sea inconstitucional, volvemos entonces a la pregunta obligada, ¿cuál es el objeto de conferir a este tipo de relaciones interpersonales el carácter de familiares si al final, por ese motivo, podría no atribuirseles responsabilidad?

Considero que la LCVI, en su diseño, no está adecuada con el resto del ordenamiento jurídico salvadoreño, valga decir, Código de Familia, Ley Procesal de Familia, Código Penal y Código Procesal Penal; lo cual, desde mi perspectiva, genera inseguridad jurídica, entendida ésta, tal como lo señala la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, como *"la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público"*. (Sentencia de 19-III-2001, Amparo 305-99, considerando II 2)

3. La conciliación: sede administrativa y sede judicial

La conciliación es una de las formas anormales de terminar el proceso, y como institución está diseñada en orden a buscar la solución de los conflictos por la vía negociada. Es una forma alterna de darle solución a los problemas que se suscitan entre las personas. Su incorporación en la LCVI está en sintonía con la finalidad y con los alcances de dicha ley, establecidos en los Arts. 1, letra a) y 4 de la misma; es decir, se trata de una ley de naturaleza preventiva que persigue prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar del seno de la familia.

Sin embargo, no obstante el carácter preventivo de la LCVI, hay que precisar que, en torno a la conciliación, existe una contradicción en la estructuración de sus normas. Por un lado, en el Art. 16, inciso 1º, al hablar de la actuación de la Procuraduría General de la República expresa literalmente lo siguiente: *"La Procuraduría General de la República, cuando tenga conocimiento de hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, por aviso o por denuncia presentada ante ella, citará a las personas en conflicto y procurará la conciliación; si lo solicita la víctima o si fuere procedente. Si de los hechos narrados se advierte la necesidad inmediata de proteger a la víctima,*

se solicitarán las medidas de protección pertinentes. Si no hubiere conciliación o ésta no se hubiere solicitado, se iniciará el procedimiento a que se refiere la presente ley ante el tribunal competente...".

Dos son los supuestos de admisibilidad de la conciliación: 1. Cuando sea solicitada por la víctima y 2. Cuando sea procedente. En cuanto al primero, la pregunta que se impone es ¿Y qué pasa si el que solicita la conciliación es el victimario y la víctima accede a dicha solicitud? Una interpretación coherente con la naturaleza preventiva de la ley posibilitaria tal hipótesis. En cuanto a este segundo supuesto, la LCVI no aporta ningún parámetro que nos ayude a **determinar** cuándo es que la conciliación se vuelve procedente, por lo que, de conformidad a lo establecido en el Art. 44 de dicha ley, nos tenemos que remitir al Art. 84 de la Ley Procesal de Familia (en adelante LPRF). Dicho artículo establece que la conciliación será procedente siempre y cuando no vaya en menoscabo de los derechos que por su naturaleza son irrenunciables. En ese sentido, entonces, el mismo parámetro nos sirve en la LCVI.

Ahora bien, teniendo claro el parámetro que nos servirá para determinar si es procedente o no la conciliación, nos encontramos con que en el Art. 27, inciso 3º de la LCVI, se establece que la conciliación no procede en sede judicial. Es decir, es un contrasentido que por un lado, en sede administrativa, se admita la conciliación y ya en sede judicial, en la etapa de audiencia preliminar, cuando el juzgador está obligado a propiciar un diálogo con los concurrentes y a proponer mecanismos para evitar la repetición de los hechos constitutivos de la violencia, se cierre la posibilidad de conciliar. El mismo inciso en su redacción es contradictorio, aunado al hecho de que también se rompe con la finalidad y alcance de la LCVI a que hacen referencia los Arts. 1 y 4 de la ley, la cual hemos dicho es de naturaleza preventiva.

Es muy probable que, por la inmediatez del problema de violencia, en sede administrativa la víctima no solicite la conciliación, pero que ya en sede judicial se dé dicha posibilidad, y la misma sea procedente, por no menoscabar los derechos de los involucrados, y si a dicha solución se llega por parte de éstos, luego de verificar el diálogo propiciado por el juez, ¿por qué cerrar la posibilidad de buscar una solución al problema e insistir en una decisión judicial que no tome en cuenta dichos acuerdos? Esto origina una saturación innecesaria de procedimientos, posibilidades concretas de imposición de multas a los involucrados, que habiendo alcanzado acuerdos es razonable que ya no se presenten a las audiencias, y en fin, imposición de medidas (como el apremio por ejemplo), que en vez de coadyuvar a la solución del conflicto lo incrementan. Es más, relativiza la importancia del papel del juzgador en el tratamiento de la violencia intrafamiliar, pues posee mejores recursos técnico-jurídicos como para analizar si en un determinado caso se acreditan los presupuestos de admisibilidad de la conciliación, como figura procesal.

4. Derecho de acceso a la justicia y necesidad de asistencia letrada

Otro punto que merece un análisis exhaustivo es lo referente a la forma de acceder a los tribunales, solicitando asistencia por hechos de violencia intrafamiliar, y el desarrollo del procedimiento establecido en la LCVI. Analizaremos a continuación, específicamente, los Arts. 13, 21, 29, 30, 31 y 32 de la LCVI.

La estructuración del proceso inicia con la presentación de la denuncia o aviso, la cual puede ser escrita o verbal, y que puede ser planteada tanto por la Procuraduría General de la República, la propia víctima, y cualquier persona natural o jurídica. Hasta acá no hay problema, y ello es expresión del desarrollo del derecho de acceso a la justicia de cualquier persona. Ahora bien, el problema, a mi juicio, comienza cuando se dispone en el Art. 26 de la ley que los involucrados podrán asistir a la realización de la audiencia preliminar con o sin apoderado o auxiliar del Procurador General de la República, ya que quiere decir que el proceso se podrá realizar sólo con la presencia de la víctima y denunciado. Esto genera, inmediatamente, un sin número de interrogantes como ¿Quién es el que está obligado a sustentar una pretensión con apoyo en una base fáctica concreta? ¿Quién es el obligado a ofrecer y aportar los medios de prueba? ¿Quién es el que está obligado a demostrar la veracidad de los hechos que denuncia? ¿Quién es el que aporta la prueba y quién es el que la valora? ¿Quién es el que debe interponer los recursos? etc.

Si analizamos el Art. 26, relacionado con los Arts. 29, 30, 31 y 32 de la ley, parece ser que será el juez el que tendrá la obligación de realizar todas las actividades de las cuales nos hemos planteado la interrogante. Esto, en realidad, es un problema. Recordemos que el juez es un juez técnico, con facultades constitucionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La facultad de juzgar implica emitir una opinión jurídica sobre situaciones que terceras personas plantean y sobre la cual alegan tener derechos, ofreciendo las pruebas pertinentes. El juez, entonces, sobre la base de los hechos que le son presentados, dictamina lo que conforme a derecho corresponde. Lo que se presenta en los tribunales, para su conocimiento, son situaciones con relevancia jurídica, y por lo tanto es necesario que lo presentado se apoye en argumentos jurídicos.

Las personas, usuarias del sistema de justicia, normalmente no son abogados, o con conocimientos jurídicos, y por lo tanto, al menos formalmente, no sabrían desenvolverse dentro de un proceso sin la asistencia de un abogado. Al menos esta situación es más visible en los sistemas de audiencias orales, pues en el sistema escrito, bastaría con que se presentaran solicitudes o demandas con firma de abogado director, tal como de hecho sucede hasta hoy en materia civil. Ofrecer y presentar pruebas, analizarlas y derivar

su relación directa con las pretensiones que se plantean, mostrar, jurídicamente, la inconformidad con las decisiones judiciales para que los tribunales superiores se manifiesten, son actividades propias de los abogados o personas con conocimientos jurídicos.

Soy testigo presencial de las innumerables dificultades que representan para los jueces el estar desarrollando audiencias sólo con la presencia de las víctimas y denunciados, y si a ello le agregamos, además, la presencia de una buena cantidad de testigos, de documentos, etc, el panorama se vuelve preocupante, porque se desnaturaliza la función del juez, la cual es, en estricto sentido jurídico, la de juzgar los hechos sometidos a su conocimiento y decisión, y no la de árbitro, intermediador, psicólogo o policía. Desde luego que el juez puede asumir, y de hecho lo asume, una actividad de conciliador o intermediario, pero ello obedece al diseño de un procedimiento, desde la perspectiva procesal, y se enmarca en una fase determinada del proceso, y agotada ésta, debe emitir su decisión basándose en las pruebas que se proporcione. Por eso es importante que se replantee la forma de desarrollo del proceso que diseña la LCVI, haciendo un juicio de ponderación entre la exigencia de garantizar el acceso a la justicia de las personas, con la necesidad, diría yo, de establecer un mínimo de exigencia jurídico-técnica que posibilite el acompañamiento jurídico a las personas involucradas en proceso de violencia intrafamiliar.

¿Cómo lo podemos lograr? Definitivamente, esto pasa por el análisis de la eficiencia en el desempeño de las instituciones involucradas, y por una adecuada proyección de recursos materiales y humanos. Sin embargo, sin mayor esfuerzo, podemos visualizar algunas posibilidades como lo serían, por ejemplo, la reforma de la Ley Orgánica Judicial y el reglamento sobre la práctica jurídica que permita el involucramiento de todas aquellas personas graduadas en la carrera de derecho (como requisito previo a la obtención de la autorización para el ejercicio de la abogacía), en procesos de violencia intrafamiliar, para que se desempeñen como acusadores y defensores, lo cual se puede lograr bajo el auspicio de las instituciones involucradas en el sistema de protección. Con ello, considero, se lograría sanear y clarificar el rol del juzgador en el proceso y, por ende, representaría la forma adecuada de tratamiento del problema de la violencia intrafamiliar en sede judicial, pues tanto víctimas como denunciados tendrían igualdad de oportunidades de hacer valer sus pretensiones, desde el punto de vista jurídico. Si analizamos el alto índice, a escala nacional, de denuncias y procesos por hechos de violencia intrafamiliar, convendríamos en lo favorable y provechoso que podría resultar una medida como la propuesta.

5. Aplicación supletoria de la Ley Procesal de Familia

Finalmente, me propongo hacer un análisis sobre las posibilidades de aplicación supletoria de la LPRF en el proceso de violencia intrafamiliar. Esto, en atención a algunos supuestos que se han dado en la práctica y que han merecido ser objeto de análisis por parte de los jueces.

A menudo se presentan casos en los que la víctima ya no quiere seguir con el trámite establecido en la LCVI, y de hecho, desiste. ¿Qué debemos hacer los jueces? Sobre el desistimiento, la LCVI no dice nada, y de acuerdo al Art. 44 de la misma, lo procedente es avocarse al contenido de la LPRF sobre dicho tópico. La LPRF plantea cuatro modalidades de concreción del desistimiento: desistimiento del proceso, de actos procesales y excepciones, de la pretensión y de la oposición, según se desprende del contenido de los Arts. 86, 87, 88 y 89. En cuanto al desistimiento de la pretensión, que diríamos es el caso que más sucede a menudo, cuando la víctima ya no quiere seguir con su pretensión, el juez se limitará a examinar si es procedente la solicitud dada la naturaleza del derecho en litigio, y en caso afirmativo, declarará terminado el proceso.

En este análisis, considero, lo que se debe apreciar es, por un lado la irrenunciabilidad del derecho, y por otro lado, las expectativas que, con ocasión de un proceso, se crean las partes involucradas. Una cosa es que los derechos son irrenunciables, en lo cual estamos totalmente de acuerdo, pues no se puede renunciar al derecho de recibir alimentos, al derecho de que se nos respete la integridad física, la vida, la libertad, etc., y otra cosa es que yo pueda renunciar a las expectativas que me he creado, con ocasión de un proceso. Así, por ejemplo, por tener derecho a que se me proteja mi integridad física, puedo denunciar a alguien que me ha ocasionado unas lesiones constitutivas de delito, pero en una determinada fase del proceso puedo plantear que revoco la autorización que di a la Fiscalía General de la República para que prosiga con el trámite, o puedo llegar al convencimiento que quiero conciliar. Lo que ahí está en juego no es mi derecho a la protección de mi integridad física, sino la expectativa que se me ha generado con ocasión del proceso, expectativa de recibir protección, de recibir indemnización, etc.

Así, entonces, pasándonos al campo de la LCVI, considero que al no regular esta la posibilidad de que se plantee el desistimiento de la pretensión, la figura sería aplicable por establecer la ley la posibilidad de aplicar supletoriamente la LPRF. Es procedente, pues la víctima no desiste de su derecho, sino de la expectativa que se ha creado, de recibir protección jurisdiccional. Ahora bien, hay que decir que probablemente no será posible en todos los casos, y ello dependerá del análisis que en su momento haga el juez, pero eso es diferente a cerrar las puertas de manera definitiva a dicha

figura jurídica, como se sugiere en la página 55, del documento denominado *Manual de aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar*, alegándose la no disponibilidad de los bienes jurídicos discutidos, y por responder al régimen de acción pública y no privada.

Normativamente, la aplicación del desistimiento en materia de violencia intrafamiliar es posible, de conformidad a lo establecido en el Art. 44 de la LCVI, en relación con los Arts. 86, 87, 88 y 89 de la LPRF. Ahora bien, es de reiterar que no en todos los casos podrá ser posible, y eso dependerá de la discrecionalidad del juzgador, teniendo como base el hecho concreto que le toca juzgar, puesto que habrá casos en los que la petición de desistir podría estar relacionada a actos de amenaza o intimidación.

También es menester señalar, que una cosa es la obligación de víctimas y denunciados de comparecer al proceso, y las facultades que la ley da al juzgador para hacerlos comparecer, otra muy distinta es que las víctimas, para el caso, comparezcan y ahí manifiesten su deseo de desistir, y otra es la oficiosidad como principio rector del proceso, que obliga al juez a iniciar oficiosamente un proceso y a impulsarlo en su tramitación. Bajo la primera y tercera opción, es claro que interpuesta la denuncia, o llegado a conocimiento judicial un hecho de violencia intrafamiliar, el proceso se debe instaurar y llevarse hasta su finalización, de acuerdo a las posibilidades que la misma ley señala. En la segunda opción, es donde considero se configura la procedencia de plantear el desistimiento, quedando a criterio del juez su aceptación. Debe tomarse en cuenta que denegar, a ultranza el desistimiento, puede desencadenar en el futuro la imposibilidad judicial de emitir una decisión, cuando, por ejemplo, la víctima, aun obligada a comparecer, no preste su colaboración, y hay necesidad de recibir prueba de los hechos denunciados.

6. Conclusión

La experiencia ha demostrado que con leyes no se resuelven los problemas sociales, sino que es preciso desarrollar adecuadas políticas sociales de atención a los sectores vulnerables. La Ley contra la Violencia Intrafamiliar, si bien es cierto, es un factor de fuerte incidencia en la denuncia y desentrañamiento de la violencia en el seno de las relaciones familiares, también ha generado dificultades en la función que desempeñan los jueces con competencia en la materia, ya que en su diseño y estructuración, ésta no es coherente con otros cuerpos legales del ordenamiento jurídico, presentando algunos vacíos e imprecisiones que tornan problemática su aplicación. ¿Era necesaria una ley específica de tratamiento para el problema de la violencia intrafamiliar? Considero que no, y no porque me considere portavoz de una cultura machista, sino porque en nuestro país ya contaba

mos con dos instrumentos modernos de atención a la problemática de la familia, como lo son el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia. La posibilidad de dictar medidas de protección, de incoar procesos por incumplimiento del deber de respeto entre cónyuges y convivientes, procesos de protección para menores, incapaces y personas de la tercera edad, ya tenían asidero en dichos cuerpos legales. Lo que se necesitaba era mayor apoyo institucional en la divulgación y desarrollo de dicha normativa.

Sin embargo, somos un país de cultura reactiva ante los problemas sociales, es decir, un país en donde los órganos de decisión reaccionan hasta que los problemas emergen, dada su gravedad. Hasta entonces se comienza a analizar las posibilidades de atención, y normalmente, de manera equivocada, en lo que primero se piensa es en elaborar leyes para la erradicación del problema. Es lo que ha pasado con la LCVI que pretende "*combatir*" el fenómeno de la violencia en el seno de la familia. Es tan grande el problema, que en la ley se evidencia una pretensión ambiciosa de querer abarcar todos los posibles supuestos de violencia que se dan en la realidad. Esto es un error, y se advierte en la ley, ya que la riqueza y multifacética que suele ser la realidad no se puede agotar en un par de artículos de una ley.

Ahora bien, lo real es que tenemos una ley contra la violencia intrafamiliar vigente desde finales del mes de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que hay que aplicar. Lo importante entonces es destacar sus fortalezas y profundizar en sus deficiencias, a fin de lograr la mayor efectividad posible en su aplicación.

— JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL —

1055 Ca. Fam. S. S.

IX

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres.

El presente recurso de casación ha sido interpuesto por el licenciado José Roberto Tercero Zamora, apoderado de la señora -----, contra la sentencia de las nueve horas y treinta minutos del trece de julio de mil novecientos noventa y cinco, pronunciada por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, que resuelve el recurso de apelación de la sentencia pronunciada por el Juzgado Segundo de Familia de San Salvador, de las doce horas y quince minutos del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y cinco, en el proceso de impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, promovido por la recurrente contra el señor ----- y la niña -----, esta última representada legalmente por la señora -----.

Han intervenido en primera instancia, la demandante a través del licenciado Tercero Zamora; el demandado, por medio de la licenciada Myrna Stella Ávila Guerra, sustituida posteriormente por el licenciado Piero Antonio Rusconi Gutiérrez; la señora -----, como representante legal de la niña ----- y como sus apoderados el doctor Jesús Antonio Portillo Anchissi, sustituido posteriormente por el licenciado Nelson Palacios Hernández; así como la Procuradora de Familia adscrita al tribunal *a quo*, licenciada Maria Gilibeth Guandique de Molina. En segunda instancia comparecieron en el carácter ya mencionado, los abogados Tercero Zamora, Palacios Hernández, Rusconi Gutiérrez, éste sustituido por el licenciado Mauricio Antonio Rivera Funes, así como el doctor José Antonio Morales Ehrlich, Procurador de Familia adscrito a la Cámara sentenciadora; y en casación, únicamente el licenciado José Roberto Tercero Zamora.

VISTOS LOS AUTOS,

Y CONSIDERANDO:

I. La Jueza *a quo* en su sentencia dijo: "POR TANTO:— a) En el caso conocido por este tribunal hay anomia pues no hay norma que expresamente regule lo concerniente a la fecundación humana asistida. El Art. 7, Lit. f) de la Ley Procesal de Familia nos ordena fallar, no obstante ausencia de norma, puesto que la ley debe irse adaptando a las nuevas exigencias y realidades de la vida moderna. Este es uno de esos casos, por lo cual se recurre a la doctrina que sobre ello existe y en ella se ha determinado: "Que primará la verdad formal, la determinación legal que consta en los registros sobre la verdad biológica, asimilándola a la adopción. En lo que respecta al

status de hijo nacido mediante esas técnicas de reproducción, siempre que el marido y la mujer receptora hayan prestado su consentimiento —y en este caso se probó el mismo— asumen irrevocablemente la paternidad, cerrándose cualquier posibilidad de impugnarla, aun cuando el donante sea anónimo. La pareja serán los padres legales del o los hijos así nacidos. Las personas que han dado su consentimiento quedan obligados respecto de la criatura y pueden ejercer los derechos que esa paternidad confiere. La acción de impugnación sólo se podrá en esos casos (de) ejercer, cuando se pruebe que el hijo no es fruto de la inseminación practicada, sino de la infidelidad. No se podrá establecer por ningún medio filiación entre el donante y la persona nacida por técnicas de fecundación humana asistida.

b) Existía ya un reconocimiento otorgado a favor de la niña en mención, con todas sus características: acto personal, voluntario, solemne, expreso, unilateral, puro y simple, irrevocable, oponible y declarativo, el cual podría impugnarse si hubiese existido nexo biológico por las personas señaladas en el artículo 156 del Código de Familia, con las limitantes respecto a tiempo fijadas por el artículo 157 del mismo cuerpo de leyes. No siendo éste el caso, no obstante haberse probado con la prueba testimonial la caducidad de la acción, se declara sin lugar, pues la excepción opera para esa acción y no para la que nos ocupa. Con base en los artículos 7, Lit. f) y 56 de la Ley Procesal de Familia, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, fallo: 1. No ha lugar a la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad que pretende desplazar de su filiación a la niña -----, quien queda con respecto a su padre, -----, con todos los derechos y deberes que tal filiación conlleva. 2. Fijase como cuota que en concepto de alimentos deberá proporcionar el padre provisionalmente en quinientos colones, para hacerse efectiva a partir del día último del presente mes, sujeta a modificación previo estudio socio-económico que se realice. 3. Ha lugar la indemnización por daño moral establecido en los artículos 144, Lit. f) de la Ley Procesal de Familia y 150 del Código de Familia, a cargo del señor -----. 4. Ha lugar la indemnización por daños y perjuicios a cargo de la señora -----, Al quedar ejecutoriada esta sentencia, para efecto de los numerales 3 y 4, nómbrese peritos a fin de establecer el monto. Notifíquese”.

II. La Cámara sentenciadora, en su fallo, resolvió: “Con base en las consideraciones anteriores y Arts. 3 g), 7 f), 42, 56, 82, 160 y 161 de la L. Pr. F.; 134, 135, 147, 150, 156, 350 y 351 N° 3 del C. F.; Arts. 3 y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Arts. 427 y 428 Pr., a nombre de la República de El Salvador FALLAMOS: 1) Confírmase la sentencia venida en apelación en lo referente a los números 1 y 2 que declara no ha lugar a la impugnación del reconocimiento de paternidad de la menor ----- y fija como cuota provisional de alimentos la

cantidad de QUINIENTOS COLONES mensuales que deberá pagar su padre -----, 2) Revócanse las resoluciones comprendidas en los números 3 y 4 de la sentencia referida, por no estar arregladas a derecho y devuélvanse las diligencias originales al tribunal remitente con certificación de esta sentencia. NOTIFÍQUESE”.

III. Inconforme con el fallo de la Cámara sentenciadora, el Impetrante recurre en casación y manifiesta: “Interpongo recurso de casación contra la sentencia definitiva dictada en esta instancia, por los motivos y fundamentos que subsiguen.— MOTIVO GENÉRICO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: Art. 3, número 1, Ley de Casación.— MOTIVOS ESPECÍFICOS: Interpretación errónea del Art. 134 del Código de Familia; violación del Art. 156 del Código de Familia; aplicación indebida del Art. 428 Código de Procedimientos Civiles.— PRIMER MOTIVO ESPECÍFICO Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DEL ART. 134 C. FAM.— La honorable Cámara ha interpretado la citada disposición en el sentido de que “no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla...”. Sobre la base de esta interpretación, la Cámara sostiene que la mera voluntad procreacional es fuente de filiación, por lo que ha declarado sin lugar la impugnación de paternidad.— Propongo que tal interpretación es errónea, supuesto que el Art. 36 constitucional, fracción última, dispone claramente que “La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad”. Esto establece una reserva de ley específica para la materia de las formas de establecer paternidad (filiación padre-hijo), y excluye por tanto formas no contempladas expresamente por la ley.— La interpretación correcta de la disposición es que la filiación sólo es o consanguínea o por adopción.— La filiación consanguínea, en nuestro sistema legal actual, se basa en el principio de la verdad biológica, por el cual la paternidad sólo tiene fuente genética, es decir, debe existir una identificación cromosómica entre padres e hijos. Padre consanguíneo es quien produce descendencia; hijo consanguíneo es el que desciende de su antecesor genético. Esto es lo que la ley determina como formas de establecer la paternidad, desarrollando la norma constitucional. He reseñado los artículos del Código de Familia, cuya interpretación sistemática revela la orientación genetista de ese ordenamiento, en lo que respecta a la filiación consanguínea.— La voluntad procreacional, involucrada en la fecundación humana asistida, no es fuente de filiación en el presente estado de nuestro derecho de familia. Admitir que lo sea, sin la debida y cuidadosa regulación legal exigida por la Constitución, es una cuestión muy delicada. Sería abrir la fuente de importantes conflictos en el orden familiar. Razonemos: Si la voluntad procreacional es fuente de filiación, entonces, contrario sensu, la

falta de tal voluntad impide el surgimiento de filiación. La Cámara ejemplifica con el caso de una violación. Siguiendo el mismo ejemplo, notemos que, en tal circunstancia, no hay ni por parte de la víctima ni del violador, voluntad procreacional. ¿Significa ello que la madre-víctima puede negar su filiación con el producto de la violación? ¿Podría el violador-padre, ante un eventual reclamo de los derechos del menor, eximirse de cumplir obligaciones derivadas de la filiación, aduciendo que no existió de su parte voluntad procreacional? En otro caso, los "acuerdos de alquiler de vientre" conferirían la filiación a los "arrendatarios", que tienen voluntad procreacional, y se lo negarían a la "arrendante", por carecer ésta de tal voluntad.— Lo que la Cámara ve como voluntad procreacional como origen de filiación en los casos del que reconoce a un hijo que sabe no es suyo, no es la verdadera fuente de la filiación en esos casos. Lo es la ley misma, que, extinguidas las posibilidades de revocación e impugnación por el reconociente o por terceros, sustituye, en aras de la seguridad jurídica, la verdad legal en vez de la verdad biológica. Se afirma entonces la filiación consanguínea sin posibilidad de alegarse nunca más la realidad biológica. Sin embargo, mientras no prescriben o caducan las acciones de impugnación, la realidad biológica sigue siendo fundamento para desvirtuar la pretendida paternidad. Es justo lo que ha ocurrido en el caso *sub judice*.— SEGUNDO MOTIVO ESPECÍFICO Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN DE LEY: VIOLACIÓN DEL ART. 156 C. FAM.— Como consecuencia de la interpretación anterior, la Cámara ha fallado en violación de la disposición supracitada. En efecto, probado en el proceso que el demandado señor no tiene ningún vínculo biológico o consanguíneo con la menor, es decir, establecido que la menor "no ha podido tener como padre al reconociente", procedía, conforme a la disposición citada, declarar que ha lugar a la impugnación.— Sin embargo, la honorable Cámara inobservó esta disposición, teniendo por establecido el supuesto de hecho mas no aplicando la consecuencia normativa de la referida disposición.— TERCER MOTIVO ESPECÍFICO Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN DE LEY: APLICACIÓN INDEBIDA DEL ART. 428 PR. C.— En el penúltimo párrafo del Considerando VIII, la Cámara cita como aplicable la doctrina denominada teoría de la responsabilidad procreacional, involucrada en la fecundación humana asistida. Esta doctrina, según tratada por los expositores, es aplicable a circunstancias ampliamente diversas de las que subyacen el presente caso.— La doctrina invocada aborda el caso de la inimpugnabilidad de la paternidad por el marido y la mujer en el caso de fecundación humana asistida a la que ambos hayan consentido. Esta propuesta irrevocabilidad de la filiación se refiere a los cónyuges consentidores. En su aplicación más amplia, se refiere a los miembros de una unión de hecho legalmente reconocible.— Sin embargo, en el presente caso el he

cho es que el demandado señor ----- y la señora ----- no estaban casados entre sí cuando esta última recurrió a la fecundación asistida para procrear a la menor. Por lo demás, no ha sido posible una unión legalmente sancionable entre ellos, por la falta de estabilidad, y toda vez que durante su relación el señor ----- estaba casado con la demandante, según consta en autos, factor que hace imposible la existencia de una unión no matrimonial en el sentido legal del Art. 118 C. Fam., porque en el Sr. ----- concurría impedimento legal, a tenor del Art. 14, fracción 2ª, del mismo Código.— Entonces, la doctrina de los expositores invocada resulta inaplicable, por referirse a hechos muy diversos de los *sub judice*, y por ello se aplica indebidamente por vía del Art. 428 Pr. C., supuesto que la impugnación en el presente caso no se hace por, ni respecto de, ninguno de los cónyuges o compañeros en una unión no matrimonial que hayan consentido a la inseminación artificial. De lo que se trata este caso es de la impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, hecho por un tercero con legítimo interés, sobre la base de que el reconociente no ha podido ser el padre de la menor reconocida, hecho que se encuentra establecido en autos y que debió dar lugar a que se declarara la no paternidad, conforme a la disposición legal precitada. Al no hacerlo así, la honorable Cámara cometió la infracción de ley motivo del presente recurso.—

CONCLUSIÓN.— Para atenuar la percepción de la Cámara, y la de la Jueza *a quo*, de que fallar conforme a lo arriba expuesto sería “desplazar la filiación de (la menor) para dejarla sin protección paterna”, es pertinente hacer las siguientes conclusiones. La procedencia de la impugnación no tiene como consecuencia necesaria dejar a la menor sin padre. En efecto, no hay forma legal en que se pueda dejar a un hijo sin padre, si éste vive y es identificable. Existen formas legales en que un hijo puede ejercer su derecho a ser reconocido por su padre. Pero, en el estado actual de nuestro derecho positivo, estas acciones deben enderezarse hacia el padre verdadero, el que tiene un nexo biológico, es decir aquel que aportó el material genético para la concepción del hijo. Mientras nuestro derecho no regule expresamente, en virtud de la reserva de ley constitucional, las consecuencias de la fecundación humana asistida respecto de la filiación, o la voluntad procreacional como fuente legal de filiación, propongo que esto es la única solución legal posible.— Por otro lado, no habría en fallar conforme a los fundamentos aquí expuestos, ninguna violación de los derechos de ----- bajo la Convención Universal de los Derechos del Niño, pues lo establecido en el artículo 3 invocado por la honorable Cámara se refiere a derechos de los niños frente a los padres; y por su parte el Art. 351 del Código de Familia, establece el derechos de los niños a “gozar de un sistema de identificación que asegure su VERDADERA filiación materna y paterna” (Num. 3º) y “a conocer a sus padres, ser recono-

cido por éstos, y a que se responsabilicen de él" (Num. 4ª). Estos derechos subsistirán indefectiblemente, mientras vivan los padres, y respecto de sus sucesiones cuando fallezcan. La menor ----- siempre tendrá frente a quien ejercer sus derechos en forma eficaz. Siempre habrá un padre. En el presente hay un padre legal y real, no el demandado, a quien exigir la satisfacción de esos derechos. — Mas, el punto legal en cuestión, la controversia jurídica medular del presente caso, es, en definitiva, ¿Cómo se establece, legalmente, la "verdadera filiación materna y paterna" a que se refiere la ley? ¿Quién es un padre y quien no lo es, bajo nuestro ordenamiento legal? ¿Basta legalmente la mera voluntad procreacional, sin concurrencia de matrimonio ni unión legal de hecho? — Lo que resuelva la Sala de lo Civil en el presente caso, definirá la posición de nuestro derecho en estas cruciales cuestiones. Propongo que una solución dentro del marco constitucional y legal, debe conformarse a lo arriba expuesto. No es padre quien tiene la voluntad de serlo, y no deja de ser padre quien no la tiene; lo es quien se vincula al hijo por vía genética, por la verdad legal irrefragable, por presunción legal de derecho, o por adopción. No hay otra forma".

IV. Por resolución de las ocho horas y dieciocho minutos del treinta de abril de mil novecientos noventa y seis, la Sala previno al recurrente en el sentido que no había expresado con la debida claridad y precisión los conceptos que considera infringidos y el concepto de la infracción con relación a cada uno de los motivos específicos invocados; en consecuencia, se ordenó que hiciera las aclaraciones y subsanara las omisiones del caso, a lo cual el impetrante dijo: "Sin perjuicio del desarrollo completo de los argumentos expuestos en mi escrito de interposición, en cumplimiento de prevención que al efecto me ha sido hecho, aclaro a la Sala los preceptos que considero infringidos y los conceptos de la infracción bajo cada motivo específico, así: — MOTIVO GENERICO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: Art. 3, Ley de Casación. — MOTIVOS ESPECÍFICOS: 1) Interpretación errónea del Art. 134 del Código de Familia, motivo establecido en el numeral 2º del Art. 3 Ley de Casación; 2) Violación del Art. 156 del Código de Familia, establecido en el numeral 1º del Art. 3, Ley de Casación; 3) Aplicación indebida del Art. 428 Código de Procedimientos Civiles, establecido en el numeral 3º, Art. 3 Ley de Casación. — CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN EN EL PRIMER MOTIVO ESPECÍFICO: INFRACCIÓN ERRÓNEA DEL ART. 134 C. FAM. — La honorable Cámara ha interpretado el Art. 134 del Código de Familia en el sentido de que "no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla...". Sobre la base de esta interpretación, la Cámara sostiene que la voluntad procreacional, es decir la mera voluntad de ser padre de una persona, sin vinculo genético ni adoptivo con ella, es

fuente de filiación admisible en nuestro sistema legal, por lo que ha declarado sin lugar la impugnación de paternidad.—— Es mi proposición jurídica que tal interpretación es errónea, supuesto que el Art. 36 Constitucional, fracción última, dispone claramente que, "La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad". Esto establece una reserva de ley específica para la materia de las formas de establecer paternidad (filiación padre-hijo), y excluye por tanto formas no contempladas expresamente por la ley.—— La interpretación correcta de la disposición es que la filiación sólo es o consanguínea o por adopción; y la filiación consanguínea, en nuestro actual sistema jurídico de familia, sólo se establece en base a relación genética.—— CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN EN EL SEGUNDO MOTIVO ESPECÍFICO: VIOLACIÓN DEL ART. 156 C. FAM.—— Como consecuencia de la interpretación errónea anterior, la Cámara ha fallado en violación del Art. 156 C. Fam. En efecto, se estableció probatoriamente en el proceso que la menor -----, "no ha podido tener como padre al reconociente", por lo que procedía, conforme a la disposición violada, declarar que ha lugar a la impugnación.—— Sin embargo, la honorable Cámara inobservó esta disposición, teniendo por establecido el supuesto de hecho mas no aplicando la consecuencia normativa de la referida disposición.—— CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN EN EL TERCER MOTIVO ESPECÍFICO: APLICACIÓN INDEBIDA DEL ART. 428 PR. C.—— En ausencia de norma legal específica, la Cámara ha citado como fundamento para su fallo, por vía del Art. 428 Pr. C. la doctrina de los expositores denominada teoría de la responsabilidad procreacional, involucrada en la fecundación humana asistida. Esta doctrina no es aplicable a los hechos del proceso, por estar diseñada para resolver vacíos de ley en circunstancias ampliamente diversas de las que subyacen el presente caso, como son la voluntad procreacional de los cónyuges o compañeros en una unión de hecho, que mutuamente consienten a la fecundación humana asistida. En el presente caso, los involucrados en la fecundación humana asistida no son cónyuges entre sí, ni participaron en una unión de hecho legalmente sancionable.—— Propongo la tesis de que la doctrina de los expositores que un tribunal invoque para fundamentar su fallo, en aplicación de la autorización concedida para ello por el (Art.) 428 Pr. C., debe ser aplicable a los hechos del proceso, por estar estructurada, como teoría científica-jurídica, en base a hechos que, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, sean sustancialmente similares a los del proceso. Si un tribunal invoca para fundamentar su fallo, doctrina de los expositores que no es aplicable a los hechos del proceso, incurre en infracción de ley por aplicación indebida de la norma que le autoriza a fundamentar su fallo en tal doctrina".

V. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

Así las cosas, mediante auto de las nueve horas y cinco minutos del once de mayo de mil novecientos noventa y ocho, se admitió este recurso

de casación por la causa genérica de infracción de ley, específicamente por los motivos de interpretación errónea de ley, al citarse como precepto infringido el Art. 134 C. F.; y por violación de ley, al señalarse como disposición supuestamente conculcada el Art. 156 C. F. Por último, se ordenó que el expediente pasara a la Secretaría a fin que las partes presentaran sus alegatos, sin que ninguna de ellas hiciera uso de su derecho, según el informe de F. 32 de esta pieza.

VI. ANÁLISIS DEL RECURSO:

INFRACCIÓN DE LEY (Art. 2 [etra a] L. C.), POR EL MOTIVO ESPECÍFICO DE INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LEY (Art. 3 Ord. 2º L. C.) EN EL ART. 134 C. F.

En primer lugar, el recurrente considera que la Cámara interpretó erróneamente el Art. 134 C. F., luego que ésta manifestara en su sentencia, que dicho precepto "no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción"; ya que, "señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla".

A juicio del impetrante, la voluntad procreacional no es una nueva fuente de filiación, pues quedó al margen de lo dispuesto en el Art. 36 Cn., que contiene una reserva de ley relativa a las formas de establecer la paternidad y que, por tanto, excluye a otras formas no contempladas expresamente en el Código, al señalar que: "La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad".

Finalmente, sostuvo que la interpretación correcta de la disposición mencionada es que la filiación sólo es consanguínea o por adopción, pues, en esta materia, los artículos del Código de Familia revelan la "orientación genetista" de dicho ordenamiento"; concluyendo que, en el estado actual de nuestro derecho de familia, "la voluntad procreacional involucrada en la fecundación humana asistida no es fuente de filiación".

Sobre el particular, el tribunal de alzada dijo que "... en el presente caso lo que interesa es establecer si de acuerdo a nuestra legislación de familia puede la voluntad procreacional considerarse como fuente del vínculo paterno filial. En forma expresa la ley contempla como ejemplo de estos casos, la adopción [...] Respecto a la posibilidad de contrariar la Constitución alegada por el recurrente, sostenemos, que la interpretación de dicho precepto no es correcta, ya que el artículo supuestamente violado indica la obligación de investigar y establecer la paternidad, dejándose el desarrollo de este precepto a la ley respectiva. En cambio, el caso que nos ocupa se refiere a una paternidad ya reconocida y establecida por la misma ley, la cual se pretende impugnar o desplazar la filiación de dicha menor para dejarla sin protección paterna... ".

En opinión de la Cámara sentenciadora, el Art. 134 C. F. no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción, ya que "... este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla, al grado que el artículo 135 indica que entre las formas de establecer la paternidad se encuentran el reconocimiento voluntario y la decisión judicial...".

Por último, apoyándose en la doctrina, afirma que la voluntad procreacional puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo y sin necesidad que haya unión sexual entre las personas; de ahí que, a pesar de la ausencia del acto copulatorio, la voluntad procreacional determina el vínculo filial-paterno al ser reconocido el hijo por el padre, lo cual se conoce en la doctrina como "teoría de la responsabilidad procreacional". Que dicha solución tiene cabida en el Art. 135 C. F., que incluye al reconocimiento voluntario como una forma de establecer la paternidad, con la característica de ser irrevocable (Art. 147 C. F.).

Con relación al vicio alegado, esta Sala ha sostenido reiteradamente que el mismo se produce cuando el juzgador aplica la norma legal que debe aplicar al caso concreto, de manera que no puede confundirse con la violación de ley, ni coexistir con ésta, pero lo hace dando a la norma una interpretación equivocada.

En el caso examinado, el recurso se fundamenta en la supuesta interpretación errónea del Art. 134 C. F. que, bajo el epígrafe de "clases de filiación", establece que "La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción".

Que, previo a todo análisis, conviene destacar lo resuelto con anterioridad por esta Sala, en el sentido que la filiación resulta ser, sin duda, una de las materias que más modificaciones ha sufrido a través del tiempo. Ello ha ocurrido no sólo por las variaciones de los comportamientos sociales que produjeron cambios legislativos en diversos países, sino, también, por la evolución de la ciencia que posibilitó medios de prueba más fehacientes para determinar el vínculo biológico (Fallos: 1374 Ca. Fam. S. S., del 28/1/2002 y 1189 Ca. Fam. S. S., del 4/3/2002).

De igual modo, siguiendo a la doctrina, cabe señalar que los avances médico-genéticos están provocando una verdadera revolución en materias que durante siglos habían permanecido inalterados: de ahí que, conceptos como la filiación gozan, por ahora, de una provisionalidad impuesta por la nueva realidad científica que se presenta en este ámbito del derecho (Cfr. AZPIRI, Jorge Osvaldo, *voz Filiación*, en *Enciclopedia de derecho de familia*, tomo II, Universidad, Buenos Aires, 1992, Pág. 360).

Así, en nuestra legislación, la filiación se define como "el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad" (Art. 133 C. F.).

Desde un plano gramatical, el vocablo filiación deriva del latín *filius*, que significa hijo y se refiere a la procedencia de los hijos respecto a sus padres, en cuyo entendimiento el centro siempre es el hijo. Por consiguiente, la filiación abarca el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad vinculan a los padres con los hijos en la familia, de manera que, el hecho biológico de la procreación trasciende en lo jurídico.

Sin embargo, esta Sala considera que en contra del concepto tradicional de filiación pueden formularse dos objeciones fundamentales; la primera, porque únicamente se refiere a la filiación por naturaleza, pues la adopción constituye una creación legal; y la segunda, porque el mismo goza de un carácter provisional, conforme a la nueva realidad científica que se presenta en el derecho de familia.

Lo anterior es así, desde que el impulso reformista del derecho de familia, en notable ascenso desde principios del siglo XX, según advertía Rene SAVATER décadas ha, obedece a tres causas: 1) la transformación de la economía familiar; 2) la dinámica liberadora del ser humano; y, 3) el acceso científico a su propia biología (Cfr. URIARTE, Jorge Alcides, *Protección integral de los derechos de las personas. Equiparación de las personas con capacidades diferentes*, en Derecho de Familia, revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 13, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, Pág. 44).

Que, frente a ese dinamismo propio del derecho de familia, especialmente en materia de filiación, la nueva realidad científica en el conocimiento de la biología humana impone que, tras la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, se ofrezcan soluciones legales que mejor acompañen a esos cambios.

Mientras el derecho, en un principio, reguló la filiación natural o por consanguinidad e incorporó muchos años después la filiación adoptiva; en la actualidad, con el avance científico en la biología humana, la doctrina moderna nos enseña que existe una tercera clase de filiación, la cual respondiendo a fines didácticos, ha sido llamada "filiación civil" (Cfr. DI LELLA, Pedro, *Paternidad y pruebas biológicas*, Depalma, Buenos Aires, 1997, Pág. 8).

Esta última puede clasificarse según las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, hasta ahora conocidas, por lo que un ordenamiento de éstas es siempre provisorio y necesita ampliarse en el futuro, de acuerdo a los avances de la ciencia. Conforme a ello, la "filiación civil" puede ordenarse en: la inseminación artificial; la fecundación *in vitro* y otras variaciones posibles, como la transferencia intratubárica de gametos, la extracción de un embrión todavía no implantado del útero de una mujer a otra, la inyección del espermatozoide dentro del ovocito, las transferencias del embrión o del ovocito a las trompas de falopio, la maternidad subrogada o madre de alquiler, la crioconservación de embriones y ovocitos pronucleados; la clonación humana reproductiva, entre otras.

Que, según el texto del Art. 134 C. F., las clases de filiación pueden ser por consanguinidad o por adopción, tal como se decía en el Art. 140 del Anteproyecto de Código de Familia, constituyendo un supuesto hipotético lo suficientemente amplio y dúctil, pues se compadecía con el Art. 143 de dicho anteproyecto que, además, incluía los casos de fecundación asistida, señalando que "En los casos de fecundación asistida la filiación se determinará conforme a una ley especial".

En ocasión de tal anteproyecto, la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) expresó que las técnicas de reproducción humana asistida evidencian "la necesidad de revisar nuestra legislación, con el fin de buscar respuesta jurídica a estos avances de la ciencia. Es claro que la normativa afectada excede el ámbito del derecho de familia y probablemente la mejor alternativa, dada la complejidad de la cuestión, es seguir el ejemplo de varios países, dictando una ley especial que regule la materia" (Cfr. CORELESAL, *Documento Base del Anteproyecto de Código de Familia*, octubre 1990, San Salvador, Pág. 214).

Finalmente, el Art. 143 del anteproyecto no fue sancionado, pese a los comentarios favorables que recibió de algún sector de la doctrina extranjera, (entre otros, Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa, *Anteproyecto de Código de Familia de la República de El Salvador*, en revista *Jurisprudencia Argentina*, 1991-I, Buenos Aires, Pág. 889); no obstante, el Art. 140 -con ligeras modificaciones- se sancionó como el actual Art. 134 C. F., conservando su carácter amplio y dúctil para incluir a otras clases de filiación, señalando que "La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción". El subrayado es nuestro.

La razón de no sancionarse el Art. 143 del citado anteproyecto, lejos de interpretarse como una negativa para regular los avances científicos en la materia, como se destacaba en el *Documento Base*, obedeció a una técnica legislativa que consideró inapropiada la remisión de una ley especial a otra. Por ello, sin perjuicio de lo que más adelante diremos para la solución del caso planteado, estimamos que el tribunal de alzada interpretó correctamente el Art. 134 C. F., en el sentido que la filiación consanguínea y la adoptiva no son las únicas clases de filiación; pues, en este orden, la voluntad procreacional en juego con las técnicas de reproducción humana asistida, constituye el fundamento de una nueva clase de filiación, que en nuestro ordenamiento jurídico de ningún modo ha sido vedada.

De manera consecuente, esta Sala resolverá que no procede casar la sentencia por el motivo alegado.

INFRACCIÓN DE LEY (Art. 2 letra a) L. C.), POR EL MOTIVO ESPECÍFICO DE VIOLACIÓN DE LEY (Art. 3 Ord. 1º L. C.) EN EL ART. 156 C. F.

Asimismo, el impetrante considera que la Cámara sentenciadora inaplicó el Art. 156 C. F., manifestando que entre los demandados no existía vínculo

biológico alguno; es decir, que la niña ----- no había podido tener como padre al señor -----, de manera que, de conformidad a la disposición mencionada, procedía declarar la impugnación del reconocimiento reclamada.

Al respecto, el tribunal de alzada sostuvo que la cuestión fundamental es la consideración sobre el hecho jurídico de la propuesta del señor -----, para que la señora ----- consintiera en dejarse fecundar mediante la técnica de la inseminación artificial, con un donante que resultó ser el hermano del señor -----, y que ambos consintieron en que "el producto" de esa fecundación fuera reconocido como hijo de ellos, tal como efectivamente ocurrió al presentarse el demandado al Registro Civil, hoy Registro del Estado Familiar, para reconocer en forma voluntaria y espontánea a la niña recién nacida.

De igual forma, señaló que pese a la ausencia del acto copulatorio entre la señora ----- y el señor -----, la voluntad procreacional y convivencia de ambos "progenitores" importa una "verdad real" para establecer la filiación contra la que se reclama; toda vez que esa voluntad ha sido determinante para establecer el vínculo filial paterno, al ser reconocida la niña ----- por el padre aparente, con base a lo que en doctrina se denomina "teoría de la responsabilidad procreacional".

Asimismo, como fundamento de su sentencia, destacó que el Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; de ahí que, en la solución del presente caso merece especial consideración el interés superior de la niña, conforme a los Arts. 3 de la Convención y 350 C. F., y no solo el interés privado de las partes que intervienen en dicho conflicto familiar.

Finalmente, la Cámara sentenciadora recordó que los problemas de filiación constituyen materia de orden público y que los particulares deben acomodar su voluntad a las normas de convivencia social establecidas para el bienestar de los niños, niñas y de la familia, en armonía con los preceptos constitucionales sobre el tema.

Esta Sala ha sostenido reiteradamente que la violación de ley consiste en la inaplicación de una norma vigente que era aplicable al caso concreto, de modo que no puede invocarse con éxito dicho motivo, si aquella norma no era la que debió utilizarse.

El Art. 156 C. F., citado como precepto conculcado, establece que "El reconocimiento voluntario de paternidad podrá ser impugnado por el hijo, por los ascendientes del padre y por los que tuvieren interés actual, probando que el hijo no ha podido tener por padre al reconociente. Con relación al hijo la acción es imprescriptible".

Tradicionalmente, se ha señalado que el objeto de la impugnación de paternidad se reduce a demostrar la inexistencia del presupuesto biológico para obtener el desplazamiento del estado familiar; a pesar que, en casi todos los ordenamientos jurídicos y así lo es en el nuestro, la caducidad—generalmente breve de estas “acciones” de estado—provoca que la verdad biológica no siempre prevalezca, en pro de la estabilidad familiar.

Sin embargo, otra cosa ocurre tratándose de las técnicas de inseminación artificial heteróloga, ya que éstas no sólo se caracterizan por la falta del hecho biológico, fundamento de la impugnación de paternidad reclamada, sino por la manifestación de una “voluntad procreacional” determinante en el posterior reconocimiento del hijo como propio. De ahí que, configurándose como un supuesto diferente a la clase de filiación por consanguinidad, según quedó expuesto en el parágrafo anterior, podemos concluir—sin hesitaciones—que las disposiciones generales de esta última resultan insuficientes para la impugnación de la primera.

En ese orden, cabe subrayar que en el derecho comparado, la pluralidad de posturas adoptadas con relación a las técnicas de reproducción humana asistida lejos de ser sencillas y pacíficas, son evidencia de las distintas soluciones que apareja el tema, según el mayor o menor grado de permisividad.

En tal sentido, podemos mencionar, en Suecia, las leyes sobre fecundación artificial (1984) y sobre fecundación *in vitro* (1988); en Noruega y Dinamarca, sendas análogas de 1987; en España, las leyes 35 y 42 de 1988; en Alemania, la ley 745; en Francia, las leyes 653 y 654 y los precedentes jurisprudenciales de la Corte Federal de los Estados Unidos de América, *in re* “Roe Vs. Wade” y “Junior Lewis Davis Vs. Mary Sue Davis”, entre muchos otros.

Ciertamente las complejas cuestiones científicas, filosóficas y religiosas que suscita el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, escapan como tales a la competencia de este tribunal casacional; sin embargo, tampoco podemos desconocer que, entre nosotros, se han sostenido las siguientes razones para su regulación: a) la no discriminación por razón del nacimiento, ya que todo niño o niña tiene derecho de conocer a sus padres, lo que exige establecer los mecanismos legales de determinación de la filiación para quien haya sido engendrado por medio de estas técnicas; b) que la diferencia más importante entre la procreación natural y asistida, se encuentra únicamente en ese hecho original, por lo que no hay ningún tipo de conflicto, ni dificultad insalvable para que exista una regulación unitaria en el derecho de familia, que las asimile; y, c) que no se trata de tomar partido con relación a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, sino la determinación de filiación del ser humano nacido mediante dichos procedimientos (Cfr. MIRANDA LUNA, Raúl Eduardo y RODRÍGUEZ

MELÉNDEZ, Roberto Enrique, *Bioética y derecho de familia: Problemas actuales sobre filiación y responsabilidad*, en la revista electrónica del Centro de Documentación Judicial, de la Corte Suprema de Justicia, en la dirección <http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf>, consultada en el día de la fecha). Por ello, sin perjuicio de destacar la imperiosa necesidad de una legislación específica en nuestro país, que regule esas prácticas y las delicadas situaciones que derivan de ellas, consideramos que la cuestión planteada en la especie se examinó y resolvió mediante la aplicación de los principios generales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y de conformidad a los hechos que resultaron de la causa.

Así resultaba de la cláusula de integración normativa, contenida en el Art. 9 C. F., que señala: "Los casos no previstos en el presente Código se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, pero atendiendo siempre a la naturaleza del Derecho de Familia; en defecto de éstas, el asunto se resolverá considerando los principios del Derecho Familiar y a falta de éstos, en razones de buen sentido y equidad".

Aunque esa necesidad de tutela requiere un debido control por parte de la autoridad pública, en principio del legislador, al establecer pautas generales apropiadas, a falta de éstas y hasta tanto se dicten, entendemos que la determinación de la filiación de quien ha nacido mediante dichas técnicas, deberá decidirse, en cada caso singular, dentro de los límites conferidos por la Constitución, los tratados internacionales y demás leyes vigentes.

Por otro lado, la denominada "orientación genetista" que evidencia nuestra legislación, en materia de filiación, como lo afirma el recurrente, no es tal si desde la Constitución, instrumentos internacionales y los principios rectores del Código de Familia, se prioriza la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el respeto a su derecho fundamental de identidad personal (Arts. 34 Cn., 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 4 C. F.).

Tenemos para nosotros, que la objetivización de un niño o una niña en la llamada "realidad biológica" importa, siguiendo en esto a la psicoanalista argentina Eva GIBERTI, sencillamente a "cosificar" o "animalizar" al niño o a la niña, olvidando los aspectos más dinámicos de su identidad.

Por esa razón, consideramos que el derecho a la identidad personal no debe confundirse con el origen o "realidad biológica", toda vez que el término "realidad", que deriva del latín *ens realiter*, es aplicable a la cosa u objeto, a diferencia del *ens rationis* que es aplicable a la persona.

Que, el derecho a la identidad personal constituye uno de los derechos de tercera generación, propios del llamado Estado de Cultura y como tal, se entiende, el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.

En ese orden de ideas, la identidad del ser humano presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea ésta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser "uno mismo", el ser diferente a los "otros". Es el plexo de características de la personalidad de cada ser humano que se proyecta hacia el mundo exterior y se despliega en el tiempo; que se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero que incluyendo a lo biológico, lo trasciende.

Así, el derecho a la identidad personal involucra no sólo un aspecto estático, que es el normalmente restringido a la identificación, sino otro dinámico. Citando a prestigiosa doctrina, coincidimos que "los atributos estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior y entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas [...] La identidad dinámica se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad [...] Es el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que cada cual consiste" (Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, Pág. 114).

Que, las normas del Código de Familia son insuficientes para dar solución a los casos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida y ante la falta de una legislación específica sobre la materia, como lo advierten la Jueza y la Cámara sentenciadora, en sus respectivos fallos, existe el deber legal de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante vacío legal (Art. 7 letra f) L. Pr. F.).

En ese pensamiento y más allá del presupuesto biológico como origen de la filiación, en idéntico encuadre legal que el otorgado a la adopción, en nuestro ordenamiento jurídico, la teoría de la voluntad procreacional para atribuir la paternidad –citada por la Cámara sentenciadora– fue planteada décadas atrás en la doctrina argentina (Cfr. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*, en revista *Jurisprudencia Argentina*, 1965- III, Buenos Aires, Pág. 21) y en la actualidad ha servido como fuente importante para su determinación en los supuestos de reproducción humana asistida.

Como se dijo más arriba, la procreación asistida trastrueca los valores y creencias tradicionales, pues disocia la sexualidad de la reproducción; la

concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales, aparentes o afectivos.

Dado que en las técnicas de reproducción humana asistida falta el elemento natural de la unión sexual, la manifestación de la voluntad procreacional se da con actos de otra índole, como el consentimiento tácito o presunto, mediante la dación del material genético para que la concepción se produzca; o el consentimiento expreso, a través de la manifestación verbal o escrita dada con anticipación al uso de la técnica.

En tal situación, la responsabilidad procreacional que surge es evidente porque se ha tenido el deliberado propósito de engendrar y se ha manifestado el deseo de concebir de manera anticipada, por ambos miembros de la pareja (Cfr. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana Esther, *Procreación humana artificial: un desafío bioético*, Depalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 183).

Como lo enseña la doctrina, la fecundación humana asistida puede clasificarse de acuerdo a su naturaleza, en homóloga intraconyugal o extraconyugal, y heteróloga.

En general, debemos entender que la reproducción humana es asistida cuando no es resultado exclusivo de la unión intersexual, sino de la aplicación de determinadas técnicas médico-científicas que la hacen posible; en tanto que, la inseminación artificial es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el espermatozoides en el interior de los órganos de reproducción de la mujer.

Que, la inseminación artificial heteróloga es aquella practicada en la mujer con material genético de un donante, o sea, de quien no es su esposo ni su compañero de vida. Así tenemos que, si la fecundación fue ejecutada sin el consentimiento de éste, se tiene la posibilidad de impugnar (o mejor dicho, anular) con éxito su paternidad, ya que no sólo falta el presupuesto biológico, sino también el volitivo o consensual; es decir, la decisión del acto procreacional para que ese ser naciera.

De lo que sigue, si la fecundación asistida fue realizada con el consentimiento de aquél, como aquí se trata de una clase de filiación diferente a la consanguínea o natural; ya que no tiene sustento en su origen biológico; la paternidad del nuevo ser se determina por este acto de voluntad, acercándose en esto, aunque sin confundirse, con la filiación adoptiva.

Por esta razón, en una correcta aplicación de la teoría de los propios actos, la que impide volver sobre ellos, en el derecho comparado se sostiene que, si esta especie de inseminación se practica con el consentimiento del esposo o compañero de vida y desde luego, la mujer fecundada, se les priva de la "acción" de la impugnación de la filiación.

Que, a los fines de preservar el derecho a la identidad personal de quien nace mediante la inseminación artificial heteróloga, en la doctrina extranjera no existe una solución pacífica, por cuanto de un lado se expresa que el

hijo puede ejercer la correspondiente acción de reclamación de la paternidad, junto con la pretensión de la impugnación de la legalmente establecida (Cfr. LÓPEZ y LOPEZ, A. M; MONTÉS PENADÉS, V.; ROCA I TRIAS, E. y otros, *Derecho de familia*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, Pág. 313); en cambio, otros recuerdan que si el donante no tuvo voluntad de procrear, otorgarle al hijo la posibilidad de desplazar la filiación establecida implicaría que quede sin filiación materna o paterna, según el caso (Cfr. INIGO, Della Beatriz; LEVY, Lea Mónica y WAGMAISTER, Adriana Mónica, voz *Reproducción humana asistida*, en *Enciclopedia de derecho de familia*, tomo III, Astrea, Buenos Aires, Pág. 560).

Aunque la voluntad procreacional constituye la fuente de una nueva clase de filiación civil, según advertíamos más arriba; también creemos que ella se configura, para el caso concreto, en una ficción del vínculo biológico, de manera que a los efectos de su irrevocabilidad, cabe propiciarle un trato similar como la adopción.

Lo que no puede ser de otro modo, pues decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico. Esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosamente y veladamente cuidando a la prole, mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra, por la cual uno es el genitor y otro el generado.

En general, el concepto de la voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea y tratándose de la inseminación artificial heteróloga, el "padre aparente" es quien manifiesta el consentimiento informado que involucra su voluntad de ser padre, las ansias de la responsabilidad procreacional y la asunción del ejercicio de la paternidad social y psicológica, no obstante la falta de nexo biológico. En cambio, el "padre excluido" es aquel que, producto de esa técnica de reproducción, ha donado su material genético sin compromiso o responsabilidad de asumir la paternidad, por lo que si bien existe la identidad cromosómica con el nacido, ha faltado la voluntad de procrear (Cfr. VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores, *Huérfanos biológicos*, San Pablo, Madrid, 1997, Págs. 77/86).

Por otro lado, en la interpretación y aplicación de las disposiciones de nuestro derecho prevalece el interés superior del niño y como tal se entiende "todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad" (Art. 350 C. F.).

Además, este interés reclama que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior

del niño" (Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Diario Oficial número 108, tomo N° 307, del 9/5/1990).

Según consta en autos, el señor ----- y la señora -----, establecieron una relación sentimental, cuya duración fue aproximadamente cuatro años y dado que el señor ----- se había practicado una vasectomía bilateral, en mil novecientos setenta y uno, luego de consultar la opinión médica, decidieron que la señora ----- quedara embarazada por medio de la técnica de inseminación artificial, con material genético de un hermano del señor -----, En veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y ocho, nace -----, ahora de quince años de edad, hija de la señora ----- y el señor -----.

Como se dijo, la técnica de inseminación artificial practicada, no sólo se caracteriza por la falta del hecho biológico, derivado a su vez del acto copulatorio, sino por la manifestación de la voluntad procreacional de ambos padres, determinante en el reconocimiento posterior del hijo como propio, cuando se trata de una filiación extramatrimonial.

En ese sentido, la Sala considera que el vínculo filial paterno entre la niña ----- y el señor -----, ha quedado firme con efectos frente al mundo y es, por tanto, irrevocable, desde el momento que operó el reconocimiento voluntario de paternidad, en análogo encuadre legal cuando la adopción es decretada por la sentencia.

Esta solución es la que mejor atiende el interés superior de la niña, de manera que el derecho a la identidad personal no sólo se limita a conocer su "realidad biológica", sino que potencia el aspecto más humano y dinámico de la identidad, como el patrimonio ideológico y cultural de su personalidad, a la que se suman el conjunto de sus pensamientos, opiniones, creencias, actitudes y comportamientos sobre el mundo.

De ahí que, la sentencia que rechaza la posibilidad de impugnación de la paternidad por un tercero, sin dudas ha privilegiado el estado familiar de hijo con carácter estable, como mejor interpretación de este valor, no sólo por la insuficiencia legal del Art. 156 C. F., sino, primordialmente, en aras del interés superior de la niña ----- y además, la voluntad procreacional del padre demandado, en correcta armonía con los deberes emergentes de la responsabilidad parental.

Finalmente, consideramos que el derecho de la niña a investigar la paternidad, no sería tal si esta sentencia negara la posibilidad de conocer quién es su padre biológico, por lo que debe fijarse la obligación de sus padres en dársele a conocer, de forma apropiada, una vez que ----- alcance la mayoría de edad.

En suma, pues, estimamos que no procede casar la sentencia recurrida por el motivo alegado, ya que el supuesto de la tradicional "acción" de impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, contenida en el Art.

156 Id., resulta insuficiente y por tanto, inaplicable, para desplazar una filiación establecida mediante técnicas de reproducción humana asistida; situación que requerirá, desde luego, un tratamiento ajeno al jurisdiccional y al cual, en el estado actual de nuestro derecho de familia, sólo se puede llegar a través de una integración analógica, como lo hizo la Cámara sentenciadora. POR TANTO: De acuerdo a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts. 9, 178 C. F.; 7 letra f), 82 L. Pr. F., 428 C. Pr. C. y 23 L. C., a nombre de la República, esta Sala FALLA: a) Declárase que no ha lugar a casar la sentencia impugnada, por los sub-motivos de interpretación errónea del Art. 134 y violación de ley del Art. 156, ambos C. F.; y, b) Condénase en costas al licenciado José Roberto Tercero Zamora y en los daños y perjuicios a que hubieren lugar a la señora -----.

Devuélvanse los autos al tribunal remitente con certificación de esta sentencia. HÁGASE SABER. M.E.VELASCO.- PERLA J.- GUZMÁN U.D.C. PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN. M.E.LEMUS. SECRETARIO.

Esta publicación se terminó de imprimir el 10 de septiembre de 2004, en la Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, 19 Calle Poniente N° 135, Barrio San Miguelito, San Salvador.

LA EDICIÓN CONSTA DE 2,000 EJEMPLARES.