

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS



TEMA:

**“INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA
DE FAMILIA (2000 - 2004)”**

Trabajo de Grado para Optar al Título de:

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

Presentado por:

ILEANA GABRIELA HERNÁNDEZ BENÍTEZ
CLAUDIA ELIZABETH SARAVIA COREAS
NORMA ESTELA DELGADO HERNÁNDEZ

NOVIEMBRE DE 2004

SAN MIGUEL

EL SALVADOR

CENTRO AMÉRICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES

Dra. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

RECTORA

Lic. JOSE FRANCISCO MARROQUIN

VICE - RECTOR

Lic. MARIA HORTENSIA DUEÑAS

VICE - RECTORA ADMINISTRATIVA

Lic. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA

SECRETARIA GENERAL

Lic. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA

FISCAL GENERAL

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES

Ing. JUAN FRANCISCO MARMOL CANJURA

DECANO INTERINO

Lic. MARCELINO MEJIA GONZALEZ

VICE-DECANO

Lic. LOURDES ELIZABETH PRUDENCIO COREAS

SECRETARIA

DEPARTAMENTO DE CIENCIA JURIDICAS

AUTORIDADES

Dr. OVIDIO BONILLA FLORES

JEFE DE DEPARTAMENTO

Lic. JOSE FLORENCIO CASTELLÓN

**COORDINADOR GENERAL DE PROCESOS DE
GRADUACIÓN**

Lic. JOSE SALOMÓN ALVARENGA VÁSQUEZ

DIRECTOR DE CONTENIDO

Lic. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA

DIRECTOR DE METODOLOGÍA

DEDICATORIAS GENERALES

A DIOS TODOPODEROSO:

Por concedernos la vida y brindarnos la oportunidad por nuestro éxito ahora obtenido, gracias Señor por iluminarnos en nuestra formación académica, y estamos seguros que contaremos con su ayuda en cada momento de nuestras vidas.

A NUESTROS DOCENTES:

Quienes compartieron sus conocimientos y nos impulsaron a aprovechar el cien por ciento de nuestra capacidad, y por eso este triunfo de superación, el cual es de grata satisfacción.

A NUESTRO ASESOR DE CONTENIDO:

LIC. JOSÉ SALOMON ALVARENGA VASQUEZ

Por sus sabios y oportunos consejos en todo el transcurso del seminario, los cuales nos ayudaron para la realización de nuestra meta y formación.

A NUESTRO ASESOR DE METODOLOGIA:

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA

Le agradecemos las instrucciones proporcionadas a lo largo del proceso de graduación, asimismo, por apoyar nuestro esfuerzo y empeño para culminar nuestra carrera.

CLAUDIA SARAVIA

GABRIELA HERNANDEZ

ESTELA DELGADO

AGRADECIMIENTOS

*Detrás de cada línea de llegada,
hay una de partida, detrás de cada logro,
hay otro desafío.
Mientras estés vivo, siéntete vivo*

A DIOS TODOPODEROSO:

Por ser siempre la luz que guía cada uno de mis pasos, por brindarme optimismo y fortaleza todos los días de mi vida.

A MIS ABUELITOS MARIA FIDELINA COREAS DE SARAVIA Y JULIO CÉSAR SARAVIA.

Gracias por enseñarme que en la vida la honradez, bondad, sinceridad y respeto por los demás son valores que engrandecen al ser humano.

A MI MADRE EMMA SARAVIA.

Por haberme dado la oportunidad de conocer este mundo y brindarme siempre su amor y apoyo incondicional sin importar lo que pase.

A MIS TIOS OFELINA, BERTA, GLADIS, MARTA, ROBERTO JULIO, ODY Y SARITA.

Por sus oportunos consejos y enseñanzas sobre la importancia de la responsabilidad y la calidad humana, que han forjado en mí el constante deseo de superación y por todos aquellos detalles que han permitido que día a día logre cada una de mis metas.

A MIS HERMANITAS REBE Y VAITY.

Por brindarme siempre su cariño y alegría en todo momento, por permitirme ser no sólo su hermana sino también su mejor amiga, compañera y aliada.

A MIS PRIMOS JENY, ALE, CESAR, OSCAR, PATY, ANDREA, ELLEN, ALBA Y JR.

Por su apoyo y optimismo, comprensión, alegría y ocurrencias que hacen que todos los momentos que compartamos juntos sean una grata experiencia.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS:

Por estar dispuestos a ayudarme en todo momento sin esperar nada a cambio, más que una sincera amistad, (Ustedes saben quiénes son).

A MIS COMPAÑERAS ILEANA Y ESTELA.

Por todas las experiencias que hemos compartido, y por haber logrado gracias a nuestro trabajo en equipo una de nuestras metas.

CLAUDIA ELIZABETH SARAVIA COREAS

*“Nada te turbe nada te espante, todo se pasa, Dios no se muda,
La Paciencia todo lo alcanza sólo Dios basta”*

Dios.

Por haberme dado la vida, una familia y la fé en él, que permitió que ésta mi primera meta profesional tenga un sentido; ya que sin su amparo y providencia jamás, la hubiera podido lograr.

Maria Auxiliadora.

Por guardar mis despertares y amaneceres, entradas y salidas y sobre todo porque acudí a ti y no fui abandonada en mis alegrías y tristezas. Gracias por saber cuidar bien de tus hijos.

Padres M^a. Dominga Benítez de Hernández.

Gracias por traerme a la vida y hacer tantos sacrificios, cuidados en el transcurso de mi vida y sobre todo por formarme como una mujer de bien de la que espero siempre se sienta orgullosa.

Carlos Luís Hernández.

Gracias Padre por haber sido ese ejemplo que seguí y me formo como un ser humano con valores; Gracias por su apoyo económico y espiritual, por su cariño y comprensión. Esta que es mi primera meta profesional se las debo a ustedes y es de ustedes, gracias por amarme tal como soy.

Hermanos Odette, Alexis, Alberth,

Ustedes son lo que me dio ánimo a seguir adelante cuando creía que no podía más. Gracias por su paciencia, tolerancia y cariño que siempre me han demostrado de tantas formas.

A mi Abuelo Luís Hernández Salvador.

“Abuelito sé que la persona más orgullosa por mi causa sería usted; agradezco a dios que me haya permitido conocerle y amarle y sobre todo aprender de usted que se puede ser sabio sin ser rico y que el ser humano se vuelve digno por su educación y esa capacidad de ser agradecido en todo momento, pues no es la belleza lo que enaltece al hombre.”

Tíos

Por brindarme su apoyo confianza y cariño especialmente, mis tías carmen Alicia y Ana Deysi y Agripina y Filomena por su ayuda tan incondicional y desinteresada en todos estos años de mi vida.

Amigos

Que aunque no son muchos sé que están ahí pendientes de mí; por su apoyo espiritual; por compartir su vida con la mía Y ser parte de mis alegrías y tristezas en todo este caminar por la vida.

Compañeras Claudia y Estela

Por elegirme como su compañera en este periodo y compartir alegrías disgustos esperanzas, sueños y sobre todo un excelente trabajo.

Familia Saravia Coreas

Gracias por su cordialidad, tolerancia, paciencia, y consentirnos en su casa y permitir que la volviéramos nuestro centro de operaciones en todo este tiempo.

UNIVERSIDAD EL SALVADOR FMO.

Forjaste en mí la conciencia social, la identidad universitaria y sobre todo me dotaste de tantos conocimientos necesarios para el futuro.

ILEANA GABRIELA HERNANDEZ BENITEZ.

"El principio de la sabiduría es el temor de Jehová;
los insensatos desprecian la sabiduría y la enseñanza"
Proverbios 1:7

DEDICADA ESPECIALMENTE

A Jesucristo Rey de Reyes y Señor de Señores:

Por su gracia y sabiduría brindada en todo momento de mi vida guiando siempre mis pasos, y como fruto el triunfo ahora obtenido para alabanza de su gloria.

A mis Padres: Gabriel Delgado Reyes y Teresa de Jesús Hernández de Delgado:

Por el amor demostrado a través de sus constantes esfuerzos y sacrificios desde el inicio de mis estudios hasta la culminación de mi carrera.
Les agradezco con todo mi corazón y les presento este triunfo como resultado de un esfuerzo mutuo.

A mis hermanos: Cecy, Gris, Flor, Gabriel, David y Saúl:

Con quienes he compartido el mismo hogar, teniendo un corazón en común y un ideal de superación, esperando que todo lo que hemos vivido nos ayude a ser más unidos.

A Carlos Ricardo Gutiérrez Orellana:

Por su agradable compañía llena de comprensión y apoyo inmenso al estar conmigo en los momentos mas difíciles que he vivido, gracias por creer en mi y desearme siempre los mejor.

A Pastores, Supervisores y Hermanos de la Iglesia Evangélica El Remanente San Miguel:

Por sus aprecios y cariño demostrado a través de sus oraciones para alcanzar este triunfo, habiéndome impulsado espiritual y moralmente a seguir adelante.

A mis Tíos Lic. Federico Ernesto Portillo Flores (de Grata Recordación) y a su esposa Rosa Estela Vda. de Portillo:

Por haberme concedido la oportunidad de capacitarme y ayudarme en la formación de mi profesión para así poder enfrentar los retos de la vida.

A mis Cuñados y Amigos:

Rafael, July, Leslie, Ruth, Iris, Lic. Jaime Diaz, Fanny, Perlita, Cabezas, Helen, Luz Cubias, Flor Campos, Carmencita y Lisseth a quienes de una manera sincera me demostraron estar de mi parte y colaboraron para que pudiera lograr esta nueva meta.

A mis compañeras de Tesis Ileana y Claudia:

Compañeras con quienes compartimos momentos gratos de presión y desesperación, y nos esforzamos para que resultase esta exitosa investigación. Gracias por la amistad brindada.

"Te haré entender y te enseñaré el camino en que debes andar;
sobre ti fijaré mis ojos. "Salmos 32: 8

INTRODUCCIÓN

La presente investigación denominada “Indemnización por daños y perjuicios en materia de familia”, comprendida en el periodo 2000-2004, pretende desarrollar la figura del resarcimiento de los daños familiares y su relación respecto a la responsabilidad civil, enfatizándose en el área de familia, para lo cual se plantea un estudio minucioso sobre la importancia de que exista una regulación clara y específica en el normativa familiar que impulse la eficacia de la indemnización por daños familiares; así como las soluciones viables a los planteamientos y enunciados sobre el tema objeto de estudio.

Se establece de manera clara las definiciones del daño, origen de las formas de resarcimiento, referencias históricas, hechos acontecidos desde la comunidad primitiva, edad media, edad moderna, contemporánea hasta la época actual.

Así mismo, se presentan los objetivos generales y específicos, así como un sistema de hipótesis, las cuales dan la pauta para seguir en el análisis propuesto permitiéndonos de esta manera la obtención de una exitosa

conclusión investigativa al interés de todos aquellos que tengan acceso a este significativo aporte.

En ese sentido, se detalla de manera ordenada el desarrollo capitular, el cual se enuncia a continuación.

Capítulo I: Que comprende la Situación Problemática, el Enunciado del Problema, la Justificación de la Investigación, Objetivos Generales y Específicos, Alcances de la Investigación Temporales y Espaciales, así como las limitantes documentales y de campo. En este capítulo se pretende dar a conocer la problemática social que representa la indemnización por daños y perjuicios en el devenir de la historia.

Capítulo II: Está constituido por el Marco Teórico, dentro del cual se encuentran los antecedentes, relacionándose aspectos de gran relevancia; luego en la base teórica se enmarcan fundamentos de las distintas opiniones de autores sobre las teorías de la reparación del daño y su indemnización y todo lo que se regula en la legislación salvadoreña; Asimismo se constituye una base conceptual, constando de una serie de términos básicos, fundamentales en el desarrollo investigativo.

Capítulo III: Este capítulo se refiere al uso de la metodología, en el cual se propone un sistema de hipótesis generales y específicas, a efectos de profundizar en el estudio del tema a investigar, el método, naturaleza de la

investigación, técnicas investigativas documentales, de campo y la correspondiente organización de instrumentos.

Capítulo IV: Posteriormente se incluye en este apartado la presentación y descripción de resultados, a su vez, el análisis e interpretación de resultados obtenidos en su oportunidad sobre las unidades de análisis entre las que se cuentan Juzgados de Familia de la zona oriental, y en ellos Jueces y Magistrados, secretarios y colaboradores jurídicos, procuradores, litigantes, y equipo multidisciplinarios, así como el análisis de casos concretos.

Capítulo V: Finalmente, las conclusiones resultantes, encaminadas a dar a conocer el logro investigativo; Las recomendaciones y propuestas dirigidas a diversas instituciones inmersas en el quehacer jurídico y a la Asamblea Legislativa de El Salvador.

Es realmente un trabajo de investigación, que es de mucha utilidad para el lector, sean estudiantes universitarios, abogados, litigantes, Jueces, en igual forma a los rectores de las Universidades u otras instituciones para que hagan suyas las recomendaciones y propuestas producto del esmero y tenacidad del equipo investigador.

Capítulo I

Planteamiento del Problema

- 1.1 Situación Problemática*
- 1.2 Justificación de la Investigación*
- 1.3 Objetivos*
- 1.4 Alcances de la Investigación*
- 1.5 Limitantes*

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Situación Problemática.

A fin de lograr un mayor entendimiento de la problemática objeto de estudio se hace necesario conocer sus orígenes, así tenemos que, se entiende por daños, según el autor Omar Barbero, *“La idea de ofensa, lesión, menoscabo o disminución ocasionados a una persona ya en sí misma, ya en sus sentimientos a sus bienes materiales”*¹.

Los daños se dividen tradicionalmente en materiales y morales; los primeros son aquellos que recaen sobre cosas u objetos perceptibles por los sentidos o un derecho lesionado, y los daños morales los que una persona en su honor, su reputación, afectos o sentimientos. Estos últimos fueron reconocidos a partir de la Constitución de la República del año 1950 en su Art. 163, que literalmente expresa *“Que se establece la indemnización conforme a la ley por daños de carácter moral.”* Y de forma idéntica se ha regulado en nuestra actual Constitución que data del año 1983, en su Art. 2. Inc. 3°. Al entrar en vigencia el uno de octubre de 1994 el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia, se constituyó un marco normativo en el cual se desarrollan los principios y garantías constitucionales referentes a la familia.

¹ Barbero, Omar. Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1977. Pág. 92

Dentro de éstas se establece la indemnización de daños y perjuicios, para que a la familia como base fundamental de la sociedad se le garantice el restablecimiento de la justicia por el daño sufrido ya sea en su convivencia familiar o en sus relaciones sociales. No obstante que la familia goza de un amplio ámbito de protección, existen deficiencias en cuanto a su regulación al no haberse establecido de forma clara y concisa el proceso a seguir para la valoración y cuantificación de los daños y perjuicios alegados por las partes.

La situación problemática de la investigación se fundamenta en identificar y posibilitar opciones sobre la incertidumbre jurídica y el impacto que causa en la familia salvadoreña el hecho de no establecerse de forma inequívoca y concreta un determinado capítulo en la Ley Procesal de Familia sobre el procedimiento a seguir en el resarcimiento de los daños morales y materiales, lo que genera desconocimiento respecto a varios aspectos procesales como la legitimación procesal activa y pasiva en la reclamación del daño, la fijación de un plazo para hacer efectiva la acción indemnizatoria; así también los medios probatorios idóneos que la víctima pueda utilizar para establecer la certeza sobre el menoscabo en su honor o patrimonio que considere se le han causado por el dañador o dañadora.

De igual forma, es importante mencionar la falta de lineamientos jurídicos que en materia de familia sirvan de base para la cuantificación del daño moral y material, lo que aumenta la inseguridad jurídica para las partes interesadas en reclamar el daño.

Otro de los puntos medulares de la problemática de los daños y perjuicios, reside en la supletoriedad civil y leyes especiales en materia de familia, donde se omitió legislar acerca de la posibilidad de tomar en cuenta otras leyes que regulen lineamientos acerca de los daños y su respectiva reparación, donde se establezca un procedimiento adecuado y actual de la cuantificación de la indemnización, y se determinen las bases legales concretas para valorar la magnitud del daño; por ejemplo se tiene la rama del derecho penal y procesal penal, donde se establecen algunos parámetros para determinar el daño en los artículos 114 y 115 CP. Así como el Art. 361 Pr. Pn. que serían de gran efectividad de ser aplicados en el derecho de familia, tales como: La entidad del perjuicio, necesidades de la víctima, capacidad laboral, edad, y las consecuencias lesivas del daño tanto al demandante como al demandado, entre otros.

Desde otro ámbito procesal, en relación al juzgador familiar se presenta otra problemática, como lo es, el desconocimiento de la actuación de tales funcionarios ante el cumplimiento de los principios rectores del proceso de familia, que de forma general enuncian garantías que deben ser promovidas, divulgadas y respetadas en todo proceso de familia, por lo tanto aquellos casos donde el conflicto amerite un justo resarcimiento en materia de daños y perjuicios no serán la excepción a esta regla, a pesar de la complejidad que se le presenta al juzgador cuando le compete fallar en materia de indemnización y las normas familiares no dan los parámetros concretos a seguir para establecer la cuantificación del monto.

1.1.1 Enunciado del problema

La eficacia de la acción de indemnización por daños y perjuicios en materia de familia no atañe sólo a las partes inmersas en un conflicto, sino también a terceros perjudicados, así como a la sociedad en general; y al Estado mismo, como garante de las condiciones morales y materiales óptimas para el bienestar familiar.

- ¿Es la indemnización por daños y perjuicios una consecuencia jurídica de los hechos alegados en un caso de familia al grado que faculte al juez de familia imponerla de oficio o por el contrario es renunciable?

- ¿Existirán medios probatorios idóneos para probar los daños y perjuicios alegados por las partes o por el contrario puede hacerse con cualquier medio de prueba?

1.2 Justificación de la Investigación.

El tema de la indemnización de los daños y perjuicios en materia de familia reviste importancia dada la complejidad de las relaciones familiares y de convivencia, donde se hace necesario señalar el impacto que ocasiona el daño injusto en el núcleo familiar; así como los lineamientos jurídicos procesales que se toman en cuenta para cuantificar en forma dineraria la indemnización por el daño causado.

Esta investigación nos permite conocer la realidad de El Salvador donde las partes involucradas en un proceso de familia temen en primer lugar mostrarse como personas vulnerables tanto económica como moralmente, y en segundo lugar, un reproche social al iniciar una acción de daños y perjuicios, por lo que en muchas ocasiones el daño recibido no es debidamente reparado; generándose así una problemática social, que es menester analizar.

En la doctrina salvadoreña los textos en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios en el proceso de familia son escasos por lo que se pretende crear un documento que satisfaga la necesidad de difundir la relevancia de la reparación del daño en materia de familia; y de esta forma establecer un precedente para la realización de futuras investigaciones sobre el tema planteado.

Es trascendental en la vida jurídica conocer esta problemática sobre daños y perjuicios debido a que la indemnización constituye una forma de

proteger la dignidad y el honor inherentes a todo ser humano desde el momento de su concepción, y se deriva de la necesidad de una democratización de las relaciones familiares.

Asimismo, la Indemnización de daños y perjuicios se vincula en el mandato legal que obliga al Juez de familia a fundamentar sus resoluciones, en el sentido de que al no existir un criterio uniforme para cuantificar el monto de los daños materiales y morales, se crea una incertidumbre para los reclamantes del daño como para los demandados y la posibilidad de que el Juez en su actuar haga una mala aplicación de la normativa familiar existente, ya sea que no se otorgue lo que se pida o al contrario se otorgue más de lo pedido; por lo que traería como consecuencia la interposición de recursos por el agravio causado a las partes.

De esta manera se establece de forma clara la necesidad de realizar un aporte significativo y beneficioso a la comunidad jurídica en general, Resultando favorecidos el Juez de familia; quien contará con una referencia doctrinaria al momento de solucionar cada caso concreto que sobre responsabilidad civil en el derecho de familia se le presente.

Al demandante, demandado y demás interesados en el proceso, Quienes obtendrán un mayor conocimiento sobre sus derechos y garantías procesales, así mismo la realización de este informe investigativo enriquecerá el cúmulo de conocimientos científicos de La Universidad de El Salvador con lo que se contribuirá a la formación académica de los estudiantes y la sociedad en general.

Como equipo de trabajo se pretende dar a conocer a la sociedad la magnitud del tema en cuestión, ya que el fin de nuestra investigación es dar respuestas a esta necesidad social por medio de un aporte didáctico y crítico que sustente un uso innovador de la normativa de familia, obteniéndose así una solución procesal que permita acceder de forma eficaz a la protección judicial en materia de familia.

1.3. Objetivos

1.3.1 Objetivos generales.

- Analizar la normativa familiar y la jurisprudencia relacionada con la indemnización de daños y perjuicios.
- Investigar en relación a lo teórico y práctico la indemnización por daños y perjuicios en el derecho de familia.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Determinar los problemas legales de la normativa familiar respecto a la indemnización de daños y perjuicios.
- Señalar los precedentes y criterios jurisprudenciales relativos a la indemnización de daños y perjuicios.
- Determinar las teorías que sustentan la indemnización de daños y perjuicios en la justicia familiar.
- Identificar los medios probatorios idóneos para establecer los daños materiales y morales.
- Proponer soluciones oportunas sobre la problemática que genera la indemnización por daños y perjuicios en el proceso familiar.

1.4. Alcances de la Investigación.

1.4.1 Alcance Normativo

En la esfera normativa se toma como punto de partida la Constitución de la República por ser esta la fuente de donde se desglosan los derechos humanos y valores fundamentales de cada individuo, así como la edificación de la familia.

Además se efectuará un estudio de los diferentes instrumentos internacionales donde se da relevancia a la dignidad, nivel de vida, protección de la familia y su entorno a través del Estado, así también por el carácter de universalidad que éstos poseen:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se regula entre otros la igualdad ante la ley, el derecho a hacer peticiones y a ser escuchado, determinando en un juicio los derechos y obligaciones invocados (Art. 10), también el derecho a fundar una familia y su protección (Art. 16).
- Convención sobre Derechos del Niño. Pues es el derecho de familia el que tutela derechos a los menores.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Se establece las responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria a los hijos, (Arts. 23 y 24).

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer.
- Convención sobre Derecho Internacional Privado. (Código de Bustamante).

Todos los instrumentos antes descritos ofrecen un significativo aporte al ser fuente de creación de nuestras leyes y más aún de la legislación familiar.

- Código Civil. Donde se establece la responsabilidad civil y sus consecuencias por medio de un delimitado acápite de forma clara, y conjuntamente con el principio de supletoriedad respecto a la normativa de familia toda vez que el derecho común no contraría la naturaleza del derecho de familia.
- Código Procesal Civil.
- Código Penal y Código Procesal Penal. Donde se pretende implementar enfoque y aportes que son olvidados en las leyes antes mencionadas.
- Código de Familia.

- Ley Procesal de Familia.
- Ley Contra la Violencia Intrafamiliar.
- Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Ibero América.
- Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil.

1.4.2 Alcance doctrinario.

Doctrinariamente se encuentran una diversidad de especialistas en la materia daños y perjuicios tanto en el ámbito del derecho civil, como del derecho de familia, que desde sus diferentes textos exponen sus puntos de vista históricos y actuales acerca de la relevancia de daños y perjuicios, abordándolos desde su origen, desarrollo y traslado a otras ramas del derecho.

Al analizar el origen de la indemnización de daños y Perjuicios en materia de familia, se debe estimar el sentido etimológico de la palabra daño, la cual se deriva del latín *damnun*, que significa: Mal, perjuicio, aflicción, privación del bien, gasto. Se valoraba que el simple *damnum* que no perjudicaba, no daba lugar a la reparación o indemnización. En torno a esta voz latina del daño, se estudiarán diferentes teorías como: La teoría jurídica

del daño, Las teorías acerca de la conceptualización de la responsabilidad civil que a su vez, se dividen en: Clásica, Moderna y Actual; así mismo La teoría General de la responsabilidad civil que fue construyéndose lenta pero incansablemente a lo largo de tres mil años.

Es así que se concibe a la responsabilidad civil desde la venganza privada a la reparación del daño, desde la culpabilidad hasta el riesgo creado; desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido por un además la transición de una concepción patrimonialista del daño a una personalista; Así también desde un derecho resarcitorio clásico a un derecho de fondos, y finalmente se estudiará las teorías acerca de la diferenciación entre el daño moral y material. Todas estas teorías han influenciado y enriquecido nuestro ordenamiento jurídico que desde la Constitución de la República, Código Civil hasta la Ley Procesal de Familia regulan la teoría general de la responsabilidad y el derecho de daños.

1.4.3 Alcance Temporal.

Con el fructífero desarrollo investigativo y con el interés de analizar jurisprudencialmente la temática hemos designado como parámetro temporal para el presente estudio un período de cuatro años, comprendido desde el mes de enero del año 2000 hasta noviembre de 2004, por la necesidad de conocer los cambios y variaciones que se han dado con el discurrir del tiempo, la cantidad de demandas en cuanto a daños materiales y morales se

refieren, de esta forma establecer cuáles fueron las soluciones que aportaron los Jueces, Magistrados, Litigantes y Procuradores; Habiéndose consolidado la ley Procesal de Familia en los años que preceden a nuestra investigación, es preciso verificar su eficacia y la posibilidad de reformas a la normativa que ameriten su implementación, a fin de lograr una interpretación armónica de las leyes con los principios constitucionales que consagran la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito moral y material en que éstos se presentan.

1.4.4 Alcance Espacial.

La indemnización de daños y perjuicios en materia de familia como problema investigativo social es un hecho, cuya aplicación se presenta en la extensión territorial de todo El Salvador, que jurisdiccionalmente y para una viabilidad procesal está dividido en las zonas occidental, central y oriental, especificando que se efectuara geográficamente en la zona oriental, donde se encuentran distribuidos cinco Juzgados de Familia y la respectiva Cámara, así como Instituciones que se coordinan para tutelar derechos en el ámbito familiar, las cuales servirán como una fuente informativa esencial, que nos permitirá profundizar acerca de las diferentes posturas y soluciones que adoptan las unidades de análisis a nivel regional para el tema señalado.

1.5 Limitantes

1.5.1 Documental.

- Poca existencia de documentos de las instituciones involucradas en el quehacer jurídico referentes a la Indemnización de Daños y Perjuicios en el Proceso de Familia, que faciliten el estudio de la doctrina salvadoreña acerca de la responsabilidad civil en el derecho de familia.

1.5.2 De Campo.

- Tomando en cuenta el criterio de confidencialidad que rige la práctica forense de los tribunales de familia de la zona oriental, se vuelve difícil el acceso a las resoluciones judiciales, así como a los distintos informantes claves para la investigación.

Capítulo II

Marco Teórico

2.1 Antecedentes

2.2 Base Teórica

2.3 Base Conceptual

CAPITULO II
MARCO TEORICO

2.1 BASE HISTORICA

2.1.1 ANTECEDENTES MEDIATOS

2.1.1.1 EDAD ANTIGUA

A. COMUNIDAD PRIMITIVA

a. La Venganza Privada

En la comunidad primitiva al igual que en otros períodos de la evolución humana existen muchas teorías que versan sobre el desarrollo de las estructuras familiares y sus diversas funciones, se estima que los primeros asentamientos humanos estaban constituidos por dos o tres núcleos familiares ligados entre sí por el parentesco, los cuales se desplazaban de un lugar a otro con el fin de procurar la supervivencia del grupo. Las relaciones familiares no tenían carácter individual ya que todos los hombres y mujeres de la tribu tenían relaciones sexuales y por lo tanto se podía determinar quien era la madre del niño pero no su padre; Posteriormente por la supervivencia y guerras los grupos primitivos buscaron tener relaciones sexuales con mujeres de otras tribus lo que originó una estructura familiar denominada matrimonio por grupos y según estudios sobre la materia “Aparece la primera restricción sobre la unión totalmente libre.”²

² Calderón de Buitrago, Anita y otros. (1996) *Manual de derecho de familia* 3ª Edic. Pág. 16

En este tipo de sociedad era común la práctica del infanticidio, así como la expulsión del grupo de aquellos que por enfermedad no podían trabajar; no obstante la familia crecía con el incremento de la prole lo que imponía obligaciones específicas a los padres, y se convierte en un grupo social que vela por satisfacer sus propias carencias frente a las necesidades de la colectividad, a través de la custodia cuidadosa de los bienes económicos familiares. Es así que la familia era considerada “Una unidad económica: Los hombres cazaban mientras que las mujeres recogían, preparaban los alimentos y cuidaban a los niños”.³

Desde entonces según el autor Jorge Bustamante Alsina “Aparece en la obra humana la visión histórica del fenómeno jurídico de la responsabilidad civil, que nos remonta a las primeras manifestaciones de la actividad humana reguladas normativamente”⁴. Donde la justicia es vista no según su causa, sino su efecto, es decir, obtener la reparación del daño sufrido; El agredido siente el dolor y éste lo empuja a la venganza privada, en la que se destaca la conducta de la víctima frente al autor del hecho lesivo, perdiéndose de vista la culpabilidad e interesando más el castigo del ofensor.

Este período de venganza privada es la forma más imperfecta y antigua de la justicia, ya que la cuestión del daño y la necesidad del resarcimiento no se hallan al margen del derecho, el ataque a la persona y a los bienes no constituía en sí mismo el agravio sino que se considera que al causar un daño material, se quebranta el sentimiento de auto conservación y

³ Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2004.

⁴ Bustamante Alsina, Hugo. *Teoría general de la responsabilidad civil por daños*. Edit. Abeledo Perrot. Pág. 20

la propia estimación de la víctima comprometiéndose la solidaridad del grupo familiar al que ésta pertenece donde la reparación del daño implicaba la venganza de toda la prole contra el agresor.

Posteriormente con la evolución de las estructuras familiares se fue manifestando en las culturas primitivas prohibiciones respecto a la libertad sexual, y otras formas de organización familiar como la poligamia, la cual se manifiesta de dos formas, la primera la poliandria en la que una mujer cohabita con varios hombres y la segunda conocida como poligenia en la que un hombre tiene varias esposas, hasta que finalmente se impuso el carácter monogámico del matrimonio.

B. CIVILIZACION BABILONICA

a. La concepción del daño según el Código de Ur Nammu.

Siendo uno de los primeros códigos jurídicos escritos de la Mesopotamia Antigua, es conocido en la actualidad por fragmentos de una copia hecha en tiempos del rey Hammurabi, desafortunadamente en tal mal estado que sólo fragmentos del prólogo y cinco artículos han podido ser descifrados en la actualidad. El Código es conocido también como *Tablas de Nippur*, y fue promulgado durante el reinado del rey Sumerio Ur Nammu, que se prolongó desde el año 2064 hasta el 2046 a.C., y se basaba en un sistema jurídico que establecía jueces especializados, que dentro de sus facultades podían ordenar al culpable de un daño la indemnización de perjuicios. El propósito social del Código se describía en su prólogo, uno de cuyos párrafos dice: “*El huérfano no fue entregado al rico; la viuda no fue*

*entregada al poderoso*⁵ siendo así que el referido texto legal tiene la característica de mostrar una antigua preocupación en cuanto a la indemnización por los daños a las personas.

Es importante mencionar que las disposiciones legales reguladas en el Código de Ur Nammu, no emanaban del legislador, sino que constituían sentencias dadas por los jueces que se suponían como leyes de carácter universal, siendo así que la atribución de este código al rey Ur Nammu significa que la colección contiene la práctica de jurisprudencia durante su reinado.

El código contenía un extenso prólogo con consideraciones teológicas, históricas y éticas, además de un cuerpo de por lo menos veintidós artículos, dentro de los cuales se hace una valoración del daño corporal, siendo la reparación proporcional al valor perdido, tal como literalmente establece una de sus disposiciones al enunciar que: *“Si un hombre en el curso de una riña hiere el miembro de otro hombre con un bastón, pagará una mina de plata”*⁶

En este sentido las disposiciones del código de Ur Nammu se consideran de carácter progresista debido a que los antiguos tendían a castigar los delitos mediante la muerte o mutilación, y que tal como afirman estudios sobre historia antigua *“En el código de Ur Nammu se establecen*

⁵Haesbaert de Paiva, Caroline (2001) *“Dano moral e sua polêmica aceitação nos processos de separação e divórcio,”* disponible en www.unicruz.edu.br.

⁶Revista Bíblica, Año 55 No. 52, ***La Justicia en la mesopotamia antigua.*** Disponible en www.revistabiblica.org

compensaciones dinerarias, se fijan además multas por la muerte o daños a terceros”⁷, en estos no se aplicaba el castigo corporal, y se sostiene que dentro de las regulaciones de este código “no aplica la ley del talión” según recientes estudios sobre la ley en Súmer y Babilonia.

b. La Ley del Tali3n segun el C3digo de Hammurabi.

Consta de 282 leyes, y se encontr3 en una estela de basalto frente al llamado dios sol Shamash, considerado el patr3n de la justicia; data del a3o XVIII a.C. y fue promulgado durante el reinado del Rey Hammurabi, quien proclama a Babilonia como su imperio, y obtiene la suma de todos los poderes p3blicos el legislativo, ejecutivo y judicial. El c3digo se centra en los procesos legales y en la imposici3n de castigos, para acabar con una especie de tratado destinado a asegurar un gobierno estable y que el fuerte no oprima al d3bil, para lo cual se regulan una serie de delitos y sus respectivas penas siendo la compensaci3n pecuniaria la m3s frecuente; cuantificada desde el doble hasta el triple del da3o causado. Se mitiga la venganza en el sentido de que s3lo el Estado es el que aplica el castigo al culpable, no el particular damnificado por mano propia, ni se incluye a todo el clan.

Se establece la protecci3n de las mujeres, los ni3os, los esclavos y aquellos considerados como los m3s pobres frente a las posibles injusticias de los poderosos, sin embargo los castigos aumentaban o disminuían en su dureza tomando como par3metro la categoría social del acusado; en otras palabras, la clase social determinaba la medida en que la persona era

⁷ Ivorra, Carlos. *Historia antigua* Disponible en www.uv.es

retribuida, tal como expresan algunos artículos del código: *“Si un hombre ha reventado el ojo de un hombre libre, se le reventará un ojo”; Si revienta el ojo de un mushkenum (clase social intermedia) pagará una mina de plata; Si ha reventado el ojo de un esclavo de un hombre libre, pagará la mitad de su precio*⁸.

En cuanto a la familia, se consideraba de tipo patriarcal asentada sobre bases puramente económicas ya que la finalidad del matrimonio era la de propiciar mano de obra, de esposa e hijos, para la casa del marido. La familia estaba constituida por el padre, sus mujeres y los hijos de sus mujeres. El cabeza de familia ejercía la dirección absoluta en todos los asuntos de su casa, puesto que tanto sus mujeres como sus hijos, legalmente no están considerados igual al esposo. En padre estará presente siempre, en todo lo relacionado con el Derecho Familiar. El padre tenía plena potestad sobre sus hijos, tanto en sus personas como en sus bienes. Los miembros de una familia que eran entregados al acreedor del cabeza de familia como “aval”, o que eran vendidos como esclavos, tenían que ser libertados después de tres años de esclavitud en fianza sin que importara el que la deuda se hubiera liquidado o no.

Los hijos no podían disponer del patrimonio doméstico pero estaban dotados de una cierta capacidad jurídica y patrimonial. Es así que se regula: *“Si un señor, decidido a desheredar a su hijo, dice a los jueces: Deseo desheredar a mi hijo”,* los jueces investigarán sus antecedentes, y si el hijo no incurrió en falta lo bastante grave para ser desheredado, el padre no podrá desheredar a su hijo. El matrimonio tenía un carácter contractual. Su iniciativa correspondía al

⁸ Proyecto Clío. **El Código de Hammurabi** Disponible en www.clio.Rediris.es

padre del novio. Establecido el acuerdo con la familia de la novia, el novio debía entregar al futuro suegro un regalo, (tirhatum) que solía ir acompañado de un obsequio de esponsales, (biblum) cuyo valor será tenido en cuenta por la casa del padre de la novia a la hora de entregar la preceptiva dote, (sheriqtum) cuya propiedad conservará siempre la mujer y que la transmitirá a sus hijos. Tras ello se procedía a redactar un contrato, en el que se determinaban los derechos y deberes de la esposa, así como la suma que debería pagar el marido en caso de repudio de la mujer y la pena en que incurriría ésta en caso de infidelidad.

“Si un señor, que ha llevado el regalo nupcial a la casa de su presunto suegro y pagado las arras, se enamora de otra mujer y dice a su suegro: No me casaré con tu hija, el padre de la hija se quedará con todo lo recibido”. Así mismo, la esposa nunca podía abandonar a su marido y el marido podía repudiar a la mujer en caso de malversación de fondos, injurias contra él, negación del débito conyugal, mientras que el marido nunca podía ser castigado por adulterio. El divorcio sólo podía ser solicitado, por el esposo. Si el marido tenía intención de divorciarse, estaba obligado a pagar a su mujer una indemnización por el divorcio. Una de las principales causas de divorcio podía ser la esterilidad de la mujer. El marido estaba obligado a devolver a la mujer su dote y a pagarle la indemnización fijada por el divorcio, y se establece:

“Si un señor desea divorciarse de su mujer que no tuvo hijos, le dará dinero hasta la cantidad total de sus arras y le devolverá la dote que aportó de la casa de su padre, y después puede divorciarse de ella.” También una enfermedad grave contraída por la mujer se consideraba como causa de divorcio. Si la mujer estaba de acuerdo con el divorcio, se le devolvía la dote aportada pero si no estaba de

acuerdo, podía vivir en una casa aparte, estando el marido obligado a mantenerla durante toda su vida.

c. Clasificación del Daño según el Tratado de Nezikin.

Es necesario en primer lugar, hacer un esbozo sobre el origen de este importante Tratado, siendo así que Nezikin pertenece a la compilación llamada Libro del Talmud Babilónico, que significa estudio o aprendizaje, el cual a su vez se originó de los debates orales de la Mishná⁹, conocidos como Guemará, que tenían la finalidad de esclarecer y preservar las enseñanzas de los eruditos sobre la Mishná, los cuales se realizaron durante un lapso de trescientos años, hasta que entre los eruditos surgió el temor de que la transmisión oral de generación a generación fuese olvidada, y se comenzó a plasmar por escrito los lineamientos de los Guemará, lo que finalmente se publicó con el nombre de Talmud Babilónico en el año 505 antes de la era cristiana.

En cuanto a la compensación por varios tipos de daños el Tratado de Nezikin de Babilonia, regula *“Si una persona, por asestar un golpe a otra, le causó daño en una o varias de las cinco siguientes formas, debe haber restitución: i. Nezek: Causando daño físico; ii. Tzaar causando dolor; iii Ripui Causando gastos médicos; iv. Shevet causando ausencia de trabajo y v. Boshet causando humillación”*¹⁰.

⁹ La Mishná es un resumen de las leyes que complementan y explican las leyes de la Torá. El origen del nombre se encuentra en la raíz hebrea ShNH que significa estudiar y repasar lo estudiado. La Mishná sirvió de base para la compilación más amplia de la Ley oral: La Guemará.

¹⁰ **Estudiando: Compensación por Varios Tipos de Daños.** Disponible en *www. Torá. Org*,

Se explicará ahora en más amplio detalle los precedentes tipos de daños: En Primer lugar i. *Nezek*, establecía que si el agresor causó a la víctima perder, o lesionar un ojo, diente, mano, pie o cualquier otro miembro u órgano, se calculará por cuánto el valor de este hombre se disminuiría por causa del impedimento si él fuera vendido como esclavo. El asaltante debe pagar la suma que se calculó como valor del miembro.

En segundo lugar ii. *Tzaar*, además de compensar a la víctima por el daño que sufrió por la pérdida o lesión de un miembro, el agresor deberá pagar por todo dolor físico causado por el accidente; la suma de la compensación depende de la severidad del daño. Luego, en el siguiente apartado, denominado iii. *Ripui*, se establece que el atacante es responsable de los honorarios médicos y otros gastos médicos resultantes de su golpe.

Por su parte en el cuarto lugar iv. *Shevet*, reglamenta que si el agresor causó a la víctima una pérdida financiera por impedirle ir a trabajar, él debe pagar por ello; Y finalmente en quinto lugar v. *Boshet*, alude a que aún si un hombre insultó a otro en forma verbal o asestó un golpe el cual no causó daño físico sino meramente lo humilló, la cuestión es traída ante los jueces, quienes estimarán el monto de la compensación financiera que es debida a la víctima por la vergüenza que sufrió, y el atacante deberá pagar la suma determinada.

Dentro del Talmud Babilónico, se encuentra así mismo el Tratado Nashim, el cual es específico para guardar las normas que rigen la vida familiar. Nashim significa "mujeres", que eran el eje del hogar. Incluye, por ejemplo, normas sobre casamiento, divorcio, relaciones permitidas y

prohibidas, deberes matrimoniales, etc. El Tratado de Nashim se subdivide en 7 capítulos que regulan diversas materias, aquellos capítulos definidos en cuanto a las relaciones familiares son los siguientes: i Yevamot: Que trata sobre el matrimonio de levirato¹¹, el que se volvía necesario por el apuro de una mujer preocupada por que su marido no ha dejado a un hijo como heredero, se regula también la posibilidad de celebrar un ritual por el que el hermano del difunto marido se libra de la obligación de desposar a la viuda, no obstante esta práctica fue socialmente reprochada.

ii Ketubot (Contratos Matrimoniales): Centra su contenido en el valor del contrato judío estándar del matrimonio. Ketubot ofrece la información esencial sobre los bienes de las mujeres y sus derechos sucesorales en el mundo rabínico. Así mismo se incluye un comentario detallado en los deberes de los maridos y de las esposas. Por ejemplo, el Mishná en Ketubot cita la opinión del Rabino Eliezer: "Estos son los deberes que una esposa debe realizar para su marido: la harina que muele y el pan que cuece al horno, las ropas que se lavan y cocinar el alimento, el cuidado de su niño, la fabricación de su cama y el trabajo en las lanas... porque la ociosidad conduce a la inmoralidad" (Ketubot 5:5¹²) Así mismo hay discusiones numerosas de las condiciones que permiten que las mujeres busquen también un divorcio, incluyendo la carencia de las

¹¹ Llamado ahora ley del matrimonio levirático, de la palabra latina *levir*, que significa "cuñado", se declara que si un hombre casado moría sin hijos, su viuda tenía que casarse con su hermano (su cuñado), o el más cercano de su parentela si no existía un hermano, y el primer hijo de esta nueva unión iba a considerarse como descendencia del difunto esposo

¹² Artículo *Seder Nashim (women)*,

Disponible en www.myjewishlearning.com.

relaciones sexuales (Ketubot 5:6) y de los varios defectos físicos en su marido (Ketubot 7: 9-10)

C .CIVILIZACION HEBREA.

La Biblia viene del griego *biblia*, plural de *biblión*, significa colección o biblioteca de muchos libros, divididos en dos secciones Antiguo Testamento y Nuevo Testamento, contiene el mensaje de Dios para cada ser humano, donde se encuentra información en relación a la indemnización de daños, restitución y resarcimiento.

En el siglo XIX a de C., empieza la verdadera historia del pueblo hebreo, se consideraban así mismo el pueblo elegido por Dios, sus principales etapas son: La época de los Patriarcas, (1900 aprox.- 1200 a de C) las tribus hebreas abandonan Ur de mesopotámica y se dirigen hacia el norte a lo largo del Eufrates y llegan a Palestina, luego entran en Egipto, allí se situaron dedicándose al cultivo hasta que el faraón los expulsa, y es precisamente desde que son dirigidos por el patriarca Moisés que se constituyen en nación privilegiada entre muchas otras naciones ya que Dios le concedió algo especial; una ley en el monte Sinai, la cual les serviría para guiar al hombre hacia Dios, regular la unión familiar, las relaciones entre ellos, la armonía social, etc. (Deuteronomio 5:5 y Éxodo 20:12). Siendo los únicos en su tiempo que dependieron de leyes. La ley hace las veces del espejo donde se podían ver las manchas del alma, pero no daba la medicina para borrarlas; solamente hacia referencia a que se tenía que presentar sacrificio por la infracción, por lo

cual, la ley determinaba lo que le esperaba al infractor: la muerte, como pago por su desobediencia a la misma.

La familia judía era concebida como un núcleo familiar constituido por padre, madre, e hijos; siendo el hombre la cabeza de la mujer en el hogar según 1ª de corintios 11: 3; La familia fue la base de la organización social, agrupándose en tribus y los profetas (los ancianos) eran sus jefes políticos y espirituales. En esta época de la historia el hombre casado no se podía divorciar de su mujer, a no ser por repudio, *“Debía darle carta de divorcio entregándosela en su mano y la despedía de su casa”* tal y como lo menciona el libro de Deuteronomio 24: 1, resaltando así la dureza de tales hombres hacia su cónyuge a quien no se le provee ninguna indemnización por el daño causado, solamente que ésta era libre de casarse nuevamente, dándosele el privilegio de casarse con otro, (Deut. Vers. 2 y 3); no obstante que *“El primer marido que dio carta de divorcio no podía volverla a tomar para que sea su mujer, después que fue envilecida, porque es abominación delante de Jehová. Y no haz de pervertir la tierra dada por heredad”* (Vers. 4).

a. Formas de Retribuir el daño según el Libro de Éxodo.

El propósito de introducir la ley era que fuese cumplida por el pueblo, sometidos al temor a Dios, ya que si entre los miembros existía un daño sería restituido por la justicia divina. En Éxodo Cap. 21: 12 al 14, aparecen las leyes sobre los actos de violencia los cuales se efectúan de la siguiente manera: El primer lugar por dolo, con la intención de causar un daño y dice: *“El que hiere a alguno, haciéndole así morir, él morirá. Pero si alguno se ensoberbeciere contra su*

prójimo y lo matare con alevosía, de mi altar lo quitarás para que muera, se pague vida por vida. Según (Vers. 23), es decir que a la persona homicida no se le compadecía la vida debía pagar con su propia vida, (Deuteronomio 19: 21); luego que el vers. 24 y 25 expresa claramente “Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.”¹³

En el caso del Éxodo 21:18 se enuncia “Además, si algunos riñeren, y uno hiriere a su prójimo con piedra o con el puño, y este no muriere pero cayere en cama; si se levantara y anduviere fuera sobre su báculo entonces será absuelto el que lo hirió; solamente les satisfará por lo que estuvo sin trabajar, y le hará que le curen. Y si alguno hiriere a su siervo o a su sierva con palo y muriere bajo su mano será castigado. [...] Si alguno riñere o hirieren a mujer embarazada y esta abortare pero sin haber muerto serán penados conformes a lo que le impusieren el marido de la mujer y juzgaren los jueces. Mas si hubiere muerte entonces pagara vida por vida.”

En segundo lugar por negligencia, el resarcimiento opera de la siguiente forma; Éxodo 21: 33 al 35 “Si alguno abriere un pozo, o cavare cisterna, y no la cubriere, y cayere allí buey o asno, el dueño de las cisterna pagará el daño, resarciendo a su dueño y lo que fue muerto será suyo”. Cabe mencionar que en las leyes humanitarias, se dio la justa retribución a la persona afectada o dañada. “Si alguno engañare a una doncella que no fuere desposada, y durmiere con ella, deberá dotarla y tomarla por mujer, y si su padre no quisiere dársela, él le pesará plata conforme a la dote de las vírgenes. Éxodo 22:16-17. Así mismo en el Vers. 24 hace

¹³ **La Santa Biblia.** Versión Reina y Valera. Pág. 61

énfasis a ninguna viuda ni huérfano afligiréis [...] ya que *toda trasgresión y desobediencia recibió justa retribución, según Santiago 2: 2.*

b. La Retribución del daño como sanción en el Libro de Levítico.

El nombre de este libro se deriva de una de las doce tribus del pueblo de Israel, aporta las leyes y regulaciones concernientes a rituales y ceremonias, acorde a la fe y vida religiosa que tenían como pueblo de Dios. Y se ubica en el capítulo 4: 1 al 5 *“Habla a los hijos de Israel y diles: Cuando una persona pecare por yerro en alguno de los mandamientos de Jehová sobre cosas que no se han de hacer, e hicieren alguna de ellas; y si el sacerdote ungido pecare según el pecado del pueblo, ofrecerá a Jehová por su pecado que habrá cometido, un becerro sin defecto para la expiación... y lo traerá delante del tabernáculo de reunión. Y obtendrán perdón.”*

El daño ocasionado era castigado severamente, en el capítulo 20 alude la importancia de guardar los estatutos ordenanzas y ponerlos por obra, en relación al daño a los padres, expresa que: *“Todo hombre que maldijere a su padre o a su madre, de cierto morirá; a su padre o a su madre maldijo; su sangre será sobre él. Si un hombre cometiere adulterio con la mujer de su prójimo, el adultero y la adúltera indefectiblemente serán muertos. Cualquiera que yaciere con la mujer de su padre, la desnudez de su padre descubrió; ambos han de ser muertos; su sangre será sobre ellos. Si alguno durmiere con su nuera, ambos han de morir, cometieron grave perversión su sangre será sobre ellos.[..] Cap. 24:10, del Levítico, eran puestos en la cárcel, por blasfemar el nombre de Dios y hasta que les fuese declarado por palabra de Jehová, había de ser muerto, “así mismo el hombre que hiere de*

muerte a cualquiera persona, que sufra la muerte, El que hiere a un animal ha de restituirlo animal por animal , y el que causare lesión a su prójimo , según hizo así se le sea hecho: rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente, según la lesión que haya hecho a otro, tal se le hará a él.[...] El que hiere a un animal ha de restituirlo; más el que hiere de muerte a un hombre que muera. Un mismo estatuto tendréis para el extranjero como para el natural.; por que yo soy Jehová vuestro Dios. vers. 17 al 22.

En la época de los Jueces (1200-1010 a de C) muere Moisés antes de entrar a Palestina” Tierra Prometida”, los hebreos emprenden sus conquistas a las ordenes de Josué, quien distribuyó entre todas las tierras conquistadas. A la muerte de Josué, fueron los Jueces quienes gobiernan sobre el pueblo hebreo y prosiguen la conquista de Palestina. La época de la monarquía, (1010- 538 a de C.) Los hebreos para defenderse de los filisteos, se unen en torno al rey; Saúl, fue el Primer Rey de Israel, y siendo derrotado. Le sucedió David, (1010-955 a de C. Aprox.-) derrota a los filisteos y termina la conquista de Palestina, y estableció la capital del reino en Jerusalén: así surgió el fuerte estado hebreo. El rey Salomón, (995-935 a de C.) Fue el último rey de un pueblo hebreo unido. Jerusalén se convierte en un importante centro cultural, del pueblo hebreo en este periodo. A su muerte las doce tribus se dividen en dos reinos. El reino de Israel asentado al norte y el reino de Judá al sur. En cuanto a los daños en materia de familia se relatan los siguientes: 2ª. De Samuel 11, asunto de David con Betsabé, se realiza un adulterio produciendo un daño familiar, dolo, crimen, desintegración familiar, la paga del pecado cometido y la Justicia Divina. Capitulo 12 vers. 13 al 23 Amonestación de parte del profeta natán. Capitulo 13, nunca se apartó la espada de su casa, Amón que era hijo de David, viola a su hermana tamar.

vers.14 Capitulo 19, Absalón se subleva contra David su Padre y muere por su maldad. vers. 22 Pero la ira de Dios cesa porque redime a David, le perdona y éste en gratitud inicia los preparativos para construir el templo, 1ª.Crónicas 2.

En todo lo antepuesto, se tiene que entender que los mandamientos de Dios en su palabra tienen un propósito ordenar las actividades de todas las clases sociales, razón por la cual se resarce en cuanto a daños familiares, incestos, concubinatos, adulterios, perjuicios, tuvo aplicabilidad la ley del talión, había proporcionalidad en cuanto al daño causado y el castigo sufrido. De lo cual se induce que para no llegar a desechar la ley o los mandamientos de Dios, es necesario apegarse a ella, teniendo una buena conciencia, *"Y quien es aquel que os podrá hacer daño, si vosotros seguís el bien"* 1ª.de Pedro 3:13

El marido deberá cumplir con el deber conyugal, así mismo la mujer con el marido, darse el uno para el otro como lo dice 1ª. Corintios 7:1 al 10, en definitiva, la familia tiene derecho a ser protegida tal como lo instituyen los artículos 1 y 2 de la Constitución de la República.

D. GRECIA.

a. La Compensación como alternativa a la Venganza Privada.

En esta civilización se comienza a reglar remotamente la indemnización, desde los tiempos Homéricos (siglo VIII. a.C. en adelante), época en la que al llevarse a cabo un atentado contra la vida y las personas se castigaba a través de la venganza privada, para ello existía un grupo

denominado, Los *Gerontes*, que estaban encargados de explicar el derecho y establecer el orden; y facultaba a las familias para que siguiendo el mandato del axioma Radamanthis "*La sangre pide sangre y está solo puede derramarla el vengador designado por la parentela,*¹⁴" se hiciera uso de esta primitiva manera de cobrarse la indemnización por parte de la persona que se considere dañada o los que en esa calidad se encuentran.

En el periodo preclásico, el cual da entre los años o siglos VI y VII a. C., se da la etapa llamada de *Los Legisladores* porque en muchas ciudades surgieron iniciativas para establecer leyes de carácter moderadamente progresista que evitarían la violencia de las luchas y los desórdenes; Entre estos legisladores se destacaron *Carondes* en Sicilia, Solón en Atenas (594 -591) y *Dracón* (621 a. J) a él se le atribuye la primera legislación positivada; en el mismo año. En ella se reguló sobre los juzgamientos y juicios públicos.

Otro de los acontecimientos que marca la historia es, *La Polis griega* que fue conocida como el orden, la justicia. Un ejemplo de la trascendencia de la Polis Griega se ilustra a través de unos de los artículos de la constitución de los atenienses. "[...] *No nos estorbamos en las relaciones privadas no infringimos la ley en los asuntos públicos ya que obedecemos a la ley. Por otra parte, nos preocupamos de los asuntos privados y de los públicos*"¹⁵ Durante este periodo de la civilización griega se subordinaba la dignidad a la polis, por lo que el Estado griego delegaba en la venganza de la familia el ejercicio de la sanción punitiva otorgando la formas de indemnizar a los perjudicados, en

¹⁴ Cifuentes, Santos, Derechos Personalísimos, Pág.3.

¹⁵ Enciclopedia Temática del Estudiante Milenio, Pág. 1224

razón que las leyes draconianas habían perdido su vigencia porque aún no se conocía el concepto de interés colectivo.

Por los años 403 a. C. en tiempos de *SOLOM* después de no practicarse las leyes draconianas, se reestablece nuevamente la vigencia de éstas, equiparándose el resultado del proceso por atentado a la persona y por homicidio con la venganza familiar y sus efectos fijando asimismo una indemnización distinta a la propagada y permitida por los Gerontes, facilitándose con ello una somera intromisión de la justicia positivada y aplicada ahora a través del Estado, produciendo grandes e importantes reformas legales que garantizaban los derechos del pueblo aplicables a todos por igual.

El periodo clásico de Grecia abarco los siglos IV Y V a..C., Con las luchas dadas entre la aristocracia y los partidarios de la democracia, los agricultores, artesanos y comerciantes; las cuales se produjeron por el año 443 a.J., en que *Pericles* asumió el gobierno de la ciudad Estado (443-429.a.C.) consolidando los órganos del gobierno y justicia de la ciudad así, la *Boulé*, la *Asamblea*, y el *Helio*. La *Boulé* actuaba a modo de gobierno y a su vez proponía leyes, la *Asamblea* era la encargada de recoger la voluntad de los ciudadanos y decidir sobre la paz y la guerra; *Helio* a su vez le correspondía la administración de justicia. Otro de los principales órganos de Gobierno ateniense lo constituyo los Arcontes, que era un cuerpo colegiado conformado por nueve arcontes; de los cuáles los primeros tres se repartían las funciones que antes fueron del rey; El arconte Epónimo estaba encargado de velar por los derechos de la familia; no cabe duda que la forma de reclamar las indemnizaciones a través de un proceso conforme a lo que

establecía el Estado, constituye conjuntamente con la protección de la familia la característica más notable de la significativa civilización griega.

b. La Retribución del daño en el derecho Griego.

Cuando se rompía la esfera del respeto y se dañaban los bienes y la integridad de un sujeto este mereció que se le reparara por la ofensa y restituyera en su patrimonio. En Atenas, se distinguió el daño involuntario o culposo, del daño intencionado o doloso y éste se valoraba al doble. En la regulación greca para llevar a cabo dicha reparación se estipularon formas escuetas de reparar el daño; La primera de ellas fue: *La Venganza Privada* donde la indemnización estipulada era una especie de sanción ya que se volvía líquida la indemnización a precio de sangre; la persona dañada podía de forma colectiva vengar el daño por su propia mano, y a través de los parientes o sus ofendidos pues los griegos mantenían confundida la tradición y las necesidades con los derechos de la familia. Luego apareció *El juicio Público en lugar de la venganza de la sangre*, esta clase de indemnización consistió en aquel proceso dirigido, ya no por la familia dañada sino, por los tribunales en el cumplimiento de la ley en forma de composición, dejando sin efecto el mandato que permitía a las víctimas del dañador hacer su justicia privada y reclamar para sí la indemnización de forma violenta; conservándose únicamente la venganza para casos aislados.

E. ROMA

a. Regulación de la familia en la ley de las XII Tablas.

i. Los Esponsales

En la sociedad romana primitiva configuraba una parte importante de la sociedad la institución de la *justae nuptia* o *justum matrimonium* conocido como el matrimonio legítimo, conforme a las reglas del derecho civil de Romano que después del año 309 se regularon en la ley de las XII Tablas por el impulso del tribuno *Canuleyo* quien en ese año obtuvo el voto para que se regulara la *ley Canuleya* que permitía a los patricios y los plebeyos el legítimo matrimonio; el cual por un interés político y religioso hacía necesaria continuación de cada familia o *gens*, por el bienestar de los hijos; que en esta etapa histórica estaban sometidos a la autoridad del jefe, pues veían en el matrimonio el fin principal de trascendencia a través de la procreación de los hijos, y para llegar a ello se exigían condiciones necesarias para la realización del matrimonio y así se pudiera conformar como válido.

El matrimonio no requería de solemnidades de índole religiosa, pues según Eugéne Petit “*El Matrimonio era un contrato consensual y se hacía perfecto únicamente por el consentimiento de las partes.*”¹⁶ Dado que los Romanos admitieron la costumbre de que los padres hacían uso de los *Desporios* o *Esponsalia* por los cuales los futuros esposos se comprometían el uno cerca del otro. “Estos podían efectuarse desde la edad de siete años, pero cada parte quedaba en la libertad de romperlos por causa de daños o perjuicios que había de fijar el juez; en el bajo imperio (Año 1 a. C. hasta año 1 d. C.), los

¹⁶ Petit Eugene, 1977, Editorial Época, Argentina, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Pág. 107,

desporios se llevaban de la mano con las arras, las cuales que, si se rehusaba después a cumplir la promesa de o el compromiso de tomarse uno al otro como marido y mujer, tenían que pagar el doble de lo que se había recibido".¹⁷

A la "*sponsalia*" se le distinguía claramente del matrimonio aunque esto no le restaba importancia jurídica ya que es probable que en su origen representase únicamente el elemento consensual del matrimonio, lo cual ha variado con el correr de los siglos y la diferencia de culturas y pueblos. Al considerar al matrimonio como contrato podemos afirmar que la "*Deductio Puellas*" no fuese sino la ejecución de este contrato que se componía en su estructura de dos actos sucesivos: El compromiso y la consumación del matrimonio. "*Se entiende por esponsales entonces, aquel convenio de futuro matrimonio entre un hombre y una mujer, como la relación producida por este convenio (Noviazgo)*".¹⁸ Las únicas tablas que hicieron alusión a la familia son las siguientes:

1) *Tabla IV*: Si el padre ha vendido por tres veces al hijo quede éste libre de su padre.

2) *Tabla V*: Los ancestros quisieron, así, que las mujeres, incluso adultas, quedasen bajo tutela en razón de su ligereza de espíritu [...] salvo las vírgenes vestales que quisieron fueran libres: y así se previene en dicha ley, quienes no hayan recibido tutor por testamento, según la ley de las XX Tablas tendrán como tutores a sus agnados. Si alguien está loco y no tiene custodio, que la potestad sobre él y sus bienes sea de sus agnados y gentiles.

¹⁷ Ibid Pág. 104 y 105.

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael (1984) *México Compendio de Derecho Civil, Tomo I de las Personas y Familia*, Editorial Porrúa, Pág. 278.

3) *Tabla VI*: Se prevé que si una mujer no quiere caer bajo la "Manus¹⁹" del marido se ausente tres noches cada año y que de ese modo interrumpa cada año la usucapión.

4) *Tabla XII*. Los delitos de los hijos de familia o de los esclavos generaban las acciones noxales, para que el pater familias o el amo pudieran a su elección o exponerse a la estimación de un juicio o entregar al culpable. Las acciones noxales se instituyeron mediante leyes o por el edicto del pretor

b. Regulación del Daño al Honor en La Ley de las XII Tablas.

Cabe señalar que en Roma no existió una ley en particular que restringiera los abusos de poder dentro de la familia. Los delitos contra las personas, los encontramos con el nombre de injuria. Considerándose la injuria como *"Todo ataque a la dignidad la ofensa moral, de una persona libre (contumelia). Originariamente siempre fue un daño material contra la persona física: golpe o lesión corporal."* debía ser ejercida por el ofendido, por ejemplo: Si es un hijo de familia, le corresponde al padre ejercer la acción pero aquél puede también en ausencia de éste.

La noción del Daño era comprendida únicamente al daño material; aunque estos sancionaron hechos a los que hoy consideramos como daños morales en tanto constituyen agravios a los sentimientos y afectos. "Esta ley de las Doce Tablas dictada en el año 305 de Roma nos muestra la transición

¹⁹ Llamase así a la autoridad que el jefe de familia ejercía sobre su esposa..

de la composición voluntaria a la composición legal. Por ejemplo, será legal para el robo flagrante (*furtum manifestum*) y voluntario para el robo no flagrante (*furtum nec manifestum*); en cambio, en la injuria la composición será legal para la injuria corporal y lesiones ordinarias, y será voluntaria en cambio para el caso de fractura de un miembro donde puede aun aplicarse la ley del Talion".²⁰ "La suma (poena) que constituye la composición legal sigue siendo en la ley de las Doce Tablas el Precio de la Venganza; o una pena Privada que según Mazeaud y Tunc Los Romanos confundían "La condena civil lo que es en la actualidad es: una indemnización".²¹

En esta ley la *Iniuria* no comprendía más que los ataques a la persona física como los golpes y heridas; esta noción fue muy restringida porque se exigía la intención de dañar para que haya delito, pero con la ampliación, desde la perspectiva de los hechos luego se extendió a los ataques a la personalidad bajo formas más diversas: "Golpes o heridas, difamación escrita o verbal, violación al domicilio, ultrajes al pudor, y en general todo acto de naturaleza que comprometa a el honor y la reputación ajena"²² Como consecuencia del delito de injurias la Ley de las Doce Tablas establecía la pena del Talión para la injuria más grave como la pérdida de un miembro (*Nombrum Raptum*), a manos de una composición Pecuniaria; que se obtenía mediante la acción denominada *actio iniuriarum* y consistía en una reparación que era valuada por el demandante, en caso de injuria ordinaria, el juez podía disminuirla o mantener en la condena la cantidad así fijada, la ley *Cornelia* permitía a la víctima de la injuria escoger entre la acción *iniuriarum* y una persecución criminal.

²⁰ Bustamante Alsina, Jorge, Op.cit., Pág.32

²¹ Ibid., Pág.32

²² Petit Eugene, Op. Cit. , Pág. 464

c. La Acción Aquiliana por Daño.

A partir de la Lex Aquilia, promulgada en el año de 287 a. C; los juristas clásicos comenzaron a desarrollar conceptos que desde entonces son fundamentales en materia de daño y culpa extracontractual. En la época clásica la acción de la ley Aquilia era una acción penal privada, que en la "condemnatio" obligaba al causante del daño a pagar una suma de dinero a título de pena; es decir, que de la comisión del daño surgía una obligación que relacionaba a las partes; el que dañaba se obligaba a pagar a la víctima una suma de dinero a título de pena y éste podía exigir la pena a través de una actio del derecho civil: Actio ex lege aquiliae. Esta acción tenía por objeto el monto del perjuicio calculado sobre el más alto valor que la cosa destruida o deteriorada tuviera en el año, sea en el mes que había procedido el delito; Gallo Y Justiniano clasificaban a esta acción *"Como penal y reipersecutoria, el primero la ha considerado así porque ella, persigue la reparación del doble en caso de negativa injustificada, y Justiniano, a su vez no solamente por esto sino, por que ella permitía obtener la diferencia entre el valor en el momento del delito y el más alto valor en un cierto periodo"*²³. La sanción figuraba como el pago de una indemnización. En este sistema romano, propio de la *Lex Aquilia* se favorecía al deudor de la indemnización (no al perjudicado o víctima), al no imputarle la responsabilidad mas que en caso de conducta culposa o negligente, y atribuyendo además a la víctima la carga de la prueba de la culpa.

²³ Bustamante Alsina Op. Cit. Pag. 32

c. La responsabilidad por daños en el Corpus Iuris Civilis.

El emperador Justiniano tuvo la idea de hacer una obra para que no se perdiera todo el Derecho Romano, llamada el "Corpus Iuris Civilis"²⁴, que estaba formada por 4 libros, que tratan sobre las personas; sobre las acciones y obligaciones; sobre los Derechos reales, propiedad y testamento; y sobre la sucesión sin testamento y los contratos. Con la evolución de la ciencia del derecho y a través de la figura del divorcio encontramos en el libro de las Personas el primer antecedente sobre la responsabilidad por daños y perjuicios familiares en Roma. *"En la época imperial antes de la era cristiana con la corrupción que invadió a Roma después de su expansión, ésta trajo consigo un considerable aumento en los divorcios y para impedir su frecuencia cada vez más descarada se aplicaban penas pecuniarias al cónyuge culpable y a favor del cónyuge inocente."*²⁵ Siendo éste último, quien recibía una suma de dinero; surge con ello claramente su carácter resarcitorio y además punitorio. El derecho de Justiniano se reguló de idéntica forma, se aplicaba al cónyuge culpable una sanción pecuniaria que resultaba de significación para las clases pudientes, al punto de que era capaz de disuadir al cónyuge de su propósito de romper el vínculo matrimonial, que era reservado para ambos cónyuges.

Estas sanciones consistían en: Si el marido repudiaba sin causa debía entregar a su mujer parte del patrimonio equivalente a la tercera parte de las donaciones prenupciales y por si esta desmejora no bastare, el marido perdía

²⁴ La gran compilación legislativa, el Cuerpo Jurídico Civil, hecha por el emperador Justiniano hacia la primera mitad del S. VI d. C. y que fué redescubierta en Bolonia a fines del S. XI d C.,

²⁵ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, por L. Bacci y A Larrosa, Madrid, Tr, Italiana de la 8ª ed. España Pág. 192

además las donaciones postnupciales si existían hijos en el matrimonio; En caso de no haber existido la dote la mujer recibía la cuarta parte del patrimonio del marido. Si era la mujer la que repudiaba perdía la dote, el marido la adquiría en plena propiedad o en usufructo según hubiera o no hijos. Y como la mujer debía quedar recluida en un convento el resto de su patrimonio se distribuía así: Un tercio para el convento, y dos tercios para los descendientes y ascendientes.

B. ESPAÑA

a. El daño según el Fuero Juzgo.

El Fuero Juzgo conocido también como *Libro de los Jueces*, fue el cuerpo de leyes que rigió en la península ibérica durante la dominación visigoda, y supuso el establecimiento de una norma jurídica común para visigodos e hispanos, sometiendo según sus disposiciones por igual “[...] Á los barones cuemo a las mugieres, é a los grandes cuemo á los pequennos”²⁶. El fuero juzgo se conservó en su idioma original el latín hasta el siglo XIII cuando “*Fernando III El Santo ordenó su traducción para que se otorgara a la ciudad de Córdoba como fuero propio en 1241*”.

El libro de los jueces, consta de un exordio de 18 leyes, el texto principal lo forman 12 libros, divididos en 54 títulos y en 559 leyes. Por su parte el Libro III denominado “*De los Casamientos è de las Nascencias*” esta dedicado a las relaciones familiares, donde se prohíbe que alguno se case con la mujer que dejó al marido, si el marido abandona a la mujer pierde la dote y la parte que le corresponde sobre los bienes de la mujer. La ley segunda del Título Primero, del referido libro trata la cuestión de la autorización paterna

²⁶Artículo: Fuero Juzgo, disponible en www.cervantesvirtual.com.

para el matrimonio y se halla bajo el epígrafe denominado: "*Si la niña casa con otro contra la voluntad de su padre, y no con aquél con quien es desposada*". Si el padre desposa a la hija con hombre distinto del que ella quiere por esposo, la hija y el elegido por ella serán puestos a disposición del hombre con el que fue desposada por su padre. Y si los hermanos o la madre consienten el matrimonio, éste no será válido, y los cómplices pagarán una libra de oro a quien el rey mande. Sólo en el supuesto de que el padre o persona que ostente la patria potestad retrase maliciosamente el casamiento, la hija puede contraer matrimonio con quien desee, siempre que se trate de un novio de su misma categoría social, de lo contrario, quedaba excluida de la herencia del padre.

En cuanto al adulterio, la pena no recae sobre el marido adúltero, sino sobre la mujer con la que comete adulterio: "*Si la mujer puede ser probada que hace adulterio con marido ajeno, sea metida en poder de la mujer de aquel marido con quien hizo el adulterio, la cual podrá vengarse en ella como quisiere*". Es así como se reconoció el derecho a una justicia sangrienta, a lavar el honor con sangre y, aún más, se censuraba a quien no cumpliera con el mandato establecido. Igualmente, la Ley I del Título III equipara la inobservancia del "Año de luto"²⁷ al delito de adulterio y castiga a la esposa con la pérdida de la mitad de la fortuna. El Fuero Juzgo contiene regulaciones sobre las arras²⁸, que del mismo modo que la dote, se entendían propiedad exclusiva de la mujer y

²⁷ Llámese así a la prohibición de que la viuda se case dentro del año siguiente a la muerte del esposo.

²⁸ Las arras consisten en una especie de donación que se hace a la esposa con motivo del futuro matrimonio, para algunos autores se reconoce en ellas un vestigio del antiguo precio que en algunas civilizaciones se pagaba por la compra de la mujer.

pretendían preservar la independencia económica de ésta. La entrega de las arras, junto con el beso que el futuro marido daba a la novia, se consideraba como una carta de naturaleza similar a la de un título adquisitivo a favor de la mujer que, aún en el supuesto de que el contrayente muriera antes de las nupcias, conservaba la mitad de los objetos que le habían sido dados. La facultad de reclamar las arras correspondía al padre y parientes de la novia, y es posible que a ella misma.

b. Concepción del Daño en el Código de las Siete Partidas.

Según disposiciones del propio texto *“La obra se emprendió el veintitrés de junio del año 1294 de la era hispánica que corresponde al 1256 de la era cristiana”*²⁹ a la obra se le dio término según unos siete años después, para otros, a los nueve años de empezada, o sea en el 1263 ó 1235 de nuestra era. Entre las fuentes de *Las Partidas* se encuentran el derecho natural, el derecho canónico, y el derecho Justiniano, especialmente el Digesto o Pandectas. Entre sus propósitos estaba poner orden entre los múltiples cuerpos legales fragmentados y contradictorios, además de sistematizar las diferentes materias jurídicas. *Las Partidas* definen el daño como: *“Empeoramiento o menoscabo o destruyimiento que ome recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro”*³⁰ según *Partida VII, título XV, Ley Primera*.

²⁹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo VI. Pág. 128

³⁰ *ibid.*

En cuanto a las relaciones familiares a tenor de la Ley primera del Título segundo de Las Partidas, el matrimonio es: "*Ayuntamiento de marido e mujer, hecho con intención de vivir siempre en uno e de no separarse: guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e no juntándose el varón a otra mujer, ni ella a otro varón*"

Entre las causas que pueden dar lugar a la separación se incluye el adulterio, el Título XVII de la Partida VII sólo concede facultad para querellarse al marido ofendido, no a la esposa, justificándose en que las deshonras y los daños no son los mismos, puesto que el hipotético embarazo de la mujer adúltera implica la entrada de hijos extraños en la familia, lo que según el autor Omar Barbero, tenía un "Concepto evidentemente indemnizatorio", al establecer "*Debe perder la dote y las arras, e deven ser del marido*"³¹ En cuanto a la posibilidad de las segundas nupcias, la Partida IV, en su Ley III, Título XII, permite a la mujer la celebración de un segundo matrimonio, si bien ha de respetar el año de luto, bajo pena de "Mala fama" y pérdida de las arras y dote entregadas por su marido. Son excepciones a esta regla: la mujer de esposo muerto en matrimonio no consumado y la que haya obtenido licencia real para contraer matrimonio antes del transcurso del año. Así mismo, El Código de las Partidas define la dote como "Algo que la mujer da al marido por razón del matrimonio". Sobre la devolución de la dote se instituye: "Desatado el matrimonio por alguna razón derecha, o luego que el divorcio sea hecho, debe ser entregada la dote a la mujer o sus herederos" Debe señalarse, además, que quedaban prohibidas las donaciones entre los esposos hechas en razón del amor que pudieran tenerse y no a causa del matrimonio. Si el matrimonio no se consuma por muerte del marido después

³¹ Barbero, Omar. Op. Cit. Pág. 141

de haber besado a la mujer, ésta conserva la mitad de las donaciones recibidas, pasando a los herederos del fallecido el resto de los bienes. Si la donante hubiera sido la esposa, quedan en su poder la totalidad de los bienes si el novio muere.

Por otra parte la patria potestad se fundaba en la severidad y absolutismo de poder del esposo y se extiende no sólo a los hijos, sino también a los nietos y demás descendientes por la línea directa. Quedan fuera de la potestad del esposo todos aquellos considerados de forma peyorativa como hijos naturales, y los incestuosos, concepto que en Las Partidas incluía a los nacidos de uniones entre parientes. El poder del padre sobre los hijos llegaba al punto de permitir la venta o "empeño" del hijo en el supuesto de existir gran hambre para el padre. La norma queda justificada por el hecho de evitarse, de esa manera, que uno u otro muera de hambre. En el Código de las Siete Partidas se desconoce la potestad de la madre sobre los hijos, que quedaba excluida en todo caso, por el padre y en su defecto, por el abuelo paterno. Igualmente, de acuerdo con la Partida VI, Ley IV y V, Título XVI, las segundas nupcias de la esposa tenían como consecuencia la pérdida por parte de ésta de la guarda de sus hijos, lo que hace suponer que no poseía la autoridad parental.

2.1.1.2 EDAD MEDIA

A. CIVILIZACION GERMANICA.

a. Reparación del Daño en el Sistema de composición Wergeld.

Estos pueblos que geográficamente se situaron diseminados por el Rin y el Danubio hasta Asia central ostentaron una definida organización jurídica y con ella una amplia legislación denominada “Leyes Bárbaras” que incluyó en sus regulaciones a la indemnización por daños, en las normas vigentes durante el tiempo de los francos; En el contenido de dicha normativa se apreció precozmente a la indemnización como El “*blutrache*” o venganza de la sangre transformando después en “*Frienslosigkeit*” o especie de proscripción del derecho civil patrimonial y familiar. La indemnización en las leyes germánicas, asumía un carácter estrictamente colectivo y familiar. Entre las clases de reparación del daño en las leyes bárbaras, se enuncian, en primer lugar, la venganza de la sangre, luego apareció una pena intermedia no tan rigurosa como la anterior, llamada Pérdida del derecho del honor que era una condena por las causas morales, que producía una indignidad y una *cápitis diminutio*, por pérdidas. Finalmente “*Se estableció un sistema denominado: composición, que se reguló en la ley Sállica*³²”. Este sistema de composición contenía una penalidad denominada *wergeld*, y sus respectivas tarifas. Esta penalidad se reservaba para el autor de un delito al cual los parientes de la víctima y los prójimos podían reclamarle el *wergeld*. Esta suma estaba determinada en consideración a la naturaleza del daño

³² Cifuentes Santos. Op Cit., Pág. 11

causado y las condiciones de la víctima. Los fondos de esta pena indemnizatoria se distribuían parte para el tesoro real y parte a la víctima o a su familia. A cada delito se le definió sus respectivas características materiales (lesión a tal o cual parte del cuerpo, cierto bien); Por lo que el derecho Bárbaro además de establecer la Indemnización dineraria reguló una cláusula consistente en que si, la familia de la víctima se negaba a recibir la wergeld podía continuarse con la venganza como penalidad alternativa para el dañador. El grado de severidad que lograban estas penalidades llegaba hasta la pérdida de la protección jurídica; por lo que se consideró como una especie de muerte civil, que constituía un pago y a la vez una reacción pública social a un hecho realizado por el dañador; Conjuntamente a esta penalidad se designaba como condena por causas morales a la pérdida del derecho del honor.

b. Los Daños Familiares en el Derecho Germánico.

Algunos autores afirman que previo al sistema Patriarcal ampliamente probado, existió entre estos un régimen Matriarcal en el que la mujer era respetada y apta para ser tutora para suceder en bienes de un difunto; es decir que la mujer no estaba eternamente limitada, como ocurriera en el derecho romano pues aunque se encontraba sometida al esposo por el bien de la unidad familiar contaba con la capacidad jurídica suficiente para desarrollarse en la vida pública pudiendo realizar actos de administración.

El matrimonio germánico era monógamo y la mujer debía ser virgen; reprobándose jurídica y socialmente las segundas nupcias tras quedar viuda. En cuanto a la forma de matrimonio se discute si este tenía lugar por raptor o compra, si bien, en cualquiera de los casos las voluntades determinantes eran las del futuro marido y la familia de la mujer (el Padre). Si esta se celebraba a través de compra se daba en dos momentos distintos: Desponsatio y "*Traditio Puellas*" o entrega de los cabellos sueltos. La sippe³³ llegaban a un acuerdo el compromiso se acompañaba de la entrega por parte del marido de "Un sueldo y dinero" cuando la desposada fuese virgen. El vínculo jurídico creado por la *desponsatio* era lo suficientemente fuerte, para la mujer, como para considerarla adúltera en caso que está no cumpliera y se casara con otro.

c. La indemnización por daños considerada como Sanción.

Cuando se consideró la voluntad de la mujer esta tenía precaución de salvaguardarse de la arbitrariedad del marido, al quererla vender abandonar o repudiarla sin causa. Hay que hacer notar que el deber de fidelidad era exigido de forma distinta a cada uno de los cónyuges, la mujer era responsable ante la ley de su adulterio recibiendo sanciones y severas penas; el hombre por su parte era responsable ante los parientes de la mujer ultrajada que para vengar la afrenta retaban a combate al marido y solicitaban a éste una indemnización para el aumento de la dote. Curiosamente junto a estas prácticas coexistían otras difícilmente

³³ La Sippe estaba constituida por los individuos ligados por el lazo de sangre con la novia.

conciliables con el deber de fidelidad y la unidad conyugal pero justificada por la necesidad de prole; cedían la esposa a un tercero para facilitar la procreación ya que el marido resultare impotente para ello.

Así mismo se reguló en este derecho germánico en cuanto a los bienes como lo que se nombro la "morgengabe" o donación de la mañana, que se realizaba a favor de la mujer al día siguiente a titulo "Premium desfloratae virginitatis" (su valor virginal o pureza) siendo tan alto el valor de la pureza que la donación mencionada no tenia Limites. En cuanto a las relaciones Personales de los miembros de la Sippe estos se encontraron sometidos al "mundium" ostentado por el patriarca o también nominado como mundualdo; que en sus principios tenia características similares a la patria Potestad del Derecho romano.

2.1.1.3 EDAD MODERNA

A. INGLATERRA

a. Incidencia de la Revolución Industrial en las Relaciones Familiares.

En la revolución industrial la familia se vió envuelta por el maquinismo y las fábricas hasta el grado de que los niños eran contratados para trabajar en la siderurgia, por el año de 1896 en Langreo; a través de anuncios en los periódicos eran solicitadas familias completas con cinco u ocho hijos para trabajar en las fábricas de algodón. En cuanto a los niños en algunos casos por su flexibilidad física y agilidad los destinaban a tareas particulares como las de conducir las jaulas de extracción de metales en las

minas o atar de nuevo los hilos rotos detrás de los telares. Las precarias condiciones de la estructura en las minas y fabricas simultáneamente a la dureza del trabajo y la miseria producían en los trabajadores enfermedades y malformaciones, sobre todo en los niños que terminada la jornada laboral y tenían que ir a la escuela sólo por algunas horas.

En los años de 1812, el promedio de vida en las zonas industriales oscilaba entre los 25 años y meses; por 1827 fue de 21 años y meses en el caso de los niños era peor la situación: para los hijos de obrero en la industria algodonera no superaba ese los dos años de vida. las condiciones de vida del obrero fueron sólo un retrato de la miseria que acarreo la revolución industrial para garantizar mayores niveles de acumulación en manos de los patrones la situación adquirió contornos mas dramáticos cuando observamos la discriminación y explotación aplicados sobre el trabajo de mujeres y a la injusticia del régimen capitalista se le sumaban en el plano económico, la insensibilidad en la destrucción de la familia, el fomento del alcoholismo, la desocupación crónica y la degradación personal en contraste a esta realidad estaba la burguesía que conjuntamente a el proletariado fueron las dos clases que protagonizaron la revolución industrial. Los hijos y los hombres de la clase trabajadora surgida con el motivo del desarrollo de la revolución industrial diferían entre si por las siguientes situaciones: La carencia involuntaria de compañía y afecto familiar debido al trabajo, y no tener recursos o al morirse los padres, la falta de lo necesario para cubrir las necesidades básicas, la mala alimentación entre niños y adolescentes, el trabajo realizado por niños y adolescentes que no era algo nuevo, pero si la dureza de este; Porque la jornada de los niños era tan larga como la de los

mayores desarrollando todo tipo de trabajos y con la cuarta parte de la paga de los varones adultos.

La revolución trajo a la familia miserables condiciones de vida y pocas esperanzas de ostentar derechos como institución, así como la explotación infantil que generaba además toda serie de daños físicos y psicológicas que impiden el correcto desarrollo del menor y que lo marcaría a menudo para el resto de su vida ya que este no desempeñaba las labores de los niños burgueses.

b. Consecuencias de la Revolución Industrial y Origen de la Teoría del Riesgo.

La revolución Industrial marco un escabel histórico en todos los ámbitos del derecho es así, que los diferentes sucesos acontecidos en este periodo tan notable y que estamparon el preámbulo de lo que por hoy, se entiende como reparación de los daños. Remotamente se conoció al daño como un elemento principal del sistema de la responsabilidad civil que poco a poco emigró a la mayoría de las legislaciones europeas y americanas; trasladando a los diferentes cuerpos normativos aquel principio de que no hay responsabilidad sin culpa. Con el uso cada vez más intensivo de la máquina de vapor y del automóvil, se puso en crisis tan absoluto principio; surgiendo por la necesidad de las circunstancias "*La doctrina del Riesgo Creado*" siendo una responsabilidad socializada que responde a la necesidad productiva de valerse de cosas peligrosas.

El maestro Mosset Iturraspe sostiene que esta responsabilidad “Comenzó a raíz del maquinismo y el trabajo en las fábricas, por los accidentes sufridos por el obrero en el desempeño de sus tareas”³⁴; luego fueron los accidentes causados por automóviles los que llevaron a los jueces a aplicar la idea del riesgo aunque invocando el sistema de la culpa. La doctrina del riesgo influye en el ámbito de la indemnización por los daños y perjuicios pues plantea, una nueva forma de indemnizar que deja de lado las formas conocidas de indemnización; autores como Atilio Alterini sostienen que esta Teoría del Riesgo implica: “Un destacado fenómeno del derecho contemporáneo, el retorno a formas primitivas de imputación de responsabilidad, prescindentes de la exigencia de culpabilidad en el sujeto para atribuirle las consecuencias de un hecho del que es autor material”.³⁵; esta teoría es considerada una consecuencia de las acciones de los trabajadores, debido a que en su actividad pueden sufrir un riesgo sin que se deba buscar si ha existido o no culpa imputable al trabajador que justifica con su actividad un beneficio y que le es justo la reparación de los daños causados por el responsable.

Los opositores a esta doctrina manifiestan que no es conveniente en razón a que, es muy distinta la reparación del daño de la pensión o los seguros por riesgos cubiertos a través del mercado de las aseguradoras y los seguros médicos. Situación rebatida por los defensores de esta teoría que consideran que los gastos hospitalarios, las pensiones, y seguros de accidentes y otros ámbitos pretenden que sean valorados como un monto indemnizatorio para la parte dañada.

³⁴ Mosset Iturraspe, *La Responsabilidad por Riesgo*, Pág. 726

³⁵ Alterini, Atilio, *Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil*, Pág. 106

2.1.1.4 EDAD CONTEMPORANEA.

A. FRANCIA

a. El Reproche Moral Subjetivo del Daño en el Código de Napoleón.

El Código Civil Francés o Código de Napoleón de 1804 es digno de elogio por numerosas razones, entre ellas se menciona el estar redactado en un lenguaje claro, sencillo y conciso, y de gran valor literario. La difusión del llamado “Code” fue extraordinaria, tanto en diversos territorios europeos, como en todas las codificaciones del siglo XIX entre ellas, el código civil italiano de 1865, el español de 1889, el argentino de 1869, y el de Chile de 1858, que finalmente influyó en gran medida en el Código Civil de El Salvador de 1860. El código francés establece la regla de la reparación del daño integral del daño objetivamente producido “Con la consideración de la naturaleza de los motivos de incumplimiento por parte del deudor, culpa o dolo”³⁶, lo que en doctrina se conoce como el sistema subjetivo de graduación de responsabilidad, en cuanto a la reparación de daños y perjuicios.

En el título denominado *De los Delitos y Cuasidelitos*, respecto a la indemnización por daños y perjuicios, se establece: Art. 1.382 “*Cualquier hecho del hombre, que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por cuya culpa ha ocurrido*”. Respecto a los daños familiares el Código Civil Francés, establece una detallada regulación de los casos donde procede la indemnización por agravios ya sean materiales y morales, los cuales se expondrán a continuación.

³⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo II, Pág. 604

I. En cuanto a los Requisitos de Celebración del Matrimonio.
(Contemplados en el Libro Primero, De las Personas, Capítulo III: De las partidas de matrimonio):

El Art. 68 (*Introducido por Ley nº 46-2154 de 7 de octubre de 1946 Art. 38*) expresa: *“En caso de oposición, el oficial del Registro Civil no podrá celebrar el matrimonio antes de que se le haya entregado su levantamiento, bajo pena de 4,5 euros de multa y de todos los daños y perjuicios”*. Lo que se debe a que en la república francesa antes de la celebración de un matrimonio es requisito indispensable para su validez realizar publicaciones a fin de conocer la existencia de oposiciones por parte de terceros a quienes afecte la realización del acto matrimonial.

Así mismo el Art. 179 enuncia: *“Si se rechazare la oposición, los oponentes, que no sean sin embargo los ascendientes, podrán ser condenados a daños y perjuicios”* ya que toda oposición a la celebración de un matrimonio deberá justificarse y cumplir con ciertos requisitos tales como: Los motivos de la oposición y reproducir el texto de ley sobre el que se fundamenta entre otros; esta indemnización es un evidente reparo a una retardación de la celebración del matrimonio debido a una oposición que ha sido mal formulada o que en definitiva no tiene ninguna justificación legal.

II. En Cuanto a las consecuencias propias de los diferentes casos de divorcio .(Contempladas en el Capítulo III De las consecuencias del divorcio,

Sección II De las consecuencias del divorcio para los cónyuges): El Art. 266 (introducido por la Ley N° 75-617 de 11 de julio de 1975 Art. 1 Diario Oficial de 12 de julio de 1975 en vigor el 1 de enero de 1976) regula: *“Cuando el divorcio se dictara por culpas exclusivas de uno de los esposos, éste podrá ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio hubiera causado a su cónyuge. Este último sólo podrá solicitar daños y perjuicios con ocasión de la acción de divorcio.”* En este caso la reparación procederá por aquellos agravios causados al cónyuge inocente por las causales de divorcio establecidas, es decir, el motivo invocado en la demanda de divorcio.

III. En cuanto a La Prestación Compensatoria. (Contemplada en Capítulo III De las consecuencias del divorcio, Párrafo III: De las prestaciones compensatorias).El Art. 270 (Introducido por la Ley n° 75-617 de 11 de julio de 1975 Art. 1 Diario Oficial de 12 de julio de 1975 en vigor el 1 de enero de 1976) instituye: *“Salvo cuando se dictara con motivo del cese de la convivencia conyugal, el divorcio pondrá fin al deber de socorro previsto en el artículo 212 del Código Civil; pero uno de los esposos podrá estar obligado a pagar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad creada por la ruptura del matrimonio en las condiciones de vida respectivas”* Es así que La pensión compensatoria tiene el objetivo de compensar un desequilibrio económico que la separación o divorcio produzca en relación a un cónyuge frente al otro.

El Art. 272 (Introducido por Ley N. 75-617 de 11 de julio de 1975 Art. 1 Diario Oficial de 12 de julio de 1975 en vigor el 1 de enero de 1976) por su

parte establece los parámetros que el juzgador deberá tomar en cuenta para cuantificar el monto de la pensión compensatoria al enunciar:

“Para la determinación de las necesidades y de los recursos, el Juez tomará en consideración particularmente:

- *La edad y el estado de salud de los esposos;*
- *La duración del matrimonio;*
- *El tiempo ya dedicado o que se necesite dedicar a la educación de los hijos*
- *Su Cualificación y su situación profesionales en relación con el mercado laboral;*
- *Sus derechos existentes y previsibles;*
- *Su situación respectiva en materia de pensiones de jubilación;*
- *Su patrimonio, tanto en capital como en rentas, después de la liquidación del régimen matrimonial.*

El Art. 208-1 (Introducido por la Ley n° 75-617 de 11 de julio de 1975 Art. 1 Diario Oficial de 12 de julio de 1975 en vigor el 1 de enero de 1976) establece una excepción cuando el divorcio se ha decretado por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, y reza *“El cónyuge por cuya culpa exclusiva se dicte el divorcio no tendrá derecho a ninguna prestación compensatoria. Sin embargo, podrá obtener una indemnización a título excepcional, si, habida cuenta de la duración de la convivencia conyugal y de la colaboración aportada a la profesión del otro cónyuge, pareciera manifiestamente contrario a la equidad negarle cualquier compensación pecuniaria después del divorcio”*.

IV En cuanto a la Acción de Investigación de Paternidad. El Art. 340-5 (Contemplado en el Capítulo III De la filiación no matrimonial Sección III: De las acciones de investigación de la paternidad y maternidad) expresa: *“Cuando se admita la acción, el Tribunal podrá, a solicitud de la madre, condenar al*

padre a reembolsarla todos o parte de los gastos de maternidad y de manutención durante los tres meses que hayan precedido y los tres meses que hayan seguido al nacimiento, sin perjuicio de los daños y perjuicios que pudiera reclamar en aplicación de los artículos 1382 y 1383” La falta de reconocimiento es lo que da lugar a la indemnización pecuniaria que no representa una equivalencia, sino una compensación por el daño moral causado.

V. En cuanto a La Tutela. El Art. 421 (Contemplado en el Título X De la minoría de edad, de la tutela y de la emancipación, Sección II De la organización de la tutela Párrafo IV: De los otros órganos de la tutela) expresa: *“Si el tutor participa en la gestión antes del nombramiento del protutor, podrá, si hubiera habido fraude por su parte, ser destituido de la tutela, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas al menor”*. El protutor es una figura que en el derecho francés tiene las funciones de *“Vigilar la gestión tutelar y en representar al menor cuando sus intereses estén en oposición con los del tutor (Art. 420 C.C.)* y este caso deberá velar por que se restituyan todos los daños sean materiales o morales que el tutor destituido le haya causado al menor.

Así mismo el Art. 424 establece una regla especial para el protutor al enunciar: *“El protutor no sustituirá de pleno derecho al tutor que falleciera o resultara incapaz o abandonara la tutela; pero deberá entonces, bajo pena de los daños y perjuicios que puedan resultar para el menor, promover el nombramiento de un nuevo tutor”* Esta disposición es una muestra de cómo el código civil francés revela una gran importancia a la labor del tutor y la protección de su pupilo, siendo así que el protutor no puede de oficio sustituir al tutor principal en sus funciones y deberá en todo momento proteger los intereses del menor tutelado.

B. ALEMANIA

a. Sistema Objetivo de Graduación de la Responsabilidad Civil.

El sistema consagrado por el código civil alemán (promulgado el 18 de agosto de 1896) conocido como *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)*, establece la regla de la reparación de la totalidad del daño producido, tal como enuncia el Art. 249 “Restablecer el estado de las cosas que hubiera existido si la circunstancia que obliga a la indemnización no hubiese sobrevenido”³⁷, quedando eliminada según la doctrina “toda distinción entre daño previsto e imprevisto, mediato e inmediato, etc.”.

Así mismo en materia de resarcimiento de daños por actos ilícitos el BGB reglamenta: “Quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, la integridad física, [...] o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizar el daño causado de este modo”. En este sentido, para ocasionar el deber de indemnizar, la lesión debe haber sido llevada a cabo de forma antijurídica, lo que se considera una característica fundamental del ilícito que origina la indemnización.

Es importante aclarar que fuera de los casos de lesiones de derechos absolutos como lo es la disposición precedente, no hay una responsabilidad que se genere por culpa y literalmente se regula que deberá existir dolo, verbigracia el Art. 826 expresa “Quien dolosamente causa daño a otro de una forma que contraviene las buenas costumbres, está obligado a la indemnización del daño”. Existen además en el BGB normas relativas a las

³⁷ Picazo y Ponce de León. Op. Cit. Pág. 87

lesiones del honor, (Art. 824) y, otra a los daños causados por la seducción de una mujer, llevada a cabo con fraude, intimidación o abuso de autoridad (Art. 825). No obstante el BGB en cuanto a la indemnización de los daños materiales y morales causados por el divorcio no contiene regulación expresa al respecto; en su exposición de motivos establece las razones de tal rechazo al enunciar:

a) La idea de que el matrimonio no puede basarse sino en principios de orden moral, mientras que el otorgamiento de la indemnización lo asimilaría a un acto jurídico que pudiera ser fuente de ventajas pecuniarias;

b) El cónyuge inocente podría verse seducido por el pensamiento de recibir una suma de dinero a título de indemnización e inclinarse a invocar causas mínimas para obtener el divorcio.

c) Porque la fijación de la indemnización sería más o menos arbitraria, y

d) Porque no sería eficaz como medio de coerción para que los cónyuges diesen cumplimiento a sus obligaciones emergentes del matrimonio.

El autor Omar Barbero sin embargo señala que la doctrina y jurisprudencia alemana han admitido que si la falta del cónyuge culpable constituye una violación de los principios generales de los hechos ilícitos y una causal de divorcio “El Cónyuge víctima tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios independientemente de su pretensión de una pensión

alimentaria, no se admite la acción de daños y perjuicios contra el tercero cómplice del cónyuge culpable”.³⁸

C. PORTUGAL.

a. La regla del Resarcimiento Pecuniario según código Civil de Portugal.

El derecho portugués estuvo disperso a través de ordenanzas y edictos reales, los cuales fueron compilados en los años de el 1446 al 1603, Posteriormente con las necesidades normativas se crea en el año 1868 el Proyecto del código civil Portugués y Brasileño, que en su Art.368 sostuvo “ *que los derechos Originarios solo la ley puede limitarlos [...] y que al producirse la violación a estos se da la obligación de reparar la ofensa*”. Previéndose de forma taxativamente “*la regla de resarcimiento pecuniario*” en el Art.2383. En el código que entro en vigencia el 1 de enero de 1917 tuvo influencia el Principio de la Reparación del Daño se debe entender por ello que todas las ofensas causadas a la persona deben ser reparadas pecuniariamente sean estas en la esfera económica o referidas a la dignidad o la honra y los intereses morales de la persona. En el año 1935 el jurista Adolfo Bravo sostuvo “si el cónyuge inocente ha sufrido por culpa de otro un perjuicio diverso del que ha causado la ruptura del casamiento y que la pensión alimenticia tuvo por fin reparar, entonces puede exigir también la reparación civil del tal perjuicio lo que influencio en el nuevo código de 1967 señaló sanciones específicamente para el cónyuge culpable en caso del divorcio. Ejemplo de ellas son 1784,1785,1760,1766 en ellas se estableció en primer lugar que el cónyuge declarado como el único o

³⁸ Apud. Citado por Barbero, Omar. (1977) **Daños y perjuicios derivados del divorcio.** Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina. Pág. 173

principal culpable no puede en la partición recibir mas de lo que recibiría si el casamiento hubiese sido celebrado según el régimen de comunidad.

Así también señala los beneficios recibidos o que haya de recibir el cónyuge, así el cónyuge declarado culpable pierde los beneficios recibidos en vista del casamiento o en consideración del estado de casado mientras que el cónyuge inocente ha de conservar todos los beneficios recibidos o que haya de recibir del otro cónyuge o de terceros aunque se hayan estipulado cláusulas de reciprocidad. Otra de las sanciones hacia el cónyuge culpable lo comprende la caducidad de las donaciones para el casamiento no importando si estas provienen de tercero o de ambos esposos o si los bienes donados hubieren entrado en la comunidad o si solo uno de los cónyuges fue declarado culpable en el divorcio o separación, la caducidad alcanza a penas la parte de este.

D. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES EN ASIA.

a. El Régimen de los Derechos Personales y los daños en el Código Civil Japonés.

En la legislación Japonesa se prescribe un amplio marco de normatividad de los daños cuyo código civil fue promulgado entre los años de 1896 y 1898; En el Art. 709 se considera que *“Hay daño frente a todo dolor sufrido por cualquier pérdida o disminución de cualquier bien que constituya un derecho de la persona”* Así mismo, abarca la obligación de resarcir perjuicios, y

de reparar los daños no patrimoniales que haya causado, sin distinguir si la lesión ha tenido por objeto el cuerpo, la libertad o el honor de una persona o si ella fue violada en sus derechos patrimoniales; reservando la oportunidad hasta, a los parientes para que obtengan la reparación por el daño. Asimismo durante el periodo meiji (1868 a 1912) en que existieron grandes desventajas sociales que afectaban los derechos de las mujeres, sin embargo, se estableció que en caso sumamente extraño de conducta ultrajante, “Al marido se le podía obligar a pagar”³⁹ si él había causado algún daño o pena.

b. La Regulación Del Daño Moral en el Código Civil Chino.

En la codificación china el daño moral se encuentra taxativamente establecido y se normo desde 1929 en su artículo 18 el que literalmente se lee *“cualquiera que sufre un ataque ilícito a derechos inherentes a su personalidad pueden demandar al tribunal que haga cesar un ataque”*[..] *Y si el caso además hubiera sido previsto por la ley, se haría posible la reparación de los Daños materiales y morales.* El código civil de la Republica de China de 1930 establecía en su artículo 1056 *“Cuando uno de los esposo ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un divorcio por sentencia, puede demandar su reparación a la parte culpable.”*[..] *La parte lesionada a condición que no sea culpable puede demandar una indemnización equitativa en dinero por el perjuicio que no sea simplemente pecuniaria.”* Basada en la responsabilidad del derecho común no se subordinaba a la necesidad de la víctima; y se fundaba únicamente en la

³⁹ López de Carill, Luís Maria, N°IV *Algunos aspectos legales de la familia en Japón* Pág. 899

reparación de perjuicios por la falta cometida y se pagaba en forma de pensión y nada tenía en común con la alimentaria.

c. La Reparación del Daño Concebida como otros Remedios en el Código Civil de Filipinas.

Su codificación civil data de 1949, en este se prevén los medios de protección que van desde la reparación de los daños hasta cualquier otro medio que sea necesario para remediar, ya que no solo considera a el efecto preparatorio como tal si no que da pie a la jurisprudencia para que para que aplique y cree los medios para aplicar con toda efectividad las formas de indemnizar, previniendo y dictando medidas neutralizadoras de la ofensa y sus efectos .

E. REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN AMERICA.

A. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

a. La Procedencia de Daños Familiares en el Common Law.

El Common Law es el derecho que según Luís Picazo y Ponce de León es el que más asimiló las figuras del Derecho Romano, forjando entre otras peculiaridades las reglas generales en cuanto a la familia específicamente sobre las regulaciones que en la materia de daños se producían en la vida familiar o en las relaciones de convivencia es muy cuestionable el papel que deben jugar los remedios indemnizatorios propios del derecho de la responsabilidad civil la experiencia indica que los daños entre familiares,

pese a su frecuencia y variedad, rara vez llegan a compensarse conforme a derecho; tradicionalmente en los países que construyeron el *Common Law* se han inhibido la exigencia de responsabilidad civil entre familiares.

El ámbito del *Common Law* está dado en el círculo doméstico y familiar, en el cual existen exenciones o atenuaciones de responsabilidad, pero persisten diferencias y algunas incertidumbres sobre cuáles son estos ámbitos y qué tipos de conductas incluyen, a qué sujetos alcanzan (padres, cónyuges, familiares en sentido amplio, convivientes), cómo se instrumentan (inmunidad, flexibilización de los estándares de precaución, exclusión de imputación objetiva) y qué razones de política jurídica avalan su mantenimiento. El *Common Law* proviene del *Civil Law* Alemán, que mas adelante se constituyo en *Common Law*. Los ordenamientos de *Common Law*, a su vez, forjaron históricamente reglas generales de inmunidad a favor de ciertas personas en atención a su relación familiar con la víctima del daño, que dieron lugar a excepciones denominadas de relaciones familiares o "*Domestic Relations*" la difusión de estas inmunidades, que se originan a través de la vía jurisprudencial y de naturaleza más procesal que sustantiva, fue muy dispar, y también lo ha sido su grado de perdurabilidad hasta la actualidad.

A los daños entre cónyuges les denominó (*interspousal immunity*); la inmunidad entre marido y mujer tiene sus raíces en el antiguo *common law* y se fundamentaba, según los tratadistas del derecho histórico, en la doctrina de la *marital unity*, de acuerdo con la cual el matrimonio determinaba que la identidad de la mujer se fundiera con la de su marido y ambos pasaran a ser,

en derecho, una sola persona. Su aplicación típica se ha circunscrito a dos grupos de caso mediados del siglo XIX con la aparición de las *Married Women's Property Acts* (dictadas a partir de 1844 en los Estados Unidos y más tarde, en 1870 y 1882, en Inglaterra), que otorgaban a la mujer casada capacidad patrimonial, incluyendo la de litigar en defensa de sus bienes privativos y de ejercer acciones indemnizatorias (incluso contra su marido) por daños patrimoniales. Los tribunales mantuvieron, sin embargo, el régimen de inmunidad en el ámbito de los daños personales (culposos o dolosos), sustituyendo la gastada retórica de la unidad marital por otro discurso centrado en la preservación de la privacidad y la armonía familiar.

El *Restatement of Torts 2d.*, en 1977, adoptó también el criterio, por entonces ya extendido entre las jurisdicciones estatales, de rechazar la inmunidad entre marido y mujer, si bien reconociendo que ciertas conductas pueden quedar privilegiadas habida cuenta de la relación conyugal Tradicionalmente. Este criterio señalaba: “*El Marido o la mujer no dejan de responder por responsabilidad civil por daños causados por el uno al otro por el mero hecho de estar casados.. El rechazo de la inmunidad general por daños no determina la responsabilidad por actor u omisiones que, debido a la relación conyugal, estén privilegiados de otra manera o no sean dañosos*”.⁴⁰

En Inglaterra, el abandono definitivo del régimen de inmunidad se produjo en 1962, mediante la *Law Reform (Husband and Wife) Acts*, que

⁴⁰ Ferrer Riba, Joseph, *Relaciones Familiares y límites del derecho de Daños*, Pág.4 Disponible en www.indret.com

posibilitó todo tipo de acciones de responsabilidad por daños entre cónyuges, si bien, a fin de evitar el recurso a la justicia para airear menudencias de la vida matrimonial, el derecho inglés atribuye al juez la potestad de suspender el ejercicio de la acción en caso de considerar que la continuación del proceso no producirá un beneficio sustancial a ninguna de las partes.

Los daños causados por el padre o la madre a los hijos en potestad se les conocían como (*parental immunity*). La inmunidad de los padres frente a sus hijos fue elaborada por los Tribunales Estadounidenses, sin que tuviera precedentes en el *Common Law* inglés, en el cual nunca llegó a regir; los casos fundacionales se remontan al período 1891-1905, en el que se dictan las tres sentencias que formarán la *great trilogy* de la inmunidad paterna. Se trata de *Hewellette v. George* (68 Miss. 703, 9 So. 885), un caso resuelto de él en 1891, (referido al internamiento ilegal de una hija menor por su madre en un establecimiento psiquiátrico); *McKelvey v. McKelvey* (111 Tenn. 388, 77 S.W. 664), un caso de 1903 (en el que una hija solicitaba indemnización frente a su padre y su madrastra por malos tratos infligidos por ésta con la convivencia de aquél,) y *Roller v. Roller* (37 Wash. 242, 79 P. 788), un caso de 1905 que excluyó la acción civil de daños contra un padre que había sido declarado criminalmente responsable de haber violado a una hija.

Las tres sentencias citadas aluden a la suficiencia de los remedios penales o específicamente familiares (como la retirada de la guarda y custodia) frente a los abusos cometidos por los demandados y entienden improcedente la reclamación de daños a éstos con razones muy variadas, tales como: El mantenimiento de la paz social y familiar, la necesidad de

otorgar amplia discrecionalidad a los padres para disciplinar y controlar a los hijos, el riesgo de colusión, el perjuicio a los hermanos de la víctima debido a la disminución del patrimonio paterno; la posibilidad de que el padre pudiera recuperar por vía de herencia lo pagado a su descendiente en caso de premoriencia de éste y la analogía con la inmunidad conyugal (v., p.ej., HOLLISTER, 1982: 493-508). Estos argumentos cayeron pronto en descrédito y desde luego, no resistieron el paso del tiempo, las transformaciones sociales y los cambios en la concepción de la familia. En esta evolución los autores suelen también destacar casos como. En *Goller vs. White* (20 Wis. 2d 402, 122 N.W. 2d 193), resuelto en 1963, (un menor de doce años, que se hallaba en acogimiento familiar, pedía indemnización a su *foster father* por heridas graves sufridas en un accidente, alegando la imprudencia de éste al haberle permitido montarse a la barra trasera del tractor que conducía el propio demandado) El Tribunal Supremo de Wisconsin entendió que la inmunidad parental debía ser derogada, salvo en dos grupos de casos: en los actos que implicaran ejercicio de la patria potestad y en los relativos al ejercicio de la discrecionalidad paterna respecto a la provisión de alimentos u otras necesidades. Como alternativa a la regla de *Goller*, que llegó a ser considerada demasiado deferente con los padres, en 1971 lo mismo ocurrió con la inmunidad conyugal, a la que la jurisprudencia también restringió paulatinamente el ámbito de la inmunidad paterna y la fue sustituyendo por el reconocimiento de ciertos ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de la patria potestad o por la sujeción de los padres al estándar flexible del *reasonable and prudent parent*.

Por otra parte en el modelo de *Status de familia, convivencia y ejercicio de roles familiares* se sufrieron las inconsistencias de un régimen basado en el *status* familiar: Las *Torts Immunities*, tal como se configura en el *Common Law* tradicional, tuvo fundamento exclusivo el *status* familiar del causante del daño respecto del perjudicado. En su versión clásica, en la que la inmunidad es absoluta, la mera condición de cónyuge, padre o madre determina la exención de responsabilidad, prescindiendo de cualquier otra circunstancia, como la intencionalidad de la conducta dañosa, y que corresponde con una ideología patriarcal de la familia, basada en relaciones de poder y sumisión entre sus miembros, que el derecho reafirma bajo la pretensión de preservar la paz y la privacidad familiar y de evitar que se litiguen daños de bagatela. Lo cierto es que la inmunidad por actos dolosos incentiva conductas oportunistas y no puede decirse precisamente que contribuya a mantener los restos de paz y armonía que pudieran subsistir en la familia. Así mismo, su extensión a actividades que no son esencialmente familiares, no sólo deja pérdidas a veces muy cuantiosas sin compensar, sino que también entorpecía, sin motivo convincente, la función preventiva que cumple el derecho de daños en actividades que pueden afectar a terceros, pues la inmunidad *inter partes* bloquea, entre familiares (por el mero hecho de serlo), el recurso al mercado de seguros de responsabilidad civil.

Por otra parte, la justificación de la inmunidad por el riesgo de demandas triviales es muy paternalista: los particulares están en mejor posición que los jueces y por descontado que un legislador para valorar las consecuencias de litigar en la vida familiar ante un sistema que fue injusto y que explicaban la aparición progresiva de excepciones a las reglas de

inmunidad, entre las que pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos, producidos en actividades sujetas a responsabilidad objetiva y que típicamente son objeto de seguros y la de los daños con resultado de muerte, en los que se considera que no hay paz familiar que preservar (Estas excepciones subvierten la naturaleza de la inmunidad como regla de exoneración que impide entrar en el análisis de fondo y llevan, en muchos casos, a que legislaturas o tribunales decreten su abolición formal y sustitución por criterios sustantivos de exclusión o moderación de responsabilidad que requieren un desarrollo mucho más casuístico. Las reglas de inmunidad, según esta concepción, contribuirían a un entendimiento cultural del matrimonio y demás relaciones familiares en el que prevalecieran la dimensión comunitaria de la identidad personal y sus valores el compromiso, la confianza mutua, la solidaridad. La inmunidad reflejaba según esta concepción el pacto implícito en toda comunidad familiar (calificado por dicha autora como *covenant*, por contraposición al *contract*),” donde nadie concibe la posibilidad de demandar a otro o de requerir que le sean rendidas cuentas, sea de dinero o de conducta. La justificación de las inmunidades, en cualquier caso, es muy matizada (excluye de ellas los daños dolosos) y puede interpretarse como voluntad de privilegiar las relaciones de convivencia y reforzar la discrecionalidad en el ejercicio de funciones familiares.

B. CHILE

a. Parámetros para la Indemnización del Daño en el Código Civil.

El Código Civil chileno fue obra de [Andrés Bello](#), ilustre jurista [venezolano](#) llegado a [Chile](#) en [1829](#). Tras largos años de trabajo, Bello entregó el Código para su aprobación ante el Congreso Nacional, entrando en vigencia el 1º de enero de [1857](#), y permaneciendo en vigor desde entonces ⁴¹. Las fuentes del Código Civil chileno fueron: El [Código Napoleónico](#), El Código de Las [Siete Partidas](#), el derecho canónico y el Código de las Dos Sicilias.

En cuanto a los daños familiares, el libro Primero denominado *DE LAS PERSONAS*, en el Título III *De los Esponsales*, se establece en el Art. 98 inc. 2 que: “*No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios*”, debido a que la promesa de matrimonio en el derecho chileno es considerada un hecho privado que no produce ninguna obligación ante la ley civil y atiende solamente al honor y conciencia del individuo.

En el Título V relativo a las *Segundas Nupcias*, el Art. 130 se reglamenta el caso de la madre que pase a segundas nupcias y se dudare a cual de los dos

⁴¹ El Código de Bello sirvió de inspiración a numerosos Códigos Civiles en toda Latinoamérica. Sin embargo, en la actualidad varios juristas insisten en la necesidad de introducirle profundas modificaciones, y aún derogarlo y reemplazarlo por otro, debido a los profundos cambios experimentados por el [derecho](#) en los últimos 150 años.

matrimonios pertenece el hijo, el inc. 2 enuncia: *“Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido”*.

Otro caso donde expresamente procede la indemnización de daños y perjuicios en materia de familia se encuentra en el Título VI llamado: *OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS CÓNYUGES*, en el Numeral 2. De los bienes familiares, el Art. 141 regula la declaración de bien de familia a aquella propiedad de cualquiera de cónyuges que sirva de residencia principal de la misma, en caso de fraude para obtener dicha declaración el inc.5 de la citada disposición manifiesta: *“El cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder”*.

Continuando con la exposición de casos el TITULO VII: *De la filiación* en su Art. 188, Numeral 3 se refiere a la determinación de la filiación matrimonial, y la confesión de paternidad o maternidad, prestada bajo juramento por el supuesto padre o madre que haya sido judicialmente citada a tal efecto por el hijo o hija, su representante legal o quien lo tenga bajo su cuidado; la cual sólo podrá realizarse una vez con relación a la misma persona en caso de que concurra; el inc. 4 establece: *“Toda citación pedida de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona citada, obligará al solicitante a indemnizar los perjuicios causados al afectado”*.

2.1.2 ANTECEDENTES INMEDIATOS.

A. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DAÑO EN MATERIA DE FAMILIA.

a. Constitución de 1824

Con el decreto dictado el 30 de mayo de 1838 del congreso Federal se deja en libertad a los estados centroamericanos para constituirse del modo en que convengan éstos. De inmediato, el jefe de estado de El salvador Antonio José Cañas convocó al pueblo salvadoreño a una asamblea constituyente que reorganizara al país para que desde ese momento el Estado fuera una República. La vigencia de esta carta magna duró 23 años.

En el escueto articulado de esta constitución figuraron elementos primarios como el respeto al individuo en el capítulo II denominado De los Salvadoreños, y Capítulo III nombrado *Del Gobierno*, de manera expresa en los Arts. 8 y 13 Inc. segundo se establece la igualdad, y equidad como principios constitucionales.

Art. 8.- Todos los salvadoreños son hombres libres, y son igualmente ciudadanos en éste y los otros Estados de la Federación, con la edad y condiciones que establezca la constitución general de la República. En este artículo se consagró el derecho a exigir a los funcionarios estatales el cumplimiento de la ley y el que estos actúen conforme a derecho y la justicia.

Art. 13.- El pueblo no puede ni por sí, ni por autoridad alguna, ser despojado de su Soberanía; ni podrá excederla sino únicamente en las elecciones primarias, y practicándolas conforme a las leyes. Mas tienen los

salvadoreños el derecho de petición, y la libertad de imprenta para proponer medidas útiles, y censurar la conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y el de velar sobre el cumplimiento de las leyes. En esta constitución no existe un capítulo destinado a la regulación de la familia como base fundamental de la sociedad, su articulado se centra entre otros asuntos a establecer las bases de un estado soberano y un gobierno estable.

b. Constitución de 1950

Esta constitución marcó precedentes en las constituciones salvadoreñas ya que removi6 la mayoría de estructuras e instituciones jurídicas salvadoreñas esta constitución de corte reformista y amplio sentido humanista. El Art. 163 del Título X denominado: *REGIMEN DE DERECHOS INDIVIDUALES*, establece:

Art. 163.- Todas los habitantes de El Salvador tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral

Así mismo, en el TITULO XI, denominado *REGIMEN DE DERECHOS SOCIALES*, se establecía el CAPITULO I dedicado a la regulación de los derechos de la familia, el cual en su Art. 180 enuncia:

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

descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Se establece la indemnización de carácter Moral, así como los principios de protección a la dignidad en el Régimen de los derechos individuales”.

Se instituye además el título XII sobre la Responsabilidad de los funcionarios donde se les establece el deber de reparar los daños que en su actuar como funcionarios ocasionen.

Art. 211.- “Todo funcionario civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto, cualesquiera que fueren las leyes, decretos, ordenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes”.

c. Constitución de 1962

Un golpe militar derroca la Junta de Gobierno el 25 de Enero de 1961 y se organiza un directorio cívico militar, que disolvió a balazos una manifestación popular. El directorio convoca a una asamblea constituyente, la cual se declaró ante sí soberana, amplía el mandato popular y declara que no hay límite alguno en su labor legislativa y así se dicta la Constitución de 1962, la cual reformó la duración del periodo presidencial, facilidades para obtener cargos por los diputados, etc. Entre algunas disposiciones referentes a la familia se enuncian:

Art. 148.- Se declara de interés social la construcción de viviendas. El Estado procurará que el mayor número de familias salvadoreñas lleguen a ser

propietarias de su vivienda. Fomentará que todo dueño de fincas rústicas proporcione a sus colonos y trabajadores habitación higiénica y cómoda y, al efecto, facilitará al pequeño propietario los medios necesarios.

En cuanto a la indemnización por daños mantuvo los lineamientos establecidos en la Constitución de 1950, sin ninguna novedad respecto al tema, el Art. 163 establece: *“Todos los habitantes de El Salvador tiene derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.”* En el Título XI denominado Régimen de derechos sociales, el Capítulo I: Familia, el Art. 179 establece que: *“La familia, como base fundamental de la sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.”* Así mismo el Art. 180.- establece *“Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, y los adoptivos tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre,”*, de esta manera respecto a la regulación de la familia se siguió con los lineamientos establecidos en la Constitución de 1950 sin modificación alguna.

B. Responsabilidad por Daños en El Código de Procedimientos Civiles y criminales y el Código de Fórmulas Judiciales.

Este código de procedimientos civiles y criminales surge de la necesidad histórica, como bien lo relata el informe dictado por la comisión autorizada por la revisión y redacción del proyecto de dicho código en el cual se afirma que la legislación que ha regido en El salvador ha formado parte del confuso hacinamiento de voluminosos cuerpos de leyes españoles coloniales y disposiciones patrias sin unidad y sistema. Es por ello que la administración del año 1843 mando formar dicho proyecto al Dr. Isidro Menéndez para que una vez conformada la comisión revisora convocara a una comisión evaluadora de este código, la cual estaba conformada por el Dr. Isidro Menéndez, y los Licenciados Ignacio Cuellar y José Eustaquio Cuellar; el código de Procedimientos civiles y criminales aparece junto al Código de formulas. Creándose a través de la orden legislativa del 26 de febrero de 1857 publicado el 20 de noviembre de 1857.

En este código de procedimientos encontramos una figura considerada como una especie de indemnización por daños y perjuicios denominada restitución *In integrum* establecida en la parte primera de dicho código denominada *De los procedimientos civiles en primera instancia* que el Titulo VI que se titula *De Otros Procedimientos Sumarios* y que es en el capitulo III regulo el *Modo de proceder en restitución In integrum*, que define a esta como una reparación o beneficio concedido a los menores que solicitaren dicho beneficio. En el articulo 815 se marcaron los parámetros que dan el convencimiento al juez para que conceda el beneficio, este en primer lugar

podía admitir pruebas relativas al perjuicio o daño ocasionado por los tutores, curadores o el poseedor de la cosa reclamada y generalmente de todos los que tienen culpa en el daño padecido por el menor concediendo para ello como plazo la mitad del término ordinario para ello.

En el artículo 816 faculto al menor que, salido de la guarda o que se halle en el término legal se le concedía el derecho alternativo de la restitución *In integrum* persiguiendo la cosa o solicitando a tutores, curadores y fiadores la indemnización de daños y perjuicios que hubiere recibido por su culpa o negligencia, permitiendo a dicho menor que sea indemnizado ya sea por una causal sea esta culpa o negligencia no pudiéndose admitir ambas causales, así también puede solicitarlo por el mal estado de sus finanzas a causa de los mismos.

i Código de Fórmulas Judiciales.

En su parte primera Título VII denominado *De Otros Varios Procesos Sumarios* en el Capítulo 3º *del modo de Proceder en la Restitución In integrum*. en el que se contracta y designa la forma bajo la cual el juez decreta el beneficio a la persona legitimada para reclamarla, presentando la solicitud al Juez de 1ª Instancia en la cual se incluirían documentos pertinentes, dentro del término legal; siendo indispensable la cita de la persona contra quien se solicitara dicho beneficio, las partes, el fiscal, el promotor, los tutores o curadores del poseedor de la cosa reclamada y obviamente el juez que con solo el mérito de las pruebas producidas podrá darse a lo más del término; admitida la petición se le nombrara un curador en caso que no lo tenga.

C. Responsabilidad por Daños Familiares en el Código Civil de 1860

En el basto articulado que constituye el código civil salvadoreño se albergo históricamente por largos años las relaciones familiares, destinando para ello el libro primero denominado De las Personas, en el que se valoro ampliamente el derecho familiar regulando figuras que dejaron de ser actuales; cuándo se hacia referencia a la indemnización por daños y perjuicios se regulaba la indemnización por perjuicios en las diferentes figuras como: Los Esponsales, los cuales se regularon en el LIBRO PRIMERO CAPITULO II, TITULO III, nominado como "*Los Esponsales*" de dicho código comprendiendo dicho titulo de un número de tres artículos donde se vislumbraba y establecía lo que debe entenderse por estos con la base del Art. 94 considerando a estos como aquella promesa de matrimonio mutuamente aceptada; hecho de naturaleza privada, que las leyes sometían enteramente a la honorabilidad y conciencia del individuo y que no producían ninguna clase de obligación ante la ley civil y que literalmente el articulado señalaba :No se podrá alegar esta promesa ni para demandar Indemnización de Perjuicios. Con lo cual se puede comparar que estos artículos tenían amplia influencia del antiguo derecho romano en el cual todo era consensual y no generaba obligación.

De esta manera en el CAPITULO VI titulado "*De la Nulidad del Matrimonio*" que a su vez estaba constituido por un número de quince artículos y que específicamente y en el Art. 162 contenía una explicita lista acerca de los motivos por los cuales los matrimonios debían considerarse nulos para los efectos legales que este estado origina. Se estableció la

solidaridad en la Responsabilidad de los Perjuicios causados al cónyuge inocente de la imputación. Este código entre otras situaciones regulo la Ilegitimidad de los Hijos en el capítulo VI Título VII titulado "*De los Hijos Ilegítimos concebidos en el Matrimonio*" en el capítulo I y Art. 199, sobre la condición de los hijos que nacían expirados los 300 días subsiguientes a la disolución o Declaratoria de nulidad del matrimonio; esta Ley civil otorgaba a estos la calidad de hijos ilegítimos facultando a estos a que ante el Juez solicitaran la Declaratoria de legitimidad, para efectos de hacer valer los derechos que como hijo biológico ostenta, para ello el presunto hijo contaba con un plazo de 60 días después de la muerte del Padre para solicitarla; en el Art.200 claramente se instauró que en caso de que el hijo no sea legítimo y se declarara judicialmente la ilegitimidad. La Madre tendrá que indemnizar de todo perjuicio que la pretendida Legitimidad les haya irrogado.

En el CAPITULO VI denominado "*De las Reglas Relativas al Caso de Pasar la Mujer a otras Nupcias*", estaba constituido de dos artículos en los que se regulo el caso de que una mujer que opto por tomar un segundo Matrimonio y que a través de ello se dudare de la honorabilidad de la mujer y se vea atacado con la paternidad del hijo concebido, al primer esposo, que para obtener un dictamen certero y conforme a derecho sobre tal situación desee acudir a sede judicial, para que emita esta, el fallo determinante para establecer la verdad. Con el afán de que la intervención judicial y la honorabilidad del presunto padre no sean combatidas en vano se prescribía para ello en el Art. 213,ya que al resultar desfavorable el fallo para está, "Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionadas a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer

que hubiere pasado a otras nupcias y su nuevo marido.” según *Las Reglas Especiales Para el caso de Divorcio* Art. 203 se había instituido para la mujer divorciada o separada un principio a cumplir, si ésta quedare embarazada debe denunciar al marido por escrito y por medio de autoridad judicial del lugar de donde esta resida, y para denunciarlo la ley otorgaba un plazo el cual constaba de 30 días de la separación actual.

C. La Regulación de la Indemnización por Daños y Perjuicios en el Anteproyecto del Código de familia.

Tomando en cuenta que la constitución de la Republica al igual que las otras constituciones latinoamericanas tiene como esencia normativa la influencia social que radica en nuestros cuerpos normativos desde el año de 1950 asimismo la actual constitución procedente de 1983 se apega a estos principios ya establecidos; estos principios que instituían una significativa regulación de la familia, y que solo se viabilizaba a través del código civil libro primero que data 1860 que si bien, este ha sido reformado no estaba acorde ; por tener otra naturaleza distinta a la familiar no era ya , el medio mas optimo para la protección de la familia. Por Razones como las antes versadas ,la comisión CORELESAL en el año 1989 procedió a estudiar y de esta forma elaborar anteproyectos sobre la rama familiar para armonizar la ley secundaria y la constitución y que regulara las relaciones familiares resultante de la unión de un hombre y una mujer los hijos dentro y fuera del matrimonio, adoptivos y su protección estos estudios se conocieron a finales de 1987 en el anteproyecto del código de Familia sobre la indemnización de los daños y perjuicios se estableció una relevante particularidad en atención

a esta en el artículo 101 de dicho anteproyecto que literalmente expresa :
Indemnización Art.101 “ *El contrayente que resultare culpable de la nulidad del matrimonio, deberá indemnizar de buena fe por los daños materiales o morales que hubiere sufrido.*”⁴²

En la redacción de dicha regulación se aprecia que en este artículo se prescribe el mandato, deber de indemnizar y así también una excelente redacción que vuelve mas clara la comprensión de dicha premisa pues en la actual redacción solo señala que: Art.97.*El contrayente que resultare culpable de nulidad del matrimonio será responsable de los daños materiales y morales que hubiere sufrido el contrayente de buena fe.* En otros artículos como el Art. 150 concerniente a la Acción de Paternidad, el anteproyecto lo normó de la misma manera que en el artículo 160 así mismo, el artículo 155 de nuestro actual código sobre el Trato de los hijos en el Juicio esta redactado de igual forma; En el artículo 165, sobre la Asistencia a los hijos, la diligencia de la administración artículo 238 Todos este articulado que prevé indemnización por daños morales y materiales se redactado de igual forma que el vigente código con la única ausencia de la regulación del Libro quinto De los Menores y Las Personas de la Tercera Edad.

D. Los daños Familiares en el Anteproyecto de la Ley Procesal de Familia.

En el presente apartado se enunciarán las diferencias de contenido de las disposiciones referentes a la materia, de una forma comparativa entre el Anteproyecto y la actual Ley Procesa de Familia. En cuanto a la

⁴² Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña Anteproyecto del Código de Familia Pág.506.

indemnización por daños y perjuicios, en el Art. 69 enuncia la responsabilidad en caso de que las medidas cautelares sean decretadas con base en hechos expresados por el peticionario cuya falsedad se comprobare, el Anteproyecto contemplaba en su inciso segundo lo siguiente: “Cuando fuere el caso el juez se pronunciará sobre la responsabilidad del peticionario y avisará a la fiscalía general de la República”, texto que fue modificado con la publicación de la actual Ley Procesal de Familia, donde se aclara que el juez antes de avisar a la Fiscalía sobre la falsa declaración del peticionario, deberá comprobar la existencia de daños y perjuicios causados y deberá fijar la cuantía de los mismos. En cuanto al contenido de la sentencia en los procesos que tengan por objeto la protección del menor, el juez en la sentencia deberá según el Art. 125 literal e) *“Fijar la cuantía por indemnización de daños y perjuicios que a favor del menor deba pagar el infractor. Dicha indemnización comprende el daño moral y material ocasionado”*. En la Ley Procesal de Familia solamente se agregó la palabra resarcimiento: *“[...] La indemnización comprende el resarcimiento del daño moral y material ocasionado”*.

El Anteproyecto en sus Art. 173 y 174, reglaba de forma separada el caso de responsabilidad de jueces, magistrados, y el equipo de profesionales especialistas que auxilian a sus respectivos tribunales; mientras que en la ley procesal de familia se incluye en una misma disposición a los juzgadores y especialistas, detallando que todos responderán penal, civil y disciplinariamente por sus actuaciones, si a ello hubiere lugar.

En el Capítulo VII denominado De la Ejecución de la Sentencia reviste importancia la Indemnización por daños, ya que al hablar de reparación y restitución, pueden realizarse de forma dineraria y es por ello que ese

capítulo del Anteproyecto de la Ley Procesal de Familia demanda su estudio y comparación. El mencionado capítulo se compuso de diez artículos de los cuales se desprende una amplia y clara regulación en lo referente a la Ejecución de la sentencia en general; el Art. 143 hace referencia al presupuesto de la Ejecución que exige: *“La sentencia se encuentre ejecutoriada, salvo excepciones legales”* como su regla general, y establece el plazo para cumplir la sentencia. Así mismo en los Arts. 145 y 146 se consideraron la ejecución líquida e ilíquida, se ubicó además en el Art. 149 los frutos, intereses, daños y perjuicios; en la actual Ley Procesal de Familia, se encuentran plasmados como disposición final del capítulo VII de La Ejecución de la Sentencia, mientras que en el Anteproyecto, se reguló con idéntica redacción, con la única alteración de la numeración y orden del articulado.

CAPITULO II
MARCO TEORICO

2.2 Base Teórica.

2.2.1 Teoría General de la Reparación de Daños.

A) Nociones Generales.

La Responsabilidad Civil constituye la obligación de resarcir el daño causado y los perjuicios inferidos por el incumplimiento de una obligación, la problemática de esta figura se ha fundamentado en que la persona tiene que resarcir el daño que por su acción u omisión cause a otro, dando origen a una relación jurídica y un daño privado, de ahí que se concrete la responsabilidad civil en el hecho de que una persona debe reparar el daño cuando ha infringido el mandato general de no dañar o se ha incumplido una obligación contractual convenida con voluntad de las partes, estableciendo el núcleo de la responsabilidad en la calificación de la conducta del dañador como ilícita y culpable, lo que es fundamental para determinar la extensión de la indemnización por el daño causado.

En términos generales la responsabilidad civil se divide en: Jurídica y moral, siendo ésta última exigible con el hombre para consigo mismo y ante Dios, convirtiéndose en una obligación natural. La responsabilidad jurídica por otra parte se encuentra subdividida en: Responsabilidad penal y civil, la primera se concreta en la aplicación de una pena por la acción dolosa o culposa del autor de un delito o falta, a su vez la responsabilidad civil se subdivide en otras dos categorías a) Responsabilidad Contractual, la cual proviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de

indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto; y b) Responsabilidad Extracontractual la cual se aplica “Cuando se ha transgredido el deber general de no dañar”⁴³

Tradicionalmente el núcleo de la responsabilidad civil se encontraba en la culpa del dañador, pero con el transcurrir de los años aparece la denominada *Teoría General de la Reparación de Daños* estudiándose el fenómeno desde la perspectiva de la víctima y no exclusivamente a partir del dañador, lo que motivó a que se ampliaran los límites de la reparación, sosteniéndose que algunos daños donde no hay ilicitud, voluntariedad, ni culpabilidad merecen ser reparados, lo que se considera una tendencia novedosa del derecho, con profundo contenido social, la cual “Se acerca más al hombre en sí mismo y se aleja del patrimonio como meta central de protección” la teoría consiste en desplazar el núcleo de la responsabilidad del dañador a la reparación del daño sufrido por la víctima, lo cual se asienta en la idea de compensar este daño u ofensa ocasionado sin perder de vista los elementos básicos de toda reparación: El hecho humano, el resultado dañoso y la relación de causalidad. Es así como los conceptos de daño y culpa ya no aparecen ligados necesariamente pues los criterios de la culpa se consideran insuficientes para ser el único elemento de imputación del daño, ahora el sujeto analizado no es el causante del daño sino la víctima y se le han otorgado las herramientas como la disminución en las causas eximentes de la responsabilidad del agresor, para que se logre el resarcimiento del daño.

⁴³ Barbero Omar, (1997) *Daños y perjuicios derivados del divorcio.* Argentina, Edit. Astrea, Pág. 92.

Responsabilidad Civil y Relaciones de Familia.

Según la doctrina no es fácil establecer un principio general sobre la aplicabilidad, o no, de las normas generales de responsabilidad civil, que resulte adecuado y lleve a soluciones justas en las múltiples y variadas situaciones donde se produce un daño en el marco de las relaciones de familia. Ello comprende, entre cónyuges, desde el agravio moral por una injuria, abandono, adulterio, hasta los daños sufridos en accidentes domésticos o de automotores imputables a uno de ellos, por su culpa o por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado, etc. Entre padres e hijos, al caso de daño más tratado en la jurisprudencia salvadoreña (responsabilidad por falta del reconocimiento voluntario de un hijo) se pueden agregar los accidentes domésticos o de automotores, las enfermedades hereditarias transmitidas por padres a hijos, los perjuicios causados por el maltrato paterno, por la desatención, por la deficiente educación, e incluso por el mismo divorcio de los padres, entre muchos otros supuestos.

Cabe entonces preguntarse: ¿Existe en todos esos casos el derecho y la correspondiente obligación resarcitoria entre cónyuges, o entre padres e hijos, u otros parientes por directa aplicación de las normas generales de responsabilidad civil? En la doctrina existen, al respecto, dos posiciones opuestas que se mencionarán sintéticamente, En primer lugar el criterio que suele denominarse *Tradicional* niega, en principio, la aplicabilidad de dicho régimen general a los daños producidos en el marco de las relaciones de familia, salvo que existan normas específicas que así lo dispongan. Como fundamento, se considera a las instituciones de familia como un sistema jurídico diferente a otros sectores del Derecho Civil (contratos, obligaciones,

derechos reales, etc.), con principios, finalidades y caracteres especiales, que serían desnaturalizados si se les aplicara un régimen dirigido a relaciones patrimoniales e individualistas.

En tal sentido, correspondería priorizar el ámbito intrafamiliar de comunidad de vida, protegido por normas de orden público distintas a las que rigen otros campos del Derecho Civil. Si se introduce el Derecho de Daños dentro del Derecho de Familia, se le da una perspectiva individualista, incompatible con el interés superior de la misma, reconocido en la Constitución de la República y en los tratados internacionales. En segundo lugar la posición favorable a la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil se sustenta en el principio de la integridad personal, de igual forma reconocido por la Constitución de la República y convenios internacionales y por ende a la reparación de su daño. Sin embargo, ambas posiciones no son llevadas, por lo general, hasta sus últimas consecuencias, sino que sus propios seguidores con frecuencia dejan a salvo la posibilidad de hacer excepciones en su aplicación concreta. Así mismo, los seguidores del criterio afirmativo aclaran que no es un principio absoluto y se impone tomar en cuenta el peso relativo de los valores en juego, intereses individuales del damnificado y los intereses generales de la constitución de una familia y de su estabilidad, por lo que se exige valorar cuidadosamente las distintas situaciones, y consideran que hay casos en los que se debería exigir un factor de atribución especial que no puede desentenderse de valores como la constitución y estabilidad de la familia. Lo expuesto revela la dificultad tanto de una aplicación absoluta, como la de una completa exclusión de las normas generales de responsabilidad civil frente a las relaciones de familia.

En sentido general la mayoría de los tratadistas se inclinan por la respuesta negativa, porque la aplicación lisa y llana del régimen general de responsabilidad civil dentro del marco de la institución familiar implicaría la desnaturalización de los principios que constituyen a ésta. Sería deseable que existieran normas específicas que determinaran la eventual procedencia, presupuestos, alcances y límites de la reparación de daños producidos en las diversas relaciones de familia, pero cuando no las hubiere, sólo en casos excepcionales y con criterio restrictivo podría admitirse.

B) La Reparación del Daño.

El derecho es un instrumento que sirve para armonizar la vida en sociedad y prevenir conflictos que inevitablemente puedan suscitarse en las relaciones interpersonales. En una sociedad es menester preservar los derechos humanos y lograr el goce de una vida plena. Toda persona que sufra un menoscabo en su integridad física y moral, así como en su patrimonio tendrá el derecho de obtener la reparación del daño sufrido en la medida de lo posible, restableciendo el orden jurídico quebrantado sin que la compensación del daño se vuelva un medio de enriquecimiento ilícito para la víctima, o una condena arbitraria para el causante del daño.

La rama del saber jurídico que se ocupa de la reparación del daño causado se denomina "*Derecho de Daños*" pero, no obstante, en ocasiones, cuando la reparación del mismo sea dificultosa, es decir que las cosas no puedan volver al estado en que se encontraban antes de cometerse el hecho que origina el daño, se aplica el resarcimiento del perjudicado mediante la

indemnización de los perjuicios irrogados. Esta obligación legal de indemnizar el perjuicio o reparar el daño causado generará en el obligado, normalmente, según la doctrina el ánimo de no volver a cometer el hecho que dio lugar al evento dañoso, so pena de incurrir de nuevo en la conducta ilícita que dio lugar a la necesidad reparadora.

Al derecho de daños se le atribuyen una serie de funciones entre ellas:

1. Función Demarcatoria.-

El derecho de daños marca los límites de lo que es lícito e ilícito; de lo que se puede y no se puede hacer, y por ende lo que no está prohibido, se permite.

2. Función Distributiva.-

Cada uno asume los riesgos propios de la vida y para que ese riesgo se desplace a otro sujeto hace falta que se den dos elementos: La imputación subjetiva y relación de causalidad, entre el supuesto causante de agravio y el hecho que origine la obligación de indemnizar.

3. Función Compensatoria.-

Función típica del derecho de daños; tiene lugar después de sucedido el hecho, el daño. Consiste en dejar a la víctima incólume, como si el daño no se hubiese producido.

4. Función Preventiva.-

Casi siempre se ha negado esta función en el derecho de daños; No obstante hoy en día se va imponiendo la idea de que esta función es aplicable dentro del mismo. Se considera que generalmente las personas evitan el tipo

de conductas por las que tendrán que responder con una indemnización. Esta función es especial porque si realizan este tipo, tales conductas evitarán reincidir en las mismas. Respecto a esta última función es menester distinguir “La reparación del daño” con su “Prevención”, es así que la idea de prevención actúa con anterioridad a la producción del daño, ya que una vez que ocurre el hecho dañoso es desplazada por la idea de compensación del daño, siendo su finalidad la reparación del mismo.

En la doctrina como en el ordenamiento jurídico al hablar de daños y perjuicios, se utilizan algunos vocablos como sinónimos de reparar, tal es el caso de indemnizar, resarcir, etc. No obstante es posible enunciar ciertas diferencias entre cada uno, sin olvidar que todos los términos guardan una estrecha relación que no permite desvincularlos entre sí de forma total, ya que por lo general se habla indistintamente de “reparación”, “resarcimiento” o “indemnización” del daño para querer significar la misma idea de la entrega de una cantidad de dinero al perjudicado por un daño material o moral.

Pero ni siquiera la doctrina coincide en este punto, y así, algunos autores utilizan los tres términos por igual; otros, como Ortiz Ricol, hablan sólo de “reparación”; y otros, como Lafaille, sólo de “resarcimiento”. Habrá que decir, en primer lugar, que “resarcimiento” significa etimológicamente “reconstrucción”. Según esto, se trataría de intentar satisfacer con la máxima precisión el vacío material que ha sufrido el dañado. Pero, para ello, habría que conocer exactamente el precio de mercado de aquel bien, es decir, en cuánto exactamente ha disminuido el patrimonio, y volverlo de nuevo a su situación inicial. Es de hacer notar que el daño moral escaparía, estrictamente,

a esta categoría de “resarcimiento”, resultando mejor hablar de “reparación”. La diferencia es que, con la reparación, lo que se intenta es compensar al perjudicado mediante un aumento de su patrimonio que, hasta ese momento, había permanecido intacto.

En cuanto al resarcimiento, se distinguen dos subtipos: resarcimiento específico y resarcimiento pecuniario. En el primero, el causante del daño proporciona al dañado algo que reconstruye la situación anterior de forma exacta. Se trata de una “restitutio in integrum”. Todo queda como antes. Por otra parte, el resarcimiento pecuniario consiste en la entrega de una suma de dinero equivalente al valor económico del bien dañado. Si se aplica esto a los daños morales, no se hablará de reconstitución del patrimonio, sino simplemente de una función satisfactoria (no resarcimiento, sino reparación). Diferente terminología utiliza Carnelutti, que engloba dentro del término “restitución” tres conceptos:

- “*Restitución directa*”, que significaría la vuelta a la situación originaria anterior al daño;
- “*Resarcimiento*”, como la situación de equivalencia entre el interés dañado y el interés ofrecido por el causante;
- “*Reparación*”, en la que se produce una relación, ahora de compensación y no de equivalencia, entre el bien dañado y lo ofrecido por el causante del daño, generalmente una suma de dinero. No se pretende reconstruir con ello la situación originaria, sino compensarla en lo posible por otras fuentes.

Se estima que entre el término reparación e indemnización podría establecerse una relación de género a especie, y a su vez define la reparación del daño como una forma de Componer o enmendar el daño que ha sufrido una cosa; desagraviar, satisfacer al ofendido. Dejando a un lado toda esta controversia terminológica entre autores, se ha de decir en general, y como conclusión, que los términos “reparación”, “resarcimiento” e “indemnización” responden básicamente tal como se enunció a un mismo contenido. En un mismo supuesto, unos autores hablarán de resarcimiento y otros de reparación, y ambos casos son aceptados. El conflicto surgió al aparecer el daño moral, porque, hasta entonces, todas las situaciones se resolvían acudiendo a la función de equivalencia del dinero. Se producía, por lo tanto, un resarcimiento pecuniario sin más. Al entrar en juego el daño moral, algunos le aplicaron la institución de la reparación para distinguirlo de los daños patrimoniales. Pero otros, lo que hicieron fue extender el término resarcimiento hasta entonces utilizado, también a los daños morales.

C. La Indemnización de Daños y Perjuicios como Especie de la Reparación del Daño.

Cuando se produce un daño jurídico, la ley puede reaccionar de dos formas mediante la reparación del objeto o bien dañado, y si no es posible se aplicará el resarcimiento pecuniario.

1. Reparación in natura o específica.

Tiene un carácter realmente restitutorio, es decir, lo que se pretende es conseguir que el perjudicado vuelva, en lo posible, a la situación anterior al daño. Esto se puede conseguir por medio de un “dare” (por ejemplo, la

restitución de la cosa robada) o un “*facere*” (como la eliminación del acto ilícito). Aplicando esto al daño moral crece la dificultad por la naturaleza inmaterial de los bienes afectados. Santos Briz dice, incluso, “Que no es posible la reparación in natura de los daños inmateriales”.⁴⁴ Pero otro sector de la doctrina estima que algunos supuestos de daño moral son susceptibles de reparación específica o in natura. Por ejemplo, el honor puede ser reparado, a través de medios como la publicación de la sentencia condenatoria o la retractación pública del ofensor, porque éstos pueden hacer desaparecer, al menos parcialmente, los conceptos nocivos que la acción dañosa ha generado en la conciencia social. Pero particularmente, en el derecho de familia estos supuestos de daño moral que se pueden reparar de forma específica son muy escasos, porque es difícil borrar totalmente las ideas negativas que los miembros de la familia y la sociedad en general han adoptado sobre una cuestión en concreto. Puede que la reparación in natura fuera posible en casos, por ejemplo, de un titular en la prensa que anunciara algo falso, y que lo corrigiera debidamente en su siguiente publicación.

Muchas veces, la reparación específica va acompañada de una indemnización pecuniaria, sin que ello desvirtúe la naturaleza específica de la reparación. Al no haber ningún medio cierto para elegir entre reparación in natura o resarcimiento, en doctrina se expone la idea de que se debe dejar al juez esta facultad, de forma que el perjudicado puede exigir su derecho a que le sea reparado el daño, pero no que esto se haga de una forma determinada. Respecto a esto, la legislación familiar se muestra reacia a admitir esta pretendida facultad del juez, ya que el Código de Familia y la Ley Procesal de

⁴⁴ Santos Briz, Jaime. (1993) *Responsabilidad Civil*, Edit. Montecorvo, S.A. Pág. 200

familia establecen expresamente en sus respectivos articulados la reparación de los daños materiales y morales a través de la indemnización.

2. Resarcimiento Pecuniario.

Si no es posible restaurar el bien objeto del daño, se acude al resarcimiento pecuniario. Lo que se intenta, se consiga en mayor o menor medida, es sustituir el bien dañado por su valor monetario. Respecto a los daños patrimoniales, en este caso, como los bienes se pueden valorar económicamente, la función del dinero será la de equivalencia. La diferencia con la reparación in natura es que, en el resarcimiento pecuniario no se repara el mismo bien, sino que se intenta equilibrar el patrimonio del perjudicado. Aunque el planteamiento parece sencillo tratándose de daños patrimoniales, surgen a veces supuestos problemáticos, como el caso de un cuadro, que, además del reconocido valor económico, tiene también un valor intelectual o cultural. Si ya algunos supuestos de daños patrimoniales planteaban problemas, aún es más controvertida la situación al tratarse de daños morales. Así existen: Posturas que niegan una posible resarcibilidad pecuniaria del daño moral, posturas que afirman que es reparable y posturas mixtas las cuales serán desarrolladas posteriormente al tratar sobre las teorías sobre la indemnización del daño moral.

2.2.2 Definición de Indemnización de Daños y Perjuicios.

En términos generales la indemnización de daños y perjuicios es una reparación de un mal, y una obligación de valor cuyo monto debe ser determinado y precisado por el Juez; a diferencia de lo que sucede con las

obligaciones de dar suma de dinero, en las que el monto se encuentra determinado. La indemnización será siempre de carácter pecuniario y consiste, en la suma de dinero que el deudor incumplidor ha de entregar al acreedor para resarcirle los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, por cualquier tipo de incumplimiento. Según el autor Guillermo Cabanellas la figura se define como el “Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, desde el punto de vista del culpable; y del que se ha recibido, enfocado desde la víctima”⁴⁵

Sin pretender establecer una definición única en cuanto a la indemnización, sino retomar los elementos constitutivos de la figura y elaborar una idea básica sobre su significado, se denomina indemnización a la valuación en dinero de la totalidad del daño resarcible, que el responsable debe satisfacer a favor del damnificado, y de esta forma restablecer el desequilibrio de orden jurídico provocado por el hecho dañoso generador de la obligación de reparar el daño.

2.2.3 Elementos Conceptuales.

Se definirá en este apartado cada uno de los elementos conceptuales de la indemnización por daños y perjuicios. En primer lugar por indemnización se entiende resarcir de un daño, perjuicio o agravio; suma o cosa que se indemniza, compensación de un mal, reparación de un daño o perjuicio.

⁴⁵ Cabanellas, Guillermo. (1996) *Diccionario de derecho usual*. Tomo iv, 24ª Edic. Edit. Heliasta. Pág. 384

En términos generales el daño se define como el deterioro o menoscabo que por la acción u omisión de otro se recibe en la propia persona o bienes; por su parte el concepto perjuicio significa genéricamente mal, ofensa, deterioro, pérdida o detrimento. Interesa ahora el hecho de que las palabras daños y perjuicios suelen tomarse como sinónimos en doctrina, usándose indistintamente para referirse a todo mal de carácter patrimonial o extrapatrimonial. No obstante autores como Guillermo Cabanellas advierten una diferenciación entre ambos, es así que denomina perjuicio a “La ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que origina una acción u omisión ajena, culpable o dolosa”⁴⁶ a diferencia del daño el cual entiende como el mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado. De esta forma la reclamación, valuación y condena relativas a ambos conceptos se unifican en la indemnización concedida o solicitada por el damnificado, y se resumen en la fórmula daños y perjuicios.

Finalmente el concepto de daños y perjuicios se considera uno de los principales en la función tutelar y reparadora del derecho. Ambas voces se relacionan por complementarse, puesto que todo daño provoca un perjuicio y todo perjuicio proviene de un daño. Se estima que en sentido jurídico daño será un mal que se cause a una persona, y por perjuicio, la pérdida de utilidad o de ganancia, que ha dejado de obtenerse. En definitiva la fórmula daños y perjuicios para algunos autores se considera la suma de dos nociones jurídicas denominadas también daño emergente y lucro cesante.

⁴⁶ Cabanellas, Guillermo. Op. Cit. Tomo vi Pág. 213

2.2.5 Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica de la indemnización constituye para la doctrina una obligación de dar dinero; así mismo existen dos teorías sobre la naturaleza de la reparación del daño, la primera denominada teoría clásica establece que lo que se busca con la indemnización es reparar o satisfacer un daño privado, que sólo corresponde reclamar a aquella persona quien efectivamente ha sufrido una ofensa, creando una relación jurídica de carácter privado entre el dañador y el damnificado. Por otra parte la teoría positiva considera que la reparación del daño es de naturaleza pública, equiparándola a una pena, es decir que sería una sanción pública al ofensor.

La mayoría de los autores prefieren estimar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Últimamente, se ha tratado de conciliar ambas ideas, reputando que la reparación tiene carácter sancionatorio y resarcitorio simultáneamente. En este sentido se pronuncia Santos Briz en su obra Derecho de Daños y Augusto Morillo en su tratado sobre el carácter resarcitorio y punitivo del daño moral. En todo caso, existe un interés social de que toda persona que haya sufrido un daño material o moral reciba una reparación por el agravio sufrido, y el moderno derecho procesal ha asumido una perspectiva que constituye una preocupación común: Que la tutela jurisdiccional no es más sinónimo de sentencia, sino de procedimiento estructurado para una tutela efectiva y adecuada de los derechos humanos, tesis a la que es aplicable al derecho procesal de familia, en atención a los principios fundamentales de solidaridad familiar e interés superior de la familia, siendo así, que el Art. 1 de la Ley Procesal de Familia establece el carácter instrumental del mismo, al enunciar que la citada ley

tiene por objeto, “ [...] *hacer efectivos los derechos y deberes regulados en el Código de Familia y otras leyes sobre la materia*”.

2.2.6 Fundamento de la Indemnización de Daños y Perjuicios.

Reside en un imperativo de justicia, que sufriría agravio si el damnificado no queda restituido por el daño que le ha sido ocasionado, sin dejar de advertir la importancia de la cuestión planteada que en doctrina es fuente de diversos debates, pero en general es aceptado que cuando la víctima recibe una indemnización satisface el dolor sufrido. Tesis que es aplicable a todas las ramas del derecho y por supuesto en cuanto a las relaciones de familia; pues lo que se busca es el equilibrio y armonía en el hogar. Siendo así, que en la interpretación del derecho de familia predomina el reconocimiento de que los miembros de la familia son personas, no cosas, sujetos de derechos y deberes, en un plano de igualdad, de armonía y de solidaridad.

2.2.7 Finalidad de la Indemnización.

Para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia la finalidad de los daños y perjuicios es estrictamente resarcitoria. Se trata de reparar el daño ocasionado a la víctima. A este respecto ha dicho el Dr. Bustamante Alsina: *“La cuestión no tiene que ver con el hecho de proyectar la sanción más allá de su órbita natural, sino de hacerla funcionar dentro del derecho de daños donde tiene*

*cabida como efecto resarcitorio necesario de la lesión a un interés jurídicamente protegido, sea éste material o moral”.*⁴⁷

En otras palabras, la indemnización de perjuicios tiene por objeto restablecer el equilibrio destruido por el hecho ilícito, otorgando a la víctima un valor equivalente a la cuantía del daño sufrido, para ponerla en el mismo estado que tenía antes del acto dañoso. La indemnización no debe, pues, exceder del monto del perjuicio, esto es, no puede ser fuente de lucro o ganancia para quien la demanda. Si obtiene el reintegro de lo que efectivamente perdió -daño emergente- y de lo que realmente dejó de percibir como consecuencia inmediata o directa del hecho ilícito -lucro cesante-, el patrimonio de la víctima no sufre menoscabo y, por tanto, el daño desaparece y se satisface plenamente la finalidad de la indemnización. En cuanto a la indemnización del daño puramente moral no se determina cuantificando, en términos económicos, el valor de la pérdida o lesión experimentada, sino sólo otorgando a la víctima una satisfacción, ayuda o auxilio que le permita atenuar el daño, moderarlo o hacerlo más soportable, mediante una cantidad de dinero, que en su monto o valor sea compatible con esa finalidad meramente satisfactiva.

2.2.8 El Daño

En un principio se pensaba que el Derecho de Daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida en que la relación íntima entre los

⁴⁷ Bustamante Alsina, Jorge, “**Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio**”, Enciclopedia de Derecho de Familia, T. I.

miembros de la familia obstaba a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Debía primar en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Se debía atender, prioritariamente, "a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad"; por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la pietas familie, piedad o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese Derecho.

Con las primeras décadas del siglo XX, toma impulso la concepción jurídica que hace primar los principios de una República Democrática e igualitaria. Esta concepción provoca la aparición de partidarios de extender la responsabilidad por los hechos dañosos al ámbito familiar. Los autores que sostienen la misma, permiten aludir a una "nueva familia", distinta de la tradicional o clásica; destacando como característica de la misma la necesidad de una justa democratización de las relaciones familiares, recogidas por normas jurídicas a nivel internacional e interno; la modernización de los lazos familiares, unida a una fuerte relajación de los vínculos emergentes, y por sobre todo, la iniquidad que importa dejar un daño injusto sin la condigna reparación.

A. Definición

a) Definición Doctrinal.

Etimológicamente el Daño proviene del latín “Damnum” que significa “mal, Perjuicio, aflicción, privación del bien”.⁴⁸ “Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad, de admisión .etc.)⁴⁹

Genéricamente el daño es definido por Jorge Mosset Iturraspe como: El presupuesto central de la Responsabilidad Civil. Hugo Alsina lo considera como el elemento del acto ilícito sin el cual no existe responsabilidad civil; y que además constituye una condición de la acción por daños y perjuicios. Guillermo Cabanellas define al Daño como: el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o rotura de un objeto ajeno. Asimismo, define a los Daños y Perjuicios como la fórmula o abreviatura de la indemnización de Daños y perjuicios, voces que se relacionan para completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio y todo perjuicio proviene de un daño. Federico Colombo por su parte considera a los daños materiales como los daños económicos o patrimoniales derivados de los hechos que importan una causal de divorcio, como los nacidos de la disolución anticipada de la sociedad conyugal, contratación de una empleada para cuidar los niños, mudarse, etc. .La definición aceptada en nuestra investigación es la otorgada por el Maestro Omar Barbero. Quien sostiene que daño es “La idea

⁴⁸ Diccionario Enciclopédico Hispano Americano, tomo 7, Ed. W:M .Jackson Inc.

⁴⁹ Tratado de Enneccerus, Tomo II, Vol 1º, Pág. 61.

de ofensa, lesión, menoscabo o disminución ocasionados a una persona ya en si misma, ya en sus sentimientos a sus bienes materiales”⁵⁰.

B. Clasificación Doctrinaria de Daños.

a. Daño Directo e Indirecto.

Esta clasificación surge del contexto general de la teoría del daño, clasificados tomando en cuenta el tipo de relación existente o que ha existido entre el dañador y el acto u omisión que lo ha provocado, y que ha ocurrido como consecuencia inmediata o mediata de los actos ilícitos cometidos. En el caso de divorcio por el cónyuge culpable. Los cuales se dividen en: 1) Daño Directo y 2) Daño Indirecto; también conocidos como Daño inmediato y mediato.

1) Daño Directo o Inmediato: Es el menoscabo que sufren los bienes que componen el patrimonio; y aquellos daños derivados del hecho ilícito constitutivo de la causal de divorcio son inmediatos por tener una conexión causal de primer grado.

2) Daño Indirecto o Mediato: Es el menoscabo que sufre el patrimonio del damnificado como una repercusión o reflejo del daño causado a una persona en sus derechos o facultades; los derivados del divorcio en si, son mediatos, por tener una causal de grado mas lejano que resulta solamente de la conexión de un hecho o acontecimiento distinto.

⁵⁰ Barbero, Omar, Op. Cit. Pág. 92

b. Daño Material o Patrimonial.

Es aquel que recae sobre el patrimonio, sea este directamente en las cosas o bienes que lo componen perceptible por los sentidos, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades. Este es aquel sufrido en los bienes económicos destruidos o deteriorados. Se considera que el daño patrimonial es una modificación disvaliosa del patrimonio que se traduce en un modo de estar diferente a aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y económicamente perjudicial.

Este daño a su vez se divide en:

1) Daño Emergente (*Damnum emergens*): es el que se produce en el momento de origen del daño y que es equivalente a todos aquellos perjuicios que por ejemplo serían los gastos realizados por asistencia médica en caso de lesiones físicas, o si la víctima ha sufrido un menoscabo sus calidades síquicas a raíz de la incapacidad derivada de las lesiones recibidas que imposibilitan a la víctima desempeñarse en sus ocupaciones; en otras palabras el empobrecimiento del patrimonio.

2) Lucro cesante (*Lucrum cessans*): que alude a la utilidad que la víctima ha dejado de percibir; o como la ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para los propios intereses. “Es la frustración de ventajas económicas esperadas o sea, pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto,⁵¹” que como tal es difícil distinguir

⁵¹ Barbero Omar, Op. Cit. Pág.117

pues está ligado íntimamente a la indemnización por daños y perjuicios y la usura valorando en razón de ello, que la indemnización importa no sólo por el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de percibir.

c. Daño Moral o Extrapatrimonial.

Esta clase de daños se ubica dentro de los daños directos este se da cuando la lesión afecta un bien jurídico contenido en cualquiera de los derechos de la personalidad: vida, integridad corporal, intimidad, honor, imagen. También es directo el daño moral que se inflige por un ataque, menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona: nombre, capacidad, estado de familia. Sobre el daño Moral se han dado diversas clasificaciones como la que otorga Jorge Mosset Iturraspe:

- a) “Los que afectan la Parte social del Patrimonio moral; el patrimonio Moral: honor, reputación. etc. y los que atacan la parte afectiva del patrimonio moral: dolor, tristeza, soledad, etc.
- b) Daños morales que originan directa o indirectamente daños patrimoniales: cicatriz deformante, etc. daños morales puros: dolor tristeza, etc.”⁵²

⁵² Mosset Iturraspe Responsabilidad por Daños. 1999, TomoI, Argentina, Editores Rubinzal Calzoni, Pág.262.

Llambias, distingue en el Daño moral “Al que denomina género y Agravio Moral al que sería la especie calificada por la lesión intencionada por el dolo”.⁵³

El daño Moral según las conclusiones de Las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil del año 1984, fue considerado por Zavala de González, Mosset Iturraspe, Stiglitz, Pizarro y otros estudiosos como el daño consistente en: “Una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.”⁵⁴ Consistiendo dicho daño en ese sufrimiento de la persona por molestia en su seguridad personal o por la herida en sus afecciones legítimas o el experimentado en el goce de sus bienes.

d) El Daño a la Persona

La doctrina ha proclamado la necesidad de un replanteo de la noción del daño y no sólo concebirlo en su clasificación tradicional de daño que lo divide en Patrimonial y moral que resultaría insuficiente para dar soluciones justas en numerosos supuestos de la vida real, que a su vez serían los medios por los que el jurista utilizaría para alcanzar una finalidad superior: hacer justicia en un marco de seguridad y equidad; “donde no se ubicaría al concepto de daño desde una visión netamente patrimonialista del perjuicio

⁵³ Ibid. Pag.261.

⁵⁴ Pizarro Ponce de León, 2000, **El Daño Moral**, Edit.Hammurabi Argentina.Pag.36.

a otra que pone como epicentro a la persona.”⁵⁵ Y el llamado daño a la persona no se agotaría en el daño patrimonial (lucro cesante y daño emergente) y moral; si no que da cabida a otras clasificaciones de daños mas específicos.

1. El Daño Biológico y el Daño a la Salud.

El Daño a la persona cubriría todos los aspectos de la rica y compleja personalidad humana comprendiendo aquellas conductas que afecten la salud integral del agraviado. Distinguiéndose entre el daño *biológico* y del daño a la salud. El primero representaría la *faz estática* del daño a la persona que haría alusión a la integridad psicofísica del damnificado. (El daño que afecta la normal eficiencia sicosomática del sujeto); mientras el daño a *la salud* representaría el aspecto *dinámico* del daño a la persona, es decir un déficit en lo que atañe al bienestar integral al sujeto, derivado de la acción del daño biológico; ya que su informe corresponde al juez sobre la base de los informes proporcionados por los médicos sobre la entidad y alcances del daño biológico producido.

▪ Proyecciones del Daño a la salud

La admisión del daño a la salud implica el considerar diversas categorías y alcances como:

1. El daño a la vida en relación.
2. Daño Estético.
3. Daño Sexual.
4. Daño Psíquico.

⁵⁵ Ibid. Pág.56

5. Daño al Proyecto de Vida.

1. El Daño a la vida en Relación

Conocido como perjuicio a la vida de Relación (*préjudice d'agrément*). Este daño se configura cuando el damnificado experimenta una aminoración psicofísica que le impide o dificulta la aptitud para gozar de los bienes de la vida que tenían antes del hecho lesivo y como consecuencia de éste; es decir la reducción de la capacidad de expansión y de afirmación en las relaciones socioeconómicas; de la posibilidad de ubicarse o reinsertarse en las relaciones sociales y aún de mantenerlas en un nivel normal a causa de la disminución sufrida ; de adquirir una determinada posición social.

2) Daño Estético. Calificado como el detrimento corporal de frecuente relevancia que incluye todo quebrantamiento de su incolumidad espiritual, abarcando cualquier menoscabo de sus posibilidades de querer, pensar, o sentir y de actuar, en sus potencias y atributos; puesto que la persona humana tiene derecho a resguardar su estética (rostro, figura, etc.), de ahí que todo daño que la afecte genere su reparabilidad. "Este daño en particularidad guarda relación con la personalidad de cada ser humano y especialmente con aquellas personas que hacen un culto de su estética"⁵⁶

3) Daño Sexual. Es aquel que produce la pérdida o disminución de la función o del complejo de funciones de los órganos sexuales, en sus componentes endocrínicos y exocrínicos cuya finalidad es: a) El desarrollo

⁵⁶ De Cupis, Adriano, *Teoría General de la Reparación de los Daños*. Pág. 83

psicofísico del individuo que se traduce en: La madurez sexual. b) La Reproducción. c) El Placer de la libido.

Los cuales se pueden observar en la víctima de lesiones en sus órganos genitales, quien experimenta una dificultad temporaria o definitiva para procrear, por el contagio de alguna enfermedad transmisible por vía sexual o por cualquier trauma de índole sexual. Esta clase de daño puede proyectarse por el ámbito patrimonial, afectando por ejemplo el desarrollo físico de la persona (causándole traumas síquicos que conspiran contra de sus posibilidades de éxito y de obtener beneficios económicos) o morales (mortificándolo en sus afecciones legítimas quebrantando su espiritualidad).

4) El daño Psíquico.

Es la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico producido por un hecho ilícito. Comprende los efectos que una lesión puede generar como graves trastornos síquicos, el shock eléctrico, la intoxicación con productos tóxicos que afecten el sistema nervioso, depresión reactiva, depresión en el niño la cual entre alguna de las causas regula que "Algunos niños desarrollan sentimientos muy fuertes de depresión a causa de la pérdida de uno de sus padres a razón del divorcio ya que la familia queda rota por este; de forma que esta perdida transforma al niño. ⁵⁷"

⁵⁷ Genovard. C.Gotzens, J Yontane, 1987 *Problemas Emocionales en el Niño.* Barcelona, Edit.Herder, Pag 49.

Asimismo la inseguridad que está determinada entre otras de sus causales por el Rechazo por parte de los padres, que naturalmente incluye en diferentes grados de una cierta falta de afecto: una persona se desarrolla desde la infancia hasta la edad madura a través de un concepto global de autosuficiencia, autovaloración, y adecuación que le permita crear los medios suficientes para defenderse en la vida; otras patologías síquicas la constituyen “Las fobias que ubican a los problemas emocionales experimentados en el interior de la familia como: el divorcio, la separación como situaciones que la originan, conjuntamente con la ansiedad y los terrores nocturnos en los niños (...)”⁵⁸

La autonomía de estas categorías apunta a la entidad de bienes menoscabados más que a los intereses conculcados, y especialmente, a las consecuencias que genera la lesión.

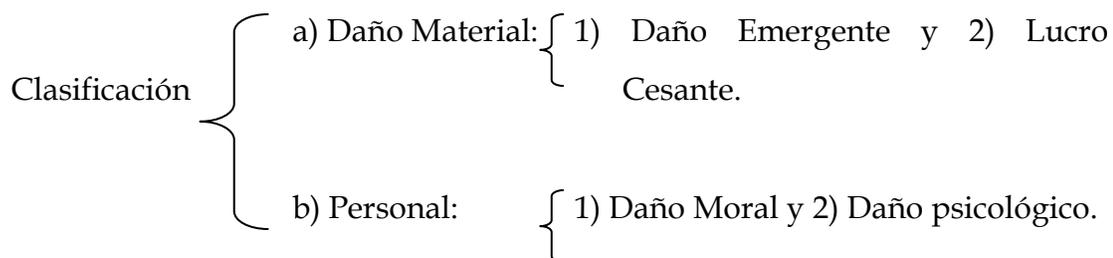
5) El Daño al proyecto de vida.

Se denomina así al daño que trunca en mayor o en menor medida el proyecto de vida que impide en consecuencia que la persona desarrolle su personalidad, afectando la manera de vivir de cada uno y la libertad que cada uno tenemos de definir nuestro proyecto existencial, de ser como somos y no de una manera distinta, impuesta por terceros, este es un daño con una enorme proyección futura de carácter continuado que va más allá de la esfera sensitiva del damnificado y comprometería el futuro del ser humano.

⁵⁸Ibid..Pág. 68.

C) Clasificación Legal de Daños.

En el derecho salvadoreño la concepción legal del daño esta dividida en dos áreas del daño:



En un primer momento y desde la óptica constitucional se concibió sólo los daños materiales y luego fue trasladada a el código civil, siempre desde la concepción del daño material únicamente por razones históricas; desde el año 1950 es observada la clasificación de los daños en Moral y material categorización que fue trasladada hasta la normativa familiar, donde se regula como el daño en sentido moral y material.

a. El Daño material

Este se ha configurado de forma dispersa en nuestro ordenamiento jurídico es así que en el Código Civil se estructura un extenso apartado del daño desde la perspectiva material del daño contractual y obligacional de las relaciones civiles. Art.2065 c.c. y siguientes. *"El que ha cometido un delito o cuasidelito o falta, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido"*

El Daño Emergente y El Lucro Cesante se hallan descritos en los Arts. 1427, 2082, c.c y siguientes. Art. 1427c.c. *La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante.*

Art., 2082, c.c. *“Las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona no da derecho para demandar una indemnización pecuniaria a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero.*

b. Daño personal.

Esta parte de la clasificación legal del daño se configura por la influencia de los tratados y convenciones. Se encuentra comprendido en el Art. 2, literal g) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Contra la Mujer. *“Los Estados parte condenan toda forma de violencia contra la mujer y convienen en adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas medidas orientadas a prevenir sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente : g)Establecer los mecanismos judiciales administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces...”*

1) Daño Moral “El daño moral es cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, ya sea porque se le ocasionen perjuicios que se traducen en padecimientos físicos, o bien porque de una manera u otra se perturbe la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado.”⁵⁹ El

⁵⁹ Colombo Federico, *Indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y el divorcio.* Referencia, Jurisprudencia Argentina: C. Nac. Civ., sala E, 15/5/1996, - F., B. v. Club Gimnasia y Esgrima).JA 1998-I-síntesis.

cual ha sido establecido como un mandato Constitucional a través del Art. 2 Inc. 3° Cn. "Se establece la Indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral."

2) Daño Psicológico Esta clase de daño está regulado por la Convención Belem Do Pará, Art.2, Convención adoptada por la OEA, el 9 de junio de 1994 Art. 7 Que enuncia: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual".

D). Requisitos del Daño Resarcible.

Para que un daño sea considerado resarcible es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Requisitos del daño
- a) La Certeza del Daño.
 - b) El Daño debe de ser Personal.
 - c) Autonomía del daño
 - d) Indivisibilidad del Daño
 - e) La Subsistencia del Daño.
 - f) Temporalidad del Daño.

a) La certeza del daño.

El daño para que sea resarcible debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético. "Lo anterior equivale al sinónimo del perjuicio ya

producido, como requisito para acordar una acción; suponiendo una existencia real o, al menos la, probabilidad suficiente de una existencia futura. Este requisito es aplicable a las dos clases de daños material y moral según los caracteres del objeto lesionado que puede recaer sobre la persona o algún perjuicio a la salud disminución de la capacidad de trabajo, debilitamiento físico o mental, desfiguración o sobre los derechos inherentes como por ejemplo el honor, la intimidad, palabra hablada, imagen. etc.⁶⁰

b) El daño debe ser Personal.

El carácter personalísimo hace alusión a la inherencia que el daño moral reviste en atención a la persona, y, por ende la acción tendiente a la percepción de la indemnización patrimonial o moral ya que la indemnización cuando quien fue víctima nada reclama en vida no supone que pasa a los herederos pues, sólo éste es quien puede renunciar a la acción o perdonar al dañador. Este carácter es mas personalísimo en el daño moral que en el material por cuanto el dolor en general, la lesión. Es en consecuencia de este razonamiento que se infiere las siguientes aseveraciones, que la acción resarcitoria no puede ser transmitida a terceros por acto entre vivos y tampoco puede ser ejercitada por acreedores.

c. Autonomía del daño.

La autonomía se constituye en el sentido que para el caso del daño moral este es principal y no accesorio ni dependiente de otra clase de daño, en particular, asimismo es un daño exclusivamente humano o del hombre no obstante que en nuestro ámbito normativo la indemnización de daños y

⁶⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. Op. Cit. Pág. 259.

perjuicios es procesalmente una acción que acompaña en primer lugar a la acción de declaratoria judicial de paternidad, el divorcio, la nulidad del matrimonio, y en otras situaciones relativas al menor.

d) Indivisibilidad del Daño.

Se sostiene que el daño es indivisible en el sentido que cada uno padece por entero su sufrimiento, sin que sea admisible una especie de división entre todos los que concurren a reclamarlo. Este requisito es explicado por, *Borda*, citado por Jorge Mosset Iturraspe en su obra *La Responsabilidad por Daños* "Quien sostiene que puede concurrir que demande por daño moral la esposa, concluida la demanda de uno de los hijos a este sigue la demanda de otro hijo, procesalmente esto podría derivar en un aumento desmedido de la indemnización a cargo del obligado." ⁶¹

e. La Subsistencia del Daño.

La doctrina indica que el daño debe subsistir al momento de dictarse la sentencia; ya que nadie puede pretender la reparación de un perjuicio que ya ha sido resarcido. Si es el propio responsable quien ha indemnizado a la víctima después de que ésta ha accionado contra él, y ya los actos procesales van en su curso habitual; suscitándose en derredor de este aspecto cuestiones acerca del quantum reclamable principalmente por cuestión de depreciación monetaria y relativos a la cuantificación y monto de la indemnización.

⁶¹ Apud, *Ibíd.* Pág.198

f. Temporalidad del Daño.

El Daño moral puede ser permanente o transitorio según que la alteración en el estado del espíritu, la modificación gravosa, sea la consecuencia de un hecho que ocurre y desaparece o de un hecho que perdura. Como ejemplos de ello tenemos en el caso de los daños o lesiones en el cuerpo o en la salud como pérdida de la vista, cicatriz, depresiones; tiene mucho que ver con la evaluación del daño moral y con las circunstancias que el juez debe apreciar a través del auxilio prestado por los peritos requeridos por el juez. Es sabido que el tiempo, si no alcanza a borrar los sufrimientos, tiene la virtud de disminuir su intensidad.

E) Causas y efectos del Daño Familiar.

i) Las causas del daño Familiar

Entre las causas que lo originan los daños se enuncian las siguientes:

a) Sociales.

En atención a que en la sociedad salvadoreña y en la familia se alberga un alto grado de violencia a raíz algunas veces del alcoholismo, y sometimiento u obediencia que muestra la víctima en relación al dañador o dañadora, provocando altercados que degeneran en violencia a la que le prosigue el divorcio y algunas veces en daños no sólo en la persona del cónyuge, su integridad sino en los hijos y su desarrollo emocional.

b. Culturales.

En este apartado se ubica como primera causal del daño familiar al grado desmedido del machismo, y al florecimiento del feminismo radical, extremos que provocan en la familia un alto estándar de irresponsabilidad del cónyuge dañador hacia su núcleo familiar, así como el reproche social que experimenta el perjudicado; de igual forma el desconocimiento por parte de las víctimas que sufren daños de que los mismos pueden ser reclamados como una figura autónoma que provoca el derecho de acción, y no sólo alegada como delito en la rama penal; ya que al realizar un sondeo en los diferentes tribunales de familia de la zona oriental y observar las demandas concernientes a casos donde se reclama indemnización de los daños y perjuicios es muy notable el incremento y la frecuencia de la Declaratoria Judicial de Paternidad que se aglutinan en dichos tribunales, y que dependiendo del litigante que patrocine a la víctima así, éstas son acompañadas accesoriamente de la acción indemnizatoria.

ii. Efectos del Daño Familiar.

Los efectos posibles del daño se dan desde dos ámbitos, las consecuencias del daño mismo y las que dimanar de la necesidad de acudir a un procedimiento para su reclamación como una acción tendiente a la reparación. Algunos de los efectos del daño familiar son los siguientes:

- Obligación indemnizatoria para el dañador.
- La necesidad de la víctima sea esta patrimonial o espiritual.
- La desintegración Familiar.
- El desequilibrio Emocional en el núcleo Familiar.

- La intervención necesaria del juzgador.
- La desmejora Patrimonial del Dañador.
- La necesidad de la indemnización ante el daño causado.

F) Parámetros para determinar el daño.

Los parámetros para valorar el daño, son los hitos que sirven al juez de familia para hacer una imparcial valoración y determinación de la indemnización; en la práctica forense los jueces de familia para otorgar la indemnización no poseen normas claras y específicas que les indiquen los puntos que les servirán para determinar la indemnización de igual manera como en los alimentos, donde se incluye según Art. 254 Pr. F. De la proporcionalidad parámetros como: La capacidad económica, necesidad del solicitante, y las obligaciones del cónyuge demandado. Situaciones que en referencia a los daños no fueron legisladas en la ley familiar; y que son un grave obstáculo para el juzgador y los litigantes. La doctrina sin embargo, sí desarrolla los parámetros así lo afirma el autor Gil Barragán Romero en su libro *“Los Elementos del Daño Moral”* donde se expresa que “Se difiere mucho en cuanto a cuales serán los parámetros para valorarlo pero sostiene que el juez debe considerar el hecho generador y sus circunstancias, cual es su importancia, y luego el aspecto subjetivo; para determinar con justicia el monto de la reparación se considera a la gravedad de la falta, y la gravedad objetiva del daño, la personalidad de la víctima, y por fin la personalidad del ofensor, en cuanto pudiere tener influencia sobre la intensidad objetiva del agravio”⁶².

⁶² Barragán Romero Gil, *Los Elementos del Daño Moral* Pág. 114.

Es así que de forma práctica hemos enumerado diferentes parámetros que sí consideró en la normativa Penal. Así mismo la Doctrina Salvadoreña considera para la rama Penal un listado de medidas que por su actualidad y acertada regulación son consideradas como idóneas para que el Juzgador Familiar las integre a la normativa ya existente.

Siendo los siguientes:

- Parámetros {
- a) La Entidad del Daño y El perjuicio causado.
 - b) Las necesidades de la víctima,
 - c) Beneficio por la comisión del delito,
 - d) Edad de la víctima.
 - e) Estado y aptitud laboral de la víctima.⁶³

Considerando únicamente los atinentes a la rama familiar y los que algunos juristas de avanzada ya han previsto y aplicado.

a) Entidad del Daño y el Perjuicio causado.

Para valorar la entidad del daño se desarrollara en el daño moral en atención a la dificultad notoria que ostenta el daño moral; la entidad del daño deberá atenderse a la gravedad objetiva del daño causado para lo cual se requiere de :

1) Pautas para su determinación: Se considera que el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa

⁶³ Alvarenga Vásquez José Salomón, 2000, El Salvador revista N°5. **La Responsabilidad Civil Delictual**, Revista Judicial de Paz Edit. Justicia de Paz, Pag.107.

del espíritu, el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir (en el caso de los niños), por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima que resulta anímicamente muy perjudicial, el dolor, pena, la angustia, la inseguridad por la parte vencida en caso de divorcio y mas aun en el caso de nulidad matrimonial; son solo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. Todo lo anterior son situaciones a ser valoradas por el juez.

2) Elementos Cuantificables.

No basta aquí con una mera invocación genérica de la existencia del daño moral. Es menester que se especifique en que consiste el mismo, cuales son las circunstancias del caso como incidió la persona en el damnificado. Las circunstancias tienen gran significación para la determinación objetiva del daño moral experimentado por el perjudicado, al mismo tiempo para la concreción de una solución equitativa valorándose aspectos como la edad, sexo, condición social, la índole de las lesiones sufridas, el tiempo como factor coadyuvante para agravar el daño (acción de declaratoria Judicial de Paternidad) la gravedad del padecimiento espiritual.

b. La necesidad de la víctima.

La existencia del daño moral ha figurado por largos años en el mundo jurídico sólo como una figura formal y esto se traduce en situaciones marcadamente injustas y desnaturalizantes de la reparación del daño sufrido ya que muchas veces el juzgador por desconocimiento, temor o por preconceptos otorga un quantum indemnizatorio inapto para reparar lo dañado. Pues figura la indemnización como algo simbólico o una burla para

el damnificado y un motivo de enriquecimiento indebido para el responsable que el derecho no puede consentir.

Pues se debe entender la necesidad de la víctima en el caso de acción judicial de paternidad como un emolumento necesario para subsistir con sus hijos, asimismo en caso de la nulidad matrimonial como una forma de resarcir la perturbación que ese acto ilusorio originó en su entorno psicológico y el desmedro que sufrieron sus bienes por los gastos ocasionados a raíz de la supuesta boda; en caso del divorcio ese desequilibrio económico que el dañador causó en la persona de la víctima o víctimas en atención a los ingresos que percibía el núcleo antes del hecho y más cuando uno de los cónyuges dependía del otro económicamente.

c. Estado y aptitud laboral de la víctima.

Este parámetro hace alusión a la condición laboral o profesional del cónyuge que resulta en desventaja en caso de divorcio en razón a la incapacidad o capacidad física, o mental que acarreó el daño; por ello es incapaz de entrar al mercado laboral, así también por la carencia de una profesión por haber dedicado su esfuerzo y potencias únicamente al hogar o por razones subjetivas.

Este parámetro debe ser uno de los principales que debe abordar el juzgador para conceder una cuota indemnizatoria por que de el se deriva la subsistencia del otro, la capacidad que ostenta un cónyuge del otro que paralelamente al considerar que si ambos ostentan cargos de gran percepción de ingresos no hay dificultad alguna para valorar la

indemnización justa pero en caso de existir un desequilibrio de uno de los cónyuges frente al otro debe valorarse la Pensión Compensatoria .

d. Edad de la Víctima.

Este parámetro tiene mucha significancia procesal ya que indica la edad del menor, la edad de los esposos, la duración del matrimonio, permitiéndoles al litigante y el jugador apreciar la cantidad a la que ascendería la indemnización por los daños recibidos, el impacto que estos causaron en la víctima sea esta mayor o menor de edad, indicándole el grado de conocimiento que la víctima ostenta; asimismo el sostenimiento de éste por la vida, la capacidad psicológica con la que podría asimilar lo acaecido; Qué cantidad es la justa a cancelar en concepto de indemnización de daños y perjuicios, si se toma en cuenta el nivel educativo en caso de que las víctimas sean menores. Para el Juzgador es relevante pues, le permite considerar el grado de madurez emocional que posee la víctima así, como el grado de intencionalidad del dañador, siendo éste el factor que le motiva, a otorgar una menor o mayor cantidad en concepto de indemnización.

G. Consecuencias lesivas.

El daño considerado como acto ilícito afecta por vía directa a la víctima y sus consecuencias pueden ser calificados en primer término como de orden:

1. Patrimonial.

Ya que imponen al dañador y responsable la obligación de restituir, reparar o resarcir a la víctima por el hecho cometido y la forma de reparar será dineraria y bajo el importe que designe el

juzgador en sus respectivo fallo y a través del cual este se ve obligado a indemnizar a quien haya sufrido el daño, de la clase que éste sea.

Psicológicas.

Porque también alteran el estado anímico de la persona, perturbando su tranquilidad en multiplicidad de circunstancias. Ello ha determinado a decidir una reparación completa, integrada por el daño patrimonial efectivo y el agravio moral, con la advertencia de que en ciertos casos, el deslinde no es fácil, porque puede existir lo que se denomina daño moral puro y un agravio moral con derivaciones ciertas sobre el patrimonio de la víctima. Las consecuencias psíquicas y las morales se diferencian en primer lugar por el impacto que éstas causan en la persona. ya que el daño psíquico origina un desequilibrio espiritual que genera patologías que afectan al individuo en sus actividades cotidianas, así como el disfrute de la vida; mientras que en el daño moral no necesariamente implica un daño en la psique. Otra diferencia radica en que la indemnización que se reclama por el daño moral procede aún cuando el reclamante ha padecido lesiones leves; en cambio el daño psicológico requiere efectos de caracteres traumáticos en el individuo así también el monto del resarcimiento a condenar por el daño psicológico ocasionado se determina por la gravedad de la lesión que deberá ser probada, y valorada prudencialmente por el juez; y en el daño moral dicha obligación se declara al comprobarse la adecuación del supuesto plasmado en la norma y la realidad, de manera que su monto se determina con base a la capacidad económica del obligado.

3. Físicas.

La reparación del daño físico causado debe ser integral, es decir que debe comprender todos los aspectos relativos a la integridad física del individuo, o dicho de otro modo debe resarcirse las disminuciones sufridas a consecuencia del hecho dañoso y que le impidan desarrollar normalmente todas las actividades que el sujeto realizaba antes del acaecimiento del daño; como también compensar de algún modo las expectativas frustradas.

2.2.9 Teoría sobre la Indemnización del Daño Moral.

A) Teorías Positivas.

En torno a la Indemnización dineraria del Daño Moral oscilan diferentes teorías que la admiten pacíficamente y que basan fundamentalmente a ésta en el valor económico de las cosas y el papel del dinero desde su función como denominador común de los valores. Traducidos luego en un forma de reparabilidad para la víctima.

Esas teorías las constituyen:

A.a) De la Pena o Sanción Ejemplar.

Para un sector minoritario de la doctrina y la jurisprudencia Argentina la reparación del daño moral no constituiría un resarcimiento, sino una verdadera sanción civil mediante la cual se reprobaría de manera ejemplar la falta cometida por el ofensor. "Considerando a los daños que no deben

quedar sin producir consecuencias jurídicas relevantes cuando han sido ejercido con dolo imponiendo el pago de una indemnización a la víctima que no sería resarcitorio si no sancionatorio: una verdadera pena civil”.⁶⁴ “Centrando su atención dicha teoría en el castigo a la conducta dolosa del autor del daño.”⁶⁵ Distinguiendo los autores que se inclinan por esta teoría entre el agravio moral y el daño moral, siendo el primero una especie del género de la lesión intencionada y manifestando que sólo el daño moral es resarcible. Esta doctrina fue descalificada por la Corte Suprema de Justicia Argentina en el fallo de 1985.⁶⁶

A.b) Teoría del Resarcimiento del Daño Moral.

En el derecho moderno es aceptada esta teoría de carácter netamente Resarcitorio que asume la indemnización del Daño moral, ésta propone una solución justa y equitativa, porque pondría con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo por ella experimentado, se distingue con precisión la diferente función que cumple el dinero en la reparación del daño moral y material; No se trata de prostituir el dolor poniéndole un precio, ni de degradar sentimientos sino, de brindar una compensación. En esta teoría se sostiene que todo gira en torno al daño injustamente sufrido por el damnificado que debe ser resarcido, provenga de conductas dolosas, culposas, o riesgosas, la sanción asume un carácter personal.

⁶⁴ Pizarro Ramón Daniel, Op. Cit. Pág.84

⁶⁵ Según Ripert Lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima sino el castigo del autor. no teniendo los daños y los perjuicios un carácter Resarcitorio sino ejemplar.

⁶⁶ Referencia de Jurisprudencia: CSJN.,5/8/86,Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarrileros Argentinos J.A 1986-IV-624.

B. Concepciones Doctrinales Negativas.

Estas definen el daño moral mediante algo tan simple como la contraposición con el daño patrimonial. Este enfrentamiento se lleva a cabo, principalmente, atendiendo al objeto sobre el que recae el daño y la repercusión de dicho daño sobre el patrimonio del afectado. Junto a estas, otra corriente doctrinal se centra en el carácter inadecuado del dinero para compensar este daño. Sin embargo, esta teoría no se sustenta puesto que, aunque el dinero no equivale totalmente al daño o lesión causado, sí lo compensa en parte.

Volviendo a las dos corrientes principales se tiene:

B.1) Atendiendo al objeto del daño moral: Tienen en común la consideración del daño moral como aquel que no es patrimonial o que no lleva, por sí mismo a una pérdida económica. Así no queda afectada la naturaleza de éste daño por la coexistencia de consecuencias tanto patrimoniales como morales.

B.2) Atendiendo a la falta de repercusión sobre el patrimonio: Se considera que el daño moral es aquel que no recae sobre el patrimonio, se centran exclusivamente en la repercusión del daño y no en su naturaleza. Esto es criticable puesto que de aquí se deduciría que cualquier acción que recaiga sobre un bien moral, pero también tenga consecuencias en el patrimonio, será considerado como un daño patrimonial aunque su naturaleza sea moral; lo que se considera en doctrina que podría llegar al extremo de que ningún daño según esta teoría, sea moral. Por ejemplo un

daño a bienes jurídicos no patrimoniales como el honor o la vida por tener consecuencias sobre el patrimonio no son considerados bienes morales. Esto es lo que se denomina “*prejuicio patrimonialista*” y a esto se llega porque no se parte del daño en sí mismo sino de su repercusión en el patrimonio o en la esfera personal o familiar de la víctima. A estas dos doctrinas expuestas, no obstante se les critica, según autores como Rafael García, el que intenten homogeneizar dos conceptos que no tienen una misma naturaleza como son el daño patrimonial y el no patrimonial.

C. Teoría mixta.

El daño en general es, según esta teoría, la lesión de un bien jurídico tutelado por el derecho. Por lo que se debe atender a la naturaleza del bien lesionado pero también a los efectos que se deriven de dicha lesión que normalmente se concretarán en el menoscabo del bien jurídico dañado.

2.2.10 Presupuestos de la Indemnización de Daños y Perjuicios.

En este apartado se enunciarán las ideas principales en cuanto a los factores de atribución de responsabilidad a un sujeto por un hecho dañoso, en todo lo relacionado a la indemnización por daños y perjuicios extracontractuales por ser la regla general en materia de familia, sin analizar otros casos de responsabilidad en sentido genérico como la causada por objetos o animales, etc. Haciendo notar que no se profundizará en detalle respecto de cada uno de los presupuestos, ya que tal estudio excede los límites de este trabajo.

A) El Hecho Dañoso.

Se entiende por hecho dañoso toda acción u omisión atribuible a un sujeto que le hará responsable. Este elemento determina la imputabilidad del sujeto. En el hecho dañoso se tiene en cuenta la antijuricidad y la voluntariedad; ya que una acción sin voluntad no hace responsable a un sujeto penalmente, pero civilmente lo es. Si el daño no lo produce un sujeto, no hay responsabilidad. Es decir, el daño tiene que derivar de un comportamiento humano. En cuanto a las acciones, son consideradas una modificación de la realidad llevada a cabo por una persona. Por ello no plantean problemas a la hora de probar un daño, por ejemplo, una madre o padre que alegando hechos falsos pretenda obtener alimentos para sus hijos. En cambio no todas las omisiones pueden probar un daño. Hay un aspecto que no plantea dudas, en la medida en que exista un deber de actuar, la omisión generará responsabilidad, lo que en doctrina se conoce como omisión simple. La idea básica es que existe responsabilidad si la omisión se produce por incumplir una actividad, y si esta omisión es intencionada. A diferencia de las acciones, en el ámbito de las omisiones el comportamiento negativo es el causante del daño. En las omisiones, se valora conjuntamente la causa y la culpa o negligencia, de modo que si no hay negligencia no se entiende que la omisión sea la causante del daño.

a. El daño: Para que exista obligación de resarcir tiene que haberse producido un daño, o lesión de intereses jurídicamente relevantes.

B. Relación de Causalidad.

Es un nexo entre el hecho dañoso y el daño. Es decir, relaciona el comportamiento y el daño. Siendo normal que un comportamiento es el causante del daño. Entre la acción u omisión del sujeto interviniente o causante del ilícito, es necesario un nexo de causalidad, que sirve para atribuir al agente las consecuencias dañosas de su acción y para determinar la cuantía de los daños indemnizables, de modo que no podrán alcanzar el pretendido resarcimiento aquéllos que no sean necesarios del acto en sí.

a. La interrupción del nexo causal. Existen casos en que el supuesto ilícito se torna legítimo, ya que en campo de la causalidad aparecen ciertos factores que interrumpen el nexo entre acción u omisión y resultado, de modo que la responsabilidad acaba desapareciendo. Son los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, la intervención de un tercero y la del propio perjudicado. Vamos a tratar, de manera sucinta los temas de pluralidad de causantes y concurrencia de culpas.

1. Caso fortuito

Es aquel suceso no imputable al sujeto, imprevisible o previsto pero inevitable que determina la causación de un daño. Por lo tanto para el caso fortuito según la doctrina debe concurrir: Que se trate de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del agente causante y, por ende, no imputable a él: Que el acontecimiento sea imprevisible, o bien previsto pero inevitable; y finalmente que entre el acontecimiento y el subsiguiente evento

dañoso exista una relación de causalidad, sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente.

2. La fuerza mayor

Es el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que eran de esperar. Generalmente se le atribuye esta cualidad a los acontecimientos naturales de los que se desprende un daño, y que la fuerza del hombre no es capaz de evitar. Pero se ha negado esta característica a los fenómenos físicos habituales en la zona en que se trate y de intensidad media. La fuerza mayor ha de ser probada para que pueda ser apreciada, en materia de daños familiares no obstante, su aplicación podría ser escasa dadas las características propias de este tipo de acontecimiento.

3. La culpa exclusiva de la víctima

Cuando entre el actuar del agente y el resultado dañoso que el mismo hubiese ocasionado, se interpone la actuación culposa de la propia víctima, se provoca una ruptura del nexo causal que hace responsable a la propia víctima por su colaboración en los daños. Por ello, cuando la culpa del perjudicado es de tal entidad como para hacer pasar inadvertida la conducta inicial del agente, se le exonera por completo de los resultados dañosos del hecho en cuestión. Los requisitos son: Que haya culpa de la víctima; que ésta sea exclusiva y excluyente, es decir, que el agente no hubiera concurrido en

negligencia alguna; que haya efectuado una maniobra de evasión por evitar o aminorar el daño; además quien la alegue debe probarla.

4. La concurrencia de la culpa del perjudicado

Si la culpa del perjudicado no reviste suficiente entidad o se trata de un riesgo creado por el propio agente, la responsabilidad de éste no se anula, y se mantiene el deber que sobre él recae de resarcir el daño causado, si bien la concurrencia de ambas conductas culposas (agente y víctima) ha determinado a los jueces a buscar una solución equitativa, moderando las consecuencias resarcitorias. La compensación por culpas implica la existencia de dos conductas culposas (agente y víctima) que son concausas de un mismo daño. Esta interferencia de la relación de causalidad es apreciable tanto en la órbita de la responsabilidad contractual como en la extracontractual. La concurrencia de culpas puede dar lugar a: La absorción de la culpa de la víctima por la del agente, dada la magnitud de ésta, también a lo contrario, es decir, la absorción de la culpa del agente por la de la víctima, en atención a la importancia de ésta; o por considerar que ambas situaciones son equivalentes, moderación o reducción de la indemnización reclamada.

Por otro lado, no cabe concurrencia de culpas cuando se trata de dos clases de culpas o responsabilidades. Si el perjudicado es un menor de escasa edad o una persona que adolece de enfermedad mental, no se les puede hacer culpable de sus propios daños. En el supuesto de que la conducta de la víctima sea dolosa, el agente no debe responder del resultado dañoso, ni aunque haya habido por su parte omisión de la diligencia que le era exigible

C. La Imputación Objetiva.

Viene dada por una serie de criterios jurídicos que sirven para determinar cuales de entre las consecuencias derivadas de la conducta del responsable, han de ser puestas a su cargo. Para limitar objetivamente la obligación de indemnizar.

a. La Imputación Subjetiva: Una vez probado el daño, una vez acreditada la relación de causalidad y acreditada la imputación objetiva del daño al comportamiento de ese sujeto, hace falta que exista un título de imputación subjetiva por el cual hacemos responsable a un sujeto del daño que ha causado. Estos criterios son: La culpa y el dolo. Si no hay culpa ni dolo, no hay responsabilidad. A una persona sin estos criterios, no puede atribuírsele una indemnización por daños.

D. La antijuricidad y las Causas que la Justifican.

El acto dañoso, para que sea susceptible de generar un resarcimiento, es preciso que sea antijurídico, es decir, contrario a derecho. Pero en el terreno privado no resulta muy pacífica la delimitación de los contornos de esta figura. Su noción oscila entre un concepto objetivista que supone la violación de una norma jurídica primaria que protege el bien o derecho subjetivo lesionado. O un concepto subjetivista, que se entiende que la conducta es dolosa o negligente, es decir, por la concreción de una voluntad rebelde al cumplimiento de una norma.

La doctrina se inclina hacia el concepto objetivo y se sostiene que el acto dañoso ha de ser imputable a título de negligencia al agente y además tomando en cuenta la nota de antijuridicidad consiguiente a la vulneración de una norma. En el derecho civil, por regla general, lo contrario a derecho no consiste solamente en la violación de normas imperativas, sino también en la contravención del principio de *alterum non ledere*, es decir, la obligación de comportarse frente a tercero con la diligencia exigible para no causar perjuicios su ámbito personal o patrimonial. Autores como Díez Picazo reconocen incluso que el ejercicio de nuestro propio derecho puede causar un daño resarcible, si se ha ejercitado de modo anormal o excesivo. Cabe también hacer mención a aquellas circunstancias que desvirtúan el elemento de la responsabilidad, tales como la actuación en el ejercicio de un derecho subjetivo, la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento del ofendido, entre otros. Quien actúen ejercitando un derecho preestablecido a su favor, está exento del deber de indemnizar el daño que cause, salvo que el ejercicio del mismo deba reputarse abusivo, como por ejemplo la inmoralidad o antisocialidad de la conducta de un padre o madre hacia sus hijos, manifestada de forma subjetiva, cuando la actuación de éstos obedezca al deseo de producir un perjuicio a sus hijos sin obtener beneficio propio, o sin un fin serio o legítimo; o de forma objetiva, cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

La legítima defensa no está recogida en la normativa civil como causa de exclusión de la responsabilidad; cabe preguntarse si se deben aplicar los lineamientos que en materia penal se regulan al respecto que extiende la

eximente al que obre en defensa de la persona o de derechos propios o ajenos siempre que concurren estos requisitos:

- Agresión ilegítima. En caso de ataque a bienes que los ponga en grave peligro o pérdida inminentes.
- En caso de defensa de la morada, la entrada indebida.
- Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

Así mismo en la rama penal se regulan situaciones de El Art. 27 CP sostiene que la exención de responsabilidad, entre los que se mencionan: Alteración psíquica, intoxicación, estado de necesidad, miedo insuperable, entre otras. Es de hacer notar que el tratamiento del estado de necesidad es diferente por cuanto la ley penal hace desaparecer en quien obra impulsado por él las consecuencias punitivas de su acción, pero no las de responsabilidad civil.

Díez Picazo, entiende que aquí sólo nace un derecho del perjudicado frente al beneficiado por la acción del agente, pero no puede reputarse como responsabilidad civil "*stricto sensu*", sino como una acción de enriquecimiento que trata de restablecer el equilibrio patrimonial. Esta acción persigue, pues, no la reparación del daño, sino la restitución en la medida en que el demandado se haya enriquecido (en proporción al perjuicio que se le haya evitado). La antijuridicidad de la conducta también se excluye cuando la víctima ha consentido la producción del daño. El consentimiento del

ofendido opera plenamente cuando el daño afecta a bienes materiales, pero no cuando se lesiona la vida, la integridad física, o cualquier derecho indisponible, como son los derechos personalísimos. En el caso de menores de edad e incapaces, no pueden disponer de éstos bienes, o también en el caso de no estar legitimados para ello, por ejemplo en una omisión de reconocimiento voluntario, donde un menor manifiesta no haber sufrido agravio por tal conducta, una vez comprobada la supuesta paternidad o maternidad en su caso, no podría operar en ningún momento, la afirmación del menor, como un excluyente de responsabilidad a favor del demandado.

1 .El caso de la llamada Piedad Filial.

En cierto sector de la doctrina y derecho comparado al referirse al daño ocasionado por el no reconocimiento voluntario de hijo establece limitaciones en su aplicación y así dice: Art. 1686 (Proyecto de reforma del Código Civil Argentino de 1998) *"Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave : a- Si el daño , en los casos en que no está justificado , se produce en el ámbito de las relaciones de familia"*. Por su lado, en el Art. 1589 en su Lit. d) Se dispone que el daño está justificado: *"En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar , de la solidaridad entre sus miembros, y en su caso, de la piedad filial."*

Se considera no obstante, que la justificación del daño coloca a los sujetos de derecho involucrados en el ilícito familiar en una situación de vulnerabilidad, atento que se deja librado al juez de acuerdo a su saber y

entender justificar o no, conductas que se producen en el seno de una familia, generadoras de actos y hechos jurídicos, además es de hacer notar que la sensibilidad del tema planteado se enmarca en una realidad que excede el marco jurídico, y si bien la reparación económica no es una solución feliz ante este tipo de conflictos, atento que sería más interesante poner énfasis en las medidas preventivas, el derecho no puede estar ajeno a estos fenómenos y desamparar a la víctima basándose en argumentos que carecen de solidez jurídica y ética. Como se puede contemplar una piedad filial del progenitor irresponsable que no la tuvo para con su propio hijo en la medida en que este requirió de su cuidado y protección, no puede comprenderse en el término de piedad.

La piedad se considera un pedido de perdón de un ofendido, en el caso, solo el niño puede por sí valorar tal situación, y es aquí donde éste se halla nuevamente en situación desigual y desventajosa, ya que si bien es un sujeto pleno de derechos, lo es en formación. Así el concepto de piedad filial se encuentra ciertamente en contraposición con los derechos de la víctima toda vez que la subjetividad en la aplicación del mismo generaría un término paradigmático sin solución dentro del marco de una verdad jurídica objetiva. No por ello se considera que puedan existir otras causas de justificación, pero la valoración de las mismas no podría establecerse como regla general bajo la idea de piedad, término mas apropiado para un proceso ético que para una acción judicial en un proceso por daños.

E .La culpabilidad

El grado de intencionalidad mostrado por el agente en la producción del daño puede tener varias intensidades. La diferencia se concreta en la intención que persiga el sujeto activo. Esta variedad que en materia contractual aparece bien detallada en el cumplimiento de las obligaciones, se muestra confusa en los casos de responsabilidad extracontractual, donde se contraponen la culpa a la negligencia como conceptos antagónicos. La doctrina ha sentado la distinción entre culpa o negligencia consciente o inconsciente. La culpa consciente o culpabilidad opera cuando aún reconociendo que la propia conducta puede producir un resultado dañoso, el agente tiene esperanzas de que en éstas circunstancias el resultado no se vaya a producir. Y la culpa inconsciente es la que no se reconoce la posibilidad del resultado por ignorar el agente el supuesto de hecho legal, pudiendo evitar la infracción mediante la diligencia debida.

a. El dolo

El dolo en el derecho de daños es aquella conducta en la que el sujeto ejecuta su acción dañosa con conciencia y voluntad, sabedor que la misma ocasionará un resultado no querido por el Ordenamiento Jurídico. El dolo civil es la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, aunque sea el que impide causar a otro y que se basa, no como el penal en la intención de dañar, sino en la de quebrar la norma equivalente a la mala fe.

b. La culpa

La culpa o negligencia supone un actuar descuidado, ocasionante de un daño no querido ni buscado por el agente, siendo necesario para que surja

cualquier tipo de responsabilidad, que el resultado dañoso sea previsible, mediando un grado de previsibilidad desde la perspectiva del hombre medio diligente y cuidadoso (el buen padre de familia). Se trata de un grado de diligencia racional y de ordinaria, que debe acompañar todos los actos de los cuales puedan derivarse daños hacia la sociedad, y ponerla en relación con el ámbito donde se desarrolle dicha actividad y con las personas y épocas donde se lleve a cabo.

2.2.11 Acción de Indemnización de Daños y Perjuicios.

A) Legitimación Activa.

Se considera que la obligación de reparar el daño causado existe, no sólo respecto de aquel a quien perjudica el agravio directamente, sino respecto de toda persona, que por el hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta. En el ámbito del incumplimiento de las obligaciones el titular de la acción resarcitoria es exclusivamente el acreedor, quedando excluidos los terceros que puedan haber resultado dañados por la conducta del agresor. Como regla general puede señalarse que teniendo la acción resarcitoria un valor económico ella se transmite a los herederos del titular originario, la víctima del daño, siempre, claro está, que hubiera integrado su patrimonio. Si no lo integra no puede pasar a herederos del causante.

Por excepción el derecho y la acción resarcitoria no se transmiten a los herederos cuando una disposición expresa de la ley así lo dispone. El problema surge en cuanto a los daños morales, la cual no será transmisible contra los herederos sino cuando hubiese sido entablada la acción de indemnización por daños y perjuicios, por el difunto; ya que se considera que

el daño moral es personal, por que el dolor o la lesión a las afecciones legítimas es, por su propia naturaleza, algo inherente a la persona misma.

Por otra parte en cuanto a la .la responsabilidad civil entre padres e hijos por incumplimiento de los deberes y derechos, se considera que debe admitirse la procedencia de la acción por daño moral y/o material al niño contra el progenitor que viole el derecho subjetivo derivado del derecho/función de la autoridad de los padres, como cuidado, educación alimentación y protección integral; así mismo debe establecerse que el sujeto legitimado para ejercer la acción resarcitoria por daños es el niño, representado por uno de sus padres , un tutor especial , un familiar u otra persona de su confianza; lo que fundamenta en el hecho de que el progenitor de un niño que no cumpla con los derechos función de la autoridad parental, vulnerando la colaboración para la protección integral y cuidado del niño que convive con el otro progenitor incurre en conducta ilícita, y ésta genera un daño moral y material resarcible al otro progenitor que ostenta la guarda del hijo en común facultándolo como legitimado activo y por derecho propio a promover la acción resarcitoria, teniendo en cuenta la aflicción y descompensación que éste sufre por la omisión de los deberes y funciones que corresponden al otro progenitor .

B) Legitimación Pasiva

Será demandado el autor del hecho o sea el titular de la conducta o comportamiento dañoso, en materia de responsabilidad civil en general se considera que los herederos o sucesores universales del dañador

continúan la persona del difunto, es decir, que contra ellos puede deducirse la acción de resarcimiento del daño, en otras palabras la indemnización en dinero no satisfecha por el causante podrá ser reclamada a sus herederos por tratarse de un dar cantidades de cosas fungibles y transmisibles. Es importante hacer esta aclaración debido a que en los daños familiares surgen importantes excepciones a esta regla, a tal efecto un sector de la doctrina salvadoreña considera, en cuanto al caso específico de la acción de paternidad como una obligación eminentemente personal, se puede decir que personalísima, asimilándola a los derechos de esa misma categoría. Es intuitu personae⁶⁷. Por lo tanto, no puede generar el derecho al hijo o a la madre, de hacer cumplir esa obligación a los herederos del padre, como si fuera una deuda hereditaria. Cuando la obligación nacida del daño moral causado, no es una obligación contraída en vida por el padre.

Además se considera que tal obligación no es transferible, pues por su carácter eminentemente personalísimo correspondería cumplirla exclusivamente al supuesto padre. Diferente sería el caso si en vida el padre hubiera sido condenado al reconocimiento y al pago de la indemnización por el daño moral causado y después falleciera. En ese supuesto ya había adquirido una obligación y por lo tanto es transmisible a sus herederos por considerarse ésta como una verdadera deuda hereditaria. (Tal como establece el Art. 1235 C. Inc. 1º. "Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.")

⁶⁷ Es decir "Por razón de la persona o en consideración a ella. se refiere a las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenerse estrictamente a derecho o a razón, sino al respeto que alguien merece"

De igual forma se considera el caso de la indemnización por daños morales a consecuencia de la nulidad del matrimonio donde lo que el legislador ha querido es compensar el daño que el contrayente de buena fe ha sufrido y trata, de esa manera, de paliar el perjuicio ocasionado, tanto en el aspecto material como en el moral. Se cita el ejemplo del contrayente que se casó estando ya casado con anterioridad, por lo que la última unión es absolutamente nula, según el mismo Código de Familia (Arts. 14 No. 2º y 90 No. 4º C. Fam.). Es de hacer notar que el Art. 97 del Código de Familia, no dice absolutamente nada con relación a los herederos del cónyuge culpable, que es el acreedor a la condena en los daños materiales y morales. Esto es así, por que ese daño fue causado en forma personal y no podría trasladarse una vez muerto el cónyuge culpable, esa obligación a sus herederos. Tampoco se menciona que esa acción de nulidad pueda intentarse contra la sucesión, como ocurre en el caso del Inc.1º del Art. 150 C. Fam. cuando se trata de la acción de paternidad.

2.2.12 Medición del Daño en Términos de Valor.

A) Extensión del Daño en Términos de Valor.

Múltiples y variados son los argumentos que concurren en defensa de la imposición de topes a la obligación de indemnizar. Calificados autores se pronuncian desde la filosofía, la lógica, la economía, -y desde la misma ciencia del derecho por supuesto-, para justificar la limitación cuantitativa de la indemnización, Así, es menester señalar que en la doctrina existe una llamativa fuerza de coherencia entre la limitación cuantitativa y el factor de

atribución objetivo. Sin embargo, en algunos casos la indemnización se pretende no como el resarcimiento de un daño, sino como fuente de enriquecimiento; o una prueba de ingeniosidad en la que el verdaderamente responsable trata de eludir su obligación resarcitoria mediante argucias.

La reparación del daño, en todo caso ha de ser efectiva, es decir, siendo real y verdadera ya que, no sería admisible una reparación que sólo tuviera en cuenta, por ejemplo en el caso de un daño patrimonial el valor del bien afectado, omitiendo el momento del pago, el valor adquisitivo y de afección o su posible depreciación. Si se siguiera un criterio puramente nominalista, no se produciría un resarcimiento total en el perjudicado, que sufriría un detrimento patrimonial que no estaría obligado a soportar. Siendo así que, un aspecto principal para hallar la reparación efectiva es, consecuentemente, concretar la indemnización con base en el valor o derecho lesionado; aunque conviene tener en cuenta su diversa naturaleza, siendo aconsejable diferenciar entre un bien patrimonial y no patrimonial y, dentro de los primeros, integrar en la reparación tanto el daño emergente como el lucro cesante.

En cuanto a los daños patrimoniales los criterios legales de valoración despliegan su mayor efectividad, y es donde, en principio, existe una posibilidad inferior de menos problemas jurídicos, al momento de cuantificar el monto de la indemnización, en este caso la prueba de la cuantía del daño o, al menos, la determinación de las bases o criterios necesarios para fijarla es decisiva. Los daños extramatrimoniales en cambio presentan características propias que han generado serios debates en cuanto a la extensión de la indemnización de los mismos.

En doctrina, hay variadas tendencias respecto al tema entre las cuales, algunas enuncian que no hay ningún valor comercial, ninguna equivalencia real entre el bien damnificado y el dinero. Por eso, todos los juicios relativos a una reparación moral son, de una manera u otra, arbitrarios. Además, se agrega la contradicción de que mientras en la actualidad, el acto del autor del daño no es un presupuesto de valoración para la reparación moral, la doctrina dominante continúa colocándolo, en teoría, en la primera categoría de los elementos de cálculo de la reparación. Cuanto más grave es el acto de la persona responsable, tanto más elevada será la reparación moral.

Cabe entonces preguntarse ¿Por qué el estudio de la medición del daño moral ha preferido la valuación cuantitativa? La respuesta en doctrina, propone que las cantidades definen la situación del objeto en el espacio, lo que proporciona al sujeto la sensación de seguridad del conocimiento. Por eso, todo lo que se puede medir y contar parece casi siempre más verdadero que aquello afirmado a través de otras descripciones.

Lo cierto es que con eminente matiz cuantitativo, son fijados graduaciones para la valuación del llamado "quantum doloris" sin pretender hacer una medición equiparada a una escala milimétrica. Se trata de dar una estimativa, consiguiendo una idea aproximada de la importancia del quantum doloris. Se podría llegar a pensar que la suma es caprichosa, pero no es así, se considera a ésta como ajustada a las necesidades de establecer el llamado precio del consuelo. Como bien lo reseña el autor Daniel Pizarro "Se ha sostenido que la suma dineraria que se atribuye al damnificado tiene por finalidad realizar la función de contribuir a la adquisición de sensaciones placenteras o de otros bienes morales, aunque no necesariamente con la

exigencia de que estos sean aptos para anular o hacer desaparecer las consecuencias dolorosas que el acto ilícito ha ocasionado y que sustentan el daño moral⁶⁸.

Teniendo en cuenta las expectativas promedio en nuestra sociedad una justa indemnización puede dotar al ofendido de una reserva dineraria de respaldo para futuras necesidades, o proveerlo de un vehículo mediano o contribuir a la compra de una vivienda; alternativas todas ellas que de conjunto, separada o alternativamente condensan aspiraciones medias generalizadas para el damnificado.

B) Reparación Integral del Daño.

Gran parte de la doctrina, como en el caso de España, es unánime al afirmar, que dado que la reparación de los daños materiales y morales encuentra su fundamento último en el principio de la «reparación integral del daño» que es el objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual, es en orden a esta pretensión de integridad que el juzgador ha de situarse en el lugar de cada víctima, analizando todas las circunstancias de su vida pasada. Este hecho explica, además, la tendencia a descubrir nuevos tipos de daños justificativos de indemnizaciones especiales, así el llamado «perjuicio social», el denominado «perjuicio juvenil» o el daño a la «capacidad matrimonial».

En cuanto al fin último de la reparación del daño extrapatrimonial se considera que es la satisfacción, en este sentido LASARTE señala que «Sólo el

⁶⁸ Pizarro, Ramón Daniel. Op. Cit. Pág. 344

daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables»⁶⁹. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 7 de febrero de 1962 donde expresa «El dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral».

Tal tesis defendida por la doctrina y la jurisprudencia española, no es sostenida de igual modo por otros sectores que a pesar de reconocer la autoridad de las opiniones expuestas señala, que la tesis enunciada no se muestra siempre adecuada para explicar la verdadera realidad y complejidad del fenómeno. Estimando que la satisfacción no podrá nunca o, al menos, en la mayoría de los casos, no sólo equipararse al daño sufrido, sino que ni siquiera podrá acercarse a una especie de contraprestación, o a un restablecimiento del equilibrio que el hecho ilícito ha roto.

Se señala que para alejar el peligro de una extrema subjetivización en cuanto a la satisfacción del daño se puede avanzar en la idea, de que para realizar la determinación de la cuantía constitutiva de la indemnización por daño no patrimonial, el juez no ha de tener en consideración el dolor

⁶⁹ Lasarte Álvarez, C., (1993) Principios de Derecho civil. Derechos de Obligaciones, tomo I-II Trivium, Madrid, Págs.340 y 341

soportado específicamente por la víctima, sino más bien el que sufrirían la mayoría de los individuos en una situación análoga. Se trata de un intento de objetivación de la liquidación de las consecuencias dañosas no patrimoniales. Al respecto y en orden a establecer una mayor justicia y una mayor igualdad entre las víctimas de daños corporales y morales, en la doctrina se sostiene que en los supuestos de daños no patrimoniales, el establecimiento de parámetros indemnizatorios oficiales garantizarían un tratamiento de igualdad en casos objetivamente equiparables, eliminando la arbitrariedad que supone el dejar la fijación de la cuantía indemnizatoria al criterio de cada juez en un terreno especialmente apto para que cada individuo deje entrever sus propias convicciones y sentimientos. Así mismo, se puede afirmar que aunque se remita al poder discrecional del juzgador de instancia, la liquidación del resarcimiento debe respetar algunos criterios de principio, estando relacionada con la gravedad del hecho, con la intensidad del dolor o aflicción de ánimo infligida a la víctima.

2. 2. 13. Prescripción de la Acción de Indemnización de Daños y Perjuicios.

La prescripción de la acción de indemnización, doctrinariamente se ha dispuesto que esta acción debe ejercerse en el plazo ordinario de 30 años según fallo otorgado por un Tribunal de Sena, en el año de 1955⁷⁰ La doctrina salvadoreña en cuanto a este apartado ha sostenido que para las acciones a título de daño según el Art. 2083 C.C. le prescribe tres años contados a partir de su cumplimiento desde la perpetración del hecho.

⁷⁰ Barbero Omar, Op. Cit. Pág.159.

Mientras que en la legislación familiar no existe apartado alguno respecto a la prescripción, esta regla civil, sin duda tiene excepciones en materia de familia, especialmente en lo que respecta al derecho de exigir la declaratoria judicial de paternidad, cuando ésta no sea reconocida voluntariamente o no se presuma legalmente, ya que en este caso el daño moral es una sanción impuesta al padre que, por no reconocer voluntariamente al hijo, obliga a éste seguir el juicio de reconocimiento, con el consecuente daño causado por su negativa. No podría aplicar la regla general de prescripción, porque el derecho de todo hijo de conocer quienes son sus progenitores no está limitado por ningún tipo de prescripción, por ser un derecho fundamental, e irrenunciable según el Art. 5 C Fam.

2. 2. 14. La Prueba del Daño.

A Necesidad de probar el daño.

En cuanto a la necesidad de probar los daños doctrinariamente éste en su vertiente material debe probarse a través de los diferentes medios de prueba como lo establece la ley en el artículo 51 de Pr. F. Donde se instituye admisibilidad de todos los medios de prueba reconocidos por el derecho común, entre ellos la prueba documental y científica, aunada a las que por la supletoriedad civil Art. 218. Pr. F.

En lo que a la prueba del daño material respecta no hay dificultad alguna pero en cuanto al daño moral nada se ha legislado en la ley común y familiar, estableciéndose una disparidad de criterios ya que genéricamente y según la doctrina algunos consideran que en la responsabilidad civil extracontractual pacíficamente se reconoce la procedencia de éste sin exigir

que se haya demostrado su existencia, por que el sólo quebrantamiento de la obligación genérica de no dañar a una persona implica para el perjudicado la notoria afección a sus sentimientos; es así que el daño moral se tiene como acreditado *in re ipsa*. Es decir que surge inmediatamente de los hechos y por consiguiente, resulta innecesario probar su existencia a través de cualquier medio; pues una lesión a los sentimientos del afectado no es susceptible de una demostración, debido a que los hechos existen a la luz de la razón y de lógica⁷¹ Correspondiendo la prueba en contrario al dañador.⁷²

Este criterio es respaldado por Hugo Alsina quien también sostiene que es al actor quien incumbe la prueba de los hechos constitutivos del derecho que invoca la demanda; asimismo en la doctrina salvadoreña se ha considerado que “La prueba del monto del daño le corresponde a quien solicita indemnización de perjuicios, por los daños sufridos a consecuencia de un hecho ilícito, debe acreditar con toda claridad el verdadero monto del daño.”⁷³ Es así que en los procesos de investigación de paternidad, no se requiere prueba alguna concreta para precisar la ocurrencia del daño moral, porque por su propia índole queda establecido el daño que se le ocasiona al hijo por la negativa del padre para reconocerlo espontáneamente.

En consecuencia, con las afirmaciones vertidas, se estima que es al damnificado que pide el resarcimiento a quien le corresponde probar la existencia del daño y la cuantía del mismo. Si se tiene la certeza de la existencia del daño por medio de la prueba y no se ha establecido el monto

⁷¹ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, in re A.,L. E.c. L.H.,C. A.,S/Alimentos y otros.

⁷² Pizarro, Ramón Daniel, Op. Cit. _Pág.465.

⁷³ Alvarenga, José Salomón Op. Cit. Pag.106.

por una prueba directa, corresponde al prudente criterio del juez la fijación del mismo. Este criterio doctrinario es aceptado por los juristas de la zona oriental que se fundamentan en el mandato del Art. 56 Pr.F. En el se indica que las pruebas serán apreciadas por el juez según las reglas de la sana crítica. Consideran que el daño moral no requiere de prueba, pues se presume, de tal forma que únicamente debe establecerse el supuesto hipotético de la norma para el reconocimiento de su existencia, no siendo necesario probar el daño en sí: El daño moral se determina con la sola colisión del acto antijurídico; lo que coincide con la doctrina que establece Ramón Daniel Pizarro denominada "*La valoración del daño en base a criterios puramente subjetivos del juzgador*" que consiste en "Dejar a la libre determinación y criterio puramente subjetivo y discrecional del juzgador y es a él que le corresponde computar las circunstancias del caso concreto para determinar si existe o no daño moral así mismo el monto indemnizatorio".⁷⁴

Teoría que es atentatoria a un sistema de reparación equitativo seguro y justo con la única salvedad que si el juzgador utiliza las reglas de la sana crítica esto le permitirá valorar desde un criterio objetivo las pruebas. Se considera que por la índole espiritual y subjetiva del menoscabo que suele no producirse siempre una prueba directa sobre el perjuicio padecido; aunque el medio de prueba idóneo para el daño moral es: La prueba presuncional porque es aquí donde se encuentra la prueba indirecta y *las presunciones hominis* y que es por vías indirectas que se puede demostrar la existencia del perjuicio.⁷⁵

⁷⁴ Pizarro Ramon Daniel Op. Cit. Pág.280.

⁷⁵ Ibid Pág..468.

Es por ello que en doctrina se considera que el daño Moral no requiere prueba, según lo considera Ana A. Henríquez de Rodríguez, solamente “Se deben acreditar, para que proceda su reclamo los hechos generadores idóneos para producirlo” ⁷⁶; esto en realidad parece violatorio del Art.11 de la constitución que establece que nadie puede ser privado de sus derechos o de sus bienes si antes haber sido oído y vencido en juicio, lo que implica la obligación de probar la existencia y entidad del daño moral. tesis apoyada por algunos litigantes de la zona oriental cuando consideran oportuno solicitar la indemnización de los daños y los perjuicios para favorecer a su patrocinado, estos ofrecen al Juzgador una variedad medios probatorios que van desde la prueba instrumental, testimonial y hasta la pericial y científica como lo son la prueba del ADN y estudios psicológicos que aportaran certeza al juzgador le demostraran de mejor manera el hecho acaecido y la entidad del perjuicio en la víctima.

B) Carácter de la Sentencia que acoge el Daño.

La sentencia que prescribe la indemnización es de carácter Declarativo pues *declara la* existencia de un derecho a la reparación, generado desde el momento en que se produjo el daño.

El daño que debe indemnizarse es el que subsiste en el momento de dictarse la sentencia; Para determinar la existencia del daño en sus exacta medida y valuarlo, deberá fijarse la indemnización al día que se dicte la

⁷⁶ Henríquez de Rodríguez, Ana Araceli, *Cuaderno de la Sala CSJ*, Publicación Trimestral de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Año I N° 1, Abril – Junio 2004, Edit. Secc. de Publicaciones de la CSJ.

sentencia, siendo estimable al tiempo de su pronunciamiento, la depreciación monetaria y del valor adquisitivo de la moneda.

Otra situación estimables es por ejemplo, Un daño de carácter corporal causado por uno cónyuges en perjuicio del otro, causando en la víctima tal impacto que ésta recibe el beneficio de un seguro por accidentes personales, lo cual disminuye la repercusión patrimonial de las consecuencias daño ocasionado a la víctima. No obstante, que en el patrimonio de la víctima han disminuido las consecuencias lesivas, esto no implica reducir la cantidad a la que pueda ascender la indemnización, que se establecerá en la sentencia. La doctrina francesa sostiene que si la víctima del daño mejorara de su traumatismo, el dañador responsable carece de toda acción de revisión posterior a la sentencia que fijó el monto indemnizatorio; pero en caso de agravación del perjuicio se decide generalmente que la víctima puede obtener un suplemento de indemnización, a la que se puede acceder por medio una revisión de la sentencia. La doctrina Argentina hace prevalecer la estabilidad de las decisiones judiciales buscando así que la indemnización quede concluida definitivamente en un solo acto o juicio.

Los tribunales Argentinos tienen declarado que: “El damnificado no tiene un derecho a la reparación del daño moral anterior a la sentencia que ésta se limita a declarar, sino que su derecho nace de una sentencia que es constitutiva y que sólo se dicta si el juez, según su criterio, encuentra en los antecedentes de la causa motivos que lo hagan merecedor de tal

reparación.”⁷⁷ Lo cual es criticable según el autor Mosset Iturraspe al establecer que la víctima ya tiene adquirido un derecho al resarcimiento, o compensación de los perjuicios, a partir del hecho perjudicial, por lo tanto la sentencia no crea el derecho de la víctima a la indemnización, sino que “Arroja luz sobre el mismo, lo concreta y fija su cuantía: Siendo, en síntesis una sentencia declarativa”.⁷⁸

2.2.15 Incidencia Jurisprudencial en la Indemnización de Daños y Perjuicios.

A) Jurisprudencia Española.

Según sentencia del tribunal supremo del 7 de febrero de 1962, puede considerarse el daño moral como la estimación y respeto que la persona se profese a sí misma y que le reconozca la comunidad en que se desenvuelve. Se considera que abarca todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona, aunque en la referida sentencia no se ha dado un concepto general del honor, se identifica con la fama, consideración, dignidad, reputación, crédito, prestigio, etc.

La jurisprudencia española ha observado una línea ascendente en orden al reconocimiento de los derechos que conforman el patrimonio moral, y es a partir de una conocida resolución judicial del 6 de diciembre de 1912 cuando se abre una nueva era en esta jurisprudencia, y se establece entre otros aspectos que la función de la indemnización del daño moral tiene una

⁷⁷ Referencia de Jurisprudencia Argentina: Cám. Nac. Civil, sala D, 27-11-1981, Rep. E. D. 17-367 N° 157

⁷⁸ Mosset Iturraspe, Jorge Op. Cit. Pág. 300

naturaleza resarcitoria, frente a la tesis que prefiere ver en ella algo sancionador o punitivo, ya que la apreciación pecuniaria toma un rol a modo de satisfacción, en el sentido de que se repara el mal causado aunque no se pueda borrar del todo los efectos dañosos causados. Y en lo referente a la cuestión del Quantum, en contraste con la rigurosa prueba de la cuantía, exigible en materia de daños patrimoniales, el Supremo consideró que “A nadie más que al tribunal sentenciador corresponde dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial, atendiendo a las circunstancias del ofendido, su edad y condición social.”⁷⁹

Así mismo en sentencia del Tribunal Supremo del 21 de enero de 1957, se resolvió sobre un caso curioso donde un matrimonio había sido declarado nulo por miedo reverencia del varón hacia su madre, donde la mujer previendo la dificultad que tendría para contraer nuevo matrimonio, reclamaba daños morales a su ex suegra, y tuvo éxito al considerar la sentencia que habían quedado rotos los lazos matrimoniales, en razón y circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida.

Por otra parte el Tribunal Supremo en sentencia del 7 de febrero de 1962, se pronunció a favor de una modalidad más amplia del daño moral, estableciendo que el dinero no cumple una función de equivalencia como en el daño material, ya que la víctima del perjuicio moral padece dolores y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la

⁷⁹ Sentencia del TS del 06-12-1912 Disponible en www.juridicas.umam.mx

reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral.

B. Jurisprudencia Argentina.

El derecho argentino tiene una basta regulación en cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios, la jurisprudencia en este sentido ha aportado algunos lineamientos que enriquecen la doctrina, en diversos aspectos tales como:

1) En cuanto a la Reparación Integral de los Daños.

Se establece que la reparación de los daños y perjuicios debe ser integral y completa, sin que importe la gravedad de la culpa, pues la indemnización no se mide por la culpa sino por el daño (CN Civil, Sala D, abril 10 de 1981, Paolini Rubén c/García Héctor y/o Teatro Estrellas). Así mismo, se considera que el acto ilícito afecta por vía directa a la víctima y sus consecuencias pueden ser calificadas en primer término como de orden patrimonial, pero también alteran el estado anímico de la persona, perturbando su tranquilidad en multiplicidad de circunstancias. Ello ha determinado a decidir una reparación completa, integrada por el daño patrimonial efectivo y el agravio moral, con la advertencia de que en ciertos casos, el deslinde no es fácil, porque puede existir lo que se denomina daño moral puro y un agravio moral con derivaciones ciertas sobre el patrimonio de la víctima (CN Civil Sala D abril 10 de 1981, Paolini Rubén c/García Héctor y/o Teatro Estrellas). De igual forma se entiende que el principio de indemnización integral no debe entenderse de modo que él obligue al

responsable a resarcir todo el daño que ha ocasionado materialmente con su acto. No se trata de la causalidad material, sino como es obvio solamente de la jurídica (C. Apelaciones Mercedes mayo 5 de 1981, Callm Baucells c/Galárraga).

2) . En cuanto a los límites de la Reparación de los Daños.

Se ha establecido que la indemnización debe limitarse a reparar el daño efectivamente sufrido sin que deba convertirse en una fuente de beneficios para el damnificado. Por ello, la indemnización no debe determinarse por lo que costaría adquirir una cosa nueva para sustituir una cosa extraviada, sino por el valor de ésta en las condiciones en que realmente se hallaba en el momento en que debió ser devuelta (en el caso se trataba de la pérdida de un pantalón que el dueño afirmaba pertenecía a un traje, circunstancia que no fue probada) (CN Especial Civil y Comercial Sala III agosto 11 de 1981, Beldi Luis c/Lavadero Tintorería Santa Rita).

3) En cuanto a la Prueba del Daño.

Se enuncia que la indemnización de los daños y perjuicios procura remediar el desequilibrio del orden jurídico provocado por el acto ilegítimo y restablecer a la víctima a la situación patrimonial que debió tener de no haber obstado a ello el hecho que se imputa al responsable, por ello a quien se dice perjudicado corresponde la carga de probar tanto la existencia del daño en sí como su cuantía (CNCivil y Comercial Federal, sala II, noviembre

27 de 1980, Kelmanski Pedro c/Den Rep S.C.A.). Además se considera que constituye un principio básico en materia de reparación de daños que quien los alega tiene a su cargo no sólo la prueba de su existencia, sino también la del monto del perjuicio efectivamente experimentado, carga probatoria que se funda en que la indemnización no debe importar un lucro para quien la recibe. Ello significa que no cabe acordar indemnizaciones sobre la base de simples conjeturas (CNCivil Sala D, mayo 4 de 1981, Santino Vicente c/Domínguez Adolfo).

C. Jurisprudencia Salvadoreña.

La responsabilidad civil en el derecho de familia es un tema relativamente novedoso en el derecho salvadoreño cuya órbita de actuación se ha incrementado hace no muchos años, pese a que todavía queda mucho camino por recorrer. En principio resistido por la doctrina, el Derecho de Daños ha avanzado notablemente sobre el Derecho de Familia en los últimos veinte años, no obstante La Jurisprudencia salvadoreña no es basta en cuanto a los daños familiares, sin embargo existen ciertos criterios jurisprudenciales referentes a la materia, entre los cuales se enuncian:

1. En cuanto al daño moral. *El daño moral se ha definido como el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales, provocado por un hecho antijurídico; pero también como lesión cierta sufrida en los sentimientos más íntimos de una persona que ocasiona dolor o sufrimiento en afecciones legítimas, cuya reparación está determinada por ley. El Código de Familia en su artículo 150, introdujo la posibilidad de reclamar el daño moral en diversos supuestos; como es el caso que el reclamo de tales daños es por parte del hijo, en el caso de haber obtenido el establecimiento de la*

filiación a consecuencia de una decisión judicial; (Sentencia CAS 1193 Cam Fam SS del seis de abril de dos mil uno).

2. En cuanto a la Exteriorización y Prueba del Daño Moral. *Una importante diferencia entre la existencia del daño moral y su extensión o magnitud, radica en que la primera se encuentra acreditada por los hechos mismos, esto es, la falta del reconocimiento voluntario de la paternidad y sus consecuencias; en cambio, la extensión del daño al sólo efecto de evaluar el monto indemnizatorio, se encuentra sujeta a la apreciación judicial de acuerdo a las circunstancias que rodean al caso concreto. Cabe tan solo advertir que el dolor o padecimiento que coexisten con las situaciones de daño moral, no son intrínsecamente el daño moral, sino su exteriorización o sintomatología corriente. Así, cualquiera sea la ubicación doctrinaria del intérprete con respecto a la naturaleza o esencia del daño moral, siempre es propicia la reparación del que causa la deliberada omisión, como el progenitor que se abstiene de reconocer a su propio hijo, que le impide a este último ubicarse en el emplazamiento familiar que le corresponde. Al constituir hechos no susceptibles de demostración, el pretensionante nada tiene que probar en orden a la existencia del daño moral, porque tales hechos existen a la luz de la razón y la lógica. La prueba del daño moral queda establecida por la sola realización del hecho dañoso que comporta la presunción de existencia de la lesión de los sentimientos. La Ley Procesal de Familia se aparta de la enumeración limitada de los medios probatorios, que establece aquel Código, pues existe una norma de aplicación más amplia que admite no sólo los medios de prueba reconocidos en el derecho común, sino también la prueba documental y los medios científicos. Ley Procesal de familia, Art. 51 (Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001).*

3. En cuanto a la Cuantificación del Daño Moral. *La cuantificación del daño moral está sujeta al prudente arbitrio judicial, toda vez que a diferencia del daño económico, el Código Civil sólo prevé la medición de las consecuencias patrimoniales en función del afectado, cuando alude a la comprensión de los perjuicios en daño emergente y lucro cesante, sin hacer mención de pauta alguna para fijar la extensión de la indemnización del daño extrapatrimonial o extraeconómico, sean estos de índole moral, psíquico o físico estético. (Código civil, Art. 1427).*

Y Continúa: *La indemnización por daño moral, aunque quiera reparar la aflicción sufrida en el plano de la más alta significación humana, no puede prescindir del examen de elementos objetivos así, entre otros, deberán examinarse: la edad del hijo; las condiciones personales, la situación familiar y la relación social de la víctima; la tranquilidad y la paz perturbados como signos de convivencia, toda vez que los sentimientos son relaciones personales subjetivas, únicas y autónomas. GHERSI y otros. De este modo, la integridad espiritual aparece como bien jurídicamente tutelado, por lo que toda reparación del daño deberá ser suficientemente amplia, por una doble razón: la protección real del ser humano y para que, simultáneamente, funcione como motivación preventiva para los causantes, según lo concibe GHERSI, C. A., Cuantificación económica del daño, Astrea, Buenos Aires, 1999, Pág. 46. (Sentencia de Familia ref. 1216 Cám. Fam. S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001)*

4. En cuanto a la Omisión de Reconocimiento. *Se establece: Desde que el comportamiento antijurídico puede consistir en una acción u omisión, la antijuridicidad en este último caso proviene de la violación de un deber jurídico de*

obrar, pero también de la imposición de las buenas costumbres, el orden público, la buena fe y el ejercicio no abusivo de los derechos; no obstante ello, más importante es que la falta del reconocimiento paterno hiere groseramente una de las manifestaciones constitucionales más preciadas de la personalidad espiritual del afectado: su derecho a la identidad y con éste los derechos al nombre, al emplazamiento familiar, a las relaciones familiares, etc., consagrados en los Arts. 2, 7, 8 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pensamiento, el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial constituye un deber jurídico, mientras que su incumplimiento configura, indudablemente, un acto antijurídico por omisión que da derecho a reclamar los daños morales y materiales provocados a la madre y al hijo. (Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001).

5. En cuanto a la Falta de Reconocimiento Espontáneo. Se expresa: *El sólo hecho del no reconocimiento espontáneo del padre sobre su paternidad, origina o genera el derecho del hijo a la indemnización, por los perjuicios sufridos, pues la falta de tal reconocimiento evidencia en términos concretos, un rechazo hacia el hijo, rechazo que le produce en su alma, en sus sentimientos, en su psiquis, una lesión tan grande que le ocasiona dolor y sufrimiento; es por ello que la ley ordena resarcir el daño a través de una indemnización, generalmente de carácter pecuniario. (Sentencia CAS 1193 Cam Fam SS del seis de abril de dos mil uno)*

6. En cuanto a la indemnización por daños. Se instituye: *“El derecho a reclamar indemnización por los daños morales y materiales sufridos, para el caso, es una consecuencia de la declaratoria judicial de paternidad, de tal manera que es requisito de procesabilidad para el reclamo de la indemnización indicada, que el padre no haya*

reconocido en forma voluntaria a su hijo y que por ello debe acudir a la vía judicial para determinar su filiación. Significa entonces que el sólo hecho del no reconocimiento espontáneo del padre sobre su paternidad, origina o genera el derecho del hijo a la indemnización, por los perjuicios sufridos, pues la falta de tal reconocimiento evidencia en términos concretos, un rechazo hacia el hijo, rechazo que le produce en su alma, en sus sentimientos, en su psiquis, una lesión tan grande que le ocasiona dolor y sufrimiento". (Sentencia CAS 1193 Cam Fam SS del seis de abril de dos mil uno).

La jurisprudencia sustenta el resarcimiento del daño moral en caso de omisión de reconocimiento voluntario de un menor, no obstante otros casos de procedencia de indemnización por daños familiares no cuentan con precedentes jurisprudenciales, ni aún doctrinarios, debido a que la cuestión sobre la responsabilidad civil en materia de familia ha sido poco abordada por los tratadistas salvadoreños, no obstante existe un pleno reconocimiento a la procedencia de la indemnización por daños de carácter moral, adoptando los lineamientos de las teorías positivas al respecto.

7. Sentencia de Amparo.

Dictada el 29 de junio de 1998, con referencia AS009997.98 los motivos de interposición de este amparo se establecen como la violación del derecho de audiencia, de propiedad y del debido proceso, a raíz de una sentencia dictada por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la cual se interpuso un recurso por el fallo otorgado por la jueza del juzgado segundo de familia de San Salvador, la cual en un proceso de alimentos y de

indemnización por daño moral falla en calidad de cuota alimenticia la cantidad de 3,000 colones mensuales, desestimando la indemnización de daños morales por falta de prueba, situación revocada por la cámara ya que ésta estimó que la cuota otorgada era insuficiente y sin importar la carencia de prueba de los daños morales se argumenta que con sólo la sana crítica basta para establecer la indemnización de los mismos, en razón de ello se establece la cantidad de 4,000 colones mensuales en alimentos y 120,000 colones como indemnización por daños morales lo que el demandante considera arbitrario, e ilegítimo por carecer de fundamentación. Lo que motiva el proceso de amparo, es el hecho de que la notificación del fallo de la cámara fue efectuada a través de tablero, lo que impide al demandado tener conocimiento sobre el mismo y no poder hacer uso de sus derechos.

La Sala de lo Constitucional, al decretar ha lugar el amparo, por su parte establece que: La indemnización por daño moral se estableció con base en la Constitución y el Código de Familia, cuyos artículos establecen la indemnización por esta clase de daños, y debido al concepto de daño moral su comprobación se infiere con sólo la constatación y la comprobación de las hipótesis jurídicas en la ley. Con la existencia de un agravio en la esfera jurídica del actor, la consecuencia es reparar el daño, por tanto, la Sala ordena a la Cámara de Familia citada, que restaure las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio de derechos, es decir, que corresponde a la Cámara notificar en el lugar señalado para tal efecto todas las resoluciones proveídas, desde la primera resolución pronunciada en esa instancia hasta la sentencia correspondiente, a efecto de que el impetrante haga uso de sus derechos. En este sentido, se retrotraen las actuaciones judiciales al momento de la notificación de la primera resolución que la

Cámara proveyó en el incidente de apelación debiendo comunicarla en el lugar señalado para tal efecto.

8. El Daño Moral Derivado del Divorcio.

Sobre la procedencia de la indemnización del daño moral derivado del divorcio la Cámara de Familia de la Sección del Centro: San Salvador, en sentencia del día cinco de marzo de dos mil tres, establece: *“Tanto doctrinariamente como en la legislación comparada existen corrientes que aceptan la indemnización por Daño Moral en el derecho familiar, proveniente de injuria grave, adulterio, etc., debiendo actuar el juzgador, en todo caso, con máxima prudencia y equidad, siendo facultativo del reclamante hacerlo dentro del mismo proceso de divorcio o en acción diferente o autónoma, ya sea de índole civil o penal. Mazzinghi, citado en la misma obra, sostiene que si bien la declaración de divorcio por su culpa, es la sanción que procede aplicar al cónyuge que se sustrae al cumplimiento de los deberes matrimoniales y eso no basta; el hecho ilícito que constituye el apartamiento de esos deberes, puede generar la obligación a cargo del culpable, de reparar los daños y perjuicios inferidos a la víctima por su conducta [...] En el derecho de familia, a pesar de seguir los criterios del divorcio remedio, los hechos o actos constitutivos de un motivo de divorcio, también pueden dar lugar a la reclamación de otros derechos como el de la indemnización por daño de carácter moral y material, porque no sería ético eximir de responsabilidad al causante de los referidos daños [...] Para que la pretensión sea acogida, el daño debe existir tanto objetiva como subjetivamente; debe también existir una relación de causalidad entre el divorcio y el daño, es decir, que los hechos por los que se pide el resarcimiento del daño pueden dar también lugar a hechos constitutivos del divorcio o generar la causal que en este caso se invoca (intolerabilidad de la vida en común). Por otra parte, hay que aclarar que el carácter*

de la indemnización que se establece a favor de la parte afectada por daño moral en caso de divorcio, por su misma naturaleza es compensatoria y no sancionatoria.

9. La Pensión Compensatoria.

El Código de Familia incorporó la figura de la pensión compensatoria a favor del cónyuge a quien el divorcio produzca un desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía durante la convivencia matrimonial, siendo este el requisito primordial para su procedencia. Según sentencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador, pronunciada a las doce horas del día cinco de marzo de dos mil tres, se establece: "*Se ha querido llenar un vacío en la legislación, con lo cual se pretende evitar en lo posible, que se cometan injusticias. En cierta medida, la pensión compensatoria tiene la finalidad de retribuir el esfuerzo, el trabajo, que durante el matrimonio no produjo beneficio económico al cónyuge acreedor, de donde el calificativo de compensatoria de esta pensión*" (Publicación de Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, 1994, pág. 482, Tomo II). Añadiéndose que "*Es una consecuencia del principio de igualdad jurídica de los cónyuges sobre el cual descansa el matrimonio*". De igual forma, en la citada sentencia se enuncia que: "*En cierta medida, la pensión compensatoria tiene la finalidad de retribuir el esfuerzo, el trabajo, que durante el matrimonio no produjo beneficio económico al cónyuge acreedor, de donde el calificativo de compensatoria de esta pensión. En este orden de ideas, la pensión compensatoria tiene el propósito de restablecer el equilibrio de las condiciones materiales de los cónyuges, roto por el divorcio*".

2.2.16 Análisis de Jurisprudencia de los Juzgados de Familia de la Zona Oriental.

Este apartado comprende el análisis a tres procesos correspondientes a los juzgados:

- Primero de Familia de la Ciudad de San Miguel.
- Segundo de Familia de la Ciudad de San Miguel.

En dichos juzgados se interpusieron demandas sobre Declaratoria judicial de Paternidad en los cuales fue procedente su admisión y consecuente a ello su diligenciamiento, tal petición se hizo conjuntamente con la de la indemnización por Daños y Perjuicios, valorándose que en dichos Tribunales no se ha solicitado proceso alguno que de forma principal demande la Indemnización por Daños y Perjuicios, y únicamente en los juzgados Primero y Segundo de Familia se ha solicitado con regularidad la indemnización como acción coetánea a la Declaración Judicial de Paternidad.

Es notable que en el Juzgado de Familia de La Unión hasta este año se interpusiera demanda solicitando la Indemnización por Daños y Perjuicios, la cual fue remetida por razones de competencia ha dicho juzgado es decir que no fue tramitado en este tribunal, las razones por las que se considera que, en este juzgado no se ha solicitado la Indemnización por Daños y Perjuicios por el Desconocimiento de esta figura por parte de los demandantes, por la incidencia cultural y sociológica de la región que obliga al demandante a solicitar su acción directamente y con el auxilio del procurador asignado al respectivo tribunal, y como ultima razón se determina al nivel económico de los demandados y demandantes que incide en la mayoría de los casos por la cuantía indemnizatoria que le compete a

estos ya que se conforman con la cuota alimenticia para los menores. Los casos específicos que a continuación se analizan, relativamente por reserva judicial, intimidad de la familia y la integridad de los menores que figuran en el proceso se considera conveniente no revelar nombres, datos que comprometan a los litigantes y demás partes que intervengan en la causa .

- En el Juzgado Primero de Familia de la Ciudad de San Miguel.

El caso obtenido de este tribunal en su cuadro fáctico sostiene que la madre reclama el reconocimiento de su hija ya que voluntariamente no lo ha realizado, siendo esto lo que motiva a la madre ha demandarlo pidiendo en concepto de indemnización por daños materiales y morales la cantidad de veinticinco mil colones o su equivalente en dólares.

a) Las pruebas ofrecidas fueron: Prueba documental que consistió en la certificación partida de nacimiento prueba testimonial y se solicitó la prueba de ADN que en efecto fue realizada y estableció la paternidad del demandado.

b) La motivación y los fundamentos, la Jueza se basó en primer lugar en la prueba de ADN y los catorce marcadores genéticos que analizo el laboratorio de genética forense el supuesto demandado proporciono a la menor el cincuenta por ciento de los alelos por lo que la paternidad esta probada en un noventa y nueve punto noventa y nueve por ciento, la fundamentación legal, y por lo anterior esta falló.

c) Estableciendo la paternidad del demandado y la respectiva cuota alimenticia de ochenta dólares, y en concepto de indemnización por daños morales y materiales otorga por los daños económicos en su ánimo y en la psique, y en atención por la discriminación de los niños en los colegios y otras actividades se le condena al demandado a pagar la cantidad de Treinta mil colones en cuatro años por medio de cuotas anuales de Siete mil quinientos colones, pagaderos durante ese período; Esta sentencia fue recurrida por medio de apelación ante la Cámara de Familia aduciendo de los hechos de la falta de fundamentación y de un estudio socioeconómico así como ningún fundamento válido para entrar a considerar una indemnización.

▪ Juzgado Segundo de Familia de la Ciudad de San Miguel.

En el caso obtenido de este juzgado en la relación fáctica se planteó que el supuesto padre sostuvo relaciones sexuales con la demandante durante los años de 1995 - 1999 en los cuales concibió al menor, el demandado fue convocado a la audiencia conciliatoria para otorgar alimentos a dicho menor y este expresó que no estaba seguro que el menor fuera su hijo lo cual motivó la interposición de la demanda.

a) La Prueba ofrecida consistió en prueba documental, testimonial y solicitaron además la prueba de ADN, en dicha demanda la parte solicita en concepto de indemnización la cantidad de Diez mil colones o su equivalente en dólares.

b) La motivación y los fundamentos. El Juez de Familia se fundamentó en primer lugar en las prueba del ADN, la cual no se realizo por la negativa del demandado y por la coacción que este ejerció sobre la demandante ya que un testigo argumentó que él, la llamó para amenazarla y hostigarla para que no se presentara la señora al laboratorio. Asimismo con base en la doctrina, la ley e interpretaciones que respaldan lo que ésta prescribe, de lo que se extrae que en cuanto a la denegatoria del demandado a realizarse el examen se traduce en la aceptación de la paternidad, constituyendo esta coacción un indicio que comparado a la denegatoria y según lo que indica la Sana Crítica, con los otros medios de prueba vertidos y la apreciación del juzgador, con relación a la prueba documental, examen psico-social, y lo principal con la forma de indemnizar, el Juzgador recurrió a la doctrina comparada para valorar su cuantía con relación a la madre y el menor y esta expresó los parámetros en los que se basó el juzgador para otorgar la cantidad líquida .

c) Se estableció que la indemnización de los Daños morales asciende a la cantidad de Diez Mil colones en concepto de Indemnización por los daños Morales a la madre y al menor además de lo que recibió el menor , en concepto de alimentos; cuya indemnización será pagadera en cuarenta y ocho cuotas siendo la indemnización dividida en un cincuenta por ciento de la cantidad para el menor y la otra para la madre.

2.2.17 Legislación Salvadoreña Comparada.

a) La Constitución de la República.

En nuestra carta magna el reconocimiento que esta confiere al ser humano considerándolo como origen y fin del Estado en el Art. 1 acoplado a otros Artículos constituye el sistema de la indemnización de los daños en general previstos desde la Constitución. El Art. 17 Inc. 2 establece que habrá lugar a la indemnización por retardación de justicia. La ley establecerá la responsabilidad directa del funcionario y subsidiariamente la del Estado, lo que es procedente aplicar a los juzgadores en materia de familia, ya que es evidente la mora judicial en los tribunales de la familia. Asimismo, en los artículos: 20 Cn. se regula *La indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la inviolabilidad de la Morada*, así como la indemnización que *no debe reclamarse al estado y sí a los funcionarios y particulares*, Art. 98 Cn. análogamente el Art. 245 Cn. *prescribe la Indemnización procedente de los Funcionarios y Empleados Públicos* paralelamente con lo antes enunciado se encuentra *la institución de la indemnización de los daños de carácter moral* en el art. 2 inc.3° Cn. en relación a la ya antes reconocida indemnización de daños materiales a la que también se prevé en el art. 106 inc.5° Cn. donde se da *la indemnización en caso de que se viole la prohibición de la confiscación de bienes*.

Todo lo antes planteado conforme a la Constitución de la República constituye los cimientos que amparan el traslado a las otras ramas normativas vinculados al mandato constitucional establecido en Arts. 32 y 33 dan la pauta para que la Normativa Familiar en atención a la familia como base fundamental de la sociedad y como ente protector de esta consignara en

dicha normativa familiar una regulación sobre la indemnización de Daños y Perjuicios.

b) Código Penal.

La legislación Penal es una de las legislaciones más jóvenes de nuestro ordenamiento jurídico ya que entra en vigencia el veinte de abril de 1998 de forma simultánea al Código Procesal Penal; esta legislación considerada en el desarrollo del tema por su estructura similar en cuanto a la oralidad, sistemas de valoración, las reglas de la sana crítica y la actualidad en cuanto a las clases de prueba, que es muy significativo el aporte que de esta rama se puede extraer para entender lo que constituye la rama familiar que si bien es cierto que en su ámbito y sujetos que intervienen en el proceso así como los bienes protegidos no son los mismos.

Es oportuno considerar los parámetros indemnizatorios que esta rama otorga y enuncia para la responsabilidad civil y que a falta de estos en la rama procesal de familia se toma a bien trasladar estos parámetros no como analogía sino como aporte que debe instaurarse y fusionarse con lo ya previsto en la rama familiar en atención que, el derecho común al que hace alusión la ley de familia pues no se regulan ahí parámetros como estos.

La indemnización que reguló esta rama es únicamente respecto a la responsabilidad civil contractual y no el de la responsabilidad que degenera en daño de la clase moral, así mismo las razones históricas que acompañan a la rama civil. Las regulaciones que prescriben la responsabilidad son los establecidos en el Título VI Consecuencias Civiles del Hecho Punible en el

capítulo I de la Responsabilidad Civil y sus Consecuencias que comprende de dos artículos y que en el Art. 114 del Código Penal determinó “ *que las consecuencias civiles del delito originan la responsabilidad civil [...]* ”

En el Art. 115 C. Pn. regula Las Consecuencias Civiles del hecho ilícito” *que considera que estas consecuencias deberán ser declaradas en la sentencia[...]*2) *La reparación del daño que se haya causado.*3) *La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por los daños materiales y morales. Asimismo la reparación del daño se hará valorando por el juez la entidad del daño causado, considerándole precio de la cosa y la afcción del agraviado. Asimismo en cuanto a la indemnización de perjuicios prevé “[...] que esta comprende no sólo los causados a los agraviados sino a los que irroguen los familiares o un tercero[...]. Dicho importe se valorara “según la entidad del perjuicio y las necesidades de la víctima, de acuerdo con su edad, estado y aptitud laboral y además del beneficio por la comisión del delito”.*

Todos estos parámetros son considerados por la doctrina Argentina, Española, tomando en cuenta situaciones relativas al hecho. Si bien es cierto el daño que se da en la rama penal es de un impacto mayor que lo reconocido en la rama familiar; en lo penal se regula la muerte y otras clases de daño físico como las lesiones, por ello es susceptible que el juez considere afectado a los familiares y a terceros, situación que por el carácter personalísimo del daño moral familiar no es permitido pues, sólo quien sufre el daño puede alegar la indemnización.

Situación distinta es en el daño por muerte de un hijo que trae consigo la propagación del daño a los familiares de este, tanto al agraviado como a sus familiares aunque no todos experimentan el daño con la misma intensidad por la dependencia económica, la convivencia, pero no con ello se debe creer que la indemnización es hereditaria al perjudicado ya que esta se recibe por derecho propio.

Otra situación es el beneficio que el dañador reciba por el hecho, en lo penal se observa en relación con el lucro económico o moral que le reporte el delito, en la rama familiar ese nivel de dolo es diferente, aquí no se valora el querer realizar el delito por el beneficio que reporta, sino el deseo de dañar que no reviste un índice tan elevado de dañosidad.

Los criterios en su explicación se cree que no son exhaustivos y que definan adecuadamente el marco de su cuantificación cuándo el sujeto a indemnizar es la víctima, en materia de familia son importantes estos parámetros, pero a estos deben aunarse:

- El tiempo de la situación matrimonial de los esposos.
- Las ventajas pecuniarias que el inocente puede obtener del divorcio,
- La edad de los esposos,
- La duración del matrimonio,
- El estado de salud de los cónyuges y la gravedad de la falta.⁸⁰

⁸⁰ Omar barbero,1977,*Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio* Edit.Astrea Pág.167 y 168

c. Código Procesal Penal.

El Código Penal jerarquizó los niveles de reparación de la obligación ubicando primariamente a la restitución que se traduce económicamente al valor del bien, si no fuera posible el reintegro de éste, se procede a la reparación del daño, si esta no basta se da la indemnización que contiene los perjuicios desde dos ámbitos objetivo y personal es decir a la víctima y los familiares.

El Código Procesal prevé la responsabilidad de reparar, esto se ratifica en el apartado del Capítulo III Deliberación y Sentencia que contiene seis artículos y es en La condena Art. 361 *“La sentencia condenatoria fijará con precisión las penas que correspondan[...]* En la sentencia condenatoria el tribunal resolverá igualmente sobre el monto de la responsabilidad civil, a la persona que deba percibirla y los obligados a satisfacerla .si en el proceso no se hubiera podido determinar con precisión la cuantía de las consecuencias civiles del delito, el tribunal fijará tomando en cuenta la naturaleza del hecho, sus consecuencias y los demás elementos de juicio que hubiere podido recoger. La sentencia decidirá también sobre las costas [...] sobre las costas el código contiene el Título II que consta de siete artículos donde desde el Art. 447 Pr. Pn. hasta el Art. 452Pr. Pn. considera el contenido de las costas.

Así como estima según Art. 448 Pr.Pn. que *“Toda resolución necesaria que ponga término a la causa o resuelva un incidente o la reparación del daño contendrá la condena al pago de costas.* La imposición la distribución de estas, y

la liquidación que según Art. 452 Pr. Pn. se tendrá que hacer dentro del plazo de tres días.

d) Código Civil.

Este código por antonomasia ha sido el que ha regulado las relaciones civiles de los particulares, pues desde tiempos inmemoriales en esta rama del derecho se ha establecido el deber de reparar, como consecuencia de la responsabilidad civil y por las obligaciones que facultan al acreedor a que reclamé su respectiva restitución de la cosa dañada. El daño desde la perspectiva Civil se regula en el *Título XXXV De los Delitos y Cuasidelitos*, que comprende de veinte artículos donde se sistematiza al daño y la indemnización en el Art. 2066 CC. se estableció la *“Regulación de la Indemnización para quien cometa un delito o falta, está obligado a indemnizar además de la pena que ya ha impuesto la ley”*. Otra situación que estima el Código Civil es la indemnización para quien hizo el daño y sus herederos en el Art. 2067 CC.

En el Art. 2072 CC. Prescribe La responsabilidad para los padres por los actos cometidos, por los hijos que con su efecto dañoso originen la responsabilidad. A estas r representaciones ya enunciadas se les suma

Art. 2082C.C donde ante las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona da derecho para demandar la indemnización pecuniaria si se probare la verdad de su imputación, así como debe probarse el daño emergente y el lucro cesante que puede apreciarse en dinero; el Art.

1427 CC. Describe lo que comprende la indemnización que se traduce al Daño Emergente y Lucro cesante como efecto de incumplimiento de una obligación como prescribiendo a aquella en caso de que se caiga en mora Art. 1428 CC. Exigiéndose además de lo consiste el daño la concurrencia del dolo para cobrar los perjuicios en la indemnización.

e) La Indemnización y su Liquidación en el Código Procesal Civil.

Este apartado está determinado en el capítulo XXXIX del Código Procesal civil y conformado de cuatro artículos que establecen lo que es procedente cuando la indemnización no se haya hecho líquida en la sentencia y no haya quedado determinada la suma a pagarse en concepto de daños y perjuicios interés y frutos; Dicho proceso se acciona a través de la demanda ante juez de primera instancia acompañada de la ejecutoria en que conste la condenación y una cuenta jurada que los especifique y estime (Art.960 Pr C,) en el Art. 961. Pr C Faculta la apelación a la sentencia que declare el valor líquido.

La tramitación de este proceso puede hacerse en caso de que la demanda no verse sobre la liquidación o pago de la indemnización y liquidarse dentro del término probatorio siendo la forma de tramitarse sea verbal o escrita valorándose el respectivo mérito que las pruebas otorgadas constituyan al proceso.

f) Código de Familia.

En el código de familia salvadoreño no existe una basta regulación de los daños familiares, o de los perjuicios ocasionados por el divorcio y las distintas causales de separación, los casos donde expresamente el código reglamenta la indemnización de daños son los siguientes:

La primera referencia en cuanto a los daños y perjuicios en el Código de Familia vigente desde el uno de octubre de 1994, se encuentra en la Sección Cuarta, sobre el Régimen de Comunidad Diferida, Parte primera de los bienes propios y bienes comunes de los cónyuges, el Art. 63 regula que son de propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges, numeral 5º *“Las indemnizaciones por daños morales o materiales inferidos en su persona o en sus bienes propios”* las cuales no entrarán a formar parte de los bienes a liquidar en partes iguales en la comunidad, debido al carácter exclusivo de pertenencia a cada uno de los cónyuges; de no acatarse esta disposición se estaría desnaturalizando el carácter resarcimiento del daño por medio de la indemnización.

Así mismo es procedente la indemnización por daños morales y materiales en el caso de nulidad del matrimonio, en la cual el cónyuge que resultare culpable de ésta será responsable *“[...] de los daños materiales o morales que hubiere sufrido el cónyuge de buena fe”*. Según Tit. III de la Nulidad y Disolución del Matrimonio, Cáp. I referente a la nulidad del Matrimonio, Art. 97 donde la disposición adopta la teoría de la reparación como sanción a la conducta antijurídica del cónyuge culpable.

De igual forma, el Cáp. II denominado Disolución del matrimonio, en su Art. 113 reglamenta ciertos parámetros que el juez o jueza de familia deberá tomar en cuenta para otorgar la pensión compensatoria, que pretende resarcir el desequilibrio económico que uno de los cónyuges sufra por motivo de la disolución del vínculo matrimonial; los cuales es importante tratar debido a que es el único caso de resarcimiento del daño en materia familiar que contiene parámetros de cuantificación de la cuantía de la reparación dineraria del daño, los cuales de manera enumerativa se detallan:

- Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges
- Edad y estado de salud del acreedor
- La calificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo
- La dedicación personal pasada y futura a la atención a la familia
- Duración del matrimonio y convivencia conyugal
- La colaboración con su trabajo en las actividades particulares del otro cónyuge y el caudal y medios económicos de cada uno.

Por otra parte en el Tit. IV, denominado La Unión no Matrimonial, Cáp. Único referente al Concepto y Extensión, el Art. 122 "Acción Civil" establece que en caso de muerte de un compañero de vida, el sobreviviente tendrá derecho de reclamar al responsable civil "*Indemnización por los daños morales y materiales que hubiere sufrido*", lo que responde a razones de equidad y justicia, al responder por las consecuencias lesivas que produce la muerte de un compañero de vida para el sobreviviente.

De igual forma, en el Libro Segundo de la Filiación y Estado Familiar, Tit. I Filiación, Capítulo I referente a Disposiciones Comunes, el Art. 150

reglamenta la acción de paternidad, donde una vez que haya sido judicialmente declarada, “[...] *La madre y el hijo tendrán derecho a reclamar del padre indemnización por los daños materiales y morales a que hubiere lugar conforme a la ley*”. Es de hacer notar que este tipo de indemnización en los tribunales de familia suele ser atribuida con mucha mayor frecuencia, que en otros casos como por ejemplo la nulidad del matrimonio. Se considera que el hecho generador de la indemnización es la omisión de reconocimiento por parte del padre, y su consecuencia la correspondiente indemnización que será determinada por los jueces de familia.

Otro aspecto de responsabilidad civil familiar se instituye en el Libro Tercero de las Relaciones Paterno Filiales, Tit. I Derechos y Deberes de los Hijos, Cáp. IV referente a la administración de los bienes el Art. 266 establece el deber de los padres de cuidar los bienes de los hijos que estén bajo su autoridad parental, donde podrán realizar todos los actos que conduzcan a hacer más productivos dichos bienes, y [...] *“Serán solidariamente responsables hasta de la culpa leve”* lo que se relaciona con el Art. 42 C. Inc. Tercero, donde se establece que la culpa leve es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

En el Libro cuarto referido a la Asistencia familiar y Tutela, Tit. I de Los Alimentos, Art. 268 inc. Primero reglamenta que en caso de dolo para conseguir alimentos *“Serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de daños, todos los que hubieren participado en él”* Nótese el uso de

las palabras restitución e indemnización como un complemento que en esencia busca llegar al principio de la reparación integral del daño producido, atendiendo a su tenor literal podría dar lugar tanto a restitución en especie por daños materiales como a la indemnización dineraria en el caso de daños extramatrimoniales, este último, no obstante no está expresamente determinado en el citado artículo.

En el libro cuarto referente a la asistencia familiar y tutela, Capítulo V Denominado Rendición de Cuentas, el Art. 336 establece: “El tutor que sustituya a otro, deberá exigir entrega de bienes y rendición de cuentas al que lo ha precedido, so pena de responder por los daños que por su omisión se causaren al pupilo”. En este artículo no se especifica el tipo de daño a resarcir, por lo tanto bien podría tanto de daños materiales como morales.

Es importante mencionar que el Código de Familia establece la indemnización por “*Daños materiales o morales*”, sin que el legislador en ningún momento utilizare la frase indemnización por daños y perjuicios.

g) Ley Procesal de Familia.

El objeto de la ley procesal de familia es establecer una normativa que haga efectivos los derechos y deberes regulados en el Código de Familia y otras leyes sobre la materia. Se enunciará de forma detallado los casos en que la referida normativa regula la indemnización por daños.

El Tit. III denominado Actividad Procesal, Cáp. II del Desarrollo del Proceso, Parte Segunda del Procedimiento en su Art. 81 respecto a la

responsabilidad del solicitante de una medida cautelar, todo aquel que actuare con falsedad para obtener una medida cautelar o de protección a su favor “[...] Será responsable por los daños y perjuicios que la medida causare sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar” Ya que uno de los objetivos de las medidas cautelares es la protección y prevención de lesiones a bienes jurídicos, lo cual no debe ser usado para obtener beneficios con base en hechos falsos que pueden causar tanto daños patrimoniales como extramatrimoniales al supuesto agresor.

Así mismo el Tit. IV denominado Proceso de Familia, Cáp. V referente a Disposiciones Especiales, Sección Quinta de los Menores, Incapaces y Personas Adultos Mayores, el Art. 144 sobre el contenido de la sentencia, establece que en los procesos que tengan por objeto la protección del menor, los incapaces y personal de la tercera edad, en la sentencia deberá cuando fuera el caso según el literal F. *“Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor del menor deba pagar el infractor. La indemnización comprende el resarcimiento del daño moral y material ocasionado”*

En cuanto a terminología la precedente norma utiliza la frase “Daños y Perjuicios”, a diferencia del Código de Familia; determina así mismo la obligación del juez o jueza de familia de fijar la cuantía que corresponda a la indemnización, aunque es de hacer notar que no se establecen parámetros orientadores al respecto.

1. La Sentencia Definitiva.

A) Acuerdo Conciliatorio.

Atendiendo al carácter resarcitorio de la Indemnización y con el afán de asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de la víctima; Así mismo, tomando en cuenta que el proceso familiar cuya finalidad es decidir los conflictos de las relaciones de la familia y que en su estructura posee la fase conciliatoria como tal y desarrollada en la audiencia preliminar se considera que la conciliación como conclusión al proceso donde se resuelva la indemnización, procede según Art. 84. Pr. F., en cualquier estado del proceso y aún antes de la sentencia definitiva que quedará ejecutoriada siempre que no vulnere los derechos irrenunciables.

B Devolución De Beneficios Recibidos

La compensación de Beneficios llamada también “Compensación del lucro con el daño” (Compensatio lucri cum damno) como modo extintivo de obligaciones, pero que dará sin embargo como resultado el daño que el responsable debe indemnizar. Se trata de un proceso natural que conducirá a la determinación del daño resarcible, o sea del menoscabo que se derive del patrimonio de la parte víctima como afectada de la acción ilícita, ante la necesidad de determinar la medida del perjuicio que experimenta el patrimonio del damnificado computando las consecuencias perjudiciales del acto, pero también los beneficios que hubieren resultado eventualmente del mismo.

Cabe mencionar que la víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable, es decir, que el acto ilícito no debe ser una fuente de lucro para la víctima, ésta debe obtener el resarcimiento integral del daño causado únicamente. Se puede afirmar que si se agrava la condición del responsable la víctima encuentra en el hecho ilícito la ocasión de un lucro o beneficio.

En consecuencia de lo anterior, surgen dos pautas que permiten la compensación del beneficio con el daño. 1. Debe existir una conexión causal del beneficio y el daño con el mismo acto ilícito y 2. El acto ilícito debe ser la causa tanto de los daños como de los beneficios a compensar, y no meramente la ocasión de que estos se produzcan, el lucro que se produce con ocasión del acto pero que no es causado ni determinado por él, constituye una ventaja para la víctima que tiene el derecho de conservar por ser virtualmente extraña al hecho que causó el perjuicio.

Pero en cuanto al lucro causado por el acto ilícito puede consistir en la obtención de una ganancia, así como evitar un desembolso. En doctrina se ha considerado que son acumulables con la indemnización los siguientes beneficios: Jubilaciones y pensiones, alimentos, herencias, por considerar que todos ellos tienen en el acto ilícito que da lugar a la indemnización, solamente una mera ocasión para que nazca. Así mismo el Art. 1531 C.C. expresa que no opera la compensación en cuanto a terceros.

Luego que los Arts. 1533 C.C. al 1534 C.C. regulan que no puede oponerse la compensación a la demanda, de restitución de una cosa, de que

su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito o de un comodato, aún cuando perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarle en dinero. Tampoco podrá oponerse a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos, no embargables.

2. Indemnización de Daños y Perjuicios y su relación con las Costas Procesales.

Acerca de la condena en costas las legislaciones mantienen dos criterios disímiles; para unas, sólo procede cuando la parte que pierde el pleito ha actuado con temeridad ó con mala fe. Mientras que para otros se aplica siempre al perdedor, salvo que el Juez exima de su pago por consideraciones que estime convenientes.

Las costas Procesales: Son los resultados que agregan a las costas judiciales, los gastos originados durante la tramitación del proceso más honorarios de abogados, peritos y consultores técnicos, así también en toda decisión que ponga fin al proceso debe determinarse la condena de costas procesales a cargo del vencido, imposición que debe ser establecida por el Juez ó tribunal dependiendo del caso. Por su parte el Art. 439 Pr. C. establece: *“Que todo demandante que no prueba su acción en la instancia ó que la abandonare, será condenado en costas, el demandado que no pruebe su excepción ó que no oponiendo ninguna fuere condenado en lo principal aplica al demandado y al demandante, y el contumaz contra quien se pronuncia la sentencia, si de la causa aparecen que una de las partes no solo no probó su acción ó excepción, sino que obró de malicia ó que aquella es inepta, será además condenado en los daños y perjuicios. Si*

la demanda versare entre los ascendientes y descendientes, hermanos ó cónyuges, no habrá condenación especial en costas, y lo mismo tendrá lugar cuando ambas partes sucumbieren en algunos puntos de la demanda”.

De la disposición precedente se deduce que en materia de familia no existirá especial condena en costas, y por lo tanto las costas no podrían entrar a formar parte del monto de la indemnización del daño producido, atendiendo a las reglas establecidas por el derecho común según lo dispone el Art. 218 L.Pr.Fam. Que establece la aplicación supletoria del código de procedimientos civiles.

Entre los daños familiares y las costas procesales existen diferencias; si bien las costas procesales se configuran como una especie de resarcimiento entre las partes en contienda, éste no se origina en la relaciones familiares y su naturaleza es diferente, ya que las mismas son excluidas de las contiendas surgidas entre miembros de una misma familia; respecto a las costas procesales se siguen los lineamientos generales del derecho común sin valorar aspectos propios de la indemnización por daños y perjuicios como en el caso del derecho de familia, donde se aplicarán las reglas generales del derecho común siempre y cuando no se violen los principios establecidos por la legislación familiar y tratados internacionales sobre derecho de familia. Algunos de las características propias de las costas procesales, que no son compartidas por la indemnización de daños y perjuicios, son las siguientes: En primer lugar, éstas incurren por motivos de contiendas judiciales, es decir, son gastos por las diversas diligencias siendo el principal costo de un litigio los honorarios del abogado y se condena a la parte perdedora pagar las costas,

y según el código procesal penal en su artículo 115 N° 4° Se entiende por costas procesales: Los gastos que es necesarios hacer para iniciar, tramitar, y concluir un juicio. Siendo así que las costas se ocasionan a las partes con motivo de un procedimiento Judicial cualquiera que fuera su índole; en ese sentido se dice que una de las partes es condenada en costas cuando tiene que pagar por ordenarlo así la sentencia, no sólo sus gastos propios sino también los de la contraria. Siendo así que la condena de Costas Procésales tiene carácter constitutivo, la obligación existe en virtud de una Sentencia.-

3. Los Recursos y la Reparación de los Daños.

Recurso es el acto procesal de parte, que frente a esa resolución impugnada, pide la actuación de la ley a su favor. Los recursos deben ser entendidos como verdaderos medios de gravamen, en cuanto que están ordenados simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir a la primera que perjudica los intereses, del recurrente, pero que no necesariamente debe ser ilegal o ilícita para ser objeto de recurso.

Se enunciarán los recursos de los cuales es susceptible de ser recurrida una sentencia definitiva que condene a la indemnización de daños y perjuicios, sin explicitar la forma de tramitación de cada uno de éstos por no ser materia de esta investigación.

a) Recurso de Revocatoria.

El Art.150 L.Pr.F. establece que *“El recurso de revocatoria procede contra los decretos de sustanciación, las sentencias interlocutorias y la sentencia definitiva en lo accesorio”*. En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios en la legislación familiar salvadoreña, se asevera que la acción de indemnización es una acción accesoria que se interpone conjuntamente con la demanda principal, lo que difiere con la concepción doctrinaria que establece que la acción de indemnización de daños tiene un carácter autónomo, y principal con respecto a otras pretensiones, lo cual no es una regla general, pero es una postura aceptada en legislaciones extranjeras, que por tener una amplia regulación en cuanto a la indemnización por daños familiares permite que ésta se interponga como una pretensión principal, que no se origine de figura distinta al daño.

La Cámara de Familia de la Sección del Centro: San Salvador, en sentencia del día dieciocho de marzo del año dos mil dos, establece: La resolución que deniegue la indemnización por daño moral, *“No decide una cuestión accesoria, sino una pretensión principal. Por lo tanto no admite dicho recurso, sino únicamente el de apelación”*. No obstante en la práctica forense se estima que la acción de daños y perjuicios es de carácter accesorio, y no autónomo, como bien lo establece la doctrina argentina y así mismo, la jurisprudencia salvadoreña, antes expuesta

b) Recurso de Apelación.

El Art.153 L.Pr.F. instituye: *“Que el recurso de apelación procede contra las sentencias definitivas pronunciadas en primera instancia”* Además contra las siguientes resoluciones: *k) La que deniegue la ampliación o reforma de la sentencia definitiva en lo accesorio.*

El recurso citado es procedente contra la sentencia definitiva que condena a la indemnización por daños, ya sea si únicamente se apela del monto otorgado por el juez, como también de otras pretensiones del actor o la parte demandada. De igual forma frente a una injustificada denegatoria de apelación procederá la interposición del recurso de apelación de hecho.

c) Recurso de Casación.

Este recurso se caracteriza por asegurar la legalidad procesal, en cuanto a las resoluciones dictadas por los distintos tribunales en todas las ramas del derecho, incluyendo por supuesto el derecho de familia, Siendo este recurso el tamiz mediante el cual el Órgano Judicial garantiza el establecimiento de un estado constitucional de derecho.

Podrá ser casable una sentencia definitiva que condene a la indemnización de daños y perjuicios, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece la Ley de Casación, se considera que uno de los motivos generales bajo los cuales puede interponerse este recurso es por error in judicando, ya sea por que el fallo judicial casado carezca de la debida

fundamentación, o asigne una cuantía desmedida en cuanto a la gravedad del daño producido, por mencionar algunos casos.

4. Proceso de Ejecución de la Sentencia.

La ejecución de la Sentencia, es la última etapa del procedimiento judicial y tiene por finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva pronunciada por el Juez o Tribunal competente; para ello la ley establece quien será el encargado de ejecutarla, lo cual dependerá de la resolución dictada.

A) Órgano de Ejecución.

La Ley procesal de familia en su Art. 170 L.Pr. F. prevé que la sentencia se ejecutará por el mismo juez que conoció en primera instancia, es así que el juez de familia que pronunció la sentencia deberá así mismo ejecutar lo pronunciado.

B) Procedimiento de Ejecución.

La ley procesal de familia en su Capítulo VII denominado de la ejecución de la sentencia, establece las reglas comunes, en el Art. 172 donde se expresa, que con sólo la petición de la parte interesada y a cuyo favor se pronunció la sentencia debe interponer escrito solicitando la ejecución de la sentencia, a esto le sigue que el juzgador dictará un embargo en el cual se procederá en la misma forma que el proceso ejecutivo en el derecho común, omitiendo únicamente el término probatorio.

En el Art. 170 de la L Pr. fam. En el caso de que se condenare al pago de una cantidad y esta no se cuantificara monetariamente, la parte beneficiada o a cuyo favor se pronunció promoverá el proceso de ejecución. Así mismo en el Art. 175 L Pr. Fam. Se prescriben las modalidades bajo las cuales pueden realizarse, la ejecutoria de la sentencia; para ello el tribunal fijará una audiencia haciendo comparecer a las partes, y de forma eficaz dar cumplimiento a la sentencia. De igual forma el Art. 178 enuncia que el mandato de fijar el importe de la condena al pago de daños y perjuicios en cantidad líquida, o en su defecto, se establecerán las bases para su liquidación.

h) Ley contra la Violencia Intrafamiliar y su regulación sobre los daños y perjuicios.

La regulación de los daños en esta ley no es suficiente en cuanto a la indemnización, pero posee un amplio régimen de protección a la persona de los cónyuges ya que según Art. 1 literal "b" manifiesta el legislador que se aplicaran medidas sean estas preventivas o cautelares de protección para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de Violencia.

Así mismo, se considera que es desde esta ley que se regularla además la forma de indemnizar a la víctima del caso concreto en atención que dicha ley manifiesta diferentes niveles de violencia como la psicológica, física sexual y patrimonial, catalogando a cada una de estas y entre ellas se observe el contenido del daño sea este moral y material así en el Art. 3 LCVI

establece las conductas que causan perjuicios psicológicos, o lesionen a la integridad física de una persona como también el sometimiento de uno de los cónyuges para con el otro con el fin de causarle menoscabo de naturaleza sexual.

En el Artículo 28 LCVI nominado Resolución, establece que se tomara como base lo expuesto por los comparecientes, siempre que los hechos no requieran prueba y sin atención a los compromisos que antes asumiera el denunciado o denunciada y que acepte la víctima.

Resolverá:

e) Imponer a la persona agresora, la obligación de pagar a la víctima el daño emergente de la conducta o comportamiento violento, como los casos de servicios de salud precio de los medicamentos, valor de los bienes gastos derivados de la violencia ejercida.⁸¹

Esta ley si bien es cierto que le indica al agresor a través de las medidas de protección los comportamientos a los que deben abstenerse desde su emisión y que le impone según Art. 8 literal “k” una obligación de carácter patrimonial para la alimentación provisional de su núcleo familiar y lo antes enunciado del daño emergente, no establece un apartado que posibilite al cónyuge víctima la restitución de los bienes sean estos patrimoniales así como la compensación de los daños o violencia sufrida, ya que actualmente al ventilarse un caso de violencia la parte dañada sólo se lleva consigo las medidas y tratamientos psicológicos otorgados por

⁸¹ D.L.N.892 D.O N° 137.TOMO N°356 del 24 de julio de 2002

instituciones que le permiten a ésta ver reparado su daño de forma indirecta por medio de esas instituciones al menos su daño psicológico aunque directamente nos sea la finalidad principal.

2.2.17 Principales Instrumentos Internacionales relacionados con los Daños y Perjuicios.

A) Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Carta de las Naciones Unidas nace el 26 de junio de 1945 siendo uno de sus propósitos el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue el primer documento que nace de La Carta de las Naciones Unidas, adoptada el 10 de octubre de 1948. Nace como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse.

Esta Declaración consagra el derecho contemplado a la integridad Física y mental en el Art.5 *Nadie será sometida torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.* En este artículo se reconoce que nadie debe violar el derecho a la integridad física y mental de las personas con tratos crueles o actos destinados a causar en la persona humillación o sufrimiento. Lo que significa que se debe estar a salvo de cualquier acto que pueda dañar el cuerpo o la mente y que no pueden usarse medidas, ni en la escuela ni en el

hogar, que puedan tener como resultado cualquier tipo de daños a la integridad física o mental de los niños y las niñas”.⁸²

Por su parte en el Art. 16 hace alusión a la familia: *“Los hombres y mujeres a partir de la edad núbil tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del matrimonio[...].* Esta declaración contiene de forma similar el contenido del Art. 32 de la Constitución demandando desde aquí la protección a la familia por parte del estado para su subsistencia y desarrollo en el numeral 3) *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado.* De igual forma, el Estado posee la estructura para su realización y por medio del Código de Familia se crea el Sistema Nacional de Protección a la Familia coordinado por la Secretaria Nacional de la Familia para garantizar las necesidades básicas.

B. Convención sobre los Derechos del Niño.

Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y establece una serie de principios que buscan asegurar el desarrollo pleno y armonioso de los menores, y ser educados en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad e igualdad; así como un conjunto de derechos y garantías frente a la acción del Estado y representan un poder de los órganos de gobierno de satisfacer

⁸² FESPAD, *Instrumentos Internacionales y sus Explicaciones* Pág.15.

los derechos que contempla, lo que posibilita organizar políticas estatales a favor de la infancia.

El Art. 3 Establece que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas [...] una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”*. Del que se deduce la implantación del principio general del interés superior del menor.

Por otra parte el Art. 7 enuncia que el niño tendrá derecho *“Desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*.

C) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este instrumento fue ratificado según decreto No. 27 de Junta Revolucionaria de Gobierno el 23 de noviembre de 1979. En su Art. 14 expresa la igualdad procesal de las partes y el derecho de audiencia para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, así: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente [...]”*. De igual forma, en el Art. 23 No. 4 se regula la igualdad de obligaciones entre los cónyuges, al enunciar: *“Los Estados partes en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de*

responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo [...]”.

D) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer.

En la historia y las diferentes culturas la mujer ha sido ultrajada y considerada como un objeto al cual había que dominar y no permitirle ciertas libertades, pero con la Revolución Francesa se redacta la Declaración de la Mujer y de la Ciudadanía⁸³, que es sólo un aporte sobre la materia a normar; esta situación cambia en el año de 1946 en que las Naciones Unidas crearon un Comité sobre la condición Jurídica y Social de la mujer. En el año de 1967 en la Asamblea General de la ONU se creó la Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, nominándose a 1975 como el año de la Mujer. Este instrumento en el año de 1979 es aprobado enunciando las formas de discriminación realizados a la mujer, y las medidas para promover la igualdad Art. 2 donde se prevé los procedimientos e instituciones que deben resguardarla de la discriminación o violación a su integridad entre ellos se encuentran los Tribunales de Familia, la Fiscalía, procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Procuraduría Adjunta para la defensa de los Derechos de la Mujer y la Policía Nacional Civil.

⁸³ La cual fue redactada por *Olimpia Gouges* y por esa razón esta mujer fue guillotizada ya que en su época las mujeres no podían participar en la política.

En el Artículo 15 vislumbra los derechos a la igualdad ante la ley, la capacidad Jurídica entre Hombre y Mujer (1) *Los Estados partes reconocen a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.* (2) *Los estados partes reconocerán a la mujer en materias civiles, una capacidad idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad[...] y le dispensaran un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.* Es decir que todo documento firmado por la mujer es valido así como su intervención en los tribunales.

En el artículo 16 se regulan los Derechos relativos al matrimonio y a las Relaciones Familiares, (1) *Los estados partes aportarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados al matrimonio y las relaciones familiares y en particular, lo aseguraran, en las condiciones entre hombres y mujeres.*

C) *Los mismos derechos responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;* D) *Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores cualquiera que sea su estado civil en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos y los intereses lo hijos serán la consideración primordial;[...];* H) *Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad[...] el goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.*

Estas situaciones que anteceden y que proceden de la convención son coadyuvantes en cuanto a algunos silencios que la legislación familiar con relación a la convención puede ampliar y desde una forma integradora de

interpretar la norma otorgaría solución a un problema de discriminación en los sentidos antes expresados.

E) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. (Convención de Belem do Pará).

Esta convención fue adoptada por la Organización de Estados Americanos, (OEA) el 9 de junio de 1994 y que fue Publicada en La Gaceta No. 123 de 28 de junio de 1995 elaborada por la preocupación a raíz de la violencia realizada contra la mujer ya que esta es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Convencidos totalmente de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, y se da la adopción de esta convención para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer. En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, constituye esta declaración una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas.

Sobre la indemnización de los daños morales y psíquicos este documento ha convenido en lo siguientes disposiciones: En primer lugar en el Capitulo I en el artículo 4 que prevé que *“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las*

libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;*
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;*
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personal;*
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;*
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia...*

En segundo lugar En el capítulo III de los Deberes de los Estados Artículo 7 Conv. Belem do Pará se ha instaurado que los “Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y conviene en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

F) Código de Bustamante.

En lo que respecta a la familia el Código de Bustamante, (La Habana, 20 de febrero de 1928, estando presentes como delegados de El Salvador los Sres. Gustavo Guerrero, Héctor David Castro, Eduardo Álvarez.) Regula en su Capítulo IV denominado Del Matrimonio y El Divorcio Sección I sobre las Condiciones Jurídicas Que han de Preceder La Celebración Del Matrimonio, en su Art. 39 establece: “Se rige por la ley personal común de las partes y, en su

defecto, por el derecho local, la obligación o no de indemnización por la promesa de matrimonio incumplida o por la publicación de proclamas en igual caso". La legislación familiar de El Salvador no regula la indemnización por el incumplimiento de la promesa del matrimonio.

En cuanto a la legitimación de los hijos se reglamenta en el Capítulo V denominado Paternidad y Filiación, Art. 60. *"La capacidad para legitimar se rige por la ley personal del padre y la capacidad para ser legitimado por la ley personal del hijo, requiriendo la legitimación la concurrencia de las condiciones exigidas en ambas"*

Así mismo el Capítulo X referido a La Tutela, en el Art. 88 regula: *"Se rigen también por la ley personal del menor o incapacitado las obligaciones relativas a las cuentas, salvo las responsabilidades de orden penal, que son territoriales".*

En otro orden, por su parte el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Art. 15 regula el mejoramiento en cuanto a las situaciones morales y materiales de la familia al establecer: *"La familia es el elemento natural y fundamental de la Sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material".*

2.2.18 Los Daños en Anteproyectos de los Códigos Procesales.

a) Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Ibero América

1. Proceso de Ejecución de la Sentencia.

En su Art. 321 se regula la ejecución provisoria y ejecución definitiva, el procedimiento es similar, debiendo preceder a la primera lo dispuesto en el Art. 230 (plazo, iniciativa, cautela) y en ambas el proceso incidental de liquidación cuando fuere pertinente. Si la sentencia de segunda instancia confirma la de primera se declarará a la vez, definitiva la ejecución provisoria, igual sucederá en el recurso de casación. Si la revocare, decretará que se vuelvan las cosas a su estado anterior más los daños y perjuicios que hubiere causado la ejecución provisoria. La parte que sufrió ejecución provisoria dejada sin efecto, dispone de 90 días para reclamar el pago de los daños y perjuicios pertinentes, los que liquidaran por la vía incidental de liquidación. Se cancelaran de oficio las cautelas pertinentes conforme al Art. 230, según el resultado definitivo del proceso. En ningún caso la revocación y la casación podrán perjudicar a terceros de buena fe ni determinar la anulación de los actos o contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes.-

2. Otras Especies de Ejecución.

Art. 330.1, Referentes a las obligaciones de dar, en el caso de una sentencia que condene a dar una cosa que se halle en el patrimonio del deudor, el tribunal obligará despojarse de ella y entregársela al autor. La ejecución en especie cuando resulte imposible se procederá la ejecución por el

precio de la cosa y los daños y perjuicios se liquidarán por el procedimiento del Art. 322. 2, 3 y 4 según corresponda.

Así mismo, el Art. 331 Obligaciones de hacer, la sentencia que condene a alguien hacer algo, el autor solicita al tribunal intime al condenado su realización en el plazo establecido según se haya determinado, Art. 331.1 a. 3, acá el ejecutante puede optar por pedir directamente daños y perjuicios o los medios de conminación o compulsión necesarios a efectos de evitar a la postre la infracción a la condena la cual podrá solicitarse al tribunal.-

b. Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil.

1. La Sentencia Definitiva.

En el capítulo sexto Art. 414 habla con respecto a la sentencia, que habrá de resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso , y dictarse dentro de los diez días siguientes al finalizar la audiencia y deberá notificarse a las partes en el término de ley, excepcionalmente se podrá pedir la condena al pago de una cantidad sin especificar, en este caso el juez dictará sentencia con declaración que no podrá determinarse la cantidad por la vía de la ejecución forzosa sino entablando el correspondiente proceso declarativo, practicada la prueba las parte o sus defensores en sus caso.

2. Formas de Dictar la Sentencia.

El juez al dictar sentencia podrá anunciarla verbalmente, no obstante que deberá formularla por escrito, en caso de que la oposición se desestimare totalmente, con condena en costas para el demandado, ordenará continuar,

de acuerdo a las normas que rigen la ejecución de sentencias. En el Art. 457 se regula la reclamación de daños y perjuicios, y es claro en establecer que una vez admitida la oposición el tribunal acordare el levantamiento de la medida cautelar sin caución, el demandado podrá interesar del tribunal la oportuna indemnización por los daños y perjuicios que en sus caso, hubiere producido la medida cautelar revocada, la determinación de los daños y perjuicios y su liquidación seguirán los tramites previstos para tales casos en el procedimiento de ejecución forzosa.

Así mismo, el Art. 474 hace alusión a la eficacia de la sentencia dictada en los procesos ejecutivos, las cuales no producirán efectos de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el proceso común abreviado que corresponda sobre la misma cuestión, así mismo la sentencia que dicte sobre la protección de la posesión reclamada, quedando a salvo el derecho a las partes para acudir al proceso ordinario a fin de resolver con carácter plenario la cuestión.

2.3 BASE CONCEPTUAL

La base conceptual está conformada por todos aquellos conceptos y sus respectivas definiciones, que han sido fundamentales durante el desarrollo de la investigación.⁸⁴

A

Acción. La acción no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe.

Acción de Daños y Perjuicios. La que corresponde a cualquier perjudicado económicamente por otro, haya entre ellos previa relación obligatoria o sea consecuencia el mal de acción u omisión de diversa índole: Criminal, civil o administrativa.

Acción de Indemnización. La entablada para reclamar y obtener la reparación económica de un daño o perjuicio, de carácter contractual o extracontractual, por acción culposa o dolosa, e incluso fortuitamente, de estar así previsto en convenciones o ley, y sea por acción u omisión civil o penal. Las acciones de indemnización más generalizadas son consecuencia de la responsabilidad civil.

Agravio Material: Es aquel que recae sobre la integridad física o el patrimonio de una persona como consecuencia de un acto ilícito civil o

⁸⁴ Fuentes Consultadas: Cabanellas, Guillermo, (1996), Diccionario de Derecho Usual. 24^a Edic. Esit. Heliasta. Buenos Aires, Argentina.
Osorio, Manuel. (1997) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 24^a Edic. Edit. Heliasta, Buenos Aires, Argentina.
Enciclopedia Jurídica Omeba.

penal realizado por otra persona que queda obligada a la reparación del daño causado.

Agravio Moral: El desmedro sufrido en los bienes extramatrimoniales que cuentan con protección jurídica y que atienden a los efectos de la acción antijurídica.

C

Cuantía. Cantidad. Medida o cantidad indeterminada o determinada de las cosas.

Cuantificar. Expresar numéricamente una magnitud. Explicitar la cantidad en los enunciados o juicios.

D

Damnificado: Víctima del daño.

Damnificador: Quien sin causa daña o inflige perjuicio.

Dañado: Lo que es objeto de algún daño. Equivale a lo patente y probado cuando existe culpa o afecta a los intereses; determina las reparaciones.

Daño Emergente: es el perjuicio sufrido por el perjudicado en forma efectiva y que es la ganancia o provecho de que ha sido privado este en forma efectiva y que puede ser directo e indirecto

E

Ejecución: Es la última parte del proceso judicial que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del juez.

Equilibrio Espiritual. Estado de gracia y la perfecta serenidad del alma, el equilibrio creador, fuente de energía espiritual⁸⁵.

H

Honor: Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea.

I

Indemnización. Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, desde el punto de vista de punto de vista del culpable; y del que se ha recibido, enfocado desde la víctima. En general reparación de un mal.

Indemnización por Daños y Perjuicios. Valuación en dinero de la totalidad del daño resarcible, que el responsable debe satisfacer a favor del damnificado, y de esta forma restablecer el desequilibrio de orden jurídico provocado por el hecho dañoso generador de la obligación de reparar el daño.

⁸⁵ Fuente: Diario de la Salud, Artículo disponible en www.saludmania.com

In Re Ipsa. Voz Lat. Es decir, lo que se tiene por probado por la sola ocurrencia de la acción antijurídica.

L

Lesionar. Causar un daño en la esfera jurídica civil. Perjudicar en intereses o derechos.

Lucro Cesante: Ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para los propios intereses.

R

Reparación: Arreglo de daños satisfacción tras ofensa o agravio.

Reparación del Daño: obligación que al responsable le corresponde para reponer las cosas en el estado anterior dentro de lo posible y para compensar las pérdidas que por ello haya padecido el perjudicado.

Resarcimiento. Reparación de daño o mal. Indemnización de Daños y Perjuicios. Satisfacción de Ofensa. Compensación.

Responsabilidad Civil: es aquella que lleve consigo el resarcimiento de los daños causadores y de los perjuicios provocados por un mismo o por tercero por el que debe responder.

Responsabilidad Extracontractual: supone la vulneración de un deber que tiene su origen y fundamento en la obligación que toda persona tiene de no lesionar los derechos e intereses de los demás, en este caso no existe relación previa de ningún tipo y surge la obligación por el hecho de transgredir un deber genérico de conducta.

P

Parámetro. Dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación.

Patrimonio. Universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona, puedan o no ser apreciables en dinero.

Perjuicio: Lesión Moral. Daño en los intereses patrimoniales. La ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona una acción u omisión ajena culpable o dolosa.

Q

Quantum. Voz Lat. Cantidad, cuantía. Importe de una indemnización o suma reclamada en una demanda.

Capítulo III

Marco Metodológico

3.1 Sistema de Hipótesis

3.2 Método

3.3 Naturaleza de la Investigación

3.4 Universo Muestra

3.5 Técnicas de Investigación

CAPITULO III

3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Operacionalización del Sistema de Hipótesis.

Objetivo General 1. Investigar desde el punto de vista teórico práctico la Indemnización por Daños y Perjuicios.	
Hipótesis General 1. La indemnización de los daños materiales y morales que se producen en el ámbito de las relaciones familiares, permiten el restablecimiento del orden jurídico por la reparación económica del daño.	
Variable Independiente: La indemnización de los daños materiales y morales que se producen en el ámbito de las relaciones familiares.	Indicadores: Indemnización Daño Perjuicio Familia
Variable Dependiente: El restablecimiento del orden jurídico y la reparación económica del daño.	Indicadores: Justicia Ilícito Equidad Código de Familia Ley Procesal de Familia Ley contra la Violencia Intrafamiliar

<p>Objetivo General 2. Analizar la normativa familiar y la jurisprudencia relacionada con la Indemnización de daños y perjuicios.</p> <p>Objetivo Específico 2.2 Señalar los precedentes y criterios jurisprudenciales relativos a la Indemnización por Daños y Perjuicios.</p>	
<p>Hipótesis General 2. La correcta interpretación y aplicación de la Indemnización por Daños y Perjuicios producirá una jurisprudencia respetuosa de los derechos y garantías fundamentales.</p>	
<p>Variable Independiente: La correcta interpretación y aplicación de la indemnización por daños y perjuicios.</p>	<p>Indicadores: Interpretación Aplicabilidad Constitución de la República Código de Familia Ley Procesal de Familia</p>
<p>Variable Dependiente: Jurisprudencia respetuosa de los derechos y garantías fundamentales.</p>	<p>Indicadores: Reparación Criterios jurisprudenciales Sana crítica Precedente jurisprudencial</p>

<p>Objetivo Específico 1.1</p> <p>Determinar las teorías que sustentan a la indemnización por daños y perjuicios en la justicia familiar.</p>	
<p>Hipótesis Específica 1.</p> <p>El conocimiento del Juzgado Familiar sobre la teoría de la indemnización de daños y perjuicios influirá en la cuantificación de la misma</p>	
<p>Variable Independiente:</p> <p>El conocimiento del Juzgado Familiar sobre la teoría de la indemnización de daños y perjuicios</p>	<p>Indicadores:</p> <p>Teoría Sanción Resarcimiento Subjetividad Objetividad</p>
<p>Variable Dependiente:</p> <p>La cuantificación de la indemnización por daños.</p>	<p>Indicadores:</p> <p>Cuantificación Medición Monto Liquidez</p>

<p>Objetivo Específico 1.2 Identificar los medios probatorios idóneos para establecer los daños materiales y morales.</p>	
<p>Hipótesis Específica 1.2 Todos los medios probatorios serán idóneos para establecer los parámetros de cuantificación de daños materiales y morales.</p>	
<p>Variable Independiente: Medios Probatorios</p>	<p>Indicadores: Prueba Testigos Peritos Prueba presuncional Prueba científica</p>
<p>Variable Dependiente: Establecimiento de parámetros para cuantificar el daño.</p>	<p>Indicadores: Entidad del Daño Calificación profesional Necesidad de la víctima Estado de Salud Medios Económicos</p>

<p>Objetivo Específico 2.1 Determinar los problemas legales de la normativa familiar respecto a la indemnización por daños y perjuicios.</p>	
<p>Hipótesis Específica 2.1 En la medida en que haya regulación suficiente sobre la indemnización de daños y perjuicios en la normativa familiar se logrará una mejor aplicación de la misma.</p>	
<p>Variable Independiente: Regulación suficiente sobre la indemnización, de daños y perjuicios en la normativa Familiar.</p>	<p>Indicadores: Regulación suficiente Vacíos Legales Integración de la norma Supletoriedad Reformas</p>
<p>Variable Dependiente: Mejor aplicación de la indemnización por daños y perjuicios.</p>	<p>Indicadores: Aplicabilidad Eficacia Arbitrariedad Objetividad Subjetividad</p>

3.2 METODO

Los métodos son las herramientas metodológicas de la investigación, ya que permiten implementar las distintas etapas de esta dirigiendo los procesos mentales y las actividades prácticas hacia la conservación de los objetivos formulados. El método en su sentido más amplio es la forma de alcanzar los objetivos que se han trazado en el proceso de la investigación. Se puede decir que el método se refiere a criterios y procedimientos generados que guían el trabajo científico para alcanzar un objetivo de la realidad.

Es por ello que se estima el método idóneo para realizar la investigación sobre la indemnización de daños y perjuicios en el proceso de familia 2000 - 2004. Es el método científico desde la perspectiva del método hipotético deductivo auxiliándose del análisis, síntesis y comparación; ya que por medio de estos se puede observar, analizar y predisponer aspectos sobre el fenómeno en estudio, es decir, recolectar datos en forma global para luego extraer la parte en la cual esta basada la investigación respectiva como lo es la normativa familiar, partiendo de lo general a lo particular.

3.3 NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN

Para la elaboración y concretización del proyecto de investigación se requiere manejar un nivel que debe aplicarse en la construcción de un marco teórico conceptual; así el nivel utilizado es el Explicativo, que se sitúa en un punto central, que limita con anterioridad la descripción y sirve para

puntualizar los métodos necesarios para realizar una investigación de transformación, explicitando sobre todos los aspectos importantes de la misma, logrando alcanzar un punto de referencia que conduzca a la obtención de respuestas concretas para una problemática jurídica.

3.4 UNIVERSO MUESTRA

En todo proceso de investigación se requiere constatar la teoría y la práctica para tal efecto, la recopilación de datos es de suma trascendencia.

En consecuencia es necesario definir en este orden los siguientes conceptos:

- Universo: Es la totalidad de elementos ó fenómenos que conforman el ámbito de un estudio o investigación, es decir la población total de la cual se toma una muestra para realizar una investigación.⁸⁶
- Población: Personas o elementos cuya situación se esta investigando, es decir, que la población se refiere a la totalidad de los elementos que poseen las principales características objetos de análisis y sus valores son conocidos como parámetros. ⁸⁷

⁸⁶ Tamayo Tamayo, Marco, **Diccionario de Investigación Científica**, Editorial Simesa 1996 pag. 165.

⁸⁷ M. Rosental y pag. 195.

- Muestra: Conocimiento de comportamiento de las distintas variables objeto de estudio a nivel de toda la población. La teoría del muestreo sostiene que se puede trabajar con base a la muestra para tener un conocimiento de las medidas de la población y definir a esta como una parte de la población que contiene teóricamente las características que se desean estudiar en aquellas.⁸⁸

- Entrevista: Obtención directa de repuestas de un sujeto por parte del investigador, el cual las anota.

- Entrevista no Estructurada: Es un cuestionario formulado por preguntas determinadas, donde el entrevistado tiene opción de responder según su criterio, además de definir una opción, o de tomar una posición.

- Entrevista estructurada: Es un cuestionario formulado por preguntas determinadas que lleva por naturaleza diferentes opciones las cuales son recabadas de forma técnica.

⁸⁸ Rojas Soriano Raul, Guía para la realización de investigaciones Sociales. 8ª. Edición Mexico pag. 163.

INSTITUCIONES	UNIDAD DE	UNIVERSO Y
----------------------	------------------	-------------------

INSTITUCIONES	UNIDAD DE ANÁLISIS				UNIVERSO MUESTRA
	Magistrados Jueces	Srío/a	Colaboradores Jurídicos	Equipo Multidisciplinario	
CÁMARA	2	1	4	-	7
JUZGADO 1º DE FAMILIA S/M	1	1	6	6	14
JUZGADO 2º DE FAMILIA S/M	1	1	7	5	14
JUZGADO DE FAMILIA LA UNIÓN	1	1	7	6	15
JUZGADO DE FAMILIA USULUTAN	1	1	7	6	15
JUZGADO DE MORAZÁN (GOTERA)	1	1	7	6	15
TOTAL	7	6	38	29	80

	ANÁLISIS	MUESTRA
P.G.R SAN MIGUEL	7	7
P.G.R LA USULUTAN	3	6
P.G.R LA UNION	2	14
P.G.R MORAZAN	2	10
LITIGANTES	30	13
TOTAL	44	59

3.4.1 Aplicación de la Fórmula.

$$Fa (\%) \times 100$$

La anterior fórmula sirve para calcular la muestra en aquellos casos en que el universo es significativo.

3.4.2 Fórmula Complementaria.

$$\frac{N_c}{N_T} \times 100$$

NT

Esta fórmula se aplica para la tabulación de cuadros estadísticos y graficas respectivas donde se calculará la frecuencia relativa para la presentación descripción e interpretación de resultados.

3.5 Técnicas de Investigación.

Según el autor Manuel Ossorio las técnicas de Investigación se definen como " Un conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o arte"⁸⁹

3.5.1 Técnicas de Investigación Documental.

Para la obtención de resultados que lleven a la comprobación de los objetivos planteamientos y sistema hipótesis, es necesario auxiliarse de la técnica documental de la cual se extrae el cúmulo de postulados, teorías y posiciones doctrinarias presentadas en el desarrollo del tema La Indemnización por daños y Perjuicios y como fuente esencial tenemos a la normativa compuesta en primer lugar de:

- ❖ La Constitución de la República.

Y un segundo plano se considera las Leyes Secundarias que componen la normativa familiar y el derecho común supletorio a esta.

- ❖ Código Civil.
- ❖ Código Procesal Civil.
- ❖ Código de Familia.
- ❖ Ley Procesal de Familia.
- ❖ Ley Contra la Violencia Intrafamiliar.

Como segunda fuente Documental se considera a los textos consultados, revistas de naturaleza legal y científicas, informes que resultan de ponencias

⁸⁹ Ossorio Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y sociales** 24ª Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas, Edit. Heliasta Pág.959.

explicativas, procesos y sus respectivas sentencias así como de otros documentos que influenciaron la investigación.

3.5.2 Técnicas de Investigación de Campo.

Paralela a la técnica documental se encuentra la técnica de Campo con esta se conforma el binomio de una investigación teórica práctica; ya que de los diferentes procedimientos que forman parte de las técnicas de investigación tenemos a los instrumentos que para esta investigación son obligatorios y estos consisten en Entrevistas Estructuradas y Semi Estructuradas que consisten en la pretensión de obtener información acerca de la Indemnización de Daños y Perjuicios proveniente de los que se denominan informantes claves y comunes; siendo única y exclusivamente estos instrumentos dirigidos a magistrados, jueces, colaboradores, miembros de los equipos de especialistas de los Juzgados y auxiliares de la procuraduría General de la República, abogados, litigantes y con base en los datos que se obtengan confirmar los postulados del marco teórico.

3.5.3 Organización de los Instrumentos.

Los instrumentos permiten establecer a través de informantes claves y muestras, datos que sólo se han obtenido de la doctrina, los cuales convergen a ella o desvirtúan lo ya planteado.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS

XI PROCESO DE GRADUACION 2004

TEMA: Indemnización por Daños y Perjuicios en Materia de Familia.

Entrevista no Estructurada dirigida a: Magistrados de Cámara de Familia

Jueces y Juezas de Familia

Fecha: _____

Hora: _____

Lugar: _____

Objetivo de la Entrevista: Determinar los diferentes criterios que el Juzgador familiar de la zona oriental posee respecto a la indemnización de daños y perjuicios en el proceso de familia.

Indicación: A continuación se le presenta una serie de preguntas, a efecto de que conteste de forma clara y precisa.

1. En su tribunal, ¿Cuáles son los casos más frecuentes en los que se reclama indemnización por daños materiales y morales?

2. ¿Cuáles son los criterios que usted aplica para otorgar el resarcimiento en los casos anteriores?

3. ¿Considera usted necesario para que proceda la indemnización por daños y perjuicios que ésta se encuentre literalmente regulada en la normativa familiar?
4. Según su criterio ¿Es indispensable la prueba para que se otorgue el daño moral
5. Según su opinión, ¿Cuáles son las pruebas para establecer el daño moral?
6. ¿Cuáles son las pruebas que se ofrecen con más frecuencia para probar el daño material?
7. ¿Cuáles son los parámetros que usted aplica para determinar la cuantía de la indemnización?
8. ¿Cuáles son los vacíos o contradicciones que ha detectado en la normativa familiar con respecto a la indemnización de daños y perjuicios?
9. A su criterio ¿Considera que debe regularse en la normativa familiar la indemnización por daños y perjuicios de forma clara y específica?
10. Según su opinión, ¿Es necesario que exista la indemnización por daños y perjuicios en casos de violencia intrafamiliar?

11. ¿Ha recibido capacitación sobre indemnización por daños y perjuicios en materia de familia?



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS**

XI PROCESO DE GRADUACION 2004

TEMA: Indemnización por Daños y Perjuicios en Materia de Familia.

Entrevista Estructurada dirigida a:

Fecha: _____

- Secretarios de Familia
- Colaboradores Jurídicos

Hora: _____

Lugar: _____

Objetivo de la Entrevista: Determinar los diferentes criterios que los profesionales del derecho de la zona oriental poseen respecto a la indemnización de daños y perjuicios en el proceso de familia.

Indicación: A continuación se le presenta una serie de preguntas, a efecto de que conteste de forma precisa.

1. ¿La indemnización por daños y perjuicios permite el resarcimiento del daño efectivamente sufrido y las ganancias que la víctima dejó de percibir?

Si _____

No _____

2. ¿Es eficaz el resarcimiento de los daños familiares a través de la indemnización?
Si _____ No _____
3. ¿Es frecuente la reclamación de indemnización por daños y perjuicios en el ámbito familiar?
Si _____ No _____
4. ¿La indemnización por daños y perjuicios procede sólo a petición de parte?
Si _____ No _____
5. ¿La indemnización de daños y perjuicios procede sólo en los casos determinados en la normativa familiar?
Si _____ No _____
6. ¿La indemnización por daños y perjuicios es una obligación que debe pagarla únicamente el que produjo el daño?
Si _____ No _____
7. ¿Debe existir proporcionalidad entre el monto indemnizatorio y la gravedad del daño?
Si _____ No _____
8. ¿Es conveniente regular en la normativa familiar parámetros que determinen la cuantía del monto indemnizatorio?

Si _____ No _____

9. ¿La existencia del daño moral se establece conforme las reglas de la sana crítica?

Si _____ No _____

10. ¿La normativa familiar regula expresamente parámetros para determinar la cuantía de la indemnización por daños?

Si _____ No _____

11. ¿La gravedad del daño y la necesidad de la víctima son parámetros necesarios para determinar la cuantía del monto de la indemnización?

Si _____ No _____

12. ¿Los juzgadores de familia se auxilian de la jurisprudencia sobre daños materiales y morales al otorgar la indemnización?

Si _____ No _____

13. ¿El Código de Familia y La Ley Procesal de Familia poseen una amplia regulación sobre la indemnización por daños y perjuicios?

Si _____ No _____

14. ¿Para determinar la cuantía de la indemnización, basta con el prudente criterio del juzgador familiar?

Si _____ No _____

15. ¿La Ley contra la Violencia Intrafamiliar debe regular la indemnización por daños y perjuicios?

Si _____ No _____

16. ¿Ha recibido capacitación especializada en materia de familia sobre indemnización de daños y perjuicios?

Si _____ No _____



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS
PROCESO DE GRADUACION AÑO 2004**

TEMA: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN MATERIA DE FAMILIA.

ENTREVISTA ESTRUCTURADA

DIRIGIDA A: Equipos de Especialistas de los Juzgados de familia.

Auxiliares de la P.G.R.

FECHA -----

HORA-----

LUGAR-----

OBJETIVO: Identificar las distintas valoraciones sobre la indemnización por Daños y Perjuicios en el Proceso de Familia.

INDICACIÓN: A continuación se le presenta una serie de preguntas, a efecto de que conteste de forma precisa.

01- ¿Se auxilia usted del Código de Familia y La Ley Procesal de Familia para realizar estudios sobre los daños familiares?

Si No

02- ¿Considera usted que es reparable el daño moral?

Si No

03- ¿Para establecer el daño moral es necesario probar las causas que lo producen?

Si No

04- ¿En la normativa familiar existen parámetros legales a seguir para determinar la cuantía de la indemnización?

Si No

05- ¿Cree usted que factores externos como la cultura, el grado de escolaridad, y el nivel socioeconómico inciden en el origen del daño en las relaciones familiares?

Si No

06- ¿En los casos en que se solicita indemnización por daños y perjuicios es frecuente la práctica de estudios socioeconómicos, educativos y psicológicos?

Si No

07- ¿Los estudios Socioeconómicos, Educativos y Psicológicos son valorados como prueba por el juez para establecer la indemnización?

Si No

08- ¿Cuándo el equipo multidisciplinario realiza un estudio en un caso donde se reclamen daños y perjuicios toma en cuenta los parámetros siguientes: Entidad del daño, edad, calificación profesional, necesidad de la víctima, estado de salud y medios económicos?

Si No

09- ¿Ha recibido capacitación especializada sobre indemnización de daños familiares?

Si No



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS
PROCESO DE GRADUACION AÑO 2004**

**TEMA: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN
MATERIA DE FAMILIA.**

ENTREVISTA ESTRUCTURADA

DIRIGIDA A: Litigantes

Procuradores

FECHA -----

HORA-----

LUGAR-----

OBJETIVO: Identificar las distintas valoraciones sobre la indemnización por Daños y Perjuicios en el Proceso de Familia.

INDICACIÓN: A continuación se le presenta una serie de preguntas, a efecto de que conteste de forma precisa.

1. ¿Ha recibido usted capacitación especializada en materia de familia sobre la indemnización de daños y perjuicios?

Si _____ No _____

2. ¿Ha promovido o representado a alguien en un juicio en que se haya reclamado indemnización por daños y perjuicios en materia de familia?

Si _____ No _____

3. ¿Considera que en la normativa familiar hay fundamentos legales para reclamar el daño?

Si _____ No _____

4. ¿Procede la indemnización por daños en toda clase de juicios o casos de familia?

Si _____ No _____

5. ¿La indemnización por daños y perjuicios es una obligación que debe pagarla únicamente el que produjo el daño?

Si _____ No _____

6. ¿Utiliza usted las teorías sobre la indemnización para hacer una reclamación de daños?

Si _____ No _____

7. A su criterio, ¿Es necesario que existan parámetros determinados por la ley para fijar la cuantía de la indemnización?

Si _____ No _____

8. ¿Es necesario ofrecer prueba para establecer el daño?

Si _____ No _____

9. ¿En los casos en que usted ha participado ha ofrecido pruebas para establecer los daños?

Si _____ No _____

10. ¿Los estudios del equipo multidisciplinario son valorados por el juez para determinar la indemnización?

Si _____ No _____

11. ¿Ha promovido la reclamación de indemnización por daños y perjuicios de forma independiente respecto de otro caso?

Si _____ No _____

12. ¿Considera que el procurador de familia debe intervenir de forma permanente en aquellos casos donde se reclamen daños y perjuicios?

Si _____ No _____

13. ¿En los casos en que usted ha participado y el juez se ha pronunciado sobre la indemnización, se motivó la sentencia?

Si _____ No _____

14. ¿La indemnización de daños y perjuicios fue otorgada en forma subjetiva sin tomar en cuenta la prueba?

Si _____ No _____

15. ¿Considera que los jueces de familia toman en cuenta la jurisprudencia en relación a la indemnización de daños y perjuicios?

Si _____ No _____

16. ¿Considera que existen vacíos legales en la normativa familiar en relación a la indemnización de daños y perjuicios?

Si _____ No _____

17. ¿Según su criterio, el principio de supletoriedad regulado en el Art. 218 Pr.F. es suficiente para resolver cualquier caso de familia sobre reclamación de daños?

Si _____ No _____

18. ¿En su opinión, el principio de integración del derecho le permitirá al juez utilizar normas de otras ramas del derecho compatibles con la normativa familiar en relación a la indemnización por daños?

Si _____ No _____

19. ¿Considera usted necesario que se hagan reformas en la normativa familiar sobre la indemnización de daños y perjuicios?

Si _____ No _____

20. ¿Alguna vez ha interpuesto recurso de una sentencia en lo que la indemnización de daños y perjuicios le cause agravios?

Si _____ No _____



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS
PROCESO DE GRADUACION AÑO 2004

**TEMA: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL
PROCESO DE FAMILIA.**

GUIA DE OBSERVACION.

1. ¿Se reclamó la indemnización por daños y perjuicios en la demanda?

Si _____ No _____

Monto reclamado _____

2. ¿Qué clase de daño se reclama?

Material

Moral

Otros

3. ¿Se ofreció prueba para establecer el daño?

Si _____ No _____

4. ¿Qué clase de prueba se presenta?

Documental

Testimonial

Pericial y/o Científica

Otros

5. ¿Se probaron los daños?

Si _____

No

6. ¿Se otorgaron los daños por el juez?

Si _____ No _____

Otorgó con prueba _____

Otorgó sin prueba _____

7. ¿Se motivó la sentencia en relación a la indemnización de los daños?

Si _____ No _____

Monto indemnizatorio otorgado: _____

Capítulo IV

Análisis e Interpretación de Resultados.

4.1 Presentación General de Resultados

4.2 Análisis e Interpretación Individual de Resultados

4.1.1 CUADRO GENERAL DE RESULTADOS
(SECRETARIOS Y COLABORADORES JURIDICOS)

Alternativa N° de Pregunta	SI	NO	NO CONTESTO	TOTAL
1	20	16	8	44
2	21	15	8	44
3	13	23	8	44
4	34	2	8	44
5	12	23	9	44
6	24	11	9	44
7	34	2	8	44
8	27	9	8	44
9	27	9	8	44
10	16	19	9	44
11	28	8	8	44
12	28	8	8	44
13	9	26	9	44
14	7	28	9	44
15	30	5	9	44
16	14	22	8	44
TOTAL	344	226	134	44

4.1.2 CUADRO GENERAL DE RESULTADOS DE LITIGANTES Y PROCURADORES

Alternativa N° de Pregunta	SI	NO	NO CONTESTO	TOTAL
1	12	32	-	44
2	21	23	-	44
3	33	11	-	44
4	12	32	-	44
5	30	14	-	44
6	30	14	-	44
7	33	11	-	44
8	40	4	-	44
9	21	23	-	44
10	36	8	-	44
11	9	35	-	44
12	35	9	-	44
13	26	18	-	44
14	18	26	-	44
15	24	20	-	44
16	37	7	-	44
17	12	32	-	44
18	35	9	-	44
19	40	4	-	44
20	9	35	-	44
TOTAL	513	367	-	880

**4.2.1 INTERPRETACIÓN Y ANALISIS (PREGUNTA POR PREGUNTA) DE
LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A JUECES DE FAMILIA Y
MAGISTRADOS DE CÁMARA DE FAMILIA DE LA ZONA ORIENTAL**

Pregunta No 1.-

En su tribunal, ¿Cuáles fueron los casos más frecuentes en los que se reclama indemnización por daños materiales y morales?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No Contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	Declaración Judicial de paternidad. Divorcio. Impugnación de paternidad.
Juzgado Familia de Usulután	No contestó y aun no se ha dado ningún caso de indemnización por los daños materiales o morales.
Juzgado Familia de La Unión.	Declaración Judicial de Paternidad.
Juzgado Familia de Morazán.	No se ha recibido ningún caso.
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Declaración judicial de paternidad
Segundo Magistrado	Declaración judicial de paternidad. Unión no matrimonial. Nulidad del matrimonio.

Descripción:

La anterior pregunta ha sido realizada para valorar cuáles son los casos más frecuentes en los que se solicita la indemnización y asimismo que grado de conocimiento poseen los juzgadores para cuantificar la indemnización de los daños morales, que son los que mayor dificultad presentan para su cuantificación.

Análisis e Interpretación:

Estas respuestas dejan ver, que en los Juzgados de Familia de Usulután y Morazán no se ha presentado ningún caso donde se reclame la indemnización; dichas unidades de análisis consideran que se debe a que las partes no lo solicitan y eso dificulta el trabajo de los juzgadores ya que aunque la normativa familiar regule la indemnización por daños, el juzgador no puede aplicarla sin consentimiento del demandante; Otra de las situaciones que los jueces de la Cámara y Juzgado Segundo de familia, manifiestan es que algunas veces los litigantes no saben si se prueba o, no presentan pruebas; de ahí, que no se otorgue la indemnización solicitada. En Usulután y Morazán no se han dado casos es a raíz del nivel cultural y educativo que da cabida al desconocimiento de la parte a ese derecho.

Pregunta No 2

¿Cuáles son los criterios que usted aplica para otorgar el resarcimiento en los casos anteriores?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	Hay diversas opiniones acerca de los criterios en doctrina sobre si plasmarlos en la norma y cuales deben aplicarse en este tribunal se utilizan la capacidad económica del dañador y los aspectos sociales de la conducta de ambos dañador y dañado así como algunos otros que estén en la doctrina.
Juzgado Familia de Usulután	No contestó
Juzgado Familia de La Unión	La capacidad económica.
Juzgado Familia de Morazán.	Los criterios que yo aplicaría si se tramitara un caso de esos serian capacidad económica y aspectos adecuados para cada tipo de daños.
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Capacidad económica, gravedad del daño y el carácter del daño causado.
Segundo Magistrado	Duración del daño y capacidad económica del dañador.

Descripción:

Esta pregunta fue estructurada para conocer los diferentes criterios utilizados por los juzgadores para otorgar la indemnización en los casos en que se solicita esta compensación.

Análisis e Interpretación:

De las diferentes respuestas se deduce que los juzgadores tienen bien claro que no existen en la normativa de familiar parámetros para determinar el daño y esto indica que los juzgadores como los de la Cámara y Juez segundo de familia que sí enumeran algunos parámetros que no son la capacidad económica del dañador, se han auxiliado de la doctrina para poder otorgar una indemnización, que no sea por el simple arbitrio judicial.

Pregunta. No 3

¿Considera usted necesario para que proceda la indemnización por daños y perjuicios que ésta se encuentre literalmente regulada en la normativa familiar?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	Es muy discutido si se debe normar o no, los casos unos creen que basta con la normativa civil para suplir los vacíos que posee la ley familiar, sería optimo que se regularan los casos o una salvedad que permitiera vez indemnizar los casos que lo ameriten.
Juzgado Familia de Usulután.	No contestó.
Juzgado Familia de La Unión.	Sí.
Juzgado Familia de Morazán.	Si, deberían de estar regulados los casos ya que considero que no están regulados estrictamente todos los casos de donde procede otorgar la indemnización.
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Si, pero podría ocurrir que se dé una situación en la que faculden al Juez a valorar si procede en el caso determinado.
Segundo Magistrado	Si, considero que hay casos que ya están establecidos pero no quiere decir que esos son los únicos ya que debería regularse en otros casos que a la ameritan.

Descripción:

La pregunta anterior estaba dirigida a conocer los puntos de vista de los juzgadores en cuanto a la regulación de la indemnización por daños y perjuicios, la normativa familiar así como el grado de conocimiento respecto al tema.

Análisis e Interpretación:

Todos los entrevistados respondieron positivamente a la interrogante y esto arroja el resultado de que la normativa familiar necesita de una regulación estrictamente de los casos ya existen contemplarla para figuras nuevas que la ameritan para que no queden indemne el perjudicado. Lo cual nos permite afirmar que los juzgadores están consientes de la importancia de la reparación de la víctima y que es un derecho reconocido a la víctima.

Pregunta No 4.

Según su criterio ¿Es indispensable la prueba para que se otorgue el daño moral?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No Contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	No hay necesidad de prueba, ya que lo que si debe probarse es el hecho generador, la conducta que da lugar a la indemnización.
Juzgado Familia de Usulután	No contestó
Juzgado Familia de Morazán.	Si se necesita prueba.
Juzgado Familia de La Unión.	No, pues el daño que causa un dolor angustia, por lo creo solo esta sujeto a la sana critica del juzgador.
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Si, este debe probarse, pues la prueba es multiforme ya que algunos casos pueden hacerse con prueba directa y con prueba indiciaria.
Segundo Magistrado	No, es indispensable para que se otorgue porque el mismo hecho dañoso permite dar la convicción del sufrimiento padecido en el daño moral

Descripción:

Determinar si, los daños morales y materiales necesitan pruebas para acreditar su entidad; así como si los juzgadores la exigen para cuantificar el monto indemnizatorio.-

Análisis e interpretación:

La mayoría de los de los entrevistados respondieron negativamente situación que indica que estos juzgadores poseen un criterio restrictivo para valorar la entidad de un hecho dañoso, es de hacer notar que tanto la doctrina en general como la jurisprudencia salvadoreña, establecen que el daño moral está exento de prueba, lo cual debe analizarse cuidadosamente porque si bien es difícil probar el dolor o sufrimiento interno, que es diferente en cada persona, ya que lo que una persona pueda ofenderle a otra no; se estima que puede utilizarse supuestos de prueba indirecta, para que el juzgador haciendo uso de las reglas de la sana crítica pueda inferir la existencia del daño moral. Así mismo es controversial el hecho de que en estos casos sea el demandado o supuesto agresor quien deba probar que él no pudo haber sido el causante del agravio moral; porque cabe la posibilidad de que se violenten normas fundamentales, como el Art. 11 Cn, que enuncia que nadie podrá ser

privado de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio. Por lo tanto se es importante aclarar que si hay necesidad de regular parámetros para otorgar la cuantía del monto indemnizatorio, toda persona que alegue un daño moral deberá atendiendo, por supuesto a cada caso concreto probar o fundamentar los hechos que determinen tales parámetro, como por ejemplo la necesidad de la víctima y la entidad del daño sufrido; éste último podrá determinarse para el caso del daño moral a través de estudios psicológicos, ya que en opinión de especialistas consultados es posible a través los mismos determinar en cierta medida el grado de perjuicio emocional que ha sufrido la víctima.

Pregunta No 5

Según su opinión, ¿Cuáles son las pruebas para establecer el daño moral?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No Contestó
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	Si no, debe ser probado, no hay pruebas considerables aunque si se puede acompañar de prueba testimonial, y prueba indiciaria.
Juzgado Familia de Usulután	No contestó
Juzgado Familia de Morazán.	Yo, valoraría las pruebas periciales de siquiатras, estudios sociales en cuanto a la capacidad económica del dañador, ya que es muy difícil de probar; seria con ello que me podría auxiliar.
Juzgado Familia de La Unión.	A través de la prueba pericial ya que se tienen algunas veces diagnósticos de los peritos o psicólogos aunque es difícil de cuantificar esta clase de daño.
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Considero que puede acompañarse este daño de pruebas testimoniales y pruebas documental o instrumental dependiendo a clase de daño se refiere pues si trata de un daño psicológico se debe valorar según dictamen de psicólogo.
Segundo Magistrado.	Cabe todo tipo de pruebas dependiendo del tipo de daños si es un daño psicológico se necesitara de un dictamen de ese perito.

Descripción:

A través de esta interrogante se pretende valorar si los juzgadores solicitan pruebas para la prueba del daño moral y si esto les permite a ellos otorgar con mas precisión la indemnización por la entidad el daño causado.

Análisis e interpretación:

El resultado nos permite aseverar que los juzgadores por la costumbre de que los litigantes presentan pruebas y alegan como fórmula dependiente a los daños morales y materiales y consideran que probando los morales, los daños materiales de igual forma son probados, situación que ha llevado a los juzgadores valorar que sí el daño moral debe probarse con esas pruebas. Es de hacer notar que el Magistrado Primero y la Jueza de la ciudad de La Unión de forma atinada, mencionan la diferencia doctrinaria que existe entre el daño moral y el psicológico, en razón de que uno por la simple infracción al deber genérico de no dañar ya está establecido mientras que el daño psicológico necesita directamente de prueba pericial para ser establecido; sin la concurrencia de ésta no puede conocerse la patología que se ha generado a raíz de un daño y por tanto el lucro cesante que se puede reclamar si el daño además de lesionar su integridad física ha imposibilitado sus labores cotidianas y por ella constituye un daño material a reclamar.

Pregunta No 6

¿Cuáles son las pruebas que se ofrecen con más frecuencia para probar el daño material?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No Contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	Los litigantes utilizan la prueba testimonial, documental, pero en el daño moral y dejan de lado el daño material ya que creen que son lo mismo ambos daños.
Juzgado Familia de Usulután	No contestó.
Juzgado Familia de La Unión.	El daño material con las inspecciones y valúo.
Juzgado Familia de Morazán.	Pruebas periciales y los estudios socioeconómicos
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Las más ofrecidas son la documental, (recibos y facturas)
Segundo Magistrado	La prueba documental (recibos y facturas)

Descripción:

Con esta pregunta se busca valorar si los litigantes ofrecen pruebas que demuestran los extremos de su pretensión a si como, si el juzgador cree con solo la reglas de la sana critica puede hacer la cuantificación del daño material.

Análisis e Interpretación:

De esta respuesta se concluye que casi en todos los casos los litigante ofrecen pruebas como: la instrumental, testimonial no así, la pericial para probar los daños; situación que degenera en un desconocimiento de la figura desde la doctrina por parte de los litigantes ya que estos no saben delimitar los ámbitos conexos y a la vez distantes de los daños materiales y morales y que ambos en su caso en concreto ameritan la prueba o asimismo solicitarla al juez para que este la realice si fuera oportuno.

Pregunta No 7

¿Cuales son los parámetros que usted aplica para determinar la indemnización?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	La edad, capacidad económica, y necesidad de la víctima.-
Juzgado Familia de Usulután	No contestó.
Juzgado Familia de Morazán.	Considero que la capacidad económica
Juzgado Familia de La Unión.	Uno de ellos es la Capacidad económica de quien va a dar la indemnización.-
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Algunos de los parámetros que se consideran son la gravedad del daño causado, la compensación que permita reparar el daño causado.
Segundo Magistrado	Pueden usarse los de la pensión compensatoria como: estado de salud, calificación profesional probabilidad de acceso a empleo.

Descripción:

Desde esta pregunta se establecerá que criterios influyen en la conciencia del juzgador para otorgar y cuantificar la indemnización y si la otorga a su arbitrio.

Análisis e interpretación:

A esta interrogante los Juzgadores contestaron que los parámetros mas usados lo constituyen la capacidad del dañador y las condiciones de la víctima con lo que se establece que, están consientes que la normativa no da medidas y que por el deber de no otorgar fallos que devengan en arbitrariedad deben tomar en cuenta la doctrina y la integración de la norma que les proporcione un parámetro adecuado, es de recalcar que lo magistrados de la cámara al contrario de algunos juzgadores tienen presente no solo los ya enunciados parámetros si no la entidad del daño, nivel profesional de las víctimas y del dañador situación que les permitirá dar una verdadera indemnización que sea capaz de reparar el daño.

Pregunta No 8

¿Cuáles son los vacíos o contradicciones que se han detectado en la normativa familiar con respecto a la indemnización de los daños y perjuicios?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	Hay muchos vacíos pero el más importante es que no hay parámetros para cuantificar el daño, ni tampoco procedimiento para la cuantificación así como en cuanto al divorcio que no se especifica, pero procede y se considera que pueden usarse los que establece la pensión compensatoria.
Juzgado Familia de Usulután.	No contestó.
Juzgado Familia de Morazán.	No hay un procedimiento para cuantificar los daños ni tampoco hay parámetros, y por ello se le permite al juzgador que este use su prudente criterio
Juzgado Familia de La Unión.	Creo que no hay tantos vacíos porque la indemnización la regula para algunos casos el código y para que proceda debe hacerse invocando la constitución ese debe ser un parámetro.
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Uno de los vacíos más importantes es que no hay parámetros para establecer la cuantía.
Segundo Magistrado	No hay un procedimiento para la cuantificación, ni hay parámetros para el daño.-

Descripción:

Advertir de como los juzgadores enfrentan las contradicciones que presenta la normativa familiar y con ello hacer un juicio de valoración para establecer las futuras reformas que volverían mas especifica la reclamación de dicha figura.

Análisis e interpretación:

Esta respuesta refleja que los juzgadores no poseen un proceso por medio del cual se pueda realizar la cuantificación del monto indemnizatorio y que ellos son conocedores que la forma en que hasta este momento se cuantifica dicho monto la forma más justa de hacerla ya que lo hacen considerando a su arbitrio y según un procedimiento, ni mucho menos lineamientos y que la normativa común, calla todo lo que tenga que ver con la indemnización de los daños morales, por lo tanto de los resultados obtenidos se determina que el tanto en el Código de Familia como en la Ley Procesal de Familia, existen vacíos de ley respecto a la indemnización por daños y perjuicios.

Pregunta No 9

¿A su criterio considera usted que debe regularse en la normativa familiar la indemnización por daños y perjuicios de forma clara y específica?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No Contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	Creo, que deben identificarse claramente elementos para valuar los daños y que existan figuras donde no se presume si no, de forma clara regule los daños y el efecto indemnizatorio.
Juzgado Familia de Usulután	No contestó.
Juzgado Familia de Morazán.	Si deben considerarse claramente porque los artículos que existen no bastan para cuantificar los daños.
Juzgado Familia de La Unión.	Si deben considerarse.
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Seria muy provechoso que se establecieran normas específicas.
Segundo Magistrado	Si es necesario que se den esas normas de forma clara

Descripción:

Considerar si los juzgadores poseen todos los elementos normativos necesarios para valorar y otorgar la indemnización justa.

Análisis e Interpretación:

Esta respuesta que fue positiva por todos los entrevistados demuestra la necesidad de los aplicadores de justicia de que se regule la indemnización de forma clara y específica en los casos ya determinados y mas aún, en lo que la ameritan y no esta establecida ni por vía jurisprudencial, en atención a l desinterés de los legisladores para con este ámbito del derecho que esta a la espera de una rigurosa revisión permitirá darle efectividad a los principios constitucionales y por ende al derecho a ser indemnizado por los daños morales y materiales.

Pregunta No 10

Según su opinión ¿Es necesario que exista la indemnización por daños y perjuicios en casos de violencia intrafamiliar?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No Contestó.
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	Los daños materiales ya se establecen; y es obligación del juzgador aplicarlo si se lo piden, aunque solo se refiere al material y no así al daño moral.
Juzgado Familia de Usulután	No contestó
Juzgado Familia de Morazán.	Sí, debe existir pero considerándose que esta rama es un ara de un circulo vicioso que necesita especial regulación.
Juzgado Familia de La Unión.	Si, porque en esta rama ya que hay daños morales
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	Si, pero excepcionalmente en casos graves y con una regulación específica.
Segundo Magistrado	Sí, creo es conveniente tener una regulación pero al caso concreto porque este ámbito es muy delicado.

Descripción:

Esta interrogante nos permitirá establecer un criterio en cuanto a si, se deben normarse en la Ley Contra Violencia Intrafamiliar la indemnización y los daños materiales y morales.

Análisis e interpretación:

Todos los entrevistados sostuvieron que en esa ley es donde mas se necesita la regulación de parámetros y de un procedimiento para otorgar la indemnización del daño moral de donde se deriva que es primordial la regulación y la necesidad de que se repare a la víctima, en razón de que como en esta norma sólo contiene la regulación por el daño emergente y lucro cesante que se le haya causado a la víctima por parte del dañador y no un trato para los daños psicológicos que a menudo ocurren en este núcleo familiar y que merece ser regulados.

Pregunta No 11

¿Ha recibido capacitación sobre indemnización por daños y perjuicios en materia de familia?

INSTITUCIONES	RESPUESTA
Juzgado Primero de Familia de San Miguel	No contestó
Juzgado Segundo de Familia de San Miguel.	SI
Juzgado Familia de Usulután	No contestó
Juzgado Familia de Morazán.	SI
Juzgado Familia de La Unión.	No
Cámara De Familia de la Zona Oriental Primer Magistrado	SI
Segundo Magistrado	SI

Descripción:

Considerar el grado de preparación de los juzgadores en cuanto a los daños familiares y así mismo el nivel de conocimiento de todos los aspectos generales de esta figura.

Análisis e interpretación:

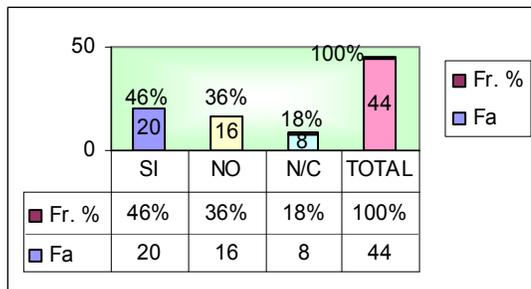
Todos los juzgadores de familia de la zona oriental menos uno manifiestan que han recibido capacitación acerca del tema en cuestión, situación que exige de estos que sean más eficaces y que fundamente bien una sentencia donde se establezca la indemnización de los daños y perjuicios ocurridos a la víctima y con otorgar indemnizaciones aptas que sean capaces de satisfacer las necesidades de quien la pretenda y que sean acorde a las posibilidades del dañado.

**4.2.2 INTERPRETACION Y ANALISIS (PREGUNTA POR PREGUNTA) DE
LAS ENTREVISTAS REALIZADAS EN LA ZONA ORIENTAL A
SECRETARIOS Y COLABORADORES JURIDICOS DE LOS JUZGADOS
DE FAMILIA Y CAMARA DE FAMILIA.**

Pregunta 1.

¿La indemnización por daños y perjuicios permite el resarcimiento del daño efectivamente sufrido y las ganancias que la víctima dejó de percibir?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	NO CONTESTO	Fr. %	Total
SECRETARIOS(AS)	3	7%	3	7%	-		6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	17	39%	13	29%	8	18%	38
TOTAL	20	46%	16	36%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	20	46%
NO	16	36%
NO CONTESTO	8	18%
TOTAL	44	100%

Interpretación y Análisis de Datos.

Descripción

En el cuadro anterior se observa que el 46% de los entrevistados que a su vez constituye el 38% de los colaboradores y un 7% de los secretarios contestaron que la indemnización por daños y perjuicios posibilita el resarcimiento del daño efectivamente sufrido, y únicamente un 37% de los encuestados, distribuidos en un 7% de los secretarios y un 30% de los colaboradores contestó de forma negativa a la pregunta formulada, mientras que un 18% de los entrevistados no respondió a la interrogante planteada.

Interpretación y Análisis

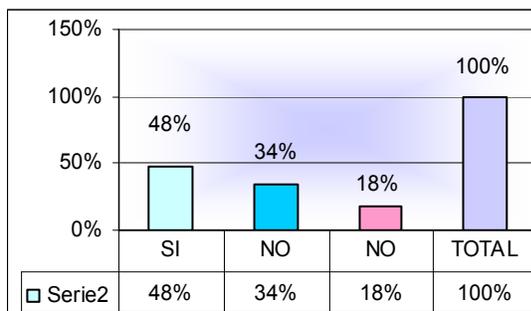
La interrogante está orientada a determinar si la indemnización dineraria es considerada como un medio idóneo para resarcir los daños materiales y morales en el proceso de familia. La tendencia muestra que los colaboradores jurídicos y secretarios de familia en su mayoría estiman que la indemnización es un medio que permite resarcir el daño sufrido siempre y cuando se realice con base en criterios objetivos y veraces, lo que presenta cierta dificultad en materia de familia, ya que no existen siquiera parámetros que en alguna medida orienten al juzgador a cuantificar el daño, especialmente el de tipo moral. Otro sector de los entrevistados estima que la indemnización por las dificultades de interpretación y aplicación que

presenta no es un medio idóneo para resarcir el daño causado, otro sector minoritario no respondió la interrogante planteada.

Pregunta 2.

¿Es eficaz el resarcimiento de los daños familiares a través de la indemnización?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	NO CONTESTO	Fr. %	Total
SECRETARIOS(AS)	3	7%	3	7%			6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	18	41%	12	27%	8	18%	38
TOTAL	21	48%	15	34%	8	18%	44



<i>Alternativas</i>	<i>Fa</i>	<i>Fr. %</i>
SI	21	48%
NO	15	34%
NO CONTESTO	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción.

El cuadro que antecede indica que un 48% de los encuestados que constituyen el 41% colaboradores y un 7% secretarios afirman que se da un eficaz resarcimiento de los daños a través de la indemnización, mientras que un 34% de los encuestados, que corresponde a un 27% de los colaboradores jurídicos y un 7% de los secretarios, estima que el resarcimiento de los daños y perjuicios en materia de familia a través de la indemnización no es eficaz, mientras que 8% de los entrevistados que corresponde al 18% del total de la muestra no respondió a la interrogante planteada.

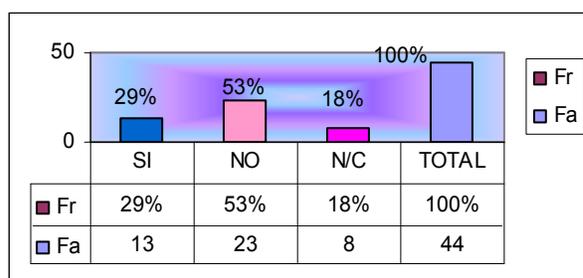
Interpretación y Análisis.

Esta pregunta pretende determinar el grado de eficacia del resarcimiento de los daños familiares a través de la indemnización. La mayoría de los entrevistados estimó que el resarcimiento de los daños familiares genera resultados positivos porque permite a las víctimas compensar en alguna medida tanto el daño efectivamente sufrido, como los perjuicios irrogados. No obstante un grupo considerable de entrevistados manifestó que en materia de familiar el resarcimiento de los daños familiares no es eficaz, lo que es una consecuencia de las dificultades que presenta la indemnización por daños y perjuicios en materia de familia, entre las que se mencionan la falta de una regulación adecuada, inexistencia de criterios que orienten al juzgador para establecer el monto indemnizatorio, falta de capacitación especializada sobre la materia, entre otras.

Pregunta 3.

¿Es frecuente la reclamación de indemnización por daños y perjuicios en el ámbito familiar?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	NO CONTESTO	Fr. %	Total
SECRETARIOS(AS)	4	9%	2	5%			6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	9	20%	21	48%	8	18%	38
TOTAL	13	29%	23	53%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	13	29%
NO	23	53%
N/C	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros presentados demuestran que un 29% de los entrevistados consideró que en los juzgados de familia de la zona oriental es frecuente la indemnización por daños materiales y morales, mientras que el 53% de los

entrevistados considera lo contrario, mientras que 8 colaboradores jurídicos que corresponden al 18% del total de entrevistados no contestó la interrogante planteada.

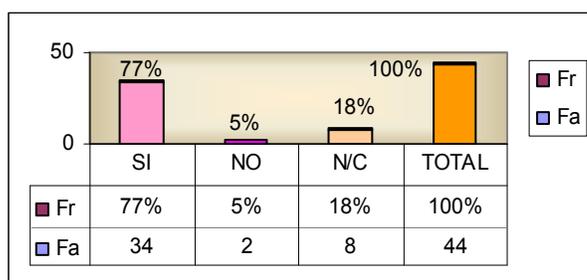
Interpretación y Análisis.

La interrogante está orientada a determinar la frecuencia con la que se reclama indemnización por daños materiales y morales en los Juzgados de Familia de la zona oriental. Del resultado obtenido se deduce que solamente en la ciudad de San Miguel, los entrevistados estimaron que en sus respectivos juzgados, es frecuente el reclamo por indemnización de daños y perjuicios, especialmente en los juicios de declaratoria judicial de paternidad que es uno de los casos donde la normativa familiar expresamente admite la acción de daños y perjuicios, y en menor medida se reclama indemnización por daños en los juicios de Divorcio por Vida Intolerable. Mientras que en los Juzgados de Familia de La Unión, Morazán y Usulután, según los entrevistados sucede todo lo contrario, porque los casos donde se reclama indemnización por daños y perjuicios son muy escasos, aún en los juicios donde la normativa familiar expresamente establece la procedencia de la reparación de los daños materiales y morales, lo que en gran medida se debe al desconocimiento.

Pregunta 4

¿La indemnización por daños y perjuicios procede sólo a petición de parte?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	NO CONTESTO	Fr. %	Total
SECRETARIOS(AS)	6	14%					6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	28	63%	2	5%	8	18%	38
TOTAL	34	77%	2	5%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	34	77%
NO	2	5%
NO CONTESTÓ	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción:

En los cuadros anteriores se muestra que un total del 77% de colaboradores jurídicos y secretarios de familia estima que la indemnización por daños y perjuicios sólo procede a petición de parte. En cambio un 5% de los entrevistados manifestó que la indemnización por daños y perjuicios no se otorga sólo a petición de parte, mientras que 8 colaboradores jurídicos, correspondientes al 18% no contestó la pregunta formulada.

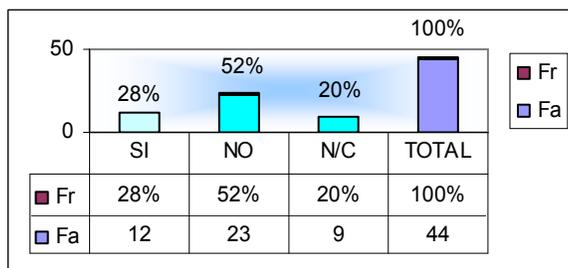
Interpretación y Análisis.

La interrogante está orientada a determinar si la indemnización por daños y perjuicios puede otorgarse de oficio o sólo a instancia de parte. De los resultados obtenidos se confirma lo sostenido tanto en doctrina como en jurisprudencia salvadoreña: La indemnización por daños y perjuicios en materia de familia sólo procede a petición de parte ya que el juzgador familiar salvo la excepción del Art. 144 Lit. f) referente a la protección al menor que es un caso especial, no puede otorgar una indemnización que no ha sido solicitada por el agraviado. No obstante un reducido número de entrevistados manifestó que la indemnización por daños puede ser otorgada de oficio por el juez, lo cual es una tesis poco aceptada tanto en doctrina como en jurisprudencia ya que podría conducir a que el juzgador familia emita sentencia arbitrarias, es decir sentencias *extra petita* o en su caso *plus petita*.

Pregunta 5.

¿La indemnización de daños y perjuicios procede sólo en los casos determinados en la normativa familiar?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	2	5%	4	9%			6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	10	23%	19	43%	9	20%	38
TOTAL	12	28%	23	52%	9	20%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	12	28%
NO	23	52%
NO CONTESTÓ	9	20%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros muestran que un 28% de los entrevistados correspondiente a un 5% de secretarios y el 23% de los colaboradores jurídicos, manifestaron que la indemnización por daños y perjuicios procede sólo en los casos determinados en la normativa familiar, mientras que un 52% de los entrevistados correspondiente al 9% de los secretarios y el 43% de colaboradores jurídicos, expresó que la indemnización por daños no procede

sólo en los casos determinados por la normativa familiar, así mismo un total de 8 entrevistados que ascienden al 18% del total no contestó la interrogante formulada.

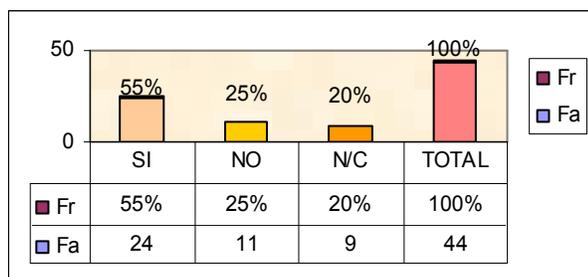
Interpretación y Análisis.

La interrogante está orientada a determinar el conocimiento de los colaboradores y secretarios de familia sobre la procedencia de la indemnización por daños materiales y morales en casos no establecidos expresamente en la normativa familiar. Tanto en doctrina como en jurisprudencia se acepta la posibilidad de que la indemnización por daños familiares es procedente en casos como los divorcios especialmente por la causal tercera del Art. 160 CF. es decir por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges, así mismo en los casos de impugnación de paternidad o maternidad y violencia intrafamiliar, El criterio restrictivo, no obstante está representado por un grupo relativamente considerable de entrevistados, los cuales estiman que la indemnización únicamente procede si la normativa familiar lo establece expresamente, opinión que es poco aceptada, por las más recientes teorías sobre la indemnización por daños en materia de familia.

Pregunta 6.

¿La indemnización por daños y perjuicios es una obligación que debe pagarla únicamente el que produjo el daño?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	2	5%	4	9%			6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	22	50%	7	16%	9	20%	38
TOTAL	24	55%	11	25%	9	20%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	24	55%
NO	11	25%
NO CONTESTÓ	9	20%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica muestran que un 55% de los entrevistados expresó que la indemnización es una obligación que debe pagarla únicamente la persona causante del daño, mientras que un 25% que la indemnización no deberá ser pagada únicamente por el causante del daño,

por otra parte un total de 9 entrevistados, correspondientes al 20% del total no respondieron la interrogante planteada.

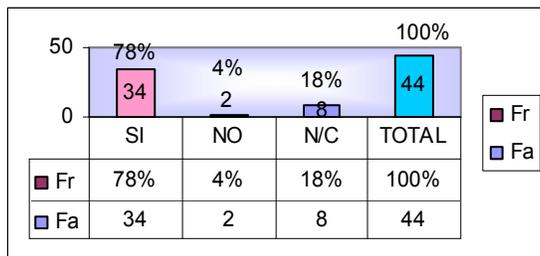
Interpretación y Análisis.

Por regla general la indemnización es una obligación que deberá pagarla sólo el causante del daño, lo cual se refleja con las respuestas de la mayoría de entrevistados que confirmaron la tesis anterior, pero es importante hacer notar que existen ciertas excepciones como el caso de un padre que antes de fallecer haya sido condenado a pagar una indemnización por daños morales en un juicio de declaración judicial de paternidad, en este supuesto los herederos estarán obligados a pagar la cuantía indemnizatoria al beneficiado, ya que la misma es parte de las cargas sucesorales. En cuanto a los daños materiales de igual forma podrán ser cancelados por los herederos, que siguen la persona del difunto, no obstante los casos enunciados son sólo excepciones a la regla general, por lo que no se deberá interpretarse como un criterio general, de ahí se deduce que la minoría de entrevistados fueron los que respondieron en forma negativa a la pregunta planteada, ya que en general es aceptado el criterio de que sólo el causante del daño es el obligado a pagarlo, especialmente el daño moral por ser de carácter personalísimo.

Pregunta 7.

¿Debe existir proporcionalidad entre el monto indemnizatorio y la gravedad del daño?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	5	11%	1	2%			6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	29	67%	1	2%	8	18%	38
TOTAL	34	78%	2	4%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	34	78%
NO	2	4%
NO CONTESTÓ	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores muestran que un 78% de los entrevistados, correspondiente al 11% de secretarios y el 67% de colaboradores jurídicos, expresaron que debe existir proporcionalidad entre el monto indemnizatorio y la gravedad del daño; mientras que un 4% estima

lo contrario, por otra parte un total de 8 entrevistados, correspondientes al 18% no respondieron la interrogante planteada.

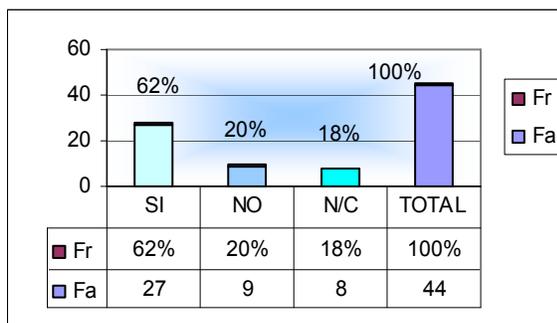
Interpretación y Análisis.

Es indispensable para logra una eficaz reparación de los daños familiares que éstos se cuantifiquen tomando en cuenta parámetros tan elementales como la entidad del daño, es indispensable determinar las consecuencias del daño efectivamente producido y junto a otra serie de indicadores según cada caso concreto, determinar la cuantía indemnizatoria que deberá pagar el responsable; tesis que se confirma con la mayoría de respuestas obtenidas por parte de los entrevistados; sólo un grupo mínimo de entrevistados considera lo contrario; y es que aún en los supuestos de daño moral, es posible determinar las consecuencias que produce, y las consecuencias lesivas que resultan en la víctima, tanto sicológicas como patrimoniales en su caso, por lo tanto los daños de carácter moral no están exentos de valorarse según la entidad del perjuicio efectivamente sufrido.

Pregunta 8.

¿Es conveniente regular en la normativa familiar parámetros que determinen la cuantía del monto indemnizatorio?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	4	10%	2	4%		18%	14
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	23	52%	7	16%	0	0%	31
TOTAL	27	62%	9	20%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	27	62%
NO	9	20%
NO CONTESTÓ	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores expresan que un 62% de los entrevistados, correspondiente al 10% de secretarios y el 52% de colaboradores jurídicos manifestaron que es conveniente que en la normativa

familiar se regulen parámetros para establecer la cuantía indemnizatoria; mientras que un 20% de los entrevistados, estima lo contrario, por otra parte un total de 8 entrevistados, correspondientes al 18% no respondieron la pregunta realizada.

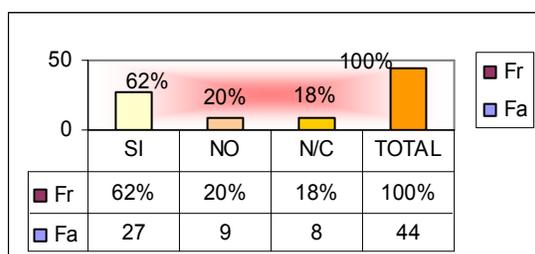
Interpretación y Análisis.

La normativa familiar no establece parámetro alguno para la cuantificación del daño sea material o moral, siendo el segundo supuesto el caso más problemático, ya que por su misma naturaleza no es un daño que pueda percibirse a simple vista como el daño material. Los resultados obtenidos demuestran que la mayoría de entrevistados considera conveniente que en la normativa familiar se establezcan una serie de criterios que el juzgador deberá tomar en cuenta para determinar la cuantía indemnizatoria; siempre y cuando éstos tengan un carácter enunciativo, sin perjuicio de las circunstancias que deberán valorarse según cada caso concreto, por las múltiples y variadas situaciones que pueden presentarse en el proceso de familia.

Pregunta 9.

¿La existencia del daño moral se establece conforme las reglas de la sana crítica?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	5	12%	1	2%	8	18 %	14
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	22	50%	8	18%	0	0%	30
TOTAL	27	62%	9	20%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	27	62%
NO	9	20%
NO CONTESTÓ	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores expresan que un 62% de los entrevistados, correspondiente al 10% de secretarios y el 52% de colaboradores jurídicos expresaron que la existencia del daño moral sí se establece conforme las reglas de la sana crítica; mientras que un 20% de los entrevistados, estima lo contrario, por otra parte un total de 8 entrevistados, correspondientes al 18% no respondieron la interrogante planteada.

Interpretación y Análisis.

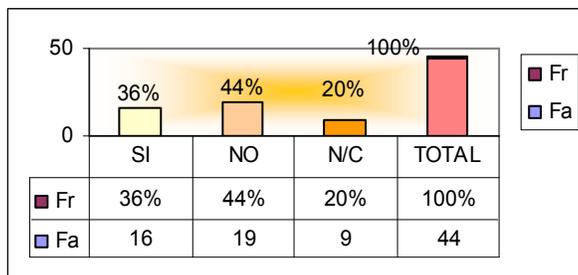
Para establecer la existencia del daño moral el juzgador familiar deberá hacer uso de la sana crítica, ya que no puede fundamentar sus resoluciones en criterios arbitrarios y subjetivos; esta fue la tesis más aceptada por la mayoría de entrevistados; es de hacer notar que con la indemnización por daños morales se busca en cierta medida que el dinero compense el daño sufrido, procurándole a la víctima sensaciones agradables, por ejemplo la realización de un viaje, etc. Pero la indemnización dineraria nunca será equivalente al dolor sufrido, sino que tendrá un carácter resarcitorio.

La cuantificación del daño moral en materia de familiar es motivo de controversias, que sólo podrán ser superadas si el jueces y juezas de familia, determinan la cuantía indemnizatoria haciendo un eficaz uso de las reglas de la sana crítica.

Pregunta diez

¿La normativa familiar regula expresamente parámetros para determinar la cuantía de la indemnización por daños?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	0	0%	6	14%	9	20 %	15
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	16	36%	13	30%	0	0%	29
TOTAL	16	36%	19	44%	9	20%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	16	36%
NO	19	44%
NO CONTESTÓ	9	20%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores muestran que un 44% de los entrevistados, correspondiente al 6% de secretarios y el 13% de colaboradores jurídicos manifestaron que la normativa familiar no regula

expresamente parámetros para determinar la cuantía de la indemnización por daños; mientras que un 36% de los entrevistados, estima que sí se regulan parámetros, por otra parte un sector correspondiente al 20% de entrevistados, no respondió a la interrogante planteada.

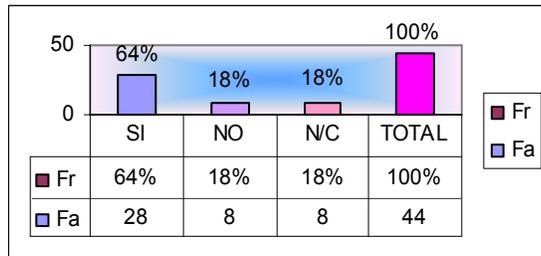
Interpretación y Análisis.

La respuesta más aceptada fue la que estima, que la normativa familiar no regula expresamente parámetros para determinar la cuantía indemnizatoria; lo que constituye una verdadera problemático tanto para la víctima que sufre un daño, para su apoderado judicial o representante legal, como para el juez a la hora de valorar la prueba presentada y determinar la cuantía indemnizatoria. Es importante mencionar que el único caso de indemnización en el cual existen parámetros para determinar su cuantía es la pensión compensatoria, lo cual no evita que tal figura en algunos casos sea confundida con los alimentos, debido a la falta de interpretación sobre la naturaleza de este tipo de compensación de daños. Una minoría de entrevistados afirmó que la normativa familiar si posee parámetros, lo cual no es una respuesta muy aceptada, de la que se deduce un cierto grado de desconocimiento de la figura de la indemnización por daños y perjuicios.

Pregunta 11.

¿La gravedad del daño y la necesidad de la víctima son parámetros necesarios para determinar la cuantía del monto de la indemnización ?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	5	12%	1	2%	8	18%	14
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	23	52%	7	16%	0	0%	30
TOTAL	28	64%	8	18%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	28	64%
NO	8	18%
NO CONTESTÓ	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores exponen que un 64% de los entrevistados, correspondiente al 12% de secretarios y el 52% de colaboradores jurídicos manifestaron que la gravedad del daño y la necesidad de la víctima son parámetros necesarios para determinar la cuantía del monto de la indemnización; mientras que un 18% de los entrevistados,

estima lo contrario, por otra parte un total de 8 entrevistados, que corresponden al 18% no respondió a la interrogante planteada.

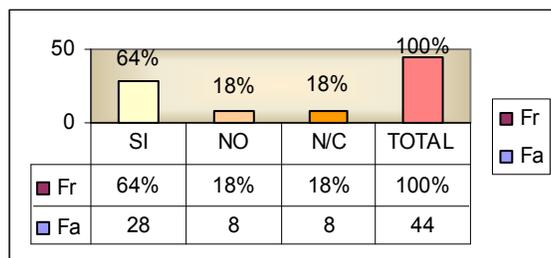
Interpretación y Análisis.

El derecho de daños manifiesta que el núcleo de la responsabilidad civil no deberá centrarse exclusivamente el agresor o causante del daño, es mayormente aceptada la tesis que propone que se tome en cuenta a la víctima a partir de la entidad del daño efectivamente sufrido y las necesidades que ésta presenta, tal teoría fue confirmada con los resultados obtenidos con los entrevistados. Es importante mencionar que para el caso del daño moral el juzgador no podrá conocer con certeza el grado de dolor o sufrimiento que la víctima haya padecido, se estima entonces, que lo más indicado será estimar la entidad del daño moral conforme al agravio que sufriría el hombre promedio en la sociedad, si fuese afectado por el daño en cuestión, en cambio con el daño material es mucho más fácil determinar tanto la gravedad del mismo como las necesidades de la víctima, ya que todo daño material alegado deberá ser probado por la víctima. Esta interrogante guarda relación con el resultado obtenido en la pregunta número ocho en el sentido, la entidad del daño y las necesidades de la víctima serían medidas idóneas que pueden ser reguladas en la normativa familiar a efecto de auxiliar al juzgador al momento de determinar la cuantía indemnizatoria.

Pregunta 12

¿Los juzgadores de familia se auxilian de la jurisprudencia sobre daños materiales y morales al otorgar la indemnización?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	4	9%	2	4%	0	0%	
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	24	55%	6	14%	8	18%	
TOTAL	28	64%	8	18%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	28	64%
NO	8	18%
NO CONTESTÓ	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores muestran que un 64% de los entrevistados, correspondiente al 9% de secretarios y el 55% de colaboradores jurídicos manifestaron que la gravedad del daño y la necesidad de la víctima son parámetros necesarios para determinar la cuantía del monto de la indemnización; mientras que un 18% de los entrevistados, estima lo contrario, por otra parte un total de 8 entrevistados, que corresponden al 18% no respondió a la interrogante planteada.

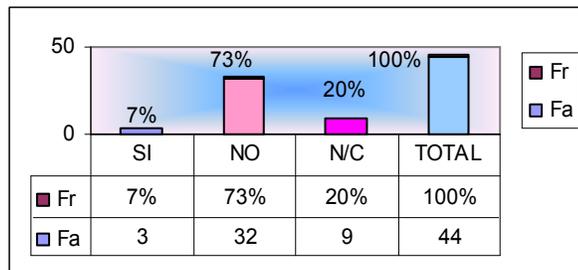
Interpretación y Análisis.

La jurisprudencia salvadoreña sobre la indemnización por daños y perjuicios no es basta, no obstante existen precedentes acordes con el derecho de daños, que bien podrían ser tomados en cuenta por los jueces y juezas de familia al presentárseles un juicio sobre daños familiares. Los resultados obtenidos muestran que la mayoría de entrevistados, estiman que los jueces de familia si utilizan la jurisprudencia para fundamentar sus sentencia en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios por lo que es menester relacionar esta interrogante con la guía de observación respondida por el equipo de trabajo, en su pregunta 7 referente a la motivación de la sentencia en relación a la indemnización de los daños, ya que el resultado obtenido fue que en Juzgados de Familia como los de La Unión, Morazán y Usulután no se encontró ningún proceso finalizado disponible sobre daños familiares durante el período 2000 - 2004, por lo tanto los respectivos jueces y juezas de dichos Juzgados no han hecho uso de la jurisprudencia al respecto, mientras que en la ciudad de San Miguel el resultado marca una tendencia a la falta de fundamentación en cuanto a los daños, no obstante que algunos jueces en su minoría, toman como referencia la jurisprudencia salvadoreña en cuanto a la indemnización de daños familiares. Por las razones expuestas y en vista de que los entrevistados pertenecen a los Juzgados de Familia, los resultados obtenidos no corresponden a lo expresado en los procesos que han sido analizados haciendo uso de la guía de observación, donde se tuvo acceso a diversos expedientes que contienen juicios sobre daños familiares.

Pregunta 13.

¿El Código de Familia y La Ley Procesal de Familia poseen una amplia regulación sobre la indemnización por daños y perjuicios?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	NO CONTESTO	Fr. %	Total
SECRETARIOS(AS)	0	0%	6	14%	0	0 %	6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	3	7%	26	59%	9	20%	38
TOTAL	3	7%	32	73%	9	20%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	3	7%
NO	32	73%
NO CONTESTÓ	9	20%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores muestran que un 7% de los entrevistados, correspondiente al 0% de secretarios y el 7% de colaboradores jurídicos manifestaron que la normativa familiar posee una amplia regulación en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios; mientras que

un 73% de los entrevistados, estima lo contrario, por otra parte un total de 9 entrevistados, que corresponden al 20% no respondió a la interrogante formulada.

Interpretación y Análisis.

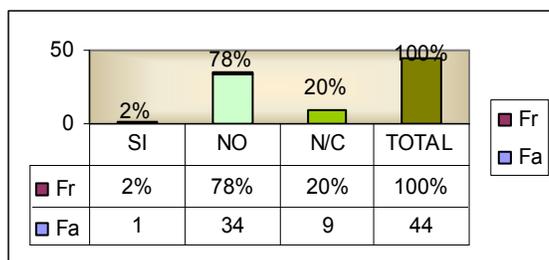
Una regulación clara y suficiente en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios en materia de familia, poseen algunos países como Argentina, España, entre otros. No obstante El Salvador no ha seguido esa tendencia, la normativa familiar no posee una amplia regulación en cuanto a los daños familiares, lo que ha sido comprobado con los resultados obtenidos, donde sólo una minoría muy reducida estima que existe regulación suficiente respecto a la reparación de daños familiares.

Es importante mencionar que el no poseer una regulación suficiente, según los entrevistados genera una serie de problemáticas como los vacíos legales. Esta interrogante guarda relación con la pregunta número 10 respecto a si existen parámetros en la normativa familiar para determinar la cuantía del monto indemnizatorio, donde el resultado obtenido fue que en su mayoría los entrevistados estimaron que no los hay.

Pregunta 14

¿Para determinar la cuantía de la indemnización, basta con el prudente criterio del juzgador familiar?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	NO CONTESTO	Fr.%	Total
SECRETARIOS(AS)	0	0%	6	14%	0	%	6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	1	2%	28	64%	9	20%	38
TOTAL	1	2%	34	78%	9	20%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	1	2%
NO	34	78%
NO CONTESTÓ	9	20%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores muestran que un 2% de los entrevistados, correspondiente al 0% de secretarios y el 2% de colaboradores jurídicos expresaron que para determinar la cuantía de la indemnización

basta con el prudente criterio del juzgador familiar; mientras que un 78% de los entrevistados, estima lo contrario, por otra parte un total de 9 entrevistados, que corresponden al 20% no respondió a la interrogante formulada.

Interpretación y Análisis.

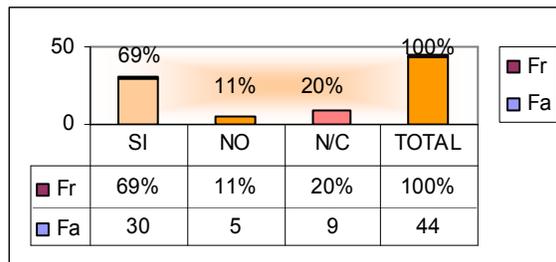
La indemnización por daños materiales y morales, siendo una obligación pecuniaria para el causante del daño, no puede quedar sujeta al simple prudente criterio del juzgador familiar, al contrario su determinación deberá efectuarse haciendo uso de la sana crítica, de lo contrario la sentencia sería completamente arbitraria y subjetiva, siendo entonces admisibles los medios de impugnación que la normativa familiar estima convenientes.

El resultado obtenido con la interrogante planteada confirma la tesis anterior, ya que resarcir a la víctima por el daño sufrido, no implica solamente encontrar a un culpable y condenarlo a pagar la indemnización sin tomar en cuenta criterios de valoración objetivos, con los cuales el Juzgador Familiar puede fundamentar su decisión, que la determinación del monto de la cuantía indemnizatoria sea establecida con base al criterio prudencial del juez de forma subjetiva, atentaría contra los principios del derecho de familiar, así como los deberes de todo operador de justicia.

Pregunta 15

¿La Ley contra la Violencia Intrafamiliar debe regular la indemnización por daños y perjuicios?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	NO CONTESTO	Fr. %	Total
SECRETARIOS(AS)	5	11%	1	2%	9	20%	
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	25	58%	4	9%	0	0%	
TOTAL	30	69%	5	11%	9	20%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	30	69%
NO	5	11%
NO CONTESTÓ	9	20%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores muestran que un 69% de los entrevistados, correspondiente al 11% de secretarios y el 58% de colaboradores jurídicos manifestaron que la Ley contra la Violencia

Intrafamiliar debe regular la indemnización por daños y perjuicios; mientras que un 11% de los entrevistados, estima lo contrario, por otra parte un total de 9 entrevistados, que corresponden al 21% no respondió a la interrogante formulada.

Interpretación y Análisis.

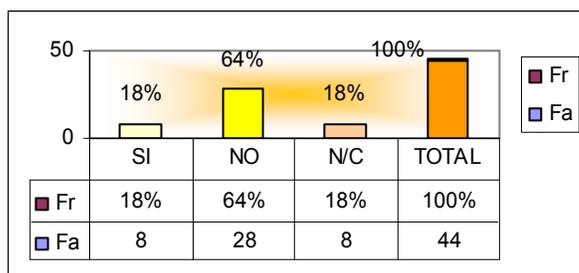
Es indudable que en los casos de violencia intrafamiliar existen daños tanto físicos como psicológicos, por lo tanto es procedentes su reparación en la medida de lo posible, ya que toda víctima tiene derecho obtener resarcimiento por el daño sufrido, de lo contrario no podría restablecerse el orden jurídico que ha sido quebrantado al sufrir agravio una persona por un acto ilícito, ya sea en su persona o en su patrimonio.

Los resultados obtenidos con la interrogante planteada confirman la tesis anterior, ya que los entrevistados estiman conveniente que exista una regulación suficiente en la Ley contra la Violencia Intrafamiliar sobre el resarcimiento de los daños materiales y morales.

Pregunta 16.

¿Ha recibido capacitación especializada en materia de familia sobre indemnización de daños y perjuicios?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	NO CONTESTO	Fr. %	Total
SECRETARIOS(AS)	0	0%	6	14%	0	0%	6
COLABORADORES JURIDICOS(AS)	8	18%	22	50%	8	18%	38
TOTAL	8	18%	28	64%	8	18%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	8	18%
NO	28	64%
NO CONTESTÓ	8	18%
TOTAL	44	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores muestran que un 18% de los entrevistados, correspondiente al 0% de secretarios y el 18% de colaboradores jurídicos expresaron que han recibido capacitación especializada sobre indemnización de daños y perjuicios; mientras que un

64% de los entrevistados, estima lo contrario, por otra parte un total de 8 entrevistados, que corresponden al 18% no respondió a la interrogante formulada.

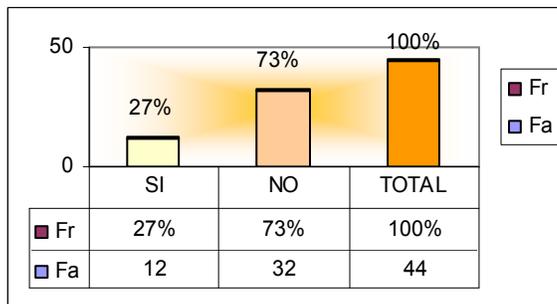
Interpretación y Análisis.

La capacitación especializada permite tener un mayor conocimiento sobre el tema que se trate, y posibilitaría un mayor entendimiento y mejor aplicabilidad de la figura de la indemnización por daños y perjuicios. No obstante con el resultado obtenido se confirma que la mayoría de secretarios y colaboradores jurídicos no han sido capacitados en materia de daños familiares, lo cual es una necesidad, en vista del aumento de juicios en los que se reclama indemnización por daños en materia de familia.

4.2.3 INTERPRETACION Y ANALISIS (PREGUNTA POR PREGUNTA) DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS EN LA ZONA ORIENTAL A LITIGANTES Y PROCURADORES.

1. ¿Ha recibido usted capacitación especializada en materia de familia sobre la indemnización de daños y perjuicios?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
Procuradores	7	16%	7	16%	14
Litigantes	5	11%	25	57%	30
TOTAL	12	27%	32	73%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	12	27%
NO	32	73%
TOTAL	44	100%

Descripción:

Del cuadro que antecede se establece que un total del 73% de los entrevistados que no han recibido capacitación especializada en materia de la indemnización de los daños y perjuicios de los que un total del 7% de los

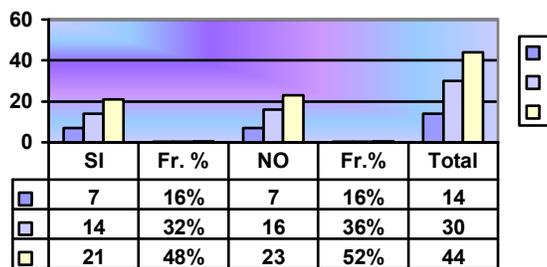
procuradores que se entrevistaron han recibido la capacitación en esta área, mientras que solo un total del 27% es el único que si ha recibid esta clase de capacitación.

Análisis e interpretación:

La gran mayoría de los entrevistados no, ha recibido capacitación en el área de Indemnización de los daños y perjuicios en materia de familia lo que indica que los procuradores desconocen los elementos básicos de la indemnización, asimismo como la forma de hacerla efectiva y todos presupuestos que la teoría de los daños prevé doctrinariamente y jurisprudencialmente, que permitiría a estos asegurar a las víctimas de los daños una verdadera indemnización y el cumplimiento de un derecho reconocido constitucionalmente, por vía de tratados internacionales; así también que los litigantes en una gran proporción de la muestra, no tienen un amplio conocimiento de la indemnización por los daños y perjuicios, lo cual declina en que estos no son diligentes con sus representados ya que si estos no poseen un amplio conocimiento corren el riesgo de que los derechos de su representados sean vulnerados por no realizar una debida fundamentación de la indemnización en la demanda, y al final no poder probar lo que se es alegado .

2. ¿Ha promovido o representado a alguien en un juicio en que se haya reclamado indemnización por daños y perjuicios en materia de familia?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
Procuradores	7	16%	7	16%	14
Litigantes	14	32%	16	36%	30
TOTAL	21	48%	23	52%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	21	48%
NO	23	52%
TOTAL	44	100%

Descripción:

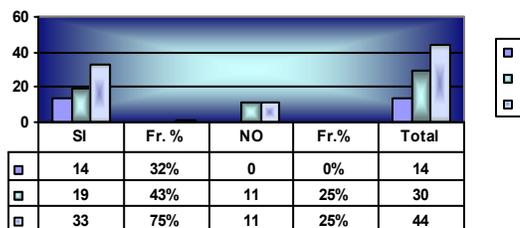
Los resultados del cuadro anterior nos dan como resultado que de los entrevistados un total del 52% no ha interpuesto la acción ni ha representado a alguien donde sea viable y permitido la acción indemnizatoria, asimismo un 48% de los entrevistados si ha interpuesto la acción de los cuales un 7% son Procuradores y el 36% restante son litigantes.

Análisis e interpretación:

La gran mayoría de los entrevistados no ha promovido ni representado a alguien en donde se pueda alegar la indemnización de los daños y perjuicios, lo que nos permite valorar que los procuradores y litigantes no solicitan la indemnización de los daños y perjuicios porque consideran que si las parte no los pide, ellos no deben alegarlo, situación que pone en desventaja a la víctima, ya que sí ésta desconoce que esa acción existe ¿Cómo éste va solicitarla? asimismo comprueba que los procuradores no interponen esta acción en los procesos que tramitan ya que son muy pocos los que sí ilustran a la víctima de los daños, en como puede recibir esa compensación merecida, a veces estos creen que la razón de no alegarla radica en el entorno de los que han sufrido los daños pues su nivel cultural y económico son factores que imposibilitan que esta acción proceda adecuadamente y en los correspondientes casos que la ley ha previsto.

3. ¿Considera que en la normativa familiar hay fundamentos legales para reclamar el daño?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	Total
Procuradores	14	32%	0	0%	14
Litigantes	19	43%	11	25%	30
TOTAL	33	75%	11	25%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	33	75%
NO	11	25%
TOTAL	44	100%

Descripción:

Con la información que antecede se establece que el 75% de los entrevistados cree, que sí existen fundamentos legales para reclamar el daño en la normativa familiar a lo que el 25%, respondió que no existen esos fundamentos para la reclamación de los daños de los que figuran un 25% de los litigantes únicamente.

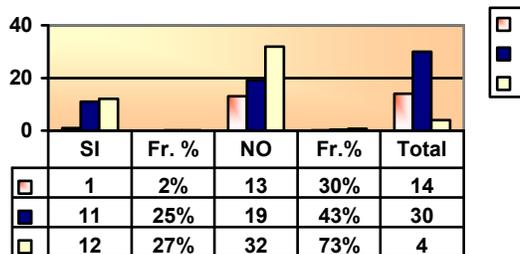
Análisis e interpretación:

A esta interrogante los entrevistados en su gran mayoría los procuradores afirmaron que si existen fundamentos en la normativa para la reclamación; situación que es vacilante ya que si existen fundamentos en la normativa para determinar el daño ¿Por qué este no es reclamado en los procesos que tramitan y que procede pedir la indemnización? Así también porque estos creen que la sola regulación en la normativa familiar ya se debe considerar como fundamento para reclamar el daño, situación que esta

erradaza que como lo sostienen los litigantes no los hay suficientes ya que estos no están determinados directamente en la normativa familiar.

4. ¿Procede la Indemnización por daños en toda clase de juicios o casos de familia?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
Procuradores	1	2%	13	30%	14
Litigantes	11	25%	19	43%	30
TOTAL	12	27%	32	73%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	12	27%
NO	32	73%
TOTAL	44	100%

Descripción:

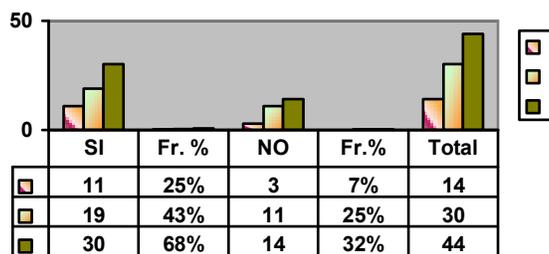
Este resultado indica que el 73% de los entrevistados considero que no procede la indemnización para toda clase de juicio o casos, es así que únicamente el 27% y de estos el 25% de los litigantes, si cree que la indemnizaciones regulada para todos los casos.

Análisis e interpretación:

Con esta pregunta la gran mayoría expreso que la indemnización no procede para todos los casos ya que si nos remitimos a la normativa familiar para establecer, la procedencia de los casos que ameritan que como efecto de ella se otorgue la indemnización, son enumerables los escasos apartados la normativa familiar que lo regulan, en cuanto a este aspecto aún no termina de estrenarse la normativa familiar y lo que es peor aún, que no se obtienen los elementos que hagan de la indemnización un derecho a adjudicar a cada víctima, y que tenga un fácil procedimiento que no esta determinado un procedimiento y esto degenera en que se otorguen cantidades que podrían considerarse no aptas para compensar un menoscabo a nuestros bienes tangibles e intangibles, los que en su minoría contestan que consideran que la indemnización procede en toda clase de juicios es porque aun no conciben la esfera de la acción indemnizatoria y lo esta implica para la parte que la recibe y quien la otorga.

5. ¿La Indemnización por daños y perjuicios es una obligación que debe pagarla únicamente el que produjo el daño?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
Procuradores	11	25%	3	7%	14
Litigantes	19	43%	11	25%	30
TOTAL	30	68%	14	32%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	30	68%
NO	14	32%
TOTAL	44	100%

Descripción:

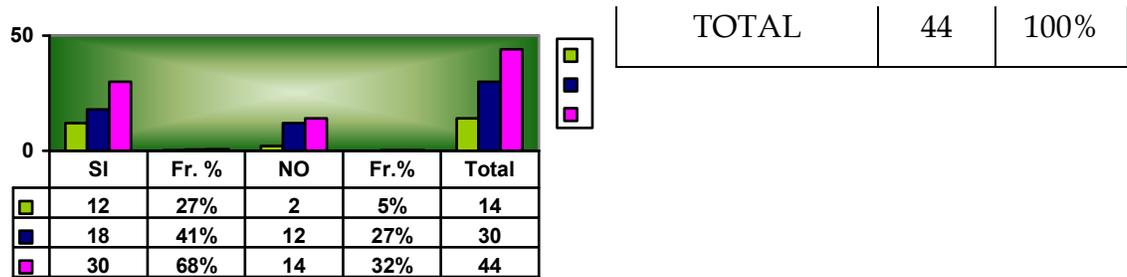
La información representada en el cuadro anterior presenta un promedio del 68% que se componen un 25% de los Procuradores y un 43% de los entrevistados que afirman que la indemnización por los daños y perjuicios es una obligación que debe ser cancelada por quien solo por quien produjo el daño, a lo que únicamente un 32% de los cuales un 7% son Procuradores y el 25% litigantes negó que se debía pagar por dañador.

Análisis e interpretación:

En gran medida los litigantes y procuradores desconocen que la indemnización de los daños y perjuicios no solo debe ser cancelada por quien ha cometido el daño sino por los sobrevivientes de la víctima en caso que ya, se encuentre establecida en una sentencia proveniente del juez, y que condena a que se paguen los daños morales y materiales a efecto de ello se establece un equivalente en dinero al que se le denomina indemnización y que puede solo así, ser reclamada por el que figura como víctima y que merece ser compensado, ante tal situación se comprende que el derecho a los daños y todo lo concerniente a la indemnización se encuentra de manera precisa, clara y auténtica ya que es de considerarse que ni la figura de los daños morales haya un asidero adecuado en la actual normativa ya que es lamentable que los litigantes reclamen ambas figuras cuando solo logran establecer una de ellas en su exposición fáctica.

6. ¿Utiliza usted las teorías sobre la indemnización para hacer reclamación de daños?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	Total	
Procuradores	12	27%	2	5%	14	
Litigantes	18	41%	12	27%	30	
TOTAL	30	68%				
			Alternativas		Fa	Fr. %
			SI		30	68%
			NO		14	32%



Descripción:

El 68% de los entrevistados constituido por el 41% de los litigantes y un 27% de los procuradores entrevistados consideraron que positivamente que si utilizan las teorías de la indemnización de los daños y perjuicios y solo un 32% compuesto por un 5% de los procuradores y un total del 27% de los entrevistados sostuvo que no las utiliza para la reclamación de los daños y perjuicios

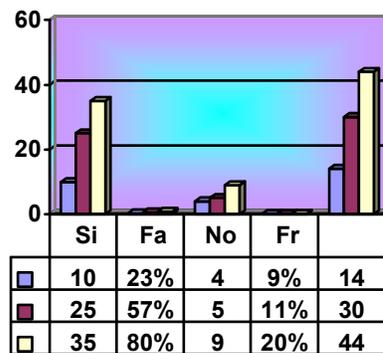
Análisis e interpretación:

La gran mayoría de entrevistados al realizarle esta interrogante sostuvo que utilizan las teorías de la indemnización para hacer la reclamación de los daños. Y es la postura más aceptada puesto que si tienen conocimiento de lo que la doctrina extranjera y nacional consideran para la indemnización con lo que la indemnización se hará un mejor uso y fundamento ya que los litigantes no confundirán entre lo que es pensión compensatoria y la indemnización así también, establecerán de forma clara la

prueba de los daños y otros contextos que sólo con un amplio manejo de las teorías podría conocerse y por lo mismo fundamentarse.

7. A su criterio ¿Es necesario que existen parámetros determinados por la ley para fijar la cuantía de la indemnización?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	10	23%	4	9%	14
Litigantes	25	57%	5	11%	30
Total	35	80%	9	20%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	35	80%
No	9	20%
Total	44	100%

Descripción.

El cuadro anterior muestra que el 80% constituido de litigantes y un 23% de Procuradores por un 57% de litigantes afirman si es necesario que existan parámetros determinados por la ley para fijar la cuantía de la

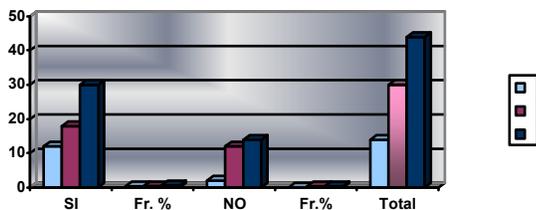
indemnización y un 20% no, considera necesario la existencia de parámetros en la legislación.

Análisis e Interpretación.

La mayoría de los encuestados consideran que debe regularse detenidamente los parámetros para determinar el daño en la normativa anterior para fijar una cuantía indemnizatoria de ahí, que si la minoría no lo cree conveniente es porque consideran que hay parámetros y que además bastan para la determinación del daño y el monto indemnizatorio no por un mero positivismo si no porque solo así se puede para el caso en concreto rescatar el elemento que facilite el proceso de indemnizar.

8. ¿Es necesario ofrecer prueba para establecer el daño?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
Procuradores	12	27%	2	5%	14
Litigantes	18	41%	12	27%	30
TOTAL	30	68%	14	32%	44



Alternativas	Fa	Fr. %
SI	30	68%
NO	14	32%
TOTAL	44	1000%

Descripción:

Con el anterior cuadro se considera que un total del 68% que lo constituyen el 27% de los Procuradores y el 41% de los litigantes entrevistados creen que es necesario la prueba par establecer el daño mientras que el 32% creen que no es necesario probar los daños.

Análisis e interpretación:

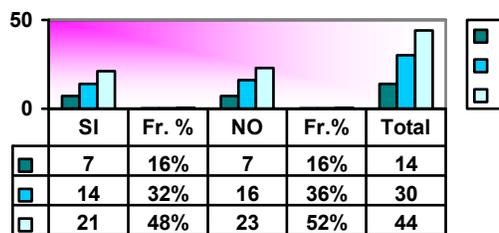
La gran totalidad de los entrevistados ha afirmado que si, se necesitan pruebas para establecer los daños en su concepción genérica sin distinguir si son morales o materiales, aunque en la doctrina y jurisprudencia son de la concepción de que en el aspecto moral del daños este no debe probarse, situación que es discutida, ya que si bien es cierto que son contextos de difícil forma de probar que se considera que se ha establecido con la sola infracción a la norma ya que se presume con solo causarse el daño, pero esto no es suficiente ya que quien alega el daño debe mostrarle al juez la forma de cómo fue dañada, y si es moral o psicológico el daño causado.

¿Qué debe probarse en esta clase de daños? en primer lugar no se debe probar, el sentimiento que ha embargado a la víctima, si no, la repercusión que este tuvo en la psique, es decir como estaba antes de que ese daño ocurriera en ese espacio de tiempo y lugar; asimismo como se encontraba ésta antes del acaecimiento del daño para que de esta forma mediante la prueba idónea quien sufrió el daño pueda hacerle ver la entidad al juzgador y este valore de mejor manera el monto correspondiente que sea capaz de reparar a la víctima.

9. ¿En los casos en que usted ha participado ha ofrecido pruebas para establecer los daños?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
Procuradores	7	16%	7	16%	14
Litigantes	14	32%	16	36%	30
TOTAL	21	48%	23	52%	44

Alternativas	Fa	Fr. %
SI	21	48%



NO	23	52%
TOTAL	44	100%

Descripción:

El 52% de los entrevistados compuesto por 16% de los procuradores y 36% de los litigantes contestó a esta interrogante no han aportado prueba para establecer los daños y un 48% dijo que si ha aportado pruebas al participar en un proceso donde se reclame la indemnización de los que en su totalidad son litigantes.

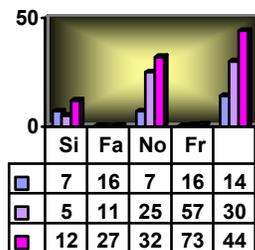
Análisis e interpretación:

Una no muy escasa minoría de los encuestados si ha aportado pruebas al participar en un proceso en donde proceda alegar la indemnización ya que lo que ocurrió con la gran mayoría es que no han aportado pruebas porque no han interpuesto esta acción en un proceso de familia lo que dificultó que se establecieran los extremos de esta pregunta ya que se pretendía conocer si se aportan pruebas y que estimación les merece como litigantes y procuradores la clase de prueba que aporten y que consideren que posee la suficiente entidad como para dar una apreciación plena del daño al juzgador y que le bastará para inclinarse por

una resolución y no por otra que le fuera perjudicial al dañado o lo que es peor que se deniegue la indemnización.

10. ¿Los estudios del equipo multidisciplinario son valorados por el juez para determinar la indemnización?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	7	16%	7	16%	14
Litigantes	5	11%	25	57%	30
Total	12	27%	32	73%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	12	27%
No	32	73%
Total	44	100%

Descripción:

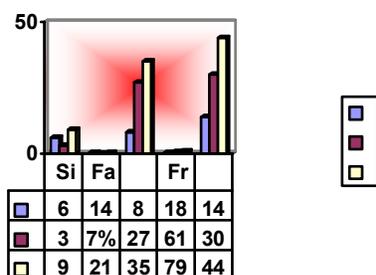
El cuadro que antecede muestra que un total del 73% comprendido por el 16% de procuradores y 57% de litigantes consideran que los estudios del equipo multidisciplinario no son valorados por el Juez para valorar o determinar la indemnización, mientras que un 27% de los que un 16% procuradores y un 11% litigantes consideran que el Juez si los toma encuentra para determinar la indemnización.

Análisis e Interpretación:

La mayoría de los encuestados manifestó que no debe son valorados por el juez los estudios de los equipos multidisciplinarios en razón que si se valora que el daño material debe probarse y por ello los estudio so lo dan elementos para determinar conjuntamente con otras pruebas la entidad del daño y que solo para el daño moral y más aun psicología si es verdaderamente un elemento que debe valorar el Juez y que serán oportuno para los efectos del daño y determinar la entidad del perjuicio.

11. ¿Ha promovido la reclamación de indemnización por daños y perjuicios de forma independiente de otro caso?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	6	14%	8	18%	14
Litigantes	3	7%	27	61%	30
Total	9	21%	35	79%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	9	21%
No	35	79%
Total	44	100%

Descripción

Del cuadro anterior se establece que el 79% de los encuestados que constituyen un 18% de los Procuradores y un 61% de los Litigantes no han promovido la reclamación de la indemnización de forma independiente de otra figura que posibilite dicha reclamación, mientras que el 21% contestó que si a promovido tal reclamación constituyendo de estos el 14% de los procuradores y el 7% de los litigantes.

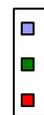
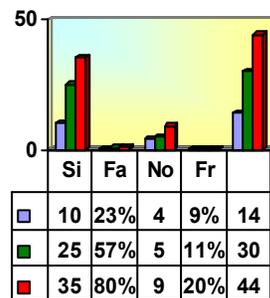
Análisis e interpretación

La mayoría de los encuestados contestaron que no han interpuesto la acción indemnizatoria de forma independiente, mientras que la minoría contestó que si la ha interpuesto situación que nos permite valorar que los litigantes y procuradores desconocen que esta acción es principal según lo explica la jurisprudencia; lo que pone de manifiesto que los procuradores que los procuradores incumplen el mandato constitucional y que desconocen que

el derecho que toda víctima tiene a ser reparadas ante un menoscabo, situación que deja en la indefensión a las víctimas.

12. ¿Considera usted que el procurador de familia debe intervenir de forma permanente en aquellos casos donde se reclama daños y perjuicios?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	10	23%	4	9%	14
Litigantes	25	57%	5	11%	30
Total	35	80%	9	20%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	35	80%
No	9	20%
Total	44	100%

Descripción

El cuadro que antecede indica que un total del 80% constituido este por el 57% de los litigantes y el 23% de los procuradores consideran que el

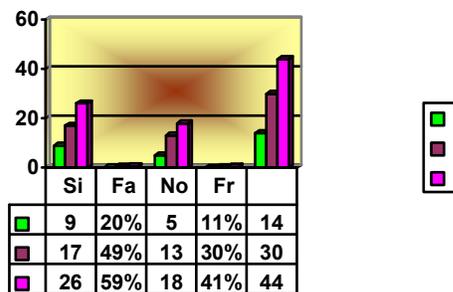
procurador de familia debe de intervenir en todos los casos donde se reclame la indemnización por los daños y los perjuicios mientras que un 20% compuesto por el 9% de los procuradores y el 11% de los entrevistados respondieron que no debe intervenir el procurador de familia de forma permanente.

Análisis e interpretación

La minoría de los encuestados considera que los procuradores no deben estar presentes en todo proceso en el que se reclame la indemnización de los daños y perjuicios o en los cuales sea necesario alegarla; ya que si el demandante desconoce esta figura el procurador de Familia debe hacerle ver cuales son sus derechos y sobre todo como alegarla. Ante esta situación la mayoría de los encuestados cree que si, el procurador familiar debe estar ahí para auxiliar a los que no tienen posibilidad de ser representados por un litigante particular y recurren a un Juzgado de Familia o la Procuraduría General de la República para hacer valer sus derechos.

13. ¿En los casos en que usted ha participado y el juez se ha pronunciado sobre la indemnización, se motivo la sentencia?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	9	20%	5	11%	14
Litigantes	17	49%	13	30%	30
Total	26	59%	18	41%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	26	59%
No	18	41%
Total	44	100%

Descripción:

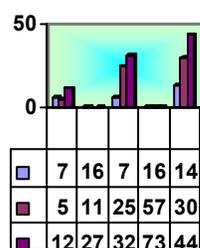
El 59% de los entrevistados que lo integran el 20% de los procuradores y el 39% de los litigantes han contestado que los jueces motivan la sentencia y un 41% comprendido por el 30% de los litigantes y el 11% de los procuradores considero que la sentencia en los tribunales de familia no es motivada si esta procede de un caso donde procede otorgarse la indemnización por daños y perjuicio.

Análisis e Interpretación

La totalidad de los entrevistados expresó que los juzgadores de la zona oriental motivan la sentencia donde se establece la indemnización lo que viene a confirmar que los juzgadores de familia fundamentan la sentencia; la mayoría de los entrevistados coinciden positivamente en primer lugar por no ocurrir con tanta regularidad el reclamo de la indemnización que los juzgadores otorguen en sus fallos; y asimismo por el temor de que dicha sentencia sea recurrida los juzgadores familiares la fundamentan cuando sea en esta área. Ya que esta es susceptible de valorada por la cámara de familia que bien puede revocar lo que ha establecido el juez inferior; asimismo una minoría no tan escasa considero que no se fundamenta la sentencia que versa en la indemnización por los daños y perjuicios y es importante recalcar que esta minoría la representan los litigantes ya que estos se encuentran desligados del proceder judicial contrario a lo que ocurre con los procuradores de familia ya que estos trabajan muy de cerca de los tribunales de familia y sus juzgadores.

14. ¿La indemnización de los daños y perjuicios fue otorgada en forma subjetiva, sin tomar en cuenta la prueba?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	7	16%	7	16%	14
Litigantes	5	11%	25	57%	30
Total	12	27%	32	73%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	12	27%
No	32	73%
Total	44	100%

Descripción

En el cuadro que antecede los entrevistados se inclinan hacia una tendencia negativa es así que 59% compuesto por el 50% de los litigantes mas el 9% de los procuradores manifiestan que los juzgadores de la zona oriental no toman en cuenta la prueba. Mientras que un total del 41% compuesto por el 23% de los procuradores y el 18% de los litigantes considero que si se toma en cuenta las pruebas al ser otorgada la indemnización.

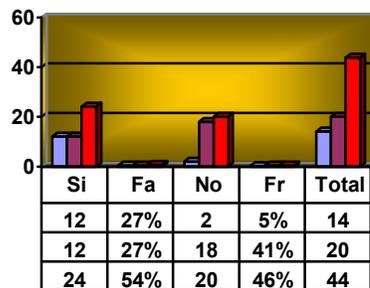
Análisis e Interpretación

La situación antes considerada hace notar que la mayoría cree que no se valora la prueba de forma adecuada en razón de que como el Código de Familia no establece si el daño puede ser objeto de prueba y más aun si lo que se pretende probar es el daño moral; situación que hace delicada la valoración probatoria y que desde luego hace que los derechos de la víctima sean asegurados ya que quien alega el daño debe probarlo y con la existencia de las pruebas a través la normativa familiar serian valoradas por medio de las reglas de la sana critica como sistema de valoración de la prueba que permite al juzgador, valorarlas de una forma precisa y efectiva todo y cuando este conozca dichas reglas y con ello hacer una valoración sobre la entidad del perjuicio y el grado de lesividad del hecho y la necesidad del perjudicado

15. ¿Considera que los Jueces de Familia toman en cuenta la jurisprudencia en relación a la indemnización de daños y perjuicios?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	12	27%	2	5%	14
Litigantes	12	27%	18	41%	20
Total	24	54%	20	46%	44

Alternativa	Fa	Fr
-------------	----	----



Si	24	54%
No	20	46%
Total	44	100%



Descripción:

El 54% de los encuestados consideraron que si los jueces de familia toman en cuenta la jurisprudencia de los cuales un 12% son procesados mientras el 46% contesto que caso no fundamentan la sentencia.

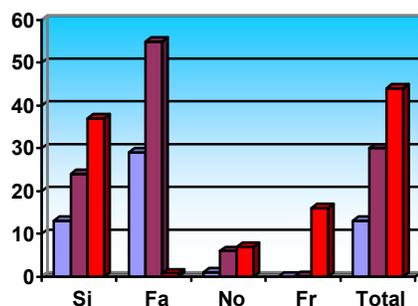
Análisis e interpretación:

El resultado obtenido de la pregunta anterior refleja que la mayoría de los encuestados cree que el juzgador utiliza la jurisprudencia aunque, no es correcto ya que, hay elementos importantes de la jurisprudencia que no son tomados en cuenta por los juzgadores en primer lugar porque los Juzgados de Familia de la zona oriental y específicamente los de San Miguel y La Unión poseen una sobre carga laboral lo que reduce el tiempo que estos puedan destinar a la ilustración con los diferentes temas que la jurisprudencia estima y ha desarrollado asimismo que en los diferentes juzgados como Morazán Usulutàn y La Unión no se han interpuesto

demandas donde se reclame la indemnización, lo que hace que el juzgador se concrete únicamente a prepararse solo en el área que si se han interpuesto demandas.

16. ¿Considera que existen vacíos legales en la normativa familiar en relación a la indemnización de daños y perjuicios?

Unidad de análisis	Si	Fr%	No	Fa%	Total
Procuradores	13	29%	1	2%	13
Litigantes	24	55%	6	14%	30
Total	37	84%	7	16%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	37	14%
No	7	16%
Total	44	100%

Descripción:

Según se observa en el cuadro anterior en su mayoría contestaron que existen vacíos legales con respecto a la indemnización por daños y perjuicios siendo un porcentaje dividido en 59% de los litigantes y 29% de los procuradores que constituyen el 84% y manifiestan lo contrario siendo estos

el 16% comprendido por 2% de los Procuradores y 14% de los litigantes creen que no hay vacíos en la normativa familiar.

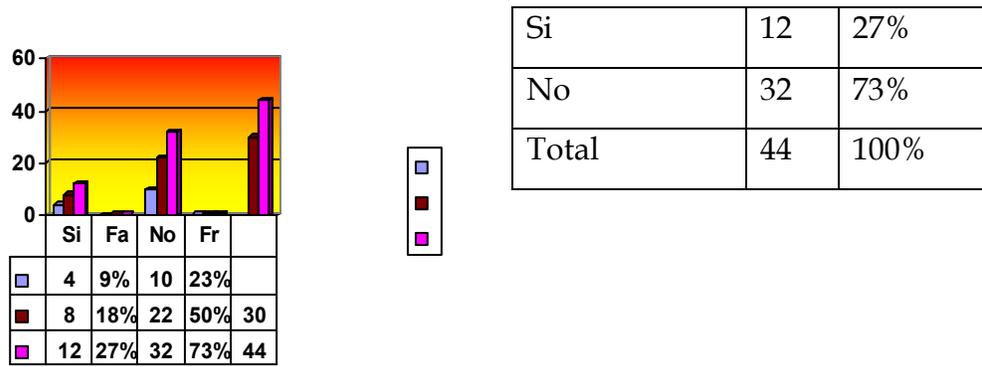
Análisis e Interpretación:

De acuerdo a la gran mayoría de los entrevistados se considero que efectivamente en la normativa familiar la figura de la indemnización de daños y perjuicios en una concreta regulación es escasa, y por lo mismo existen muchos vacíos los cuales pueden determinarse en primer lugar no existe un capitulo donde se enmarque el procedimiento a seguir para reclamar indemnización, no hay parámetros para determinar la cuantía de la indemnización en la rama familiar es por ello que es necesario que para una justa indemnización de los daños y los perjuicios recibidos por el dañador.

17. ¿Según su criterio el principio supletoriedad regulado en el Art. 218 Pr.f. Es suficiente para resolver cualquier caso de familia sobre reclamo de daños?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	4	9%	10	23%	
Litigantes	8	18%	22	50%	30
Total	12	27%	32	73%	44

Alternativa	Fa	Fr
-------------	----	----



Si	12	27%
No	32	73%
Total	44	100%

Descripción:

En el cuadro anterior el 73% compuestos de un total del 23% de Procuradores y del 50% de litigantes considera que el principio de supletoriedad no es suficiente para resolver cualquier caso sobre el reclamo de daño; y solo un 27% distribuido en un 9% de procuradores y un 18% de litigantes consideraron que si es suficiente y adecuado para resolver los reclamos de daño.

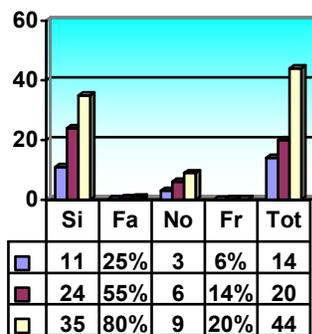
Análisis e Interpretación:

La mayoría de los que han sido encuestados, manifiestan que el derecho común no basta para resolver los problemas que se originan en las relaciones familiares, en vista de que en esta normativa familiar actual no es apta para las necesidades que importa este derecho el cual difiere en las necesidades y actos regulados en dicha normativa familiar pues esta es, mas actual conciente y de un alto contenido según lo sistematiza la constitución mientras que en la normativa común solo, en algunos aspectos

meramente procesales es coincidente con la normativa familiar y no así en sus fines y bienes jurídicos protegidos.

18. ¿En su opinión el principio de integración del Derecho le permitirá a Juez utilizar normas de otras ramas del derecho compensatorio con la normativa y en relación a la indemnización por daño?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	11	25%	3	6%	14
Litigantes	24	55%	6	14%	20
Total	35	80%	9	20%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	35	80%
No	9	20%
Total	44	100%

Descripción:

En el cuadro anterior se concreta que el 80% de los entrevistados opinó que esta compuesto por un 55% de los litigantes y un 25% de los procuradores los que afirman que el principio de la integración del Derecho

le permite al juez auxiliarse de otras ramas del derecho comparado con la normativa familiar.

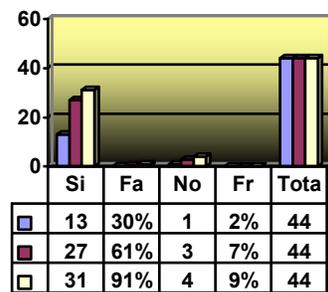
Interpretación y análisis:

La mayoría de los entrevistados que fueron litigantes consideran que si, el principio de integración del derecho le permite al juzgador auxiliarse de otras normas que le permiten a estos sustraer elementos que posibilitan una justa indemnización y no solo como actualmente lo buscan auxiliarse del derecho común si no, de otras ramas que aunque con un contexto distinto poseen elementos actuales que trayéndolos a rama familiar posibilitarían poder alegarla y fundamentarla; contrario a esto una minoría de los procuradores se inclinaron por que basta con la supletoriedad del derecho común.

19. ¿Considera usted necesario que se hagan reformas a la normativa familiar sobre la indemnización de daños y perjuicios?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	13	30%	1	2%	44
Litigantes	27	61%	3	7%	44
Total	31	91%	4	9%	44

Alternativa	Fa	Fr
-------------	----	----



Si	31	91%
No	4	9%
Total	44	100%

Descripción:

Los cuadros que anteceden reflejan que un total del 91% de los entrevistados que son un 30% de los procuradores y un 61% de los litigantes, contestaron que es necesario que se hagan reformas a la normativa familiar que verse sobre la indemnización mientras que el 9% cree que no es necesario las reformas en lo que a la indemnización concierne.

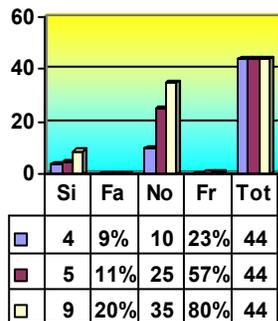
Análisis e Interpretación:

De lo anteriormente descrito se establece que los litigantes y procuradores necesitan de una normativa que determine expresamente esta figura, ya que los que actualmente la establecen presentan dificultades para alegarla, pues se desconocen elementos para cuantificar el monto a si como valorar si existen otros casos, aparte de los ya enumerados, los cuales imposibilitan que éstos puedan alegarse, y más aún establecer la indemnización para el caso determinado ya que el juzgador lo hace pero únicamente según su criterio de juzgador situación que degenera en un

atentado a la legalidad ya que debe existir una norma que indique ¿Por qué? y ¿Cómo? fue otorgada la indemnización y con ello se imposibilite la oportunidad de recurrir por medio de recursos a esa sentencia por quien sufrió el agravio por dicha sentencia.

20. ¿Alguna vez ha interpuesto recurso de una sentencia en lo que ha la indemnización de daños y perjuicio le cause agravio?

Unidad de análisis	Si	Fa	No	Fr	Total
Procuradores	4	9%	10	23%	44
Litigantes	5	11%	25	57%	44
Total	9	20%	35	80%	44



Alternativa	Fa	Fr
Si	9	20%
No	35	80%
Total	44	100%

Descripción:

En relación al cuadro anterior, se establece, que un total de 80% que comprende un 57% de los litigantes y el 23% de los procuradores no han interpuesto ninguna clase de recurso a la sentencia que conlleve agravio de

la indemnización y un total del 20% si lo han interpuesto de ellos el 4% son procuradores y el 5% litigantes.

Análisis e Interpretación.

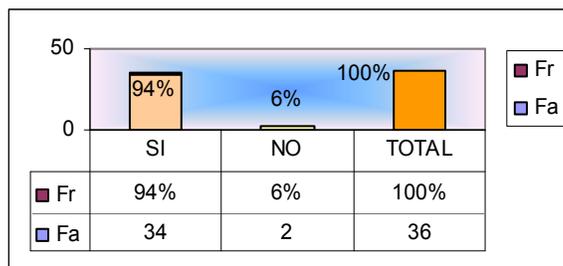
La situación antes planteada deja ver que los litigantes de la zona oriental no impugnan la sentencia donde se haya otorgado indemnización, en primer lugar, por que desconocen como plantear un recurso y no consideran que los fallos otorgados por el juzgador tienen un grado de falibilidad que da la apertura a la interposición de los recursos ya que las resoluciones del Juez Inferior cuando no estén apegadas a derecho deben ser cuestionadas por el Juez Superior o viceversa. Es así que si, en el fallo del Juez Familiar es injusto debe conocerse por Cámara y esta valorará si debe otorgar la indemnización por los daños sufridos.

4.2.4 INTERPRETACION Y ANALISIS (PREGUNTA POR PREGUNTA) DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS EN LA ZONA ORIENTAL A EQUIPOS DE ESPECIALISTAS DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA Y PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Pregunta 1.

¿Se auxilia usted del Código de Familia y La Ley Procesal de Familia para realizar estudios sobre los daños familiares?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	34	94%	2	6%	36



Unidades de Análisis	Fa	Fr. %
SI	34	94%
NO	2	6%
TOTAL	36	100%

Descripción.

Los cuadros muestran un total de 34 entrevistados que equivale al 94% del total de la muestra, los cuales manifiestan que se auxilian del Código de Familia y la Ley Procesal de Familia realizar sus estudios sobre daños familiares, un 2% de la muestra contestó de forma negativa, al manifestar que no se auxilian de la normativa familiar al realizar los estudios que les son asignados.

Interpretación y Análisis.

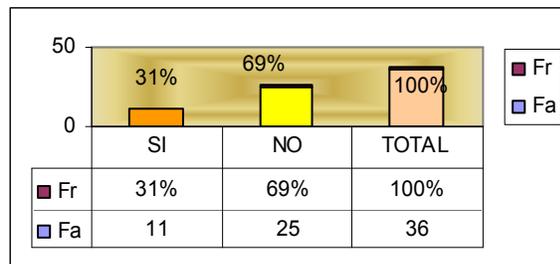
La interrogante planteada está orientada a determinar si los especialistas de los juzgados de familia de la zona oriental, realizan sus reportes o estudios sobre daños familiares con base en la normativa familiar. De lo que se deduce que existe conocimiento de los especialistas sobre los casos en que el Código de Familia y Ley Procesal de Familia determinan la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios.

Sólo una minoría del total de la muestra manifestó que no se auxilia de la normativa familiar al realizar estudios sobre daños familiares, lo que determina que el desconocimiento sobre la regulación de los daños es muy poco, y en general se afirma que los especialistas conocen la regulación de los daños, lo que conduce a una mejor interpretación y aplicación de la misma.

Pregunta 2

¿Considera usted que es reparable el daño moral?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	11	31%	25	69%	36



Unidades de Análisis	Fa	Fr. %
SI	11	31%
NO	25	69%
TOTAL	36	100%

Descripción

Los cuadros y gráfica anteriores muestran que de un total de 36 entrevistados, 25 contestaron de forma negativa a la respuesta planteada, y sostienen que el daño moral no es reparable, Un total de 11 entrevistados que suman el 31% del total de la muestra manifiestan que el daño moral sí puede ser reparado.

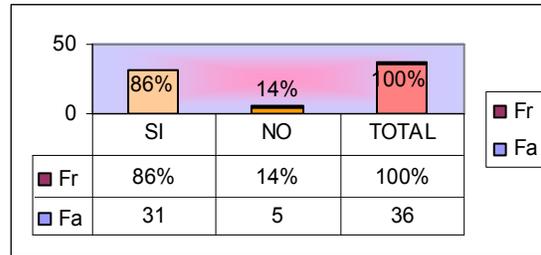
Interpretación y Análisis.

Se pretende conocer si el desequilibrio espiritual que causa el daño moral puede ser reparable, es decir que la víctima vuelva al estado en que se encontraba antes de sufrir tal agravio. Se sostiene que la víctima no podrá recuperar el equilibrio espiritual que le fue vulnerado como consecuencia del daño sufrido, pero estiman los entrevistados que si bien el daño moral no es reparable, se puede en alguna medida compensarlo a través de la indemnización dineraria; tal resultado está acorde a la doctrina consultada respecto al daño moral, ya que el dinero nunca tendrá una función de equivalencia, sólo de compensación. Una minoría de especialistas entrevistados manifiestan que el daño moral sí puede ser reparado, y que la víctima podrá recuperar su equilibrio espiritual; este criterio es sostenido por un sector minoritario de la doctrina, y no es la tesis más aceptada, porque ningún valor monetario podrá compararse con un agravio moral.

Pregunta 3

¿Para establecer el daño moral es necesario probar las causas que lo producen?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	31	86%	5	14%	36



Alternativa	Fa	Fr. %
SI	31	86%
NO	5	14%
TOTAL	36	100%

Descripción.

Los gráficos demuestran que el 86% de los especialistas, considera que deben probarse las causas que producen el daño moral, Así mismo, un 14% de especialistas estima lo contrario al estimar que no es necesario probar las causas que originan el daño moral.

Análisis e Interpretación

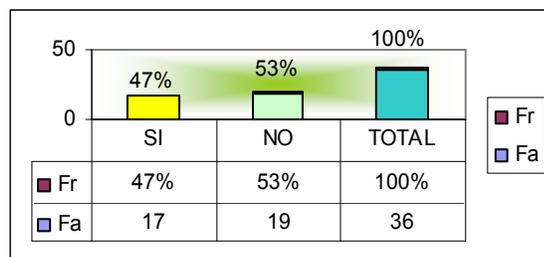
Con la interrogante se pretende establecer si los especialistas tienen conocimiento sobre la necesidad de probar las circunstancias que originan el daño moral. En su mayoría los entrevistados consideran que deben probarse las causas que producen el daño moral, y de esta forma se podrá establecer quién deberá responder por el daño ocasionado, así como la gravedad del mismo, lo que permitirá que los estudios de los especialistas sean más objetivos, en especial los psicológicos, los cuales indican el estado emocional de la persona analizada.

No obstante un reducido número de especialistas estima que no deben probarse las causas que producen el daño moral; tesis que no es compartida porque se estima que es indispensable que se establezcan las circunstancias que originan el daño moral, a fin de determinar su gravedad.

Pregunta 4.

¿En la normativa familiar existen parámetros legales a seguir para determinar la cuantía de la indemnización?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	17	47%	19	53%	36



Alternativa	Fa	Fr. %
SI	17	47%
NO	19	53%
TOTAL	36	100%

Descripción.

Los cuadros y gráfica anteriores demuestran que el 53% de los entrevistados demostró tener conocimiento de que tanto en el Código de Familia como en la Ley Procesal de Familia, no existen parámetros para

establecer la cuantía del monto indemnizatorio; mientras que un 47% de los especialistas manifestaron que la normativa familiar sí contiene parámetros para establecer la indemnización por daños y perjuicios.

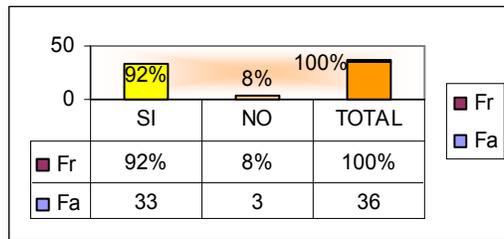
Análisis e Interpretación.

El propósito de esta interrogante consiste en determinar el grado de conocimiento de los especialistas sobre la regulación de los daños y perjuicios en la normativa familiar. No obstante que en la citada normativa no se encuentra ningún parámetro al respecto, de lo que se deduce un cierto grado de desconocimiento por parte de un grupo considerable de especialistas que manifiestan que la normativa familiar si regula parámetros que orienten al juzgador para determinar con mayor objetividad la cuantía indemnizatoria; sin embargo la mayoría de entrevistados afirmó que en la normativa familiar no existen parámetros para determinar el monto indemnizatorio, y por lo tanto su cuantificación es un tema que genera controversias.

Pregunta 5.

¿Cree usted que factores externos como la cultura, el grado de escolaridad, y el nivel socioeconómico inciden en el origen del daño en las relaciones familiares?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	33	92%	3	8%	36



Alternativa	Fa	Fr. %
SI	33	92%
NO	3	8%
TOTAL	36	100%

Descripción.

En los datos mostrados, se determina que los especialistas en un 92% consideraron que factores como la cultura y el grado de escolaridad, así como el nivel socio - económico, inciden en el origen del daño en las relaciones familiares, mientras que un 8% estima lo contrario.

Análisis e Interpretación.

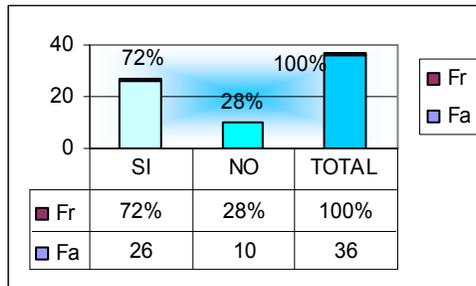
La interrogante se planteó con el propósito de determinar las principales causas socio - culturales que inciden en el origen de los daños familiares. Todos los factores son enumerativos simplemente, pero su complejidad, lleva a estimarlos como los más influyentes en el origen del daño en las relaciones de familia, sin pasar por alto el hecho de que deberá atenderse a cada caso concreto a fin de determinar posibles soluciones al conflicto que se suscite dentro de la familia. Un grupo muy reducido de especialistas considera que éstos factores no son determinantes, lo cierto es que la tesis más aceptada enuncia lo contrario, ya que, si bien es cierto no puede hacerse una exhaustiva enumeración de las causas del daño familiar si

pueden determinarse algunas de ellas, que por su gravedad influyen de manera directa o indirecta en su origen.

Pregunta 6

¿En los casos en que se solicita indemnización por daños y perjuicios es frecuente la práctica de estudios socioeconómicos, educativos y psicológicos?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr. %	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	26	72%	10	28%	36



Alternativa	Fa	Fr. %
SI	26	72%
NO	10	28%
TOTAL	36	100%

Descripción.

Un total de 72% de los especialistas manifestó que es frecuente la práctica de estudios sobre daños familiares, mientras que un 28% de los especialistas expresó que no es frecuente la práctica de estudios por parte de los equipos multidisciplinares en los casos relativos a la indemnización por daños y perjuicios.

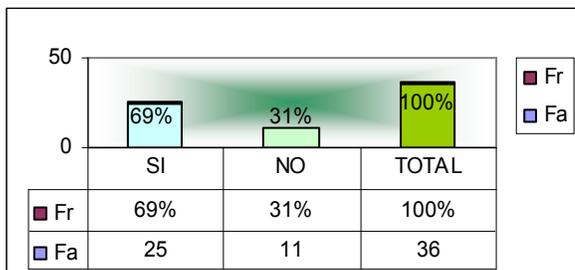
Análisis e Interpretación.

Se pretende conocer hasta que punto los equipos de especialistas por medio de sus respectivos reportes y estudios, auxilian al juzgador de familia, a fin de pronunciarse sobre los casos en que se reclama indemnización por daños y perjuicios. Sin duda los estudios son instrumentos que determinan parámetros para que el juzgador de familiar pueda determinar la cuantía del monto indemnizatorio. Es de hacer notar que en los Juzgados de Familia de La Unión, Morazán y Usulután, los especialistas atienden muy pocos casos referentes a la indemnización por daños y perjuicios, ya que esta acción no es solicitada con frecuencia, lo cual generó que un grupo considerable de especialistas respondiera de forma negativa a la pregunta realizada.

Pregunta 7.

¿Los estudios Socioeconómicos, Educativos y Psicológicos son valorados como prueba por el juez para establecer la indemnización?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	25	69%	11	31%	36



Alternativa	Fa	Fr. %
SI	25	69%
NO	11	31%
TOTAL	36	100%

Descripción.

Los datos mostrados enuncian que un total del 69% de especialistas considera que el juzgador familiar considera sus estudios como una prueba al pronunciarse sobre casos referidos a los daños familiares, mientras que un 31% estima lo contrario que el juzgador de familiar no le da ningún valor probatorio a los referidos estudios.

Interpretación y Análisis.

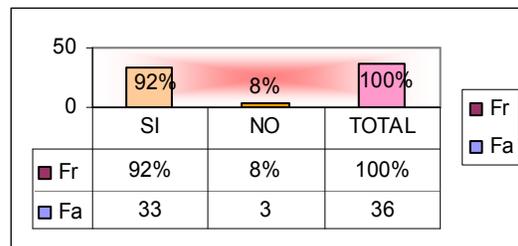
La pregunta está destinada a conocer cuál es el valor que el juez de familia atribuye a los estudios realizados por los especialistas. Es de hacer notar que para los daños materiales el juzgador no tomará como prueba ningún estudio, porque tales daños deberán probados por la parte que los reclama; mientras que el daño moral el estudio psicológico, proporciona un parámetro que orienta al juez o jueza para determinar la entidad del daño causado, los entrevistados que afirmados que sus estudios son tomados como

prueba se refieren generalmente al daño moral y no al material por las razones anteriormente expuestas, mientras que los que niegan la posibilidad de que un estudio se valore como prueba, determinan que son los interesados o partes quienes deberán acreditar los hechos que dan lugar a sus pretensiones.

Pregunta 8.

¿Cuándo el equipo multidisciplinario realiza un estudio en un caso donde se reclamen daños y perjuicios toma en cuenta los parámetros siguientes: Entidad del daño, edad, calificación profesional, necesidad de la víctima, estado de salud y medios económicos?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	33	92%	3	8%	36



Alternativa	Fa	Fr. %
SI	33	92%
NO	3	8%
TOTAL	36	100%

Descripción.

Un 92% de los entrevistados expresó que la entidad del daño, edad, calificación profesional, necesidad de la víctima, estado de salud y medios

económicos son parámetros idóneos para tomar en cuenta al realizar estudios sobre daños familiares; un 8% manifiesta que tales medidas no son tomadas en cuenta.

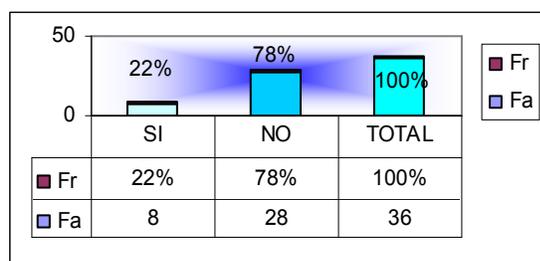
Interpretación y Análisis.

Los resultados obtenidos demuestran que ciertamente existen parámetros idóneos para determinar la cuantía indemnizatoria, ya que centran su atención tanto en las necesidades de la víctima como en la situación económica del agresor, ya que no pueden establecerse sumas indemnizatorias al azar, sin tomar en cuenta medidas objetivas para su cuantificación. Algunos especialistas manifestaron que no obstante en sus respectivos juzgados no son frecuentes los juicios donde se reclame indemnización por daños familiares, estiman que los parámetros enunciados en la interrogante planteada son los más indicados para realizar un estudio más objetivo y veraz. Un reducido número de especialistas manifestó que ninguna de las medidas enunciadas son tomadas en cuentas en sus respectivos estudios, o en algunos casos se toman parcialmente.

Pregunta 9

¿Ha recibido capacitación especializada sobre indemnización de daños familiares?

Unidades de Análisis	SI	Fr. %	NO	Fr.%	Total
EQUIPOS DE ESPECIALISTAS	8	22%	28	78%	36



Alternativa	Fa	Fr. %
SI	8	22%
NO	28	78%
TOTAL	36	100%

Descripción.

Una minoría del 22% de especialistas afirmó haber recibido capacitación en cuanto a daños familiares, mientras que un 78% respondió de forma negativa, al expresar que en sus capacitaciones nunca se ha tratado la indemnización por daños materiales y morales como tema objeto de estudio.

Interpretación y Análisis.

La pregunta formulada está orientada a determinar el grado de conocimiento de los especialistas sobre la indemnización por daños y perjuicios en materia de familia. Lo que debe tomarse como un factor importante ya que un especialista que posea mayor conocimiento sobre la materia podrá realizar estudios más objetivos y veraces, no obstante la mayoría de entrevistados no han asistido a capacitaciones sobre la materia, lo que genera que en cierta medida, no se logre una pleno entendimiento e interpretación de la indemnización por daños y perjuicios, y que en algunos casos el daño que una víctima haya sufrido no pueda ser efectivamente reparado. El grupo de entrevistados que contestó en forma negativa la interrogante planteada manifestó que aparte de que existen pocas capacitaciones sobre daños morales en sus respectivos juzgados, tales casos son muy escasos, por lo tanto no existe mayor conocimiento al respecto.

4.2.5 ANALISIS DE GUÍAS DE OBSERVACION DE EXPEDIENTES DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA, ZONA ORIENTAL.

UNIDAD DE ANÁLISIS	MUESTRA
Juzgado 1° de Familia, San Miguel	12
Juzgad 2° de Familia, San Miguel	12
Juzgado de Familia, Morazán	1
Juzgado de Familia, Usulután	0
Juzgado de Familia La Unión	0

En este apartado se analizaran expedientes de los Juzgados 1° y 2° de Familia de la ciudad de San Miguel y del Juzgado de Familia de San Francisco Gotera, Morazán, no así de los Juzgados de Familia de Usulután y La Unión, en virtud de manifestar la Secretaría de dichos Juzgados que hasta la fecha no se han promovido demandas que pretendan la indemnización de daños y perjuicios.

Razón por la cual se incrementa el porcentaje de procesos observados en la ciudad de San Miguel, y en el Juzgado de Familia de Morazán se analiza solamente un expediente por ser el único caso promovido durante el período correspondiente del año 2000 al 2004, según información proporcionada por la secretaría de actuaciones del tribunal.

La mayoría de expedientes analizados corresponden a juicios de declaratoria judicial de paternidad regulado en el Art. 140 y 150 del Código de Familia, por ser la figura en donde se reclama, con mayor frecuencia la indemnización por daños y perjuicios. Así mismo se analizan tres procesos concernientes a Juicios de Divorcio por vida intolerable, según el Art. 106 causal 3ª, en la cual se reclama pensión compensatoria por uno de los cónyuges, todos los datos son mostrados con base en los resultados obtenidos por la mayoría de expedientes analizados, para una mejor comprensión.

PREGUNTA 1

¿Se reclamó indemnización por daños y perjuicios en la demanda?

UNIDAD DE ANÁLISIS	RESPUESTA
JUZGADO 1° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	SI
JUZGADO 2° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	SI
JUZGADO DE FAMILIA, MORAZAN	SI

INTERPRETACION Y ANÁLISIS:

Efectivamente se ha reclamado indemnización por daños y perjuicios en las demandas promovidas por el demandante, en algunos casos de divorcios por el demandado y otras en los cuales ni se hace tal petición, en

los Juzgados antes señalados. Así mismo el monto reclamado es consideradamente variable según el caso concreto.

PREGUNTA 2

¿Qué clase de daño se reclama?

UNIDAD DE ANÁLISIS	RESPUESTA			
	MATERIAL	MORAL	Daños y Perjuicios	Pensión Compensatoria
JUZGADO 1° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	SI	SI	NO	NO
JUZGADO 2° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	SI	SI	SI	SI
JUZGADO DE FAMILIA, MORAZÁN	NO	NO	SI	NO

INTERPRETACION Y ANÁLISIS

Tanto el daño material como el moral son los que mayormente se reclaman, no obstante que con regularidad se pretende indemnizar el desequilibrio económico del demandante, es decir la reclamación de pensión compensatoria y daños y perjuicios muy escasamente.

PREGUNTA 3

¿Se ofreció prueba para establecer el daño?

UNIDAD DE ANÁLISIS	RESPUESTA
JUZGADO 1° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	NO
JUZGADO 2° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	NO
JUZGADO DE FAMILIA, MORAZAN	NO

INTERPRETACION Y ANÁLISIS

Es notable que en la mayoría de respuestas se manifiesta que no se ofrece prueba para poder determinar el daño causado, puesto que debería probarse el hecho que lo genera (para el caso del daño moral), en cambio en el daño material se considera necesario ofrecer prueba a efecto de tener una apreciación de los hechos que lo llevará a una verdad real y le permitirá al Juez cuantificar el daño, sin embargo, reclama indemnización por daños morales y materiales, y habiéndose establecido solamente el primero, se otorga indemnización por ambos, siendo lo justo que sólo se repare el daño efectivamente causado.

PREGUNTA 4

¿Qué clase de prueba se presenta?

UNIDAD DE ANALISIS	RESPUESTA			Instr.
	DOC.	TEST.	PERIC. o CIENTIFICA	
JUZGADO 1° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	SI	SI	SI	SI
JUZGADO 2° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	SI	SI	NO	NO
JUZGADO DE FAMILIA, MORAZAN	SI	SI	NO	NO

INTERPRETACION Y ANÁLISIS.

Al reflejarse los datos obtenidos se puede observar que las pruebas ofrecidas solamente se refieren a establecer otras pretensiones de las partes pero no se ofreció prueba directa para determinar el daño reclamado, no obstante que si se pide una suma determinada de cuantía indemnizatoria.

PREGUNTA 5

¿Se probaron los daños?

UNIDAD DE ANÁLISIS	RESPUESTA
JUZGADO 1° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	NO
JUZGADO 2° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	NO
JUZGADO DE FAMILIA, MORAZAN	NO

INTERPRETACION Y ANÁLISIS

En cuanto a si se prueban los daños o no, es evidente que no hubo prueba directa, mientras que para probar el daño moral, se toma en cuenta los informes psicológicos, lo cual es criticable en el sentido de que el Juzgador familia, no puede pronunciarse sobre hechos que no han sido establecidos por medio de pruebas, sea esta directa o indirecta, lo cual conlleva a las posibles arbitrariedades judiciales.

PREGUNTA 6

¿Se otorgaron los daños por el Juez?

UNIDAD DE ANÁLISIS	RESPUESTA
JUZGADO 1° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	NO
JUZGADO 2° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	NO
JUZGADO DE FAMILIA, MORAZAN	NO

INTERPRETACION Y ANÁLISIS

Respecto a si fueron otorgados los daños sin prueba la mayoría de procesos consultados por el Juez, lo confirman y de una minoría resulta que fueron otorgados con prueba. Estos últimos basados en estudios que realizaron los equipos de especialistas. En vista de ello se considera que la mayoría de Jueces otorga la indemnización con o sin prueba alguna, sino a su propias conclusiones, de igual forma sucede en los casos que se pide una pensión compensatoria.

PREGUNTA 7

¿Se motivó la sentencia en relación a la indemnización de los daños?

UNIDAD DE ANÁLISIS	RESPUESTA
JUZGADO 1° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	NO
JUZGADO 2° DE FAMILIA, SAN MIGUEL	NO
JUZGADO DE FAMILIA, MORAZAN	NO

INTERPRETACION Y ANÁLISIS

De acuerdo a las respuestas percibidas que en relación a la motivación de la sentencia, respecto a al indemnización, se aprecia un alto grado de deficiencias, que no se motivo a mencionar ni siquiera parámetros elementales para otorgar la indemnización, no obstante un grupo muy reducido de Juzgadores si fundamenta su sentencia respecto a los daños; pero la mayoría lo hace muy poco, por estimar que en escasas ocasiones se pronuncian casos en los que se reclaman daños familiares.

Capítulo V

5.1 Conclusiones

5.2 Recomendaciones

5.3 Propuestas

5.1 CONCLUSIONES

En este capítulo se enuncian las conclusiones obtenidas a través de proceso investigativo, las cuales puntualizan concretamente los objetivos, hipótesis, doctrinas, normativa familiar y unidades de análisis aplicadas, que sintetizan la investigación y muestran la finalidad perseguida con el estudio de los daños familiares; en su orden se detallan:

- I. Al finalizar el análisis doctrinario, jurisprudencial y legal de la figura de la indemnización por daños y perjuicios en materia de familia, se concluye que en el ámbito nacional son escasos los documentos u obras que traten el resarcimiento de los daños familiares, por otra parte son notables los vacíos en la normativa familiar, que no facilitan al juzgador familiar una mejor aplicación del resarcimiento de los daños familiares.

- II. La comprobación de las hipótesis planteadas en la investigación permite afirmar que la aplicación de la indemnización en los casos establecidos en la normativa familiar, no ha sido suficientemente efectiva para resarcir los daños familiares, ya que sólo en limitados casos, donde se ha reclamado indemnización por daños materiales o morales, en los juzgados de familia de la zona oriental, se ha establecido una cuantía, valorada de acuerdo a las reglas de la sana

crítica y por lo tanto acorde a las necesidades de la víctima y al perjuicio causado por parte del dañador.

- III. El daño moral no es reparable, solamente es compensable, a través de la indemnización traducida en dinero que servirá a la víctima para procurarse sensaciones agradables y sufragarse aspectos que vendrán a causarle bienestar después de tanto dolor y sufrimiento padecido; lo que es sostenido por especialistas en psicología respaldan, puesto que el ser humano en su equilibrio espiritual no posee la capacidad psíquica de volver al estado en que se encontraba antes del acontecimiento del daño.
- IV. La acción de indemnización por daños y perjuicios es coetánea a otras pretensiones en un juicio de familia, porque el Juzgador al otorgar o denegar la indemnización por daños materiales morales o ambos no decide una cuestión accesorio, sino una pretensión principal por ser independiente y autónoma, tal como sostiene la doctrina sobre el derecho de daños, así como la Jurisprudencia salvadoreña.
- V. En materia de familia el resarcimiento de los daños materiales y morales no goza de plena eficacia debido a que la figura no posee una regulación amplia y suficiente que establezca de forma explícita cuales son los parámetros que el juzgador familiar podrá tomar en cuenta para otorgar la cuantía del monto indemnizatorio, lo que representa así mismo un problema tanto para las personas

que reclaman indemnización por daños y perjuicios como a sus apoderados judiciales, y de igual forma a los jueces de familia por la incertidumbre de cuales serán las pruebas idóneas para lograr acreditar la existencia tanto del daño material como el agravio moral, y los parámetros que les sirvan para la cuantificación del mismo.

- VI. Gran parte de la doctrina extranjera, conjuntamente con la jurisprudencia nacional considera que no es necesario que se aporte prueba para el caso del daño moral, pues basta con que se acredite la acción u omisión antijurídica, para suponer que se ha probado el daño, ante tal situación como investigadoras respetuosas de los derechos y garantías y principios que se encuentran en la Constitución de la República, se considera que la reclamación de indemnización por daños moral no se sustrae a los principios del proceso común, en especial interesan los de aportación y carga de la prueba, y que el agravio moral debe constatarse, porque el Juzgador Familiar, no puede condenar a una persona o pagar una indemnización, sino cuenta con un soporte fáctico y jurídico que permita fundamentar su condena. En tal sentido, toda persona que pretenda recibir una compensación dineraria por un daño moral, deberá acreditar los hechos que fundan su pretensión. Es decir comprobar la existencia del daño, así como su entidad, lo que no implica necesariamente la aportación de prueba directa, ya que los supuestos en que se utiliza prueba indirecta son empleos y variados en el derecho familiar.

- VII. Se establece que es precedente obtener la indemnización de los daños y perjuicios que hayan acaecido como consecuencia del divorcio por la causal tercera del Art. 106, C. Fam. por ser intolerable la vida entre los cónyuges, siempre y cuando se tenga un carácter restrictivo y específico del caso a tratar, puesto que si, se considera de forma llana se corre el riesgo de ocasionar un caos jurídico, en razón que todos los que busquen divorciarse lo harán por esta causal para extraer el provecho económico que permitiría esta vía legal, si el juzgador tiene un criterio muy permisivo, en cuanto a la procedencia de la indemnización.
- VIII. Se establece que no hay una divulgación actual, de la indemnización por daños y perjuicios por parte de las instituciones obligadas a realizarlo para que no permanezca este contexto tan importante a la vida jurídica en el desconocimiento a pesar de ser una figura tan necesaria de implementar y reclamar en caso de ser procedente.
- IX. Existe desconocimiento en cuanto a la indemnización por los daños y perjuicios en la normativa familiar y en la doctrina, por parte de colaboradores jurídicos y secretarios de los juzgados de familia de la zona oriental, así como litigantes y procuradores, que en su mayoría no toman en cuenta aspectos básicos para la reclamación de la indemnización en un caso en concreto; por lo que es prudente considerar cómo será posible velar y a la vez ser garante de la

protección familiar, si no se conoce cuál es el derecho a tutelar y qué medios probatorios son los idóneos, para establecer la existencia del daño, así como determinar la proporcionalidad de la indemnización en cuanto a la entidad del perjuicio; Por lo que se vuelve necesario la realización de capacitaciones sobre el resarcimiento de los daños familiares.

- X. En los Juzgados de Familia de la Zona Oriental específicamente los de Morazán, Usulután y La Unión, no se ha interpuesto ninguna demanda donde se reclame la indemnización por los daños y perjuicios por los casos que la normativa Familiar determina, como declaración Judicial de Paternidad, nulidad matrimonial, protección del menor o incapaz y adulto mayor.

- XI. Los Juzgados de la zona oriental en su mayoría utilizan como únicos parámetros para determinar la cuantía indemnizatoria; las condiciones económicas del dañador y las necesidades de la víctima; medidas que están desarrolladas entre otros no menos importantes, como la entidad del daño ocasionado, la edad, del perjudicado, la capacidad laboral de la víctima, las consecuencias lesivas del hecho dañoso entre otras, a las cuales no se les otorga aplicabilidad.

5.2 RECOMENDACIONES

I. A la Corte Suprema de Justicia.

Partiendo del alto grado de desconocimiento sobre el contenido y aspecto generales de la indemnización por los daños y perjuicios en materia de familia, se estima que es óptimo que éste órgano de gobierno realice publicaciones concernientes a la compensación de los daños morales y materiales en el proceso familiar, a fin de incrementar el acervo doctrinario existente, puesto que los son muy limitados los aportes en materia de resarcibilidad de los daños materiales y morales.

II. A la Escuela de Capacitación Judicial.

Como aplicadores de justicia, los jueces y juezas de familia, son los funcionarios idóneos para fomentar la promoción una reforma a la normativa familiar que vaya encaminada a una regulación clara y específica respecto a la indemnización de los daños y perjuicios, lo que facilitará la adecuada aplicación del resarcimiento de los daños familiares. Así mismo, los colaboradores jurídicos y secretarios de los Juzgados de Familia de la zona oriental, deberán poseer los conocimientos necesarios sobre la figura de la indemnización por daños y perjuicios. Con el fin de lograr lo anterior, la Escuela de Capacitación Judicial podría realizar seminarios o conferencias sobre los siguientes temas:

1. Teoría General de la Reparación de los Daños.
2. Valoración Judicial de Daños y Perjuicios.
 - 2.2 La prueba del daño moral y material.
3. Presupuestos de la reparación de los Daños y Perjuicios en el proceso familiar.
4. La Cuantificación del Daño.
 - 4.1 Parámetros para cuantificar el daño moral y material.
5. Extensión de la Reparación de Daños y Perjuicios.

Sin perjuicio de otros temas que puedan considerarse convenientes, ya que el estudio del resarcimiento de los daños familiares comprende muchos aspectos, de los cuales se han enumerado tan sólo algunos de los más relevantes.

III. Al Instituto Salvadoreño de Desarrollo de la Mujer (ISDEMU)

Siendo una de las instituciones que presta atención y servicio a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, se considera procedente que se informe y a la vez difunda la importancia de la indemnización que procede en los casos contemplados en la normativa familiar, así mismo, es recomendable que se advierta sobre la necesidad de compensar el daño moral y no sólo el agravio de tipo material, en los casos de violencia intrafamiliar.

IV. Junta Directiva de la Asociación de Abogados de Oriente.

A efecto de que los litigantes de la zona oriental aumenten su conocimiento respecto a la acción indemnizatoria en la normativa familiar, se considera oportuno que se imparta a este sector profesional, capacitaciones respecto a:

1. El daño. Clasificación.
2. La Reparación de los Daños. Formas de Reparación.
3. Medición del Daño en términos de Valor.
4. Parámetros para cuantificar los daños.

V. A la Universidad de El Salvador.

Considerando que es uno de los centros de educación superior donde se formarán los nuevos profesionales del derecho, es conveniente que se impartan en los respectivos cursos de derecho social, los elementos básicos a considerar sobre la indemnización por daños y perjuicios en el proceso de familia, y disminuir en esta forma el desconocimiento sobre el resarcimiento de los daños familiares, y sentar bases para que los futuros litigantes, procuradores y jueces, puedan volver más eficaz el resarcimiento de los daños familiares.

5.3 PROPUESTAS

PROPUESTA DIRIGIDA A COMISIÓN REDACTORA DE REFORMAS DEL CODIGO DE FAMILIA DE EL SALVADOR.

DECRETO No. 2004

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.

CONSIDERANDO:

- I.** Que el artículo 2 de la Constitución de la República, establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la propiedad y posesión, asimismo garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y reconoce además la indemnización conforme a la ley por daños de carácter moral.

- II.** Que el artículo 33 de la misma establece que la ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas, y regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.

- III. Que toda persona tiene el derecho de recibir una justa compensación por los daños materiales y morales que por conducta atribuible a otro, haya sufrido y
- IV. Que es conveniente regular especialmente en materia familiar, lo referente a la indemnización por daños y perjuicios de una forma clara y específica, acorde a las nuevas tendencias del derecho familiar de la responsabilidad civil, que impulsan la eficacia de la reparación de los daños familiares.

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Gobernación y de las Diputadas Claudia Elizabeth Saravia Coreas, Ileana Gabriela Hernández Benítez y Norma Estela Delgado Hernández,

DECRETA: La siguiente reforma al Código de Familia:

Art. 1.- Agréguese un inciso al Artículo 113.-

Art. 113 Inc. 3.- Tales medidas podrán ser aplicables para fijar la indemnización por daños materiales y morales, reclamada en casos de grave conducta dañosa de un cónyuge para con el otro.

Art. 2.- Agréguese un inciso al Artículo 151.-

Art. 151 Inc. 2.- En caso de declararse no ha lugar la impugnación intentada, la madre y el hijo tendrán derecho a reclamar del padre indemnización por daños materiales y morales que la pretendida acción les haya irrogado.

Art. 3.- Refórmese el Art. 161 Inc. 3.-

Art.- 161 Inc. 3.- En los juicios de maternidad son aplicables los artículos 148 y 150 inciso primero. Declarada judicialmente la maternidad el hijo tendrá derecho a reclamar indemnización por daños materiales y morales a que hubiere lugar.

Art. 4 Agréguese el Art. 150 A.-

Reglas relativas a la Indemnización por Daños y Perjuicios.

Art. 150 A.- Para fijar la indemnización por daños y perjuicios que corresponda, el Juez podrá tomar en cuenta las siguientes medidas:

- a) La Entidad del Daño y el Perjuicio Causado.
- b) Necesidades de la Víctima.
- c) Edad de la Víctima.
- d) Estado y Aptitud laboral de la Víctima.
- e) La lesión moral sufrida por el ofendido.

Esta última se apreciará según las circunstancias personales de éste, tales como su educación, sensibilidad, afectos, vínculos familiares, y consecuencias lesivas del hecho dañoso.

VIGENCIA.

Art. 5.- El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los dieciséis días del mes de noviembre de dos mil cuatro.

CLAUDIA ELIZABETH SARAVIA COREAS

Presidenta.

ILEANA GABRIELA HERNANDEZ BENITEZ

Vicepresidenta

NORMA ESTELA DELGADO

Vicepresidenta

PROPUESTA DIRIGIDA A COMISIÓN REDACTORA DE REFORMAS DE LA LEY PROCESAL DE FAMILIA DE EL SALVADOR.

DECRETO No. 2005

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.

CONSIDERANDO:

- I. Que la Constitución de la República establece en su artículo 18 que toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto.

- II. Que el artículo 2 de la Ley Procesal de Familia establece que la interpretación de sus disposiciones deberá hacerse con el propósito de lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la normativa en materia de familia, en armonía con los principios generales del derecho procesal.

- III. Que la acción de indemnización por daños y perjuicios es el medio legal para pedir en juicio el resarcimiento por los daños y perjuicios que un conflicto familiar haya irrogado, siendo una pretensión de carácter principal dentro de la demanda.

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Gobernación y de las Diputadas Claudia Elizabeth Saravia Coreas, Ileana Gabriela Hernández Benítez y Norma Estela Delgado Hernández,

DECRETA: La siguiente reforma a la Ley Procesal de Familia.

Art. 1.- Agregase el artículo 95 A.-

Art. 95 A.- La acción de indemnización por daños y perjuicios podrá ser intentada en un proceso independiente del que resuelva el concreto conflicto familiar, siempre en la jurisdicción familiar.

VIGENCIA.

Art. 2.- El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los dieciséis días del mes de noviembre de dos mil cuatro.

CLAUDIA ELIZABETH SARAVIA COREAS

Presidenta.

ILEANA GABRIELA HERNANDEZ BENITEZ

Vicepresidenta

NORMA ESTELA DELGADO

Vicepresidenta

PROPUESTA DIRIGIDA A COMISIÓN REDACTORA DE REFORMAS DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DE EL SALVADOR.

DECRETO No. 2006

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.

CONSIDERANDO:

- I. Que la Constitución de la República en su Art. 32 establece que la familia es la base fundamental de la sociedad y, ante la obligación otorgada al Estado de crear la legislación necesaria para su protección, y crear los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.
- II. Que es el Estado es el ente encargado de concordar la legislación interna a los tratados y convenciones internacionales referidos a la familiar, la mujer y el niño, con el fin garantizar su protección, según el Art. 144 de la Constitución de la República.
- III. Que la violencia intrafamiliar constituye una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la familia el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades, por lo que se hace necesario una condigna reparación de los daños materiales y morales causados a las víctimas.

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Gobernación y de las Diputadas Claudia Elizabeth Saravia Coreas, Ileana Gabriela Hernández Benítez y Norma Estela Delgado Hernández,

DECRETA: La siguiente reforma a la Ley contra la Violencia Intrafamiliar:

Art. 1.- Reformase el Art. 28 Literal e).-

Art. 28 En la misma audiencia el juez o jueza con base en lo expuesto por los comparecientes, siempre que los hechos no requieran prueba y en atención a compromisos que asuma el denunciado o la denunciada y acepte la víctima resolverá:

Lit. e).- Imponer a la persona agresora la obligación de pagar a la víctima los daños materiales y morales de la conducta o comportamiento violento, tales como servicios de salud, precios de medicamentos, valor de bienes, terapias psicológicas.

VIGENCIA.

Art. 2.- El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los dieciséis días del mes de noviembre de dos mil cuatro.

CLAUDIA ELIZABETH SARAVIA COREAS

Presidenta.

ILEANA GABRIELA HERNANDEZ BENITEZ

Vicepresidenta

NORMA ESTELA DELGADO

Vicepresidenta

REFERENCIA DOCUMENTAL

LIBROS

Barragán Romero Gil, (1995) Los Elementos del Daño Moral, Guayaquil, Ecuador.

Barbero Omar, (1997) Daños y perjuicios derivados del divorcio. Argentina, Edit. Astrea.

Bonfante, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, 8ª ed. Italiana por L, Bacci y A Larrosa, Madrid Reus,

Bustamante Alsina, Jorge, “Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio”, Enciclopedia de Derecho de Familia, T. I.

Cabanellas, Guillermo. (1996) Diccionario de derecho usual. Tomo IV, 24ª Edic. Edit. Heliasta.

Calderón de Buitrago, Anita y otros. (1996) Manual de derecho de familia 3ª Edic.

Cifuentes, Santos, Derechos Personalísimos. 2da Edición actualizada y Ampliada.

Consejo General del Poder Judicial, 1994, La Responsabilidad Civil derivada del Delito, Lucro, Perjuicio, y Valoración del Daño Corporal España.

Consejo General del Poder Judicial, Valoración Jurídica de Daños y Perjuicios, 1999, España.

Colombo Federico, Indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y el divorcio.

Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, Corte Suprema de Justicia. 1990, Anteproyecto del Código de Familia,

De Cupis, Adriano, Teoría General de la Reparación de los Daños.

Diccionario Enciclopédico Hispano Americano, tomo 7, Ed. W:M Jackson Inc.

Diccionario Jurídico Espasa Siglo XXI, 2001, Fundación Tomas Moro, Madrid

Documento Base y Exposición de Motivas del Código de Familia. (1996)

Tomo I y II, 1ª edic. Publicada por el Centro de Información Jurídica del Ministerio de Justicia.

Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, editorial Época, 1977

Enciclopedia Temática del Estudiante Milenio

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo II, Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil.

Ferrer Riba, Joseph, Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños.

Genovard. C .Gotzens, J Yontane, 1987 Problemas Emocionales en el Niño.
Barcelona, Edit. Herder.

Henríquez de Rodríguez, Ana Araceli, Cuaderno de la Sala CSJ. Publicación
Trimestral de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Año I N° 1, Abril -
Junio 2004, Edit. Secc. de Publicaciones de la CSJ.

Lasarte Álvarez, C., (1993) Principios de Derecho civil. Derecho de
Obligaciones, tomo I-II Trivium, Madrid.

Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por Daños Parte General tomo I,
1998, Argentina, Editores Rubinzal Calzoni,

Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por Daños. 1999 Tomo V
Argentina, Editores Rubinzal Calzoni,

Osorio, Manuel. (1997) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
24ª Edic. Edit. Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

Ortolan Mario, Instituciones de Justiniano, Editorial Pág.299.

Pallares, Eduardo. (1999) Diccionario de Derecho Procesal Civil, 25ª Edit.
Porrúa. México.

Picazo Diez, Luis, (1999), Derecho de Daños, Edic. Civitas S. A. España.

Pizarro Ramón Daniel, 2000, El Daño Moral, Edit.Hammurabi Argentina.

Rojas Soriano, Raúl. (1991) Guía para realizar investigaciones sociales, 8ª edic. Editado en México por Plaza y Valdéz, editores. México D. F.

Rojina Villegas, Rafael Compendio de Derecho Civil, Tomo I de las Personas y Familia, Editorial Porrúa, 1984.

Ruggiero Roberto, Instituciones del Derecho Civil, Tomo II Vol. 1 Pág. 545.

Sampieri Roberto Hernández, 2002, Metodología de la Investigación Mc. Graw Hill, México.

Santa Biblia, Antigua versión de Casiodoro de Reina y Cipriano de Valera, 1960. Sociedades Bíblicas en América Latina.

Santos Briz, Jaime. (1993) Responsabilidad Civil, Tomo I, 7ª Edic. Edit. Montecorvo, S.A. España.

REVISTAS

Revista Bíblica, Año 55 No. 52, La Justicia en la Mesopotamia Antigua. [Revista Bíblica. org.]

Revista Justicia de Paz. N° 5 año III Vol. I Enero- Abril 2000 La Responsabilidad Civil Delictual, Alvarenga Vásquez, José Salomón. [Corte Suprema de Justicia.]

Revista de Derecho Constitucional Abril a Junio tomo II, 1998,

TESIS.

Granados Cabrera, Yesenia Marisol, Análisis de las Medidas de Protección de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar y su Aplicación en los Tribunales de Familiar de la Zona Oriental (2000-2002).

PAGINAS DE INTERNET

Artículo Seder Nashim (women), Disponible en www.myjewishlearning.com

www. Torá. Org, Estudiando: Compensación por Varios Tipos de Daños.

www.cervantesvirtual.com. Fuero Juzgo.

www. Legifrance.gouv.fr. Code Civil

Haesbaert de Paiva, Caroline (2001) "Dano moral e sua polêmica aceitação nos processos de separação e divórcio," disponible en www.unicruz.edu.br.

Ivorra, Carlos. Historia Antigua [[www. uv.es](http://www.uv.es)]

Proyecto Clio. El Código de Hammurabi [[Clio. Rediris. es](http://Clio.Rediris.es)]

Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños. [www.indret.com]

Corte Suprema de Justicia. [www.csj.gob.sv]

Anexos



Doctrina Publicada en las Revistas
elaboradas por el Centro de Documentación Judicial

Autor

Acosta Baires, Julio Enrique

Título

ALGUNAS LINEAS SOBRE EL DAÑO MORAL EN NUESTRA
LEGISLACIÓN FAMILIAR

Categoría

Constitucional

Contenido

El objeto de estas líneas, es analizar las posibles violaciones a derechos fundamentales, contenidas en una sentencia pronunciada en Juicio de Paternidad, en la que se condena a la sucesión del padre, al pago de una suma determinada, en concepto de indemnización por daños morales.

CONCEPTOS IMPORTANTES QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA

Antes de iniciar el análisis propuesto, considero necesario recordar, para una mejor comprensión, algunos conceptos básicos que conocemos desde nuestra época de estudiantes de Derecho.

DERECHO PERSONALISIMO: “LA POTESTAD O ATRIBUCIÓN MERAMENTE INDIVIDUAL, INHERENTE A LA PERSONA, NO TRANSMISIBLE”(Diccionario De Derecho Usual, Tomo I 6ª Edición. Guillermo Cabanellas)

INTUITO. POR INTUITO: “POR RAZÓN, EN CONSIDERACIÓN”.
INTUITU PERSONAE: “POR RAZÓN DE LA PERSONA O EN CONSIDERACIÓN A ELLA. SE REFIERE A LAS DISPOSICIONES O ACTITUDES QUE SE ADOPTAN SIN ATENERSE EstrictAMENTE A DERECHO O A RAZÓN, SINO AL RESPETO QUE ALGUIEN MERECE”

(Diccionario de Derecho Usual, Tomo II 6ª Edición. Guillermo Cabanellas)

Anexo 1

DEUDAS HEREDITARIAS : “SON TODAS LAS DEUDAS DEL DIFUNTO, RESULTANTES DE OBLIGACIONES QUE TENÍA CONTRAÍDAS” (Luis Claro Solar)

CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO DE FAMILIA Y A LA LEGISLACIÓN FAMILIAR

Todos los principios, entre otros el de igualdad, que inspiraron la legislación en materia familiar, basados en las disposiciones constitucionales que reconocen a la familia como la base fundamental de la sociedad y que hicieron propicia esa regulación especial, son totalmente válidos y aceptables sin discusión alguna. De igual manera, no admite duda posible, el establecimiento de reglas sobre la filiación como el vínculo familiar entre el hijo y sus padres, que ha venido a romper la diferencia existente, hasta hace algún tiempo, entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio; por ello se concede al hijo el derecho de investigar su progenitura; y se convierte ese derecho en imprescriptible y transmisible a sus descendientes.

Por otra parte, nuestra legislación familiar otorga al hijo, el derecho de exigir la declaratoria judicial de paternidad, cuando ésta no sea reconocida voluntariamente o no se presuma legalmente. Esta acción de paternidad, por la vía del reconocimiento judicial, corresponde al hijo o a sus descendientes, cuando aquél hubiere fallecido, contra **EL SUPUESTO PADRE O SUS HEREDEROS** . Acción que también es imprescriptible. (Art. 150 Inc.1º. Código de Familia).

El inciso 2º de la citada disposición , es preciso citarlo textualmente: **“SI FUERA DECLARADA LA PATERNIDAD, LA MADRE Y EL HIJO TENDRÁ DERECHO A RECLAMAR DEL PADRE INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS MORALES Y MATERIALES A QUE HUBIERE LUGAR CONFORME A LA LEY”** (Las negritas y subrayado son míos).

De acuerdo a los conceptos enunciados al principio de este comentario, en mi criterio, el daño moral es una sanción impuesta al padre que, por no reconocer voluntariamente al hijo, obliga a éste seguir el juicio de reconocimiento, con el consecuente daño causado por su negativa. Pero es una obligación eminentemente personal, se puede decir que personalísima, asimilándola a los derechos de esa misma categoría. Es intuitu personae. Por lo tanto, no puede generar el derecho al hijo o a la madre, de hacer cumplir esa obligación a los herederos del padre, como si fuera una deuda hereditaria. La obligación nacida del daño moral causado, no es una obligación contraída en vida por el padre. En el caso que se plantea, esa obligación (pago de una suma en concepto de daño moral), es impuesta por un Juez, no al padre, sino a su sucesión. En otras palabras, el juicio de paternidad se siguió legalmente, pero contra la sucesión y no contra el padre; la condenada al reconocimiento y al pago, legalmente, fue la sucesión y no el padre. Por lo tanto, esa condena, en lo referente al reconocimiento si es valedera para la sucesión, pero no así, en mi opinión, en lo que al daño moral y su pago se refiere. Ésta no es transferible, pues por su carácter eminentemente personal correspondería exclusivamente al supuesto padre.

Diferente sería el caso si en vida el padre hubiera sido condenado al reconocimiento y al pago de la indemnización por el daño moral causado y después falleciera. En

ese supuesto ya había adquirido una obligación y por lo tanto es transmisible a sus herederos por considerarse ésta como una verdadera deuda hereditaria.(Art. 1235 C. Inc. 1º. “Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas”.)

En algunas sentencias que se mencionan, como ejemplos jurisprudenciales de la Cámara de Familia, por aquellos que sostienen la tesis contraria a la mía, se citan casos del daño moral no aceptado por el Juez Inferior y la Cámara revoca, con acierto a mi juicio, aduciendo entre otras cosas, que ni siquiera es necesaria prueba directa para establecer la existencia de aquél , el cual se tiene por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica. Pero ninguna de esas sentencias se refiere al caso del daño moral transferido a herederos. Se trata de **casos de sentencias en las que se condena al padre no a su sucesión**. De igual manera ,se cita doctrina en algunos estudios referentes a casos como éste, que aluden al aspecto penal, el que se quiere, por analogía e integración, aplicar a materia de familia, citando además principios constitucionales, que no aportan nada nuevo al caso comentado, por ser de aplicación general, como por ejemplo el Art.2 Cn., en el que se establece la indemnización por daños de carácter moral. Se mencionan también en su apoyo, disposiciones tales como los Arts. 116 y 122 del Código Penal, en relación con el Art. 2067 del Código Civil , que hablan, respectivamente, de la obligación de reparar los daños desde el punto de vista civil.

Recordemos que la condena en materia penal es personal y por ello es que la indemnización, como consecuencia del daño causado con el ilícito, sí es transmisible a los herederos. El caso penal y el familiar son totalmente diferentes en este aspecto, en situaciones como la que estamos estudiando concretamente; pero podrían considerarse idénticos si el padre, personalmente fuera el condenado, lo cual no ocurrió en la situación que se analiza.

Por las razones expuestas, es que el legislador, según mi criterio, en el Inc.2º del Art. 150 del Código de Familia, no hizo extensiva la condena al pago del daño moral a los herederos del padre y la dejó expresamente establecida para éste únicamente. Además, también cabe aplicar acá, la regla de interpretación literal contemplada en nuestro Derecho Común .

La violación constitucional, que en casos como este se da, a mi parecer, llega más lejos, cuando el Juez, además de la condena, ordena embargo en bienes de los herederos. Bienes que fueron parte de la masa hereditaria, pero que una vez inscritos por traspaso, son propiedad personal de cada uno de ellos, ya que la sucesión ha terminado.



ASOCIACION DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES

Web: <http://www.aaba.org.ar> - Mail: aabacoin@pccp.com.ar

VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS RESPONSABILIDADES EN EL SIGLO XXI

Impacto de la globalización. El rol del Estado.
Constitucionalización de los nuevos derechos.

Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002- Fac. de Derecho - Univ. de Buenos Aires

PONENCIA N° 31

Factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo

Por Susana Margarita Urrutia - Norma Beatríz Riposatti

1. Creemos que son aplicables los principios generales de responsabilidad civil en el derecho de familia, por lo tanto es menester acreditar todos los presupuestos de responsabilidad exigidos en el derecho civil: 1.1. antijuridicidad, 1.2. daño, 1.3. causalidad, y 1.4. factores de atribución de responsabilidad.

2. Con relación a los factores de atribución de responsabilidad, sostenemos que en el tema específico de indemnización por no reconocimiento de hijo, es necesario la existencia de dolo o culpa, sin realizar distingos en cuanto a esta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias.

3. Descartamos a los factores de atribución de responsabilidad de naturaleza objetiva como generadores de derecho de indemnización por no reconocimiento de hijo.

Factores de atribución de responsabilidad en Derecho de Familia. Tendencia actual.

Si bien hoy no es discutible la aplicación del Derecho de Daños en el Derecho de Familia, cabe preguntarnos qué factor de atribución de responsabilidad origina el derecho a una indemnización en la falta de reconocimiento de hijo.

En este punto, consideramos que existen tres posiciones doctrinarias y jurisprudenciales a saber:

Anexo 2

a) Tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad:

Consideramos como representante de este sector de la doctrina a la Dra. Nelly Minyersky, quien en su trabajo: "Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución", incorporado en la obra "La responsabilidad". Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg". Directores Atilio Aníbal Alterini – Roberto M. Lopez Cabana. Pag. 549/562. Editorial Abeledo Perrot sostiene: "Frente al progresivo y debido lugar que ocupa actualmente la teoría de la carga dinámica de las pruebas, cualquiera fuera la posición sustentada, se debe procurar facilitar el logro del emplazamiento filial con la condigna reparación de los daños.

De lo expuesto se colige que, para la autora transcripta, debe primar el presupuesto de responsabilidad de la causalidad independientemente del factor subjetivo de atribución de responsabilidad.

b) Tesis que incluye como factores de atribución de responsabilidad a la culpa sin distinción de clases y al dolo.

Como exponentes de esta posición se encuentran Eduardo A. Zannoni, quien en su obra: "La responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo de hijo", publicado en la L.L. 1990 – A – 1, manifiesta que la mera falta de reconocimiento no genera sin más responsabilidad sino que ésta debe ser imputable a título de dolo o culpa.

A mayor abundamiento, podemos citar el trabajo de los Dres. Eduardo Molina Quiroga y Lidia E. Viggiola, "Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo propio. Lesión a la identidad. Resarcimiento del daño" J.A. nro. 5829, 19-V.93, pág. 902/906, donde sostienen que: "El factor de atribución de responsabilidad es subjetivo. Se atribuirá responsabilidad a quien no pueda justificar un error excusable que obste a la culpabilidad de quien, más tarde, es declarado padre o madre (ejemplo: la ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo, creencia razonable en la propia esterilidad basada en análisis anteriores fehacientes, etc.). Pero hay que analizar toda la conducta: una razonable negativa a reconocer espontáneamente al hijo no exculpa la renuencia a prestarse a las pruebas biológicas".

c) Tesis que propugna sólo a la culpa grave y al dolo como factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo.

Dentro de esta corriente doctrinaria, se encuentra la Dra. Graciela Medina, quien al adherir a la exigencia del dolo o culpa grave como factor de atribución de responsabilidad en el derecho de familia, exige la culpa grave asimilada al dolo para responsabilizar al progenitor no reconociente. Afirmando que de esta manera se continúa la tradición argentina en materia de derecho de familia, ya que si bien el ordenamiento general de derecho civil no acepta la diferencia de culpa grave y leve en general, sí la aceptó siempre en el ámbito del derecho de familia (Revista del Derecho de Daños N° 6. Daño Moral. "Daño extrapatrimonial en el

Nuestra posición: No compartimos la tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad, pues es ineludible el tratamiento de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad.

En este aspecto compartimos las reflexiones del Dr. Pedro Di Lella, publicado en su trabajo "Del daño moral por el no reconocimiento inculpable del hijo", publicado en J.A. 1999 – III – 499, comentando el fallo de la S.C.J.B.A. al cual hiciéramos referencia ut supra, cuestiona cuál es la situación del varón que mantuvo relaciones sexuales y se pregunta qué le manda la ley hacer?

El mencionado autor contesta que, si como afirma el fallo, el hombre responde por los daños independientemente de su culpa o negligencia, lo que se está sosteniendo es que si se mantuvieron relaciones sexuales con una mujer se está obligado a reconocer a los hijos que ésta tenga. Concluyendo que todo varón que mantiene relaciones sexuales con la madre al tiempo de la concepción, como está por un principio de buena fe procesal obligado a reconocer tal hecho y ello basta para admitir la acción de reclamación de la filiación, en realidad está obligado a reconocer al hijo, salvo que pruebe que conocía que la madre tuvo relaciones sexuales con otro.

Por lo tanto todos los hombres que han mantenido relaciones sexuales con una mujer que ejerce la prostitución están obligados a reconocer al niño a riesgo de que si no lo hacen, el que lo sea, deberá indemnizar los daños que, aún sin culpa ni negligencia, ocasionó al niño indudablemente ajeno a estas situaciones.

Consecuentemente, se está creando una presunción de la paternidad del hombre que tuvo relaciones sexuales con una mujer, sin exigir siquiera el concubinato.

Creemos que la relación de causalidad, también trasunta un problema de imputación, pero de orden fáctico: atribución material de un resultado a un hecho fuente. (Conforme Matilde Zavala de González. "Resarcimiento de daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños", Editorial Hammurabi S.R.L., 1999, Buenos Aires, pág. 355).

Consideramos que los factores de atribución de responsabilidad necesarios para generar derecho indemnizatorio, son el dolo o culpa, pero sin realizar distingos en cuanto a esta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias comunes. Pero creemos inevitable el tratamiento de la imputación valorativa para determinar el deber jurídico de resarcir.

Por lo tanto no coincidimos con la tesis que exige como factor de atribución de responsabilidad el dolo y la culpa grave.

El hijo no reconocido no ha tenido participación en su procreación; por ende sus progenitores deben asumir mayores cuidados para evitar daños al nuevo ser.

En este aspecto compartimos la opinión de la Dra. Nelly Minyersky en su trabajo "Responsabilidad por el no reconocimiento de hijo extramarital. Factores de atribución", La Responsabilidad. Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg. Directores: Atilio Anibal Alterini – Roberto M. Lopez Cabanas. Editorial Abeledo Perrot., quien afirma: "Mantener relaciones sexuales no está prohibido por la ley, pero tiene una probable consecuencia: la procreación. Esta conlleva la obligación de emplazar a ese niño en el estado de familia que le es debido a su realidad biológica. Puede ser un efecto no querido, pero desde el momento que se gesta un niño, éste se transforma en un ser con entidad propia, en un sujeto de derechos independientes."

.Además, sostenemos que exigir culpa grave o dolo, evitando sancionar los comportamientos que conlleven culpa común, evidencia la vieja ideología que consideraba que la responsabilidad imputada a un miembro de la familia es un elemento desquiciante que quiebra la armonía del grupo, es un acto de dureza o crueldad de la víctima respecto del victimario, que olvida el deber de piedad o consideración, atendiendo a los intereses del perjudicado –que pasarían a ser “inferiores”-, se atacan “los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad y al sentimiento de justicia de la comunidad”.. Conforme cita nº 7. Recomendación expuesta en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones. Santa Fe. 1990, pág. 11. Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones familiares. “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares” por Jorge Mosset Iturraspe. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires. 2001.

Sin embargo, disentimos con el criterio transcripto, mientras que compartimos la idea que afirma: “La protección de la familia no se hace con la aplicación de criterios estrictos, que pretenden una familia que no es, en la cual quien debe dar ejemplo y educación se comporta en forma totalmente indolente”. Conforme Claudio Gustavo Romano. Nota a fallo “Filiación. Falta de reconocimiento del hijo. Daño Moral”. L.L. 1999, pág. 164.

En definitiva, creemos que son aplicables los principios generales de responsabilidad civil en el derecho de familia, por lo tanto es menester acreditar todos los presupuestos de responsabilidad exigidos en el derecho civil:

1. Antijuridicidad: o sea la existencia de un actuar contrario a derecho que aparece configurada con el no reconocimiento de hijo.

2. El daño: Deberá distinguirse entre daño moral y material. Con respecto al daño moral en ciertos casos existirá in re ipsa, en otras circunstancias deberá realizarse una evaluación fáctica para determinar su existencia. En este punto cabe distinguir: entre el daño moral, por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado hijo del progenitor en los medios sociales, del derivado de las carencias afectivas, pues ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, como dice el Dr. Bossert, en su voto de la C.N.Civ., Sala F., 19-X-89, L. 41.325.

Con relación al daño material en todos los casos deberá ser probado y no en todos los supuestos producirse. Estos daños se configurarían por las carencias materiales que la falta de reconocimiento del progenitor le ocasionó al hijo.

3. Nexo de causalidad: Es la atribución de un resultado a un hecho fuente. Por lo tanto en los supuestos de no reconocimiento de hijo, el nexo de causalidad se configuraría ante el no reconocimiento y el daño provocado al hijo.

4. Factor de atribución de responsabilidad: Sostenemos que en el tema específico de indemnización por no reconocimiento de hijo, es necesario la existencia de dolo o culpa, sin realizar distingos en cuanto a ésta última. Es injusto dejar sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias.

