

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**LA FALTA DE APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD POR
MINISTERIO DE LEY EN LAS UNIONES NO MATRIMONIALES VULNERA
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS HIJOS**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**MERCEDES BARRIOS, ELISANDRA MARISELA
ORELLANA DÍAZ, MIRNA CICELA**

DOCENTE ASESOR:

LIC. EDWIN ORLANDO ORTEGA PÉREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. ELÍAS ALEXANDER MEJÍA MERLOS
(PRESIDENTE)

LIC. JOSUÉ RUBÉN RIVAS BAIREZ
(SECRETARIO)

LIC. EDWIN ORLANDO ORTEGA PÉREZ
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias
RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICEDECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
DIRECTOR GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Msc. María Magdalena Morales
**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar agradecer a Dios todo poderoso porque sin él no estaría en el lugar que estoy por abrirme las puertas para poder seguir estudiando por poner a personas que son como ángeles en mi vida, por guárdame todo el tiempo durante mi carrera, por guiarme por el camino correcto y a enseñarme que las oportunidades solo se dan una vez en la vida, porque no mereciendo nada Dios me lo da todo, todo lo que necesito y siempre me abre oportunidades que yo creía que ya estaban cerradas solo puedo decir GRACIAS POR TU MISERICORDIA MI DIOS.

A mis padres por haberme brindado su enorme apoyo durante el tiempo que duro mi carrera porque aunque las cosas son difíciles mi madre siempre me motivo para que siguiera adelante a pesare de todos los obstáculos siempre estuvo, está y estará siempre brindándome su apoyo, diciéndome que no desmayara que no todas las personas tienen la oportunidad de sacar una Licenciatura en la Universidad de El Salvador por eso y por muchos consejos sanos que mis padres me han brindado yo les doy las gracias desde el fondo de mi corazón.

A la mi maestra de bachillerato de contabilidad Elba Ester Osorio por haberme dado la oportunidad de ir a participar por una beca estudiantil.

A la fundación FUNDESCO por haberme dado la oportunidad de seguir estudiando por esa beca que me otorgaron desde el Bachillerato hasta la Universidad gracias a la Licenciada Carmen Elena Ruiz que sé que desde el cielo siempre ha estado interviniendo por mí y a la Licenciada María del Carmen Carbonel por su entrega por sus consejos para salir adelante esos ángeles que Dios puso en mi camino y han sido, son y seguirán siendo parte de mi vida.

A mi asesor de tesis Licenciado Edwin Orlando Ortega por su entrega y

dedicación, por su paciencia, por estar siempre dándonos esas asesorías tan importantes para poder culminar nuestro trabajo, por corregirnos nuestros errores y por estar siempre cuando lo necesitamos dispuesto a solventar cualquier duda.

A mis amigos y amigas que cuando tuve una dificultad siempre estuvieron dándome su apoyo incondicional amigos que no necesitan que escriba su nombre si no que saben quiénes son por eso y muchas cosas más gracias a todos.

Elisandra Marisela Mercedes Barrios

AGRADECIMIENTOS

Primeramente doy gracias a Dios todo poderoso por darme la sabiduría y la fuerza a lo largo de estos años para lograr mi meta, por ayudarme a superar todos los obstáculos y por protegerme durante todo este tiempo, sé que sin su ayuda nada habría sido posible.

A mis padres por el apoyo incondicional que me han brindado durante todos estos años, por sus consejos, por su paciencia y por brindarme el apoyo económico para alcanzar este triunfo, especialmente a mi madre por su esfuerzo, por hacer grandes sacrificios por sacarme adelante y motivarme para continuar hasta lograrlo.

A mis tres hermanos: Kelvin, Johana e Isaías por estar siempre ayudándome, por acompañarme en momentos difíciles e incluso en mis noches de desvelo y por animarme muy a su manera a seguir adelante.

A una persona que aunque ya no está físicamente conmigo en estos momentos, me inspiró desde el principio de este camino y confió en que lograría culminar una carrera universitaria, esa persona que fue el mejor de los tíos: Félix Antonio Orellana; sé que estaría muy orgulloso de mi en estos momentos y que desde el cielo me cuida, a quien dedicó de manera especial este triunfo.

Le agradezco a mi asesor de tesis Licenciado Edwin Orlando Ortega Pérez por guiarnos durante la realización de este proyecto, agradezco su tiempo y esfuerzo.

Agradezco a esas personas que conocí durante todos estos años en las aulas de clase, con quienes hoy somos grandes amigos y amigas.

Doy gracias también a esas personas que aparecieron como ángeles en mi camino y me ayudaron cuando lo necesite, y a esos amigos que han estado

siempre pendientes de mi progreso, agradezco sus palabras de ánimo, su apoyo incondicional y por compartir conmigo la alegría de haber logrado culminar mi carrera, de todo corazón gracias a todos.

Mirna Cícela Orellana Díaz

ÍNDICE

RESUMEN.....	i
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	ii
INTRODUCCIÓN.....	iii

CAPITULO I EL MATRIMONIO

1.1. Historia de la evolución del matrimonio.....	1
1.1.1. Primitiva promiscuidad	1
1.1.2. Relaciones sexuales por grupo	3
1.1.3. Matrimonio por raptó	4
1.1.4. Matrimonio por compra.....	5
1.1.5 Matrimonio consensual.....	6
1.1.6. Matrimonio canónico	7
1.1.7. Matrimonio civil moderno.....	11
1.2. Antecedentes del matrimonio en El Salvador.....	12
1.2.1 Definición de Matrimonio	14
1.2.2 Definición legal	15
1.2.3 Características o elementos del matrimonio	16
1.3. Requisitos del Matrimonio.....	20
1.3.1. Requisitos de fondo para contraer matrimonio son:.....	20
1.3.2. Requisitos de forma:.....	23
1.4. Consecuencias jurídicas del matrimonio.....	24
1.5 Efectos del matrimonio	25
1.5.1 Aspectos generales	25
Derechos:.....	25
Obligaciones:.....	26
1.5.2 Efectos del matrimonio respecto de los cónyuges	26
1.5.3 Efectos personales:	27
1.5.4 Efectos patrimoniales	28

1.5.5 Efectos paterno-filiales	29
--------------------------------------	----

CAPITULO II

LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

2.1. Antecedentes históricos de la unión no matrimonial	30
2.2. Concepto de unión no matrimonial	33
2.3. Concepto sociológico de la unión no matrimonial	34
2.4. Definición legal de la unión no matrimonial	35
2.4.1. Concepto según el Código de Familia	36
2.4.2. Naturaleza jurídica de la unión no matrimonial	36
2.4.3. Requisitos de la unión no matrimonial	37
2.4.4 Características	39
2.4.5 Procedimiento judicial para la declaratoria de la unión no matrimonial	42
2.4.5.1 Declaratoria judicial	42
2.4.5.2 Efectos jurídicos que genera la declaratoria de la unión no matrimonial	46

CAPITULO III

LA PATERNIDAD

3.1. Parentesco, filiación y vínculo genético	52
3.1.1 Parentesco	53
3.1.1.1 El parentesco en general.....	53
3.1.2 Clasificación del parentesco	54
3.1.2.1 Parentesco legítimo o ilegítimo.....	55
3.1.3 Efectos civiles.....	55
3.1.4 Clases de parentesco según el Código de Familia	56
3.1.4.1 Parentesco por consanguinidad	56

3.1.4.2 Parentesco por afinidad.....	56
3.1.4.2 Parentesco por adopción.....	57
3.1.5. Filiación.....	57
3.1.5.1 Filiación matrimonial y extramatrimonial.....	58
3.2. Determinación de la filiación.....	60
3.2.1 Modos de determinación de la filiación.....	60
3.2.2 Prueba de filiación.....	61
3.3. La paternidad.....	61
3.3.1 Definición.....	61
3.3.2. Investigación de la paternidad.....	62
3.3.3. Concepto de investigación de la paternidad.....	62
3.3.4 Referencia histórica de la investigación de la paternidad.....	63
3.3.5 Impugnación de la paternidad.....	64
3.4. Legitimación activa para pedir la impugnación de la paternidad.....	65
3.5. Excepción de no impugnación de la paternidad.....	66
3.6. Impugnación del reconocimiento voluntario.....	67

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

4.1. Evolución histórica.....	68
4.1.1 Definición.....	69
4.1.2 La igualdad ante la ley.....	69
4.1.3 La igualdad en la ley.....	70
4.1.4 Igualdad en la aplicación de la ley.....	70
4.1.5 Igualdad de trato formal.....	71
4.1.6 Igualdad de trato como equiparación.....	72
4.1.7 Igualdad de trato como diferenciación.....	72
4.1.8 La igualdad como generalización.....	73

4.1.9 La igualdad como valor y como principio	73
4.1.10 La igualdad como derecho	76
4.2. Definición de igualdad	76
4.3 Características.....	79
4.3.1 Igualdad formal o ante la ley.....	79
4.3.2 Igualdad como tratamiento diferenciado	80
4.3.2 Igualdad material.....	80
4.4. Derechos de los hijos nacidos en el matrimonio y los hijos nacidos en uniones no matrimoniales.....	80
4.5 Normativa internacional y nacional referente al principio de igualdad .	81
4.5.1 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:	82
4.5.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos:	82
4.5.3 La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	82
4.5.4 La Constitución de la República	83
4.5.5 El Código de Familia por su parte	83
4.5.6 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)	83
4.6 Instituciones relacionadas al principio de igualdad.....	84
4.6.1 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, en Inglés United Nations Children's Fund (UNICEF):.....	84
4.6.2 Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos.....	84
4.6.3. Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia. (ISNA)	84
4.6.4 Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA).....	85
4.7 Jurisprudencia internacional y nacional	86
4.7.1 Jurisprudencia internacional.....	86
4.7.2 Jurisprudencia nacional.....	89

CAPITULO V
DERECHO COMPARADO

5.1. Costa Rica	94
-----------------------	----

5.2. Paraguay	95
5.3. Ecuador	96
5.4. Nicaragua	98
5.5. Colombia	98

CAPITULO VI

ANÁLISIS DE RESULTADOS

6.1 Análisis de las entrevistas realizadas a jueces de familia	102
6.2 Análisis de entrevistas realizadas a procuradores de familia	103

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1 CONCLUSIONES	106
7.2 RECOMENDACIONES	107
7.2.1 AL ESTADO	107
7.3 PROPUESTA DE REFORMA AL ART. 141 CÓDIGO DE FAMILIA	108
BIBLIOGRAFÍA.....	111

RESUMEN

La presente investigación denominada: “La falta de aplicación de la presunción de paternidad por ministerio de ley en las uniones no matrimoniales vulnera el principio de igualdad de los hijos” se fundamenta en el principio de igualdad establecido en el artículo 3 de la Constitución, es decir, en el trato igual que deben recibir las personas y en específico los hijos sin discriminación por ningún motivo incluyendo el origen de su filiación, ya que la situación jurídica de los padres o la clase de familia de la cual provenga no debe ser motivo para recibir un trato diferente.

La anterior problemática se analiza y desarrolla a través de seis capítulos partiendo de aspectos doctrinarios relacionados al tema, en primer lugar al matrimonio, luego lo referente a la figura de la unión no matrimonial, así como también se desarrolla la paternidad y el principio de igualdad, se hace un estudio de la normativa que regula este principio y se hace una recopilación de derecho internacional para efectos de derecho comparado, asimismo se presenta jurisprudencia tanto nacional como internacional sobre casos relacionados al tema de investigación; en el capítulo VI se desarrolla el análisis de las respuestas obtenidas a las entrevistas realizadas a jueces y procuradores de familia del área de San Salvador; a los que se les preguntó acerca del principio de igualdad aspectos como: el concepto que tienen ellos de éste, si consideran que se aplica en el país y si consideran que la falta de aplicación de presunción de paternidad por ministerio de ley vulnera el principio de igualdad de los hijos.

Esto con el propósito de tener la opinión de expertos en la materia desde su conocimiento en la práctica diaria de sus labores sobre el tema objeto de esta investigación.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

Cn.	Constitución de la República
Art.(s)	Artículo(s)
Ibíd.	Misma Cita
Inc.	Inciso
N°	Número
Ref.	Referencia
Cód. fam	Código de Familia

SIGLAS

CC	Código Civil
DL	Decreto Legislativo
DO	Diario Oficial
DC	Decreto Constituyente
CS	Corte Suprema
S/N	Sin Número
CONNA	Consejo Nacional de La Niñez y Adolescencia
LEPINA	Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación tiene como propósito indagar sobre el tema del principio de igualdad de los hijos nacidos en uniones no matrimoniales acerca de los hijos nacidos dentro de un matrimonio, respecto a las formas de establecer la paternidad en cada una de ellas haciendo énfasis en la presunción de paternidad por ministerio de ley establecida en el art. 141 del Código de Familia, que se aplica a los hijos nacidos de matrimonio no incluyendo en dicha presunción a los hijos que nacen de una unión no matrimonial, no obstante en estar según en similares condiciones.

Con el fin de lograr un desarrollo más amplio se abordan temas relacionados al matrimonio, unión no matrimonial, la paternidad, el principio de igualdad y se hace una investigación de este tema en algunas legislaciones internacionales como referencia de derecho comparado, se incluye en dicha investigación el análisis de las entrevistas realizadas a los jueces y procuradores de familia sobre el tema así como las conclusiones y recomendaciones para dar una posible solución a la problemática.

Con dicha investigación se pretende dar a conocer como en El Salvador y en la mayoría de países latinoamericanos, los hijos nacidos de uniones no matrimoniales o hijos extramatrimoniales como son llamados en otros países, éstos se encuentran en desventaja respecto a los hijos que nacen dentro del vínculo del matrimonio en cuanto a la manera como la ley regula la forma de establecer la paternidad para cada uno de ellas, ya que los hijos que nacen de padres que han contraído matrimonio se presumen hijos del marido no necesitan hacer ningún trámite; mientras que los hijos nacidos en uniones matrimoniales están sujetos a la voluntad del padre si quiere reconocerlo y si no este debe demandar judicialmente para que se le

reconozca, lo que implica un gasto económico y desgaste moral para el hijo y también un costo para el Estado a través del sistema judicial, tal como lo indica el estudio realizado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) en el año 2004, en el marco del proyecto denominado “ Monitorea a las Leyes relativas al reconocimiento de hijos e hijas y deberes de asistencia económica” dicho estudio revela que la paternidad irresponsable es un grave problema de El Salvador en la actualidad.

De igual manera al analizar legislaciones internacionales se puede apreciar que hay países donde también no se ha llegado a resolver esta problemática pues muchos de estos siguen la misma línea que la legislación salvadoreña, dejando en manos de un tercero la paternidad de un hijo pero en Colombia esto ya no se ve así pues este país sirve como referencia del gran avance que han tenido en materia de familia para que los hijos extramatrimoniales sean incluidos en la presunción de paternidad por ministerio de la ley y que nuestro país no debe de dejar pasar por desapercibido, ya que es un gran avance para poder obligar a que aquellos padres irresponsables la ley les obligue a hacerse cargo de la paternidad de sus hijos.

Se entrevistó a especialistas en materia de familia, consultándoles si consideran que el mandato constitucional que existe en el país, así como los diferentes Convenios Internacionales de los cuales El Salvador es firmante vulneran o no el principio de igualdad de los hijos en cuanto a la presunción de paternidad por ministerio de ley que se les concede solo a los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Como una solución a la problemática planteada, se propone hacer reformas al Código de Familia para que una vez declarada la Unión no matrimonial si el padre no ha reconocido voluntariamente, sea la ley que lo

obligue pero no judicialmente como es lo que está actualmente permitido sino que sea por ministerio de ley reformando el artículo 141 del Código de Familia, en el sentido de ampliar la presunción incluyendo a los hijos de uniones no matrimoniales.

CAPITULO I

EL MATRIMONIO

El presente capítulo tiene como propósito hacer referencia a la evolución que ha tenido la figura jurídica del matrimonio; es necesario aclarar que no se puede establecer solo un momento histórico de éste, sino de los relatos que se han podido recuperar sobre el comportamiento de ciertos grupos en determinadas etapas de la historia, sin embargo no se ha encontrado como tal un comienzo y un fin de cada época, mucho menos pensar en años que sean específicos para hacer una marcación de cada modalidad que se ha dado.

1.1. Historia de la evolución del matrimonio

1.1.1. Primitiva promiscuidad

El estudio de la evolución del matrimonio a través de la historia proporciona el conocimiento ancestral de desigualdad de trato entre personas de ambos sexos, el dominio del varón y el sometimiento de la mujer. Los estudios antropológicos y sociológicos entre otros con respecto a la evolución de la figura del matrimonio y de las mismas sociedades no presentan una unidad de criterios en buena parte porque no es posible remontarse con veracidad de datos auténticos que sean verdaderamente comprobados porque la evolución de las sociedades han presentado características que son diferentes en distintos lugares de la tierra y en distintas etapas históricas.

La teoría tradicional acerca del comportamiento sexual de los primeros seres humanos habla de una total promiscuidad en donde el hombre no se deja guiar más que por sus instintos.¹

Modernamente, a partir del siglo XIX se empezó a cuestionar ésta teoría de la primitiva promiscuidad acudiendo a que en ningún lugar por muy primitiva que sea la cultura, se encuentran vestigios de un indiscriminado comercio sexual y aduce también que los propios primates tienen ciertos principios selectivos y permanentes entre las parejas reproductoras. Se dice, que no es nada raro que los antropólogos, sociólogos y otros estudiosos de las relaciones humanas imbuidos en las ideas de la cultura occidental sobre el puritanismo que caracterizó al siglo XIX; nieguen rotundamente la posible existencia de un estado primitivo de promiscuidad basándose más en cuestiones morales que en realidades científicas.

Dentro de los antecedentes históricos del matrimonio, se tiene los primeros datos en lo que se denominó la primitiva promiscuidad, que fue un comportamiento sexual del hombre, que se guiaba simplemente por su instinto, esto se da en la etapa del salvajismo que fue anterior a toda cultura; en esa época, de la misma forma en que el hombre busca alimentos para sobrevivir, actúa de acuerdo a su instinto reproductor para conservar la especie, en esta etapa el hombre no se guiaba por ninguna norma de tipo moral, religiosa etc.

Las relaciones de promiscuidad sexual tienen como característica, que solo es el macho el que se satisface en cualquier hembra, lo que se traduce en el poder de macho frente a la hembra, que es lo que ha tenido preponderancia a lo largo de la historia, así tenemos que el macho ha

¹ Sara Montero Duhalt, " *Derecho de familia*" (Editorial Porrúa, México 1984), 101.

violado, raptado, comprado, disputado, cambiado y se ha apropiado de la mujer como una cosa. Esta es una teoría bastante antigua por lo que no se podría considerar como una de las más fuertes y acertadas.

1.1.2. Relaciones sexuales por grupo

Si existió o no una primitiva promiscuidad, lo cierto es que la primera limitación que se encuentra a la libertad absoluta; es la que surgió con el matrimonio por grupos de los tabúes llamados también xenogamia posiblemente este tipo de matrimonio tuvo sus orígenes derivados del totemismo y la exogamia, el tótem es el antepasado común representado normalmente por un animal del que derivan todos los seres unidos con lazos de sangre.

Tal como su nombre lo indica, aquí se dan las relaciones sexuales entre un grupo de hombres con un grupo de mujeres, en donde todos son cónyuges en común, todas las mujeres son de todos los hombres del grupo; desde aquí ya hay una primera restricción en el campo de acción del hombre y es que está supeditado al grupo; en este tipo de relación se comienza a regular, aunque en forma primitiva ciertos derechos y deberes en razón de la convivencia grupal, por eso se dice que es el inicio de la normatividad matrimonial e incluso algunos autores lo consideran como el principio del derecho. En cuanto a prohibiciones, ya tenían el parentesco consanguíneo como una restricción moral, y como resultado de esta prohibición los machos de una tribu, tienen que buscar mujeres fuera de su grupo, y la misma suerte corren las mujeres con tal prohibición.²

De lo anterior surge la exogamia, que consiste en las relaciones sexuales con miembros de tribus diferentes a la propia. Aquí se dieron dos

² Ibíd.102

situaciones: la primera que consiste en que varones de una tribu se casaban con mujeres de otra tribu; y la otra situación consistía en que un grupo determinado de varones tiene por esposa a un grupo de mujeres que son todas hermanas entre sí, o también se daba la misma situación pero a la inversa; o sea un grupo de hermanos tenían por esposas en común a varias mujeres. A esta unión se le llamó punulua.

1.1.3. Matrimonio por raptó

Fue una de las formas usadas para realizar matrimonios en diversos pueblos de la tierra de ellos, quedan grandes vestigios incluso en las obras de arte; se producen raptos colectivos pues al parecer este tipo de matrimonio si existió. Tuvo lugar en Roma cuando se apoderaron los romanos de las mujeres de los sabinos después de las fiestas de los consualicios, a los que los había convidado Rómulo a efecto de proveer mujeres a sus súbditos.

Muchos datos de matrimonio por raptó ofrecen la historia y la literatura del arte de todos los tiempos, costumbre generalizada en casi todos los pueblos de la tierra. La historia de la humanidad es la historia de la violencia imperante sobre la razón; la lucha por el derecho la cual ha consistido en la búsqueda del imperio uso de la razón sobre el poder.³

A través de la historia se observa, que el raptó y la guerra fueron las fuentes principales de las relaciones conyugales, en las que se libraba una guerra, en la que alguien triunfaba sobre su adversario; todo quedaba sometido a su voluntad, todo incluidas las personas quedaban a disposición del vencedor y de este dependía consecuentemente la suerte de las mujeres.

³ Ibíd.103

Pero este tipo de matrimonio algo tuvo de bueno, y es que constituyó el primer paso hacia la monogamia, pues el raptor se casaba con la raptada solamente y ésta era considerada objeto de su propiedad, ya que fue su botín, fue ganada por una lucha y por ende de su propiedad; le exigía fidelidad y obediencia, y si le faltaba al respeto la castigaba terriblemente; esta dureza trajo consigo el parentesco, establecido por la línea paterna que es lo que se conoce con el nombre del régimen patriarcal, ya que si el hombre tenía control sobre su mujer, no podía dudar de ser el padre de sus hijos, consecuentemente todos eran sus herederos legítimos.

1.1.4. Matrimonio por compra

Algunos autores como Guillermo Borda, (argentino) sostienen que el matrimonio por compra significó un progreso hacia la civilización, pues la fuerza estaba siendo reemplazada por una negociación pacífica. Las condiciones que propiciaron este tipo de matrimonio fue la prepotencia del hombre y el hundimiento de la mujer, aceptado rotundamente en la época, entonces ya no hubo necesidad de acudir a la violencia, las mujeres eran objeto de propiedad del hombre, consecuentemente este podía hacer lo que quisiera con ellas y es así como las pone en el comercio.

Las condiciones para esto fueron dadas en la época, ya que el hombre por su fuerza física era el encargado de la caza de animales y de las guerras, que eran las fuentes principales para obtener los bienes de subsistencia de la familia, y la mujer tenía que producir y criar a la prole, esto la obligaba a estar en el hogar; consecuentemente en el trabajo el hombre obtenía buenos materiales de subsistencia y cuando excedían las demandas de sus necesidades y la mujer no podía ser objeto de un intercambio económico, el padre vendía a las niñas y así lograba recuperar parte de los gastos de crianza, pero la mujer nunca fue libre, primero estuvo

como propiedad del padre cuando este la vende; pasa a ser propiedad del esposo y este como la ha comprado puede ejercer sobre ella actos del dominio absoluto.

A través del tiempo este tipo de matrimonio se ha ido suavizando y así adquiere diferentes formas menos denigrantes para la esposa, luego el padre recibía el precio de la hija y lo guardaba para ella misma en caso de viudez o divorcio, en otras ocasiones el pago se hacía a la novia directamente, esto se generalizó y llegó a significar un honor para la novia, ya no lo tomaba como un pago, sino como un regalo, y este variaba en razón de la calidad de la novia; para eso se tomaba en cuenta su juventud, su belleza, virginidad entre otros.

Esta forma cambió tanto que se volvió inversa, después en el sistema de la dote, eran los padres quienes entregaban al novio cantidades de dinero o bienes como contribución al sostenimiento del nuevo hogar. Esto ya se dio en la Atenas clásica, porque el matrimonio por compra propiamente dicho.⁴

1.1.5 Matrimonio consensual

Este matrimonio está basado en el libre consentimiento de un hombre y una mujer, esto constituye un gran avance en el proceso de desarrollo del matrimonio. Hubo que recorrer un largo camino para llegar a este tipo de matrimonio que sí, ya es digno en que se manifieste la voluntad de dos seres que deciden llevar una vida en común de acuerdo con el derecho y la sociedad.

En relación al matrimonio plenamente consensual se puede decir que es novedoso, pues apenas en 1962 es que surge el primer tratado

⁴ Ibid. 106

internacional mediante el cual las naciones firmantes se comprometen a que el matrimonio será únicamente producto del consentimiento de los consortes, y esto se hizo necesario porque hay países en los que son los padres los que deciden acerca del matrimonio de sus hijos y principalmente de sus hijas, a veces en contra de su voluntad debían casarse; en México ese tratado fue ratificado el 19 de abril de 1983 aunque en dicho país siempre se han admitido únicamente los matrimonios consensuales. Fue necesario que se diera a nivel internacional pues en algunos países era el padre quien decidía con quien casar a sus hijas.

El nombre de matrimonio consensual ha sido utilizado para referirse a las uniones que no necesitan más que el consentimiento, tal es el caso de las uniones de hecho.⁵

1.1.6. Matrimonio canónico

El imperio romano se había extendido por medio de las acciones de las guerras, esto hizo que Roma recibiera influencias de diferentes culturas que eran más avanzadas y esto provocó que este estuviera en una situación de detrimento de la que le costó salir, fue entonces que el cristianismo emprendió la tarea de reivindicar la institución del matrimonio, por medio de normas de carácter moral que fueron quienes se pronunciaron sobre los excesos sexuales, rechazaron la figura del divorcio y se pronunciaron acerca de la dignificación de la mujer, que como ya hemos visto era quien no tenía ni voz ni mando en los matrimonios anteriores.

Fue tal la importancia que se le da a la Iglesia en cuanto al matrimonio, que se le elevó de categoría a sacramento como ya se sabe es solemne pues tiene que ser manifestada la voluntad de los contrayentes y el

⁵ Francisco Elías Portillo Benavidez, "El Matrimonio en El Salvador causas jurídicas de su inestabilidad y sus consecuencias" (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 1995).16

sacerdote es quien funge como testigo. Esta calidad de sacramento le fue dada en el concilio de Trento de 1545-1563.

El cristianismo ejerció una enorme importancia en la transformación histórica del derecho matrimonial que se funda en la base de la igualdad de la pareja como protección para la mujer. A partir del siglo III este tipo de matrimonio, se considera una asociación familiar de estrechos lazos basados en el amor, la intimidad, la solidaridad; etc.

El matrimonio cristiano quedó fundado indiscutiblemente por la recíproca prestación del consentimiento de los esposos.

El Código de Derecho Canónico define el matrimonio de la manera siguiente: la alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre si un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación, y educación. Fue elevada por Cristo señor a la dignidad de sacramento entre bautizados en el matrimonio las propiedades esenciales de este son la unidad y que no se puede disolver si no que es para toda la vida de la prole.

Matrimonio Canónico. El religioso contraído con arreglo a las prescripciones de la Iglesia católica, constituye un contrato elevado a la categoría de sacramento en virtud del cual los contrayentes; marido y mujer se obligan a vivir en sociedad, a ayudarse y socorrerse mutuamente, a cumplir con el débito conyugal y a observar la fidelidad según vinculo contraído voluntariamente ante el sacerdote. Estableciendo que solamente la muerte o una decisión excepcionalísima del romano pontífice facilitada cuando el matrimonio todavía no se ha consumado, puede disolverlo.

Criterio Eclesiástico: la actitud de la Iglesia con respecto a la figura del matrimonio es sencilla e irreducible esto debido a que solo es válido para los católicos, sin que este mismo condene el matrimonio civil, siempre que los

contrayentes se abstengan de consumarlo y no se tendrá por verdadero marido y mujer hasta la bendición sacerdotal pronunciada luego del reciproco consentimiento de los novios, antes de lo anterior no se tiene por matrimonio verdadero puede ser cualquier otra forma de convivencia menos la de un matrimonio, al darse la bendición sacerdotal de la Iglesia estamos frente a un matrimonio debidamente establecido.⁶

Naturaleza sagrada. La institución religiosa del matrimonio aparece en el primer capítulo del Génesis, luego de referir que Dios que hizo al hombre a imagen suya, que los creó varón y hembra, los bendijo y pronunció; las palabras: creced y multiplicaos. Se dice que no es bueno que el hombre este solo hagámosle ayuda mutua semejante a él, por cuya causa dejará el hombre a su padre y a su madre y los dos vendrán hacer una sola carne. Su elevación de sacramento se señala por los canonistas en las bodas de Caná con la presencia de Jesús, San Pablo es el gran definidor de la indisolubilidad del matrimonio con sus perdurables palabras y también su gran defensor.⁷

Fines institucionales: como fines del matrimonio canónico, el canon 1013 del Codex establece: un objetivo primordial que es la procreación y la educación de los hijos y como fin secundario: el mutuo auxilio y el remedio de la concupiscencia, esta última declaración valiente como casi todas las canónicas en materia sexual está vigorosamente apoyada por San Pablo. Expresando que el marido debía pagar a la mujer el débito y de la misma suerte la mujer al marido por que la mujer no es dueña de su cuerpo sino que lo es el marido y así mismo el marido no es dueño de su cuerpo sino su mujer.

⁶ Guillermo Cabanellas, «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual» (21 ed. Revisada, actualizada y ampliada, editorial Heliasta, Buenos Aires, Viamonte) 156

⁷ Ibid, 157

La prueba en el matrimonio canónico: se rige en principio, en que mientras no se pruebe la nulidad de la unión bendecida sacramentalmente se considera válida. Si existe duda de hecho o de derecho también se está a favor de la existencia de este.

Las reglas civiles o concordantes: se decía que el matrimonio canónico debían contraerlo todas las personas que profesaran la religión católica, pero esta interpretación se veía mal, al decir que todos los católicos estaban obligados a casarse cuando en realidad lo que el legislador quería decir era que todos los católicos que deseaban casarse estaban obligados a realizarlo por las normas canónicas. La redacción actual ha corregido lo anterior luego de que existe el matrimonio canónico y el matrimonio civil y establece que el matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando al menos uno de los contrayentes profese la religión católica, lo cual significa una violación para las personas que no son católicas.

Modificado o ampliado el Codex Juris Canonici vigente en esta materia como ley nacional. Una vez recibido el pase del Codex civ establece que en cuanto a su validez, constitución y su reglamentación jurídica general el matrimonio canónico se rige por las disposiciones de la Iglesia católica, le reconoce plena eficacia civil a la celebración canónica al punto de que suprime el acto ante el juez y lo reemplaza con la inscripción del matrimonio canónico en el registro civil.

El proceso para que el matrimonio canónico se convirtiera en civil se establece al obligar a los contrayentes a promover la inscripción en el registro a tal fin que con una anticipación mínima de 24 horas pondrán en conocimiento del juez el día y hora para la boda, el juez recibirá dicho aviso y asistirá por sí o por delegado a la celebración del matrimonio a verificar la inscripción en el registro civil; una vez realizada esta se le avisara al párroco.

Las causas de nulidad y de divorcio de un matrimonio canónico se reservaran a los tribunales eclesiásticos cuyas sentencias definitivas se inscribirán en el registro y se presentaran al tribunal ordinario para su ejecución en lo civil.⁸

1.1.7. Matrimonio civil moderno

El matrimonio canónico se caracterizó por sus rituales religiosos más o menos solemnes y tanto ese matrimonio como el civil se celebran con festividades a lo que los contrayentes, familiares y amigos conceden importancia, las galas, las vestimentas de la desposada, flores, música, etc., acompañan a la ceremonia según la costumbre. Todas las ceremonias tienen su origen en formas del pasado; algunas oscuras y olvidadas y otras presentes en la memoria de la humanidad.

Todo lo anterior explica que contraer matrimonio es normalmente un acto con solemnidad social o religiosa.

El matrimonio es un acto jurídico solemne cuando la ley así lo exige con ciertas formas particulares llamadas solemnidades como requisito de existencia del mismo, no todas las legislaciones exigen las solemnidades sino que basta con el consentimiento de los contrayentes mediante ciertas formas.

El derecho positivo considera al matrimonio un acto solemne. La solemnidad consiste en que forzosamente tiene que realizarse ante un juez del Registro Civil que preguntará a los contrayentes si es su voluntad unirse en matrimonio y si su respuesta es afirmativa, declara en nombre de la ley y de la sociedad que quedan unidos en matrimonio; acto seguido se levantara el acta y será firmada por los contrayentes.⁹

⁸ Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1730.

⁹ Montero, *Derecho de Familia.*, 109

1.2. Antecedentes del matrimonio en El Salvador

El panorama legislativo en el país no es muy intenso, los estudios relativos, antes del Código Civil de 1860 en materia de matrimonio se regía por la ley española y fue hasta la creación de este que se establece el matrimonio como contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.¹⁰

En cumplimiento de lo estipulado en el Código Civil se decretó la Ley Reglamentaria del Matrimonio Civil de fecha 1 de marzo de 1880 publicada el 4 de marzo de ese mismo año por la Asamblea General Constituyente, la cual establecía el matrimonio civil para el caso en que ambos contrayentes o uno de ellos no profesara la religión católica, pues los matrimonios eran regulados muchas veces por la Iglesia incluso habían matrimonios que eran realizados bajo el régimen de esta, además en dicha ley se establecieron los impedimentos para contraer matrimonio.

Luego se da la ley de 1881 dictada el 1 de marzo y publicada el 31 de ese mismo mes y año, en esta ley se consideró tomar en cuenta la perpetuidad del matrimonio así como los impedimentos para contraerlo.

Todas las disposiciones de la ley de 1881, relativas al matrimonio y al divorcio fueron incorporadas al Código Civil en la Edición Ezeta de 1893. Luego todas las reformas posteriores sobre el matrimonio se refieren no a la ley, sino al Código Civil.

Es hasta 1950 con la promulgación de la Constitución que se da una novedad con respecto al matrimonio, en su artículo 180 se reconoce la

¹⁰ Silvia Victoria Márquez Osorio, Verónica Elizabeth Palacios Castellanos y Wendy Vanessa Parra Hernández, "La no Regulación de la Pension Compensatoria en la Declaración Judicial de la Union no Matrimonial y los Efectos Juridicos en los Convivientes" (Tesis de Grado, de El Salvador, 2006). 4

igualdad jurídica entre los conyugues. Este principio vino a fortalecer el matrimonio y por ende a la familia, este precepto se mantuvo en la Constitución de 1962 y sigue estando en la de 1983 en su artículo 32; esto obedece a que El Salvador suscribió y ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos instrumento que consagra la igualdad jurídica entre los conyugues así como la protección que el Estado y la sociedad debe de darle a la familia.

Asimismo se puede hacer referencia a la Declaración Americana de Derechos del Hombre aprobada en la novena conferencia internacional Americana de Bogotá de 1948 donde se establece la constitución de la familia como elemento fundamental de la sociedad, principio que luego fue ampliado en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica) suscrita por El Salvador el 22 de Noviembre de 1969.

Luego en Octubre de 1990 se elaboró un documento denominado “Anteproyecto del Código de Familia” siendo aprobado por la Asamblea Legislativa en Septiembre de 1992, en virtud del cual se decreta el Código de Familia el 11 de Octubre de 1993; entrando en vigencia el 1 de Octubre de 1994 en donde se reguló de una manera mucho más amplia la institución jurídica del matrimonio.¹¹

A través de la historia se observa que el matrimonio ha ido evolucionando y requiriendo con el tiempo para ello una serie de solemnidades o formalismos que se encuentran establecidos en el Código de Familia en los artículos 21 y siguientes de este cuerpo normativo.

El Salvador no se ha quedado atrás y se han logrado avances significativos en materia de familia especialmente en la figura del matrimonio, puesto que en el Código Civil para que un asignatario o

¹¹ Ibid. 6

heredero pudiera heredar se le imponían condiciones que este tenía que cumplir así como la condición que establecía el artículo 1059 de casarse o no casarse con una persona determinada quedó declarada como inconstitucional debido a que las personas son libres para poder escoger a la persona con quien quieren contraer matrimonio, pues este artículo era violatorio a los artículos 2 inciso 1 y 2 de la Constitución que si bien es cierto existe la libre testamentación no es absoluta. Es por eso que las personas pueden escoger libremente a la persona con quien deseen contraer matrimonio esto según sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de Septiembre de año 2011 de las catorce horas un minuto con referencia 16-2005.

1.2.1 Definición de Matrimonio

Para abordar el tema de la unión no matrimonial y específicamente el tema de investigación es necesario definir la figura del matrimonio; por lo que se detallan algunas definiciones que ofrecen diversos autores.

El diccionario de la Real Academia Española define el matrimonio como: unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales. Esto en cuanto al matrimonio civil.

En lo que se refiere al matrimonio canónico, el mismo diccionario expresa que se trata de un sacramento propio de legos por el cual el hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia.

Manuel Ossorio, define el matrimonio como: carga de la madre, porque es ella quien debe de producir y reproducir el paso mayor antes del parto, así como el oficio del padre (patrimonio) es o era el sostenimiento económico de la familia. ¹²

¹² Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (Editorial Heliasta),606

Así, también, Guillermo Cabanellas define a este como: “una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio base de la familia.”¹³

1.2.2 Definición legal

La Constitución de El Salvador, en su artículo 32 se refiere a la familia estableciendo que: *“esta es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictara la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural, y económico.*

Así, también, expresa: que el fundamento legal de la familia es el matrimonio el cual descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges y que es el Estado quien fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”.

El art. 33 establece que: *“la ley regulará las relaciones personales y matrimoniales de los cónyuges entre si y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará entonces las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará así mismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”.*

De lo anterior se puede concluir que la Constitución da una protección especial a la familia al expresar que ésta es la base fundamental de la sociedad y que el fundamento de éste es el matrimonio. Así también al establecer que ésta regulará las relaciones familiares resultantes de la unión; estable de un varón y una hembra se puede suponer que se refiere al

¹³ Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 35

matrimonio aunque también se podría referir a las uniones no matrimoniales, sin embargo esta no regula de manera directa la figura del matrimonio sino que deja esa tarea a la ley secundaria que es el Código de Familia.

Es así que dicha norma especial regula de manera específica la figura del matrimonio, estableciendo una definición de este así como sus requisitos, impedimentos y procedimientos. Dicha legislación regula esta institución en el libro primero denominado: "Constitución de la familia" y en su título I regula todo lo relativo a esta.

Según dicha ley, el matrimonio: *es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida. Se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario autorizado, celebrado en la forma y con los demás requisitos establecidos, se entiende contraído para toda la vida de los contrayentes y surte efectos desde su celebración.* Arts. 11 y 12 de dicho cuerpo normativo.¹⁴

1.2.3 Características o elementos del matrimonio

Como todo concepto, el matrimonio tiene características propias, las cuales se pueden deducir de la definición legal que hace de éste el Código de Familia en sus arts. 11 y 12 así se enumeran y describen a continuación:

Legalidad: en su definición se establece que es la unión legal entre un hombre y una mujer y para que sea válido requiere que se cumplan ciertos requisitos, es decir que esta característica impone a los que deseen contraer matrimonio el sometimiento a las formalidades y solemnidades que la ley establece en cuanto a su celebración.

¹⁴ Código de Familia de El Salvador, D. L No. 677, del 11 de octubre de 1993, (publicado en D.O No. 231, Tomo 231, del 13 de diciembre de 1993).

Solemnidad: ya que el art. 12 del Código de Familia hace referencia a que para que este se constituya y perfeccione debe ser celebrado en la forma y con los demás requisitos establecidos en dicho cuerpo normativo y más adelante en el art. 21 y siguientes el código desarrolla cuales son esos requisitos.

Permanencia o permanencia de la unidad: hace referencia a esta característica al expresar en su definición que: es la unión legal de un hombre y una mujer con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida.

E indisolubilidad: esta se refiere a que este es o debe ser contraído para toda la vida de los contrayentes y que surte efectos desde su celebración.¹⁵ Es de relativa aplicación. La normativa familiar no menoscaba la estabilidad y permanencia del vínculo matrimonial. Así lo establece el art. 12 del Código de Familia al disponer que el matrimonio “se entiende contraído para toda la vida de los contrayentes”

No obstante la disolución del vínculo matrimonial por el divorcio antepone dos situaciones, coloca ante una normativa divorcista que no quebranta el fomento, ni la protección que el Estado constitucionalmente le otorga al matrimonio, sino que trata de remediar una situación conyugal muchas veces insostenible.

De esta manera atañe a la posibilidad de que el vínculo matrimonial pueda extinguirse no obstante haber sido válidamente constituido, en razón de hechos naturales o circunstancias voluntarias.

Entre otras características doctrinariamente aceptadas como principales se encuentran: Singularidad: hace referencia a la exclusividad de

¹⁵ Código de Familia de la Republica de El Salvador.

la unión entre un hombre y una mujer, fundamentada en el amor conyugal que es total, al abarcar a la persona amada. Lo que hace la individualidad de los dos seres que se entregan en forma exclusiva por ser indivisible, es decir que no puede compartirse con otro distinto; esto como consecuencia de la naturaleza humana y del matrimonio en sí. Este carácter obedece a un principio ético-jurídico.

Al formarse la comunidad de vida íntima, ambos cónyuges salen de sus comunidades familiares propias, para integrar una nueva, en donde procura cumplir los fines del matrimonio y de la familia. ¹⁶ Es pues, ésta comunidad lo más personalizante que pueda existir en la relación humana y en la legislación desde la antigüedad hasta hoy en día, la intimidad está dada porque las personas de los cónyuges que la conforman comprende, todo el ser físico y espiritual, ya que son ellos, los que se comprometen a permanecer unidos para ayudarse, amarse y compenetrarse de tal forma que sea una sola, en cualquier circunstancia de la vida. La singularidad viene dada del principio monogámico del vínculo y es determinante para el establecimiento de la comunidad de vida. ¹⁷

La igualdad: implica que en el matrimonio hombre y mujer tienen los mismos derechos y deberes, tanto en sus relaciones personales como en las relaciones con sus hijos. Este carácter lleva a la conservación de la unidad familiar. Jurídicamente la ley primaria a través de la Constitución de la República y la legislación secundaria a través del Código de Familia lo desarrolla.

La Constitución de la República en el art.3 dispone: *“todas las personas son iguales ante la ley para los goces de todos los derechos civiles*

¹⁶ Anita Calderón de Buitrago y otros; *Manual de Derecho de Familia*; Centro de investigación y capacitación; (proyecto de reforma judicial) 1994 y segunda Ed, 1995; (San Salvador, marzo de 1995).192

¹⁷ Ibid, 183

no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión”.

Asimismo el art. 32 Inc. 2 expresa *“el fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges”.*

Ya en la ley secundaria Código de Familia se desarrollan estos derechos y deberes en los artículos 36, 38, 39 y 118 los cuales literalmente expresan:

Art. 36 *“Los cónyuges tienen iguales derechos y deberes, y por la comunidad de vida que entre ellos se establece, deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia y tratarse con respeto, tolerancia y consideración...”*

Art. 38. *Gastos de familia:“ los cónyuges deben sufragar en proporción a sus recursos económicos, los gastos de familia, si uno de ellos no tuviere bienes ni gozare de emolumento alguno, el desempeño del trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimara como su contribución a tales gastos, con el mismo significado de las aportaciones del otro...”*

Art. 39. *Cooperación: “ninguno de los cónyuges podrá limitar el derecho del otro a desempeñar actividades lícitas o a emprender estudios o perfeccionar conocimientos y para ello deben prestarse cooperación ayuda, cuidado de organizar la vida en el hogar, de modo que tales actividades de perfeccionamiento o estudio, no impidan el cumplimiento de los deberes que este código les impone. El trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, será responsabilidad de ambos cónyuges”.* ¹⁸

Esta igualdad entre los cónyuges dentro de la comunidad de vida que garantiza el matrimonio, es indispensable para cumplir con los fines y

¹⁸ Código de Familia de El Salvador.

objetivos que derivan de la unión, no obstante esta igualdad no es ni puede ser absoluta de concebir, y es en cierto modo, a partir de esa disparidad que surgen en la práctica, sustanciales diferencias en la aplicación de las normas jurídicas objetivamente igualitarias.

La libertad: es necesaria desde el inicio de la relación afectiva ya que tanto el hombre como la mujer, pueden escoger libremente la persona con la cual se van a unir en matrimonio, así como también tienen la facultad de decidir libremente todo lo referente a la dirección de su hogar, fijación del domicilio, el número de hijos que desean tener, la educación de los hijos y por lo tanto la libertad, siendo este un valor que se necesita preservar y promover. Para que un matrimonio se constituya se necesita que el consentimiento de los contrayentes se encuentre libre de vicios, como el error y la fuerza que limita la voluntad.¹⁹

Jurídicamente el art. 12 del Código de Familia dispone: “*el matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario autorizado...*”.

1.3. Requisitos del Matrimonio

Para que el matrimonio sea legal y se perfeccione se requiere una serie de requisitos o solemnidades que los contrayentes deben cumplir.

Es el conjunto de condiciones legales y necesarias que deben llenarse previamente a la celebración del matrimonio, para que éste tenga validez jurídica.

1.3.1. Requisitos de fondo para contraer matrimonio son:

Según lo establece el artículo 1316 del Código Civil para que una persona se obligue para con otra para un acto o declaración es necesario:

¹⁹ Ibid,192

1. Que sea legalmente capaz.
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios.
3. Que recaiga sobre un objeto lícito.
4. Que tenga causa lícita.

Capacidad: que sea legalmente capaz esta es una actitud en que se haya el hombre y la mujer para poder contraer matrimonio en el régimen común de las incapacidades son absolutamente incapaces para la celebración del matrimonio con forme al artículo 1318 del Código Civil los dementes, los impúberes y los sordo mudos que no pueden darse a entender por escrito. En la normativa de familia se ha regulado este tipo de impedimento de forma diferente dándole un trato diferente a los impúberes y con relación a las incapacitados, ya que existen técnicas avanzadas y modernas de rehabilitación que han permitido que las personas que se encuentran limitadas físicamente puedan por un lenguaje especializado poner de manifiesto su voluntad. Por lo tanto se consideran capaces y aptos para contraer matrimonio así lo establece el artículo 31 Inc. 1 del Código de Familia.

El consentimiento: es de vital importancia para la celebración de cualquier acto jurídico en general y con respecto al matrimonio ya que este se perfecciona por mutuo y libre consentimiento de los contrayentes expresado ante el funcionario autorizado debidamente se encuentre libre de vicios como el error y la fuerza.

La infracción a este requisito de validez es tan grave que su efecto jurídico es la inexistencia del matrimonio según lo manifiestan los artículos 90 y 103 del Código de Familia.

El consentimiento está constituido por una serie de elementos que hacen caer en vicios, los cuales se describen a continuación:

1. El error: el cual puede ser de hecho y de derecho artículo 1323 y 1324 del Código Civil²⁰, pero el Código de Familia en su artículo 94 nos pone de manifiesto que el error se entiende según la legislación en materia de familia como el error o equivocación en la identidad física o sobre alguna identidad personal que sea determinante para dar el consentimiento de una persona y que el mismo pueda generar incluso nulidad relativa del matrimonio esto es lo que dicen los artículos 93 y 94 del Código de Familia.

2. La fuerza: vicia el consentimiento al presumir que mediante fuerza física o moral uno de los contrayentes obliga al otro por sí o por medio de otro, a contraer nupcias por lo que el consentimiento no es pleno y puro, la nulidad relativa que se genera debe de ser alegada únicamente por el contrayente coaccionado en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que ceso la fuerza artículo 95 CF se regula en el Código Civil y es el artículo 1327 el que establece que la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando sea capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, para que la fuerza vicie consentimiento dice el Código Civil que no beneficiada, sino que basta con que sea ejercida por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento.

3. El dolo: regulado por el Código Civil, específicamente en el artículo 1329 expresa que el dolo no vicia el consentimiento solo cuando claramente sin él no se hubiere contratado. En otro caso el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios por la persona afectada.

²⁰ *Código Civil de El Salvador*, Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 23 de agosto de 1859, (Gaceta Oficial No. 85, Tomo 8 del 14 de abril de 1860).

En este caso se considera que es lícita la unión matrimonial aunque siga existiendo dolo de la otra parte, pues este mismo no está comprendido en el Código de Familia como sancionable por nulidad.

Objeto lícito: generalmente se dice que el objeto es aquel que no contraviene al derecho público consiste en crear obligaciones y toda obligación debe tener como objeto una prestación de dar hacer o no hacer no solo las cosas que existen pueden tener un objeto, sino también las que se espera que existan si el objeto es un hecho es necesario que sea física y moralmente posible. En el terreno del matrimonio el objeto no consiste en dar, hacer y no hacer bienes de carácter patrimonial sino que se le asignan denominaciones de obligaciones y derechos entre los cónyuges.

Causa lícita: se entiende por causa lícita el motivo por el cual se generó la obligación de algo que no es contraria a la ley ni a las buenas costumbres se equipara a los fines de este por considerarse un acto jurídico familiar que lo solemniza desde el acto si falta alguno de los requisitos de existencia y de validez para el matrimonio se dice que su objeto no es lícito por consiguiente la causa que lo genero tampoco será lícita.²¹

1.3.2. Requisitos de forma:

Se refiere a las solemnidades que debe tener anteriores a la celebración del matrimonio y estos son: ²²

Que el funcionario público encargado de la celebración del matrimonio esté debidamente autorizado para la celebración de este. Según el artículo 13 del Código de Familia.

Que la petición o la ministración de los contrayentes se haga ante un funcionario público legalmente autorizado, esto según el artículo 21 del

²¹ Calderón, Manual de Derecho de Familia, 198

²² Ibíd.199

Código de Familia el cual les pedirá los documentos necesarios para poder llevar a cabo la celebración del matrimonio.

Que a la celebración del matrimonio concurren por lo menos dos testigos mayores de edad, que sepan leer y escribir en castellano y que conozcan a los contrayentes según el artículo 26 del Código de Familia.

Publicidad del acto de la celebración del matrimonio esto según lo establece el artículo 27 del Código de Familia.

Inscripción de la certificación del acta matrimonial y del testimonio de la escritura pública, artículo 29 del Código de Familia.

1.4. Consecuencias jurídicas del matrimonio

Como todo acto jurídico la celebración matrimonio trae como consecuencia la adquisición de derechos y también deberes para los contrayentes que se establecen en la Constitución y también en el Código de Familia.

El art. 36 Constitución: *“Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de estos dar a sus hijos asistencia, educación y seguridad”.*²³

Al respecto el Código de Familia en el título II que se refiere a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges en el art. 36 dispone que: Los cónyuges tienen iguales derechos y deberes; y por la comunidad de vida que entre ellos se establece, deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia, y tratarse con respeto, tolerancia y consideración.

²³Constitución de la República de El Salvador, Decreto Constituyente S/N del 15 de diciembre de 1983, (publicada en el D.O No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.)

No se infringe el deber que tienen los cónyuges de vivir juntos, cuando tuvieren que separarse para evitar graves perjuicios para cualquiera de ellos o para los hijos, o cuando por cualesquiera circunstancias especiales que redunden en beneficio de los intereses de la familia, calificados de común acuerdo, uno de los cónyuges tuviere que residir temporalmente fuera de la residencia común.

El art. 38 se refiere a los gastos de familia como obligación de ambos cónyuges estableciendo que estos deben sufragar en proporción a sus recursos económicos, los gastos de la familia. Si uno de ellos no tuviere bienes ni gozare de emolumento alguno, el desempeño del trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos, con el mismo significado que las aportaciones del otro.

Si alguno de los cónyuges, por incumplimiento del otro se hubiere visto obligado a contraer deudas para sufragar los gastos de la familia, este será solidariamente responsable de su pago. El juez, en este caso podrá moderar la cuantía de los gastos, atendiendo a las condiciones de vida de la familia y a la razonabilidad de los mismos.²⁴

1.5 Efectos del matrimonio

1.5.1 Aspectos generales

La legislación establece los derechos, deberes y obligaciones entre los cónyuges surgidas en razón del acto jurídico matrimonial. En efecto el matrimonio es una comunidad de vida marital y espiritual para la vida familiar en la que se destacan los siguientes derechos y obligaciones:

Derechos:

1. A la dirección conjunta del hogar.

²⁴ Código de Familia de El Salvador.

2. A fijar la residencia de común acuerdo.
3. A la administración separada de los bienes propios y sociales mientras dure el matrimonio o no haya separación de bienes.
4. A vivir juntos.
5. A obrar en un plano de igualdad jurídica.

Obligaciones:

1. Guardarse fidelidad.
2. Someterse a ayudarse mutuamente.

A aportar a los gastos necesarios para las necesidades domesticas en proporción a sus facultades económicas.

1.5.2 Efectos del matrimonio respecto de los cónyuges

Estos deberes y obligaciones son además de orden moral y jurídico, ya que el reiterado incumplimiento puede producir el rompimiento y disolución de la comunidad de vida.

Sara Montero dice que: “El estado de casados implica la aplicación imperativa de una serie de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges, que se pueden analizar en tres puntos de vista: en cuanto a sus personas, bienes y en cuanto a sus hijos.”²⁵ Ciertamente todo matrimonio produce tres clases de efectos:

1. Efectos personales, que se refieren a los derechos y obligaciones que surgen entre los cónyuges.
2. Los efectos patrimoniales, que se relacionan con los regímenes patrimoniales del matrimonio.

²⁵ Montero, *Derecho de familia*, 140.

3. Efectos relativos a las relaciones con sus hijos, que son denominados paterno filiales y que concretan en la autoridad parental.

1.5.3 Efectos personales:

Estos se refieren a los derechos y obligaciones entre los cónyuges surgidas del matrimonio tales son:

a) La cohabitación. Determinada por la convivencia entre los cónyuges, es una obligación recíproca que moral y legalmente afecta a ambos, comprende el débito conyugal, el derecho a la libre procreación, el de convivencia, que comprende el domicilio conyugal, la asistencia o ayuda mutua, el respeto, consideración y tolerancia en el trato, la cooperación y los gastos de familia. La primera declaración que ofrece el artículo 36 del Código de Familia es que los cónyuges tienen iguales derechos y deberes, lo que significa que el estatus jurídico de la mujer ha cambiado totalmente.

b) Ayuda mutua. Esta consecuencia es tal vez una de las de mayor trascendencia en el matrimonio pues implica una serie de conductas solidarias, como son el mutuo auxilio o la recíproca de la asistencia. Este derecho se encuentra contemplado dentro del artículo 36 del Código de Familia al establecer: que los cónyuges deben asistirse en toda circunstancia de la vida es decir ayudarse en todo lo que sea necesario.

c) Fidelidad. Se encuentra regulado en el art. 36 C. F como un derecho, deber fruto de la unión monogámica, consiste en la obligación de ambos cónyuges de guardarse fe en igualdad de circunstancias tanto al hombre como la mujer.

d) Fidelidad. Se encuentra regulado en el art. 36 C. F como un derecho, deber fruto de la unión monogámica, consiste en la obligación de ambos

cónyuges de guardarse fe en igualdad de circunstancias tanto al hombre como la mujer.

1.5.4 Efectos patrimoniales

En el plano meramente económico se tiene que los aspectos patrimoniales normalmente están relacionados con los contratos que los cónyuges efectúan; las legislaciones a pesar de la diversidad de regímenes patrimoniales del matrimonio que existen han tratado de regular adecuadamente a la realidad de cada país.²⁶

En este plano se presentan diversos aspectos; las cargas económicas que trae consigo la vida en común dentro del hogar, los bienes propios adquiridos individualmente, las donaciones entre los cónyuges y los diferentes regímenes patrimoniales que determinan la organización, administración y disposición de los bienes comunes que conforman un panorama económico complejo, que se caracteriza por la participación efectiva de ambos cónyuges para el buen funcionamiento de este en busca de mejoras económicas en el seno familiar.²⁷

De esta forma Bossert y Zanoni al respecto expresan: “El matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges con las consecuentes facultades y deberes que derivan de él, consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida del grupo familiar van exigiendo, además por la especial característica que tienen la vida en común de los esposos, es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que

²⁶ Calderón, Manual de Derecho de Familia, 248

²⁷ Gustavo A, Bossert y Eduardo A, Zanoni. Manual de Derecho de familia 3° ed.(actualizada y ampliada. Editorial Astrea , Buenos Aires, Argentina, 1991,) .221 y 222.

adquieren ambos. De manera que el régimen matrimonial comprende una de las consecuencias jurídicas del matrimonio, la referente a las relaciones patrimoniales. Estas relaciones determinan como contribuirán marido y mujer en atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la administración de los bienes que los cónyuges aportan o adquieren durante la unión y también, la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges.”²⁸

1.5.5 Efectos paterno-filiales

El matrimonio también tiene consecuencias jurídicas que son deberes de los padres respecto de los hijos: En el art. 202, el Código de Familia expresa: “*Todos los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, tienen los mismos derechos y deberes familiares*”. Luego el art. 203 menciona esos derechos así:

- 1) *Saber quiénes son sus padres, ser reconocidos por estos y llevar sus apellidos.*
- 2) *Vivir en el seno de su familia, sin que pueda separárseles de sus padres sino por causas legales;*
- 3) *Recibir de sus padres: crianza, educación, protección, asistencia y seguridad; y*
- 4) *Heredar de sus padres, en igualdad de condiciones cualquiera que sea su filiación.*

²⁸ *Ibíd.*

CAPITULO II

LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

Este capítulo tiene como propósito desarrollar la figura de la unión no matrimonial, que es una realidad que ha ido aumentando en la sociedad, conforme pasa el tiempo; dicha institución es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continúa, estable y notoria, por un periodo de uno o más años. Así como también se pretende explicar todos los aspectos relacionados a dicha figura.

2.1. Antecedentes históricos de la unión no matrimonial

Es indiscutible que en todos los pueblos y la civilización de la antigüedad se dieron uniones de un hombre y de una mujer sin que estos fueran casados, sino que estas relaciones se dieran fuera de la institución jurídica del matrimonio.

En el Derecho Romano estas relaciones se comenzaron a regular a inicios de la era del cristianismo, con el concepto de concubinato en el derecho romano se convirtió en una especie de matrimonio sometido a prescripciones legales.

En España se le conoció y se reguló a ésta figura como Barragania que era la unión sexual de un hombre con una sola mujer, que estaba soltera; con ciertas condiciones de permanencia y fidelidad.

En algunas culturas especialmente en China, el concubinato fue presentado al lado del matrimonio en el sentido de que un hombre tenía a la

que era su esposa legalmente y al mismo tiempo tenía varias mujeres que eran a las que se les denominaba: concubinas, dicha calidad que estas mujeres adquirían por la relación con este hombre era de inferioridad con respecto a la que tenía la que era la esposa, tanto jurídica como socialmente, pero es de destacar algo muy importante: que los hijos de estas mujeres concubinas tenían los mismos derechos que los hijos legítimos en la sucesión del padre.

Con el liberalismo imperial, la absoluta libertad e igualdad entre todos los hombres, el matrimonio fue considerado como un contrato y las uniones no matrimoniales quedaron ignoradas por la ley, se dice que esta unión es semejante a la del matrimonio pero también es una problemática debido a los efectos que produce; pues ha sido originaria de silencio legislativo desde hace varios años.²⁹

El silencio legislativo que se dio para no regular la unión no matrimonial se debió a factores históricos religiosos, tales como la cadena del concubinato, debido a que la Iglesia tuvo una posición paralela. En la actualidad es unánime la tendencia sobre la necesidad de regular jurídicamente la unión no matrimonial.

En lo referente a América Latina se ha regulado la unión de hecho en Panamá, Guatemala, Perú, Bolivia, México, Colombia, Cuba y otros que han considerado que no se puede guardar silencio sobre una realidad que se vive socialmente en la actualidad y que es de mucha importancia en la realidad social.³⁰

En 1841, fecha en que se promulgó la Constitución de la República de El Salvador después de la época Española se considera la

²⁹ Calderón, *Manual de Derecho de Familia*.428

³⁰ *Ibíd.*431

temática en materia de familia pero de una manera vaga, es decir que no significa un gran avance legislativo. En leyes posteriores se prohibía el adulterio y la mancebía a tal grado de que se tipificó como un delito en materia penal en relación a la honestidad.

Con la reforma que se dio en el año 1923 en el Código Civil en el artículo 283 numeral 5 se dio un avance muy importante en materia de reconocimiento forzoso de los hijos naturales pero se le exigía que tuviera que existir el concubinato notorio entre ambos concubinos.

Para el año 1983 se dio un avance significativo en cuanto a los conceptos de concubinato debido a que la Constitución de ese año viene a conferir un reconocimiento expreso de las uniones de hecho al regularlo de manera expresa en sus artículos 32 inciso 4 y artículo 33; con esta regulación que el legislador hizo en los mencionados artículos, se norman las uniones de hecho como producto de una necesidad social procurando esa condición de convivencia desde hace muchos años pues era una necesidad creciente en la realidad social, ya sea como producto del notable deterioro de los valores de la actual sociedad.

En el congreso mundial sobre derecho de Familia celebrado del 20 al 26 de Septiembre de 1992, se abordó la necesidad de regular la Unión no Matrimonial debido a las siguientes razones:

1. Que él no regular la Unión no Matrimonial era darle la espalda a una realidad social que en países como El Salvador es muy significativa como realidad familiar y superior a la regulada para el matrimonio.
2. La falta de regulación legislativa ha producido casi un total de los convivientes con respecto a los terceros frente a sus hijos.

Queda demostrado que las tesis que se niegan a regular la Unión no Matrimonial y que ésta desaparecería, pero ante la realidad y la sociedad salvadoreña no es la excepción debido a que cada vez son más las personas no solo jóvenes que ya no consideran al matrimonio como una opción única para poder establecer una familia sino que ven más viable una unión libre pero con el carácter de permanencia evitando la formalidad legal que conlleva la figura del matrimonio.

Por lo tanto, debido a la disposición de la Constitución, se hizo necesario armonizar la ley primaria con la promulgación de una ley secundaria; por lo que después de haber pasado exactamente once años, el 1 de Octubre de 1994 para cumplir el mandato constitucional de regular tales relaciones surge el Código de Familia que viene a hacer una clara regulación de esta figura de las uniones no matrimoniales y se incorporan todos los derechos que se tienen en esta materia.

2.2. Concepto de unión no matrimonial

Fenómeno social de la unión de un hombre y de una mujer que sin haber contraído matrimonio hacen vida marital, la denominación más antigua que hace referencia a esta unión es la del concubinato, dicho concepto es definido en el Diccionario de la Real Academia Española tomando como referencia el vocablo concubina para luego pasar al concepto de concubinato expresando que “concubina” manceba o mujer que vive cohabita con un hombre con su “concubina” manceba o mujer con la que se tiene un comercio ilícito continuado.

La denominación de unión libre aunque no es peyorativa indica claramente que la unión es libre sin ninguna traba, se forma y se disuelve sin ningún trámite pero este concepto no fue aceptado porque la Constitución manda a regular la unión permanente de un hombre y de una mujer y en la

unión libre no hay permanecía, también se puede poner en peligro la situación de los hijos, así mismo se rechazó el término de matrimonio de hecho, debido a que no podían existir dos clases de matrimonio uno de derecho y uno de hecho.

2.3. Concepto sociológico de la unión no matrimonial

Se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran conyugues, sin que estos estén casados, dicha unión no se limita solo a lo carnal, no legalizada sino también a la relación continua y de larga duración que existe entre ellos sin estar legalizados por el matrimonio.

Concepto jurídico según Fusar Benlloeh la unión no matrimonial se define como “toda unión y solo unión heterosexual de su persona y que viven abiertamente juntos durante un periodo determinado”.

Según Sara Montero el termino concubinato en la legislación mexicana significa “la unión sexual de un solo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para poder casarse y que viven como marido y mujer durante cinco años”.

El autor peruano Héctor Cornejo Chávez distingue dos diferentes acepciones una amplia y una restringida.³¹

Una amplia: concubinato o unión de hecho es aquella donde un varón y una mujer hagan sin estar casados vida de tales.

Restringida: que exige la concurrencia de ciertos requisitos para que la convivencia marital sea atendida por concubinaria.

³¹ María Magdalena Bustos Díaz, "Análisis Crítico de los Efectos Jurídicos de las Uniones de Hecho en Chile. Una Propuesta de Regulación Orgánica Patrimonial". (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2007).12-13.

Federico Puig Peña señala que unión de hecho es aquella unión duradera y estable entre dos personas de sexo opuesto que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo, este concepto ha sido tomado por la sentencia de la corte suprema de 1989.

2.4. Definición legal de la unión no matrimonial

Históricamente al fenómeno social de la unión de un hombre y de una mujer que sin haber contraído matrimonio hacían vida marital se les denominó de diversas formas, es decir, no tenían una denominación específica para referirse a ellos así como se le conoció como concubinato, unión libre, unión de hecho, matrimonio de hecho, unión sin papeles etc. Pero se dice que la denominación más utilizada es la del concubinato.³²

Fuera de su aspecto puramente sexual implica la noción de un comercio permanente, ostensible o para mejor decir la comunidad de vida de bienes de obligaciones morales que se observan normalmente en el matrimonio. En su forma más perfecta es el estado de dos personas tienen en el hecho y entre terceros la posición de esposos.

Por omisión de formalidades y carácter inestable debido a que su subsistencia depende de la mera voluntad de uno de los componentes dicha unión no ofrece una base firme para la construcción de un sistema legislativo, es por ello que la legislación y la doctrina han sentado las bases para que el reconocimiento de este tipo de uniones puedan ser sujeto de derechos³³.

³² Márquez. La no Regulación de la Pensión Compensatoria, 11.

³³ Harleen Goretty Hidalgo Alfaro, "Eficacia en la Aplicación del a normativa que regula la Unión no matrimonial tomando base la caducidad de la acción". 11

2.4.1. Concepto según el Código de Familia

Este cuerpo normativo del país como legislación especial en el área de familia, toma este concepto de la siguiente manera en el artículo 118: *es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un periodo de uno o más años.*

Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de vida y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo. Así mismo gozaran de esos derechos las personas que siendo púberes y reuniendo los demás requisitos, en razón de la convivencia hubieren procreado un hijo y alguna de ellas no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio o falleciere antes de completar el periodo de convivencia.

2.4.2. Naturaleza jurídica de la unión no matrimonial

Es un acto jurídico en el que se tiene que poner de manifiesto la voluntad, que lo crea, modifica o extingue. Una situación de derecho que en la mayoría de casos que se dan no es solo poner la voluntad, sino también debe de ir acompañada de la autorización del funcionario público autorizado para que los efectos que se produzcan sean plenos y sean legítimos de derecho. En lo referente a las uniones no matrimoniales se puede notar claramente que la manifestación de voluntad no existe ni de manera espontánea ni directa, pues la manifestación de voluntad que se da en este tipo de uniones es la que se expresa día a día.

Existe otra teoría sobre la naturaleza jurídica de la unión no matrimonial que es la que considera que las uniones no matrimoniales son una institución y que una institución viene siendo un conjunto de normas de

carácter imperativo que se encarga de un todo, que persigue una finalidad que es pública debido a que la sociedad es organizada jurídicamente, y que la unión no matrimonial no se queda fuera del ámbito jurídico pues se encuentra regulada como un todo en el Derecho de Familia Salvadoreño.

No solo es vista como una institución jurídica sino que se le concibe como una institución jurídica de derecho social no solo porque se refiere a un todo orgánico que regula ésta institución sino que también se le brinda protección jurídica regulada en el artículo 32 y 33 de la Carta Magna y en la norma especial que es el Código de Familia en el artículo 118 y siguientes, pues el Estado a través del ordenamiento jurídico protege a la familia sin importar el vínculo familiar que a estos los une, se puede decir que también se pone de manifiesto el artículo 3 de la Constitución de la Republica en cuanto al principio de igualdad que todas las personas tienen ante la ley³⁴.

Se puede decir que la teoría más aceptada para la naturaleza jurídica de la unión no matrimonial es la que la toma como institución jurídica social, pues al ser regulada por el ordenamiento jurídico se le confieren derechos y también la familia se encuentra protegida por el Estado salvadoreño sin hacer ningún tipo de distinción en cuanto a su procedencia.

2.4.3. Requisitos de la unión no matrimonial

Para que la unión no matrimonial en El Salvador pueda ser aceptada como tal, el Código de Familia establece ciertos requisitos que deben ser considerados al momento de su declaración los cuales son los siguientes:

Que ninguno de los convivientes tenga un impedimento legal para contraer matrimonio e hicieren vida en común libremente, según este requisito significa que estos no tienen que haber contraído matrimonio entre

³⁴ Márquez, La no Regulación de la Pensión Compensatoria. 40 ,41

si y que ninguno de ellos debe estar casado con otra persona; para que se pueda considerar una unión no matrimonial, debe de estar constituida al igual que el matrimonio por un hombre y una mujer que quieran y deseen estar en el mismo techo compartiendo iguales derechos y obligaciones así como la responsabilidad frente a sus hijos como si esta relación de hecho se tratara de un matrimonio.

Que la unión sea de forma singular: esta se refiere a que la relación debe ser únicamente con otra persona, es decir, solamente entre ambos no debe haber una tercera ni tener más relaciones con otra u otras con ánimo de permanencia; tiene que ser una relación monogámica; en la que guarden fidelidad y respeto hacia la pareja tratando de mantener la armonía y la paz entre ambos.

Continúa: esto significa que el interesado que desee obtener la declaración de la unión no matrimonial debe de tener el ánimo de la permanencia en el tiempo, esta debe ser duradera pues el legislador es claro en establecer cuál es el tiempo de convivencia para ser considerada como tal; que su convivencia no haya sido interrumpida de ninguna forma excepto cuando uno de los cónyuges falleciere antes de completar el periodo de convivencia.³⁵

Estable y notoria: la estabilidad se refiere a que la relación entre los convivientes debe ser continua, permanente por cierto periodo de tiempo con el ánimo de formar una hogar con la otra persona y la notoriedad se refiere a que si la relación es estable debe ser notoria ante los demás, es decir que existan testigos que en verdad los reconozcan como pareja y puedan constatar que estos tienen una vida en común.

³⁵ Código de Familia de El Salvador.

Por un período de uno o más años: el Código de Familia al ver que si es una relación de convivencia, notoria y continua pues establece un periodo, que es de uno o más años para que se pueda considerar que se está ante una unión no matrimonial, también que es una relación estable, si no se cumple con ese periodo de tiempo no se puede decir que se encuentra frente a una relación de este tipo³⁶

2.4.4 Características

Cuando se hace referencia a las características se determina el fenómeno de los rasgos distintivos que lo vuelven autónomo de los demás y se encuentran relacionadas con las características que se mencionan anteriormente; estos elementos son:

Elementos de hecho: es una de las características principales y consiste en que entre la pareja exista una unión coherente, y que sea un vínculo estrecho con tratos efectivos, sentimentales y que sea una unión de familia, ya que existen uniones que se tratan, se conocen como tales pero no conviven íntimamente, lo que delega o desnaturaliza la unión, ya que es este el fin.

Temporalidad: implica mantener dicha situación en el espacio y tiempo que el legislador establece como requisito para obtener tal calidad.

Publicidad: se refiere al trato existente entre la pareja, que debe ser notorio, ya que se tiene que conformar con hechos notorios, que no son otros que los conocidos por la generalidad de personas, y que no necesitan ser aprobados por los mismos.

Singular: esta se halla manifestada en una correlativa fidelidad para los compañeros de vida, teniendo una vida monogámica.

³⁶ *Ibíd.*

Elemento moral: existe la unión y con ello, la convivencia depende de la convicción que otorgan a la unión, tanto para ellos como para la sociedad, donde se tiene que mediar el respeto mutuo y sincero entre la pareja.³⁷

Características que tanto la doctrina como la legislación en América Latina exigen para que la unión no matrimonial produzca efectos jurídicos.

La unión debe ser heterosexual: este requisito, algunas legislaciones no lo mencionan pues lo consideran obvio, sin embargo, tratándose de una relación que produce consecuencias específicas debe quedar claro.

Comunidad de vida, cohabitación: este es el elemento que distingue la unión no matrimonial de una simple relación circunstancial, la cohabitación implica comunidad de vida, es decir, haber constituido un hogar común, tal característica convierte a la unión no matrimonial en un matrimonio aparente que exteriormente no puede distinguirse del matrimonio real.

Publicidad, notoriedad. La unión del hombre y la mujer que cohabitan constituyendo una comunidad de vida debe ostentarse públicamente pues si se oculta puede no producir efectos jurídicos; es decir, que la unión debe ser notoria de conocimiento público.

Permanencia, temporalidad o estabilidad. La relación sexual circunstancial, momentánea o intermitente no constituye unión no matrimonial, se requiere pues que la cohabitación y la comunidad de vida sea duradera, es decir, debe tener permanencia en el tiempo. Si falta esta característica resultarían inaplicables casi la totalidad de los efectos que se

³⁷ Dora Idalia Reyes Zelaya, “Cumplimiento del principio de igualdad de derechos de los hijos dentro y fuera del matrimonio en materia sucesoral de acuerdo al art. 203 n° 4 del código de familia; Trabajo de graduación para obtener el título de licenciada en ciencias jurídicas, (Universidad de El Salvador, abril de 1997), 15.

atribuyen a la unión, tal es así que algunas legislaciones entre ellas, la nuestra requiere que se haya convivido durante uno o más años.

Singularidad. Esto significa que son un solo hombre y una sola mujer que se deben fidelidad recíproca, la relación debe ser monogámica.

Debe existir capacidad nupcial: tal requisito implica que las personas que constituyan la unión no deben tener ningún impedimento para contraer matrimonio o como expresa Zannoni, la unión no matrimonial que la ley considera sería únicamente la unión de personas libres es decir, la de aquellos convivientes que no adolecen de impedimentos matrimoniales.

Lo que la ley regula como unión no matrimonial es un hecho social lícito, distinguiéndose de otros hechos irregulares o inmorales. Los convivientes, deben tener el camino abierto para contraer matrimonio.³⁸

La legislación Chilena por su parte, considera que es un requisito esencial que la relación sea entre un hombre y una mujer ya que estima que las uniones de hecho solo pueden generarse cuando la relación se da con personas de diferente sexo; esto se sustenta por analogía con el estatuto matrimonial, es decir que no se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, y las uniones de hecho son relaciones que tienen apariencia de matrimonio, entonces las uniones de hecho deben respetar ese requisito.

La sentencia con referencia 136-A-2015, de la Cámara de familia de la sección del Centro dictada en San Salvador a las diez horas y veinte minutos del día veinte de julio de dos mil quince presenta un ejemplo de cumplimiento de los requisitos para la declaratoria de la unión ya que se resuelve sobre un proceso de declaratoria de unión no matrimonial en síntesis se manifiesta

³⁸ Calderón, Manual de Derecho de familia, 428.

que los convivientes iniciaron su convivencia a partir del mes de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, estableciendo su domicilio y residencia como pareja en determinado lugar y donde vivieron de forma permanente, e ininterrumpida, sin ningún impedimento legal para contraer matrimonio entre si y haciendo una vida en común de forma singular, continua, estable y notoria por un periodo de más de dieciocho años hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges.

2.4.5 Procedimiento judicial para la declaratoria de la unión no matrimonial

2.4.5.1 Declaratoria judicial

Es importante de este apartado hacer un breve análisis acerca del contenido y alcances de la declaratoria judicial, a partir de una serie de definiciones dadas por algunos estudiosos del derecho; de esta manera:

Manuel Osorio define a la declaración Judicial como “El pronunciamiento de un juez acerca de una materia controvertida”.³⁹

En cambio para Guillermo Cabanellas, la declaración judicial es un pronunciamiento de un juez o un tribunal acerca de una materia controvertida. Estrictamente aún puede decirse por la sentencia favorable en una acción declarativa.⁴⁰

Del análisis de las dos definiciones dadas anteriormente se puede entender por declaratoria judicial, como el acto por medio del cual un juez o un tribunal da un pronunciamiento y/o reconocimiento en el que se encuentra

³⁹ *Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 208

⁴⁰ *Cabanellas, «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 35

contenida la existencia de un hecho o de un acto, que permite a quien lo solicita ejercer su pretendido derecho.

En el caso de la unión no matrimonial, el art. 123 del Código de Familia, establece que: para el goce de los derechos que confiere la unión no matrimonial, se requiere declaración judicial previa de su existencia. Dicha declaración procederá al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión. Siempre que se requiera acreditar la calidad de conviviente, para hacer uso de cualquiera de los derechos otorgados por este código, aquella deberá declararse judicialmente.

Este artículo establece claramente los dos mecanismos jurídicos para que los convivientes hagan uso de los derechos que les otorga dicha normativa, sin embargo, para la procedencia de estos mecanismos se requiere que la unión no matrimonial ya no exista, ya por que fallezca uno de los convivientes o porque la relación familiar de hecho se ha roto. El otro mecanismo jurídico existente procede cuando se producen circunstancias en las que es preciso exigir a uno de los convivientes las responsabilidades de un hogar o para que uno de estos pueda gozar de derechos familiares fundamentales en este caso la unión no matrimonial no se ha desintegrado, es decir, aún subsiste.

De ahí que los miembros de esta podrán ejercer los derechos que la normativa familiar les concede siempre y cuando la relación en comento no haya terminado.

En el primer caso, la declaración judicial de unión no matrimonial establece o reconoce en la realidad cuando una unión familiar de hecho tuvo existencia, siendo a través de aquella que se llega a saber con certeza cuando dio principio y cuando termino dicha relación.

En el segundo caso, la declaración judicial de conviviente declara y/o establece la convivencia entre los compañeros de vida y expresando además en el contenido de la sentencia el pretendido derecho invocado por el solicitante lo que equivale a decir, que siempre y cuando se quiera ejercer un derecho de los que otorga el Código de Familia a la unión no matrimonial los convivientes deberán recurrir a la autoridad judicial competente (juez de familia), para que establezca la situación (relación convivencial).⁴¹

El art. 126 de La Ley Procesal de Familia establece: “en la resolución que admite la demanda para la declaratoria de existencia de la unión no matrimonial, el Juez ordenará el emplazamiento del demandado y además que se emplace por edicto a quienes consideren que la sentencia les afectará en sus derechos, para que comparezcan a ejercer su defensa.

Si la declaratoria se pidiera en caso de fallecimiento de uno de los convivientes y se desconociere quienes son los herederos del demandado, se manifestara esta circunstancia en la demanda y en su admisión se ordenara el emplazamiento por edicto para efectos señalado en el inciso anterior.

El Juez ordenará la práctica de las pruebas tendientes a probar las cuestiones accesorias que debe resolver en la sentencia.

En este proceso podrán decretarse las medidas cautelares establecidas para el divorcio y la nulidad.⁴²

Luego el art. 124 establece el contenido de la sentencia declarativa de la existencia de la unión.

⁴¹ Héctor Manuel Fuentes Valdivieso y otros; “ Eficacia de la Declaratoria Judicial de Conviviente como Mecanismo Jurídico para que estos puedan Ejercer los Derechos que el Código de Familia les Confiere”, (Trabajo de Graduación para obtener el título de licenciado en ciencias jurídicas, marzo de 2000),16

⁴² Ley Procesal de Familia, D.L No. 133, del 14 de septiembre de 1994 publicada en D.O No. 173, Tomo 324, de fecha 20 de septiembre de 1994.

En los casos del inciso primero del art. 123 esta determinara:

- 1) La fecha de inicio y de cesación de la unión;
- 2) Los bienes adquiridos por los convivientes y los frutos de estos deberán establecerse de acuerdo al Régimen de Participación en las Ganancias regulado en el art. 51 de este Código;
- 3) La filiación de los hijos procreados durante ella, que no hubiere sido previamente establecida;
- 4) A quien de los padres en su caso, corresponderá el cuidado personal de los hijos sujetos a autoridad parental habidos dentro de ella, el régimen de visitas, comunicaciones y estadía de los mismos, para que el padre o la madre que no viva con ellos, se relacione con sus hijos; y,
- 5) A quien corresponderá el uso de los bienes muebles y de la vivienda familiar, con la finalidad de dar protección a la o el conviviente y a las y los hijos bajo autoridad parental, incapacitados, discapacitadas o discapacitados y demás personas que integren el grupo familiar.

En el caso de que la vivienda destinada para el uso familiar, estuviese gravada, en la misma sentencia la o el juez podrá determinar la obligación del pago de las deudas buscando en todo caso el bienestar de las y los hijos y la o el cónyuge bajo cuyo cuidado personal se confiaren.

La declaratoria de existencia de la unión no matrimonial, deberá pedirse dentro de los tres años siguientes contados a partir de la fecha de ruptura de la misma o del fallecimiento de uno de los convivientes, so pena de caducidad.

Esta acción podrá ser iniciada por cualquiera de los convivientes o sus herederos según el Art. 125 del Código de Familia.

2.4.5.2 Efectos jurídicos que genera la declaratoria de la unión no matrimonial

La legislación secundaria confiere a los convivientes ciertos derechos que solo pueden hacerse valer a través de la declaratoria judicial de conviviente emitida por un juez de familia, la cual como ya se dijo, surge como consecuencia de una unión de hecho aún no disuelta, en vista de que en aquella se generan circunstancias para los convivientes a quienes se les hace necesario exigir estos para determinar responsabilidades de uno de ellos, entre los derechos que se pueden derivar tenemos:

Protección de la vivienda familiar: El Código de Familia regula la protección a la vivienda familiar, siendo el espíritu de dicha regulación el que dicha institución jurídica procura por el desarrollo integral de la familia, proporcionándole de esta forma la seguridad de contar con un techo que se lo permita.

El artículo 120 de dicho cuerpo normativo relacionado con el artículo 46 del mismo otorga el presente derecho, estableciendo que la constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos convivientes so pena de nulidad; con lo que se da seguridad al inmueble que sirve de habitación a los miembros de la familia a fin de preservarlo como vinculante para los partícipes de aquella, ya que no basta el consentimiento de uno solo de los convivientes para gravar dicho bien, siendo imprescindible que se anote preventivamente en el registro inmobiliario al que por su jurisdicción pertenezca.⁴³

El consentimiento de ambos convivientes para la constitución del derecho de habitación sobre el inmueble que sirve como vivienda familiar

⁴³ Código de Familia de El Salvador.

deberá otorgarse en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la Republica o los auxiliares departamentales de este, en cualquiera de los casos, dichos instrumentos deberán inscribirse en el registro de la propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente, tal y como se afirmó en el párrafo que antecede.

Acción Civil. Según Couture, acción es “El poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.

Se entiende por Acción Civil: “aquella que le compete a uno para reclamar en juicio sus bienes o intereses pecuniarios. Nace el derecho sobre las cosas y de las mismas fuentes que las obligaciones, es decir, de la ley, de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos. En la jurisdicción crimina la que entabla la víctima de un delito o sus derecho-habientes para conseguir la restitución de lo arrebatado, la reparación del daño y el resarcimiento del perjuicio.

El artículo 122 del Código de Familia, establece al respecto que: “En caso de muerte el compañero de vida sobreviviente tendrá derecho a reclamar al responsable civil, indemnización por los daños morales y materiales que hubiera sufrido”.

El resarcimiento del daño ocasionado en virtud de una verdadera acción reparatoria, no es más que el pago de una indemnización por el perjuicio causado ilícitamente. Entendiese el resarcimiento del culpable al aspecto patrimonial y aún más al no patrimonial. El primero consiste, en la privación o disminución de los bienes para el infractor, pudiéndose apreciar la pérdida o falta de beneficios, el segundo tiene como particularidad el no aplicarse a los bienes físicos que pertenecen al patrimonio, de una persona sino que por el contrario, tiene su efectivización en lo que pueda

experimentar el conviviente perjudicado en concepto de sufrimiento, tomando este término en un sentido amplio, se refiere tanto al físico como al sufrimiento moral.⁴⁴

Gastos familiares y trabajo compensatorio: Este derecho tiene su vigencia y desarrollo en el artículo 119 inciso 2° del Código de Familia; el cual tiene íntima relación con el artículo 38 del mismo cuerpo normativo en el que se impone a los convivientes la obligación de sufragar en proporción similar a los recursos económicos que estos posean, los gastos de familia, entendiendo por estos los relativos al sostenimiento del hogar.⁴⁵

Los gastos de familia se establecen como una obligación compartida para los convivientes, es decir, ambos conllevan la responsabilidad de contribuir para sufragar los gastos que el hogar produce en proporción a sus condiciones económicas, sin embargo, el mismo Código de Familia genera la oportunidad que si uno de los convivientes no tuviere bienes, ni gozará de emolumento alguno el trabajo de hogar o el cuidado de los hijos será estimado como la contribución a tales gastos, con el mismo valor que las aportaciones del otro.

En cuanto al inciso segundo del artículo 381 establece que: si alguno de los convivientes, ante el incumplimiento del otro se viere obligado a contraer deudas para sufragar los gastos de la familia, aquel será solidariamente responsable de su pago.

La doctrina al respecto al referirse a este punto lo da por llamar responsabilidad ante terceros y lo plantea como solución a las obligaciones contraídas por uno de los convivientes para el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos, ya que si este incumpliere por uno u otro motivo, su

⁴⁴ Fuentes, *“Eficacia de la declaratoria judicial”*, 17.

⁴⁵ *Ibíd.*

compañero de vida estaría obligado a responder por dichas obligaciones solidariamente.

Aprovechamiento de los frutos de los bienes comunes: Este hace referencia al régimen patrimonial que se ha de aplicar en las uniones de hecho, entendiendo por este las normas que regulan las relaciones económicas de los convivientes entre si y frente a los terceros. Así el artículo 119 inciso 1° del cuerpo normativo en cita establece que el régimen patrimonial que se aplicara a los convivientes será el de Participación de ganancias. Este régimen aplicado al presente consiste en que el conviviente tendrá derecho a participar en las ganancias de los bienes que administra su compañero(a) de vida, durante el tiempo en que dicho régimen hubiere estado vigente.

Una vez declarada judicialmente la relación convivencial, el conviviente solicitante puede perfectamente exigir gozar de la participación en las ganancias de los bienes que administra su compañero (a) de vida.

Lo anterior significa que cada conviviente es dueño de los bienes que adquiere durante la existencia de la unión, de los cuales, puede disponer libremente, pero a su vez, le nace la obligación de participarle de las ganancias obtenidas al otro conviviente durante se mantenga aquella, por ende, ambos adquieren el derecho de participar en las ganancias obtenidas por el otro durante la unión.

De otros derechos que pueden derivarse con la declaratoria de unión no matrimonial: El Código de Familia otorga derechos a los convivientes una vez que les ha sido otorgada tal condición mediante la declaración judicial que acredite aquella; empero existen otros derechos que solo se pueden hacer efectivos al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o bien, ante la ruptura de la unión, para lo cual, es condición indispensable la declaración judicial previa de la existencia de aquella; ya que esta última

constituye la forma de hacer constar y/ o acreditar que existió dicha unión para que esta produzca sus efectos jurídicos.

Entre los derechos que se derivan, a criterio del legislador secundario se encuentran:

Régimen patrimonial: entiéndase por régimen patrimonial. “El estatuto jurídico que regula los intereses pecuniarios entre los cónyuges o convivientes entre sí, y frente a los terceros.

El artículo 119 del cuerpo normativo sublite en su inciso primero establece que “los bienes adquiridos a título oneroso durante la unión y sus frutos, así como los que produjeren los bienes que cada conviviente tenía a la iniciación de la unión, se aplicaran a ambos convivientes o sus herederos, las reglas del régimen de la participación en las ganancias, entendiéndose por este aquel en el que cada uno de los convivientes adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su compañero (a) de vida de los bienes que al otro le pertenecieren, durante el tiempo de existencia de dicha unión. En otras palabras, cada conviviente será dueño exclusivo de sus bienes, pudiendo administrarlos y disponer de ellos libremente, pero adquiriendo el derecho de participar de las ganancias obtenidas con el otro durante la unión. ⁴⁶

Vocación sucesoria. Entiéndase por suceder: “asumir el carácter de heredero o legatario con ulterior ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones de la persona a la cual se hereda por testamento o ley, o de ambos modos.

Al respecto en el art. 121 de este Código se establece que: “cada uno de los convivientes será llamado a la sucesión abintestato del otro, en el

⁴⁶ Ibíd. 18

mismo orden que los cónyuges”. Debiendo entenderse por sucesión abintestato o intestada aquella en la cual” Se hace la transmisión según normas legales, de los derechos y obligaciones del causante, por su muerte o presunción de su fallecimiento, cuando no deja testamento, o este resulta nulo o ineficaz.

En su caso el Art. 988 del Código Civil, establece, que serán llamados a la sucesión intestada por su orden las siguientes personas: 1) Los hijos, el padre, la madre y el cónyuge, y en su caso el conviviente sobreviviente”

En este último caso será el conviviente sobreviviente quien será llamado a suceder intestadamente, con lo que se pretende proteger a aquellas personas que optan por conformar una unión de hecho y a sus miembros.

Para que estos puedan hacer uso del derecho en comento, es necesario primeramente que el conviviente sobreviviente, promueva ante el juzgado de familia competente las diligencias para obtener la declaratoria de unión no matrimonial, y una vez obtenida esta debe aquel promover las diligencias de su sucesión intestada según lo establecido en el artículo 1162 y siguientes del Código Civil y según lo establecido en los artículos 18 al 19 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias.⁴⁷

⁴⁷ *Ibíd.* 19

CAPITULO III

LA PATERNIDAD

El presente capítulo tiene como propósito comprender la figura de la paternidad para lo cual es necesario referirse a las instituciones jurídicas de la filiación y el parentesco, puesto que la paternidad es una clase de parentesco y un tipo de filiación, por lo cual se desarrolla todo lo referente a estas, como la definición y clases de cada una.

3.1. Parentesco, filiación y vínculo genético

El parentesco es la relación existente entre sujetos en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción que conforman una familia (la amplia).

Mientras que la filiación es aquella que configura el núcleo paterno-materno filial, esto es la relación del hijo con su padre y/ o madre (también llamada familia nuclear). Como estado de familia general, el parentesco reposa sobre la filiación, siendo esta su fuente.

En sentido amplio, cuando se hace referencia a que dos personas son parientes entre sí, es porque tienen un asesor común (tronco) generando las estirpes. En sentido restringido cuando existe una relación de descendencia en línea recta inmediata surge una paternidad o maternidad. Lo que implica que la filiación, estructurada sobre la base del parentesco, es aquella relación parental entre dos personas que tienen un parentesco consanguíneo en línea recta ascendente en primer grado (hijo: padre-madre).

Las clases de parentesco implican la extensión de sus efectos (el consanguíneo es más fuerte que el afín, la línea recta que la colateral y los grados más cercanos versus los más remotos.) Por su parte, la filiación como estado de familia específico genera efectos erga omnes respecto de quienes gozan de esta.⁴⁸

3.1.1 Parentesco

3.1.1.1 El parentesco en general

Se ha definido la familia como un régimen de relaciones jurídicas, interdependientes y recíprocas, emergentes de la unión intersexual y la procreación. Estos dos hechos biológicos fundamentales están presupuestos, respectivamente, en la institución del matrimonio y la filiación. Además, la adopción o filiación adoptiva, sin presuponer el hecho biológico de la procreación, integra la noción amplia de filiación.

Pero la familia no se reduce solo al núcleo constituido por cónyuges y los hijos con ser ese núcleo paterno-materno filial el que gravita decisivamente en las orientaciones básicas de la política familiar, sino que las relaciones interdependientes recíprocas se extienden por imperio de la ley entre aquellas personas que reconocen entre si generaciones biológicas antecedentes o consecuentes que les son comunes, esto es, los consanguíneos y entre un cónyuge y los consanguíneos del otro, llamados afines de estos.

La existencia de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad, la afinidad o la adopción determina el parentesco.

⁴⁸ Enrique Varsi Rospigliosi; *Filiación, Derecho y Genética, Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*; (Lima Perú, Fondo de Cultura Económica; 1999.) 38

El art. 345 del Código Civil define el parentesco como “el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco”. Pero esta definición es parcial ya que solo comprende a los consanguíneos y no a los afines ni el parentesco habido de la adopción. De manera que el parentesco puede definirse como el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción.⁴⁹

En la familia moderna a diferencia de lo que aconteció en la evolución de la familia romana, el parentesco no se determina por la sujeción a las protestas del pater familias, denominado asignación que no suponía necesariamente el vínculo consanguíneo de la cognación. Había cognados consanguíneos que no formaban parte de la familia, porque habían salido de la potestad del pater. Así, el hijo emancipado, la hija casada cum manu, el descendiente dado en adopción, etcétera.

En virtud del matrimonio emancipación del varón o matrimonio cum manu de la hija o de la adopción, cesaba el parentesco agnaticio. A su vez, el parentesco consanguíneo tuvo en un principio escasa trascendencia, aunque, a medida que la familia evoluciona delegando sus funciones de carácter económico-político que justificaban la estructura basada en la jefatura del pater, se ira consolidando, paulatinamente, como una comunidad de sangre.

3.1.2 Clasificación del parentesco

Según su fuente u origen, se distingue: a) parentesco por consanguinidad, es decir, el que vincula o liga a las personas que descienden unas de otras o de un antepasado común; b) el parentesco por

⁴⁹ Gustavo A. Bossert, *Manual de Derecho de Familia*, 6° Edición; (Buenos Aires Argentina; Editorial Astrea; 1998).

afinidad, ósea el que vincula o liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro, y c) el parentesco por adopción, existente entre adoptante o adoptantes y adoptado o entre el adoptado y sus parientes y los consanguíneos y afines de los adoptantes.

3.1.2.1 Parentesco legítimo o ilegítimo

Con anterioridad a la reforma de la ley 23.264 correspondía distinguir entre parientes legítimos e ilegítimos, a tenor de lo dispuesto en los arts. 365 y 366 del Cód. Civil. Como ya se explicó la citada ley 23. 264 consagra normativamente el concepto de la unidad de la familia por lo que (a partir de la no discriminación entre filiación matrimonial y extramatrimonial argentina art.240, Cód. Civil) ha perdido vigencia aquella calificación.⁵⁰

3.1.3 Efectos civiles

En su conjunto, las relaciones de parentesco y por supuesto, las que derivan del matrimonio configuran el concepto de familia en sentido amplio. Los vínculos interdependientes y recíprocos que crea el parentesco trascienden imputando subjetivamente el contenido de relaciones jurídicas familiares. En el ámbito del derecho civil, los principales efectos del parentesco son los relativos al derecho recíproco a alimentos (arts. 367 a 376) y de visitas (art. 376 bis ley 21. 040) Además, el parentesco por consanguinidad es el presupuesto de la vocación hereditaria legítima (arts. 3545 y siguientes, 3565 y siguientes Cód. Civil).

Hasta la sanción de la ley 17. 711, esta era una afirmación absoluta; pero a partir de 1968, mediante la incorporación al Código Civil del art. 3576 bis, el derecho sucesorio también se otorga en virtud de la afinidad, para el

⁵⁰ Bossert, *Manual de Derecho de Familia*.224

caso de la nuera viuda, sin hijos, que no hubiese contraído nuevo matrimonio y que tiene derecho a recibir, en la sucesión de sus suegros, la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido en ella a su marido premuerto. Finalmente, el parentesco adoptivo es también fuente de vocación hereditaria legítima.

Además pueden señalarse otros efectos civiles emergentes del parentesco. Constituye presupuesto de impedimentos matrimoniales, tanto en la consanguinidad (art. 166, inc. 1° y 2°, Cód. Civil) como en la afinidad (art.166, inc.3°) Confiere legitimación para la oposición a la celebración de la institución del matrimonio (art, 177 inc. 2° y 3°) y, consiguientemente, para deducir la acción de nulidad del matrimonio, en los casos previstos por los arts. 219 y 220. ⁵¹

3.1.4 Clases de parentesco según el Código de Familia

Según el Código de Familia el parentesco es la relación de familia que existe entre dos o más personas y puede ser por consanguinidad, afinidad o por adopción.

3.1.4.1 Parentesco por consanguinidad

Parentesco por consanguinidad es el existente entre personas que descienden unas de otras, o de un ascendiente común. En esta clase de parentesco se puede citar el parentesco entre padre e hijo o madre e hijo que específicamente se denomina filiación.

3.1.4.2 Parentesco por afinidad

Es el existente entre uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro. También existe parentesco por afinidad entre uno de los convivientes y los consanguíneos del otro.

⁵¹ Ibíd. 225

3.1.4.2 Parentesco por adopción

Es el que se origina, entre el adoptado, los adoptantes y los parientes de estos, con los mismos efectos que el parentesco consanguíneo.

En este caso se hará referencia específicamente al parentesco por consanguinidad.⁵²

3.1.5. Filiación

Concepto de Filiación: proviene etimológicamente de la voz latina “*filus*” cuyo equivalente en idioma castellano es “hijo”. Según Rossel-Saavedra filiación es: “el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea su descendiente en primer grado”.

Jorge Oswaldo Azpiri lo define como “el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendro y con la mujer que lo alumbró”.

Para el Jurista italiano Dominico Barbero “filiación es ante todo, el hecho de la generación por nacimiento de una persona llamada hijo, de otras dos personas a quienes se llaman progenitores, indica lego también la relación jurídica que media entre progenitores e hijos”.

Como se podrá observar la filiación tiene como objeto de análisis las relaciones entre padres e hijos, por lo cual no hay que confundir la filiación con la figura jurídica del parentesco, puesto que aunque suelen tener relación no son los mismo, el primero solo examina la unión biológica y legal entre padre e hijo, mientras que el parentesco trata sobre el grupo familiar más amplio o extenso tales como hermanos, tíos, abuelos, sobrinos, etc.⁵³

⁵² Código de Familia de El Salvador.

⁵³ Calderón, *Manual de Derecho de Familia*, 462-464

La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos. Si bien es idéntica por naturaleza, en el plano jurídico admite diversas clasificaciones. En este sentido, desde la sanción del Código Civil, el derecho ha seguido una evolución que ha desembocado, a través de la ley 23. 264 en el régimen actualmente vigente.⁵⁴

El Código de Familia de El Salvador la define como: el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad.

Este cuerpo normativo establece que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción.

3.1.5.1 Filiación matrimonial y extramatrimonial

El Código Civil no solo estableció originariamente las categorías de hijos legítimos e ilegítimos, sino que además entre estos últimos distinguía los hijos sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales.

Los sacrílegos (art. 340) eran los hijos de clérigos de ordenes mayores o de padre o madre ligado por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica, esta categoría desapareció con la sanción de la ley 2393 que secularizó el matrimonio; los incestuosos (art.339) eran los nacidos de quienes eran hermanos, ascendientes o descendientes; los adulterinos (art. 338) eran aquellos cuyos padres no podían casarse a la época de la concepción del hijo por tener uno de ellos o ambos impedimento de ligamen.

Respecto a todos ellos, la ley (art.342) proclamaba que no tenían derecho a investigar la paternidad o maternidad. Solo se les permitía reclamar alimentos hasta los dieciocho años de edad si habían sido

⁵⁴ Bossert, Manual de Derecho de Familia. 225

reconocidos voluntariamente y estaban imposibilitados para proveer a sus necesidades (art. 343).

Los hijos naturales, nacidos de quienes habrían podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción de este, tenían cierto estado de familia, ya que se les permitía demandar por reclamación de filiación (art. 325), solicitar alimentos (art. 330), y tenían porción hereditaria a la muerte de sus padres, aunque, concurriendo con hijos o descendientes legítimos, esa porción equivalía a un cuarto de la parte de estos (art. 3579 Cód. Civil).

La ley 14.367, que fue sancionada en 1954, eliminó las calificaciones entre los hijos extramatrimoniales, y les confirió a todos, los derechos que hasta ese momento solo tenían los hijos naturales; además, elevó su porción hereditaria, de la cuarta parte a la mitad de lo que correspondería a un hijo matrimonial (art. 8°, ley 14. 367).La ley 23.264.

La reforma al Código Civil de 1985 establece que la filiación matrimonial y extramatrimonial producen los mismos efectos. Así lo dicen el actual art. 240 del Cód. Civil y el art. 21 de dicha ley. Por eso, el art. 241 añade que el Registro Civil expedirá únicamente certificados de nacimiento que sean redactados en forma que no resulte de ellos si el hijo ha sido o no concebido durante el matrimonio.

Sin embargo, las categorías de hijo matrimonial y extramatrimonial se mantienen pero esto, para discriminar entre unos y otros en cuanto a derechos reconocidos, sino porque existen diversidad de formas para establecer la paternidad en el caso de hijos matrimoniales y extramatrimoniales.⁵⁵

Conviene destacar que la equiparación de efectos entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, no solo responde a una concepción humanista

⁵⁵ Ibid.

en cuanto a no hacer distinciones entre los individuos por razones ajenas a su propia conducta, sino que, además, pone fin a distinciones de inspiración meramente materialista, ya que de tal carácter eran las diferencias de efectos que subsistían entre unos y otros hijos: el doble de porción hereditaria para los matrimoniales con respecto a los otros, y la imposibilidad de reclamar alimentos entre hermanos cuando su filiación no era matrimonial, según surgía de los artículos 367 y 369 del Código Civil reformados por la ley 23.264.

3.2. Determinación de la filiación

Concepto general. La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente, determinadas. Determinación es, entonces, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.

3.2.1 Modos de determinación de la filiación

La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial.

Es legal cuando la propia ley, en base a ciertos supuestos de hecho, la establece. Así por ejemplo cuando el art. 242 del Código de Familia señala que la maternidad se determina por el parto y la identidad del nacido, o cuando el art. 243 del mismo cuerpo normativo dispone que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución.

Es *voluntaria* cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo. Finalmente, es *judicial* la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, en base a las pruebas relativas al nexo biológico.

3.2.2 Prueba de filiación

Si se trata de filiación matrimonial, ella se probara con la inscripción del nacimiento y el certificado de matrimonio de los padres en el Registro Civil, o con la sentencia que establece el vínculo de filiación si este fue desconocido y si trata de filiación extramatrimonial, por el reconocimiento practicado por el progenitor ante el Registro Civil, o por la sentencia dictada en juicio de filiación.⁵⁶

3.3. La paternidad

3.3.1 Definición

Según Sara Montero es la manifestación espontánea de la voluntad de uno o de ambos progenitores de considerar como hijo al nacido fuera del matrimonio, la filiación en cuanto a la madre resulta de la prueba del nacimiento, si una mujer da a luz y no abandona al hijo no requiere de ningún acto jurídico para que resulte entre ambos un lazo familiar de la filiación; la misma queda establecida por el hecho natural del nacimiento.

El reconocimiento de un hijo requiere de ciertos requisitos de fondo y de forma. Los de fondo se refieren a la edad y el consentimiento de otras personas para que pueda tener efectos como acto jurídico, la edad en cuanto al que reconoce debe tener para el hombre 16 y 14 la mujer y si el hijo que se va a reconocer es un menor de edad se requiere del consentimiento de sus representantes legales o de su autorización judicial.

La investigación de la paternidad es una atribución que nuestra carta magna establece en la norma especial o secundaria como un medio para reconocer el derecho que tiene todo menor de saber quiénes son sus

⁵⁶ *Ibíd.* 226

progenitores y para asegurar en alguna medida el ejercicio de una paternidad responsable que tienda a reducir los índices de abandono de la madre y el niño.

3.3.2. Investigación de la paternidad

Cuando una persona nace fuera del matrimonio ante la omisión del progenitor de reconocerlo voluntariamente la ley otorga al hijo el derecho de pedir la imputación de paternidad al sujeto que se suponga sea el padre del mismo.⁵⁷

Este derecho del hijo manifestado mediante el ejercicio no es del todo acertada, pues investigar significa indagar, registrar, hacer diligencias para descubrir una cosa y en el caso que interesa que es la de investigación de la paternidad el hijo que intenta la acción debe de tener a su favor determinadas circunstancias como prueba de que cierta persona es su padre, puede darse el caso ciertamente del hijo que ignore realmente su origen y que tenga realmente que hacer una investigación al respecto, pero al hacer su acción debe de tener consigo los indicios necesarios o suficientes sobre quien es su padre para poder intentar su demanda.

Por otra parte el juez de la causa tampoco ordenará que se realice una investigación si no que se atenderá a las pruebas presentadas por las partes para poder decidir sobre la cuestión

3.3.3. Concepto de investigación de la paternidad

Doctrinariamente se ha definido la investigación de la paternidad como la investigación judicial que tiene por objeto establecer la filiación de una persona nacida fuera del matrimonio y no reconocida por su progenitor.

⁵⁷ Montero, *Derecho de Familia*. 310

Asentado anteriormente que la investigación de la paternidad como el derecho de ejercitar una acción no es una averiguación judicial definiremos la misma como el derecho que tiene el hijo o la madre de ejercitar una acción para que si las pruebas que se presentan son suficientes a juicio del juez se impute la paternidad a un determinado sujeto.

3.3.4 Referencia histórica de la investigación de la paternidad

El derecho de exigir la certeza de su filiación mediante la acción judicial correspondiente ha sido una de las cuestiones mayormente debatidas en la doctrina y en la legislación con diferentes criterios; las tres posturas que se han asumido son: la prohibición tajante de la investigación de la paternidad, la libertad absoluta del hijo de indagar su origen y el reclamo ante los tribunales, y la permisión limitada al mismo cuando tiene a su favor ciertas limitadas pruebas.

En el derecho romano la condición de hijos naturales surgía del concubinato que era una forma permitida por la ley de unirse dos personas de condición desigual, sus hijos eran tenidos con paternidad cierta en relación con el concubino no necesitaban por ello reclamar su estado, los hijos de personas libres no unidas en matrimonio no tenían la condición de naturales por considerarse que habían cometido delito de estupro.

En los antecedentes de la legislación española el fuero juzgo no trata sobre el concubinato ni sobre los hijos naturales hasta 1225 el fuero real habla sobre los hijos de padre y madre solteros.

En el derecho Francés antiguo la paternidad podía investigarse mediante la acción judicial y los gastos del parto eran impuestos por la simple declaración de la madre respecto de la identidad del padre de su hijo.

El Código Civil Francés negó la investigación de la paternidad en su artículo 340 como reacción a la práctica de la misma durante la época revolucionaria que se decía que llegó a extremos abusos, solo se permitía en el Código Napoleón en casos de raptos cuando coincide este delito con la época de la concepción.

El Código Civil Español es contrario a la libre investigación de la paternidad en su artículo 141 y nos habla de reconocimiento forzoso de paternidad del padre cuando exista prueba documentada del mismo o por posesión continua de estado por parte del hijo y en los casos de violación, estupro o raptos de acuerdo a lo que dispone el Código Penal.

La paternidad es una presunción jurídica, admite prueba en contrario, surge con certeza relativa dentro del matrimonio el hijo de la mujer casada es hijo del marido. La paternidad fuera del matrimonio es incierta por principio y solo puede establecerse por reconocimiento voluntario por el padre o por sentencia que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad.

3.3.5 Impugnación de la paternidad

Antes de hacer referencia a la impugnación de la paternidad se debe de tener en cuenta que es lo que significa el término impugnación.

Según el diccionario jurídico impugnación es: la acción que va dirigida a cuestionar la validez de una sentencia, acto, documento o situación mediante la interposición de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.⁵⁸

Impugnar según el diccionario de la lengua española publicado por la Real Academia es combatir, contradecir, refutar.

⁵⁸ «Diccionario Jurídico», 27 de octubre de 2015.156

Según el Código Procesal Civil y Mercantil es el derecho a recurrir que tienen las partes gravadas por la resolución que se impugna, este de acuerdo al artículo 501 del mismo cuerpo normativo.⁵⁹

Pero volviendo al tema de impugnación de la paternidad es claramente palpable que estas pretensiones por especial peculiaridad solo pueden ejercitarse en los casos de paternidad por disposición legal o por reconocimiento voluntario y no así en los casos de reconocimiento judicial debido a que la sentencia que otorga o rechaza la relación paterno filial es impugnabile por efecto de la cosa juzgada tampoco cabe duda que se aplica a los hijos dentro del matrimonio como si fueran de él lo único que cambian son las presunciones legales.

3.4. Legitimación activa para pedir la impugnación de la paternidad

Cuando la impugnación de la paternidad es para contrarrestar la presunción legal que se le ha dado al padre los únicos facultados para poder ejercer dicha acción de impugnación son:

1. El marido según los pone de manifiesto el artículo 151 del Código de Familia pues mientras el marido se encuentra con vida nadie más tiene esa facultad para impugnar la paternidad que por medio de la ley se le ha otorgado
2. Los herederos, ascendientes y cualquier otra persona a quien el estado paterno familiar ocasionare perjuicio actual.

Es importante hacer mención que para que el marido pueda ejercer dicha pretensión de paternidad no haya caducado el término que la ley establece para poder impugnar debido a que si el termino ya hubiere

⁵⁹ Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, (D. L No. 702 de fecha 18 de septiembre de 2008, D.O No. 224, Tomo 381, del 27 de noviembre de 2008).

caducado y el marido ya no se encuentra con vida nadie más podrá iniciar dicha impugnación según lo dicho por los artículos 153 y b 157 del Código de Familia, además los herederos ascendientes del marido fallecido también podrán promover dicha impugnación otros interesados como son: por ejemplo los legatarios, donatario que obviamente la paternidad establecida a un hijo les contraiga algún perjuicio al verse disminuido su patrimonio puesto que les tocaría compartirla con el hijo.

3.5. Excepción de no impugnación de la paternidad⁶⁰

La excepción de la no impugnación de la paternidad es un medio de defensa que la ley les otorga a las personas que están debidamente facultadas para poder impugnar la paternidad y estas no hacen uso de este mecanismo de defensa que tiene como objetivo principal impedir los efectos o repercusiones patrimoniales.

Para que se pueda dar efectivamente la excepción dilatoria de la no paternidad se deben de cumplir con los requisitos siguientes:

Que el presunto padre no haya reconocido al hijo como suyo en cualquiera de las formas establecidas plasmadas en el artículo 143 del Código de Familia. Que se proponga expresamente y se demuestre la no paternidad del reclamante con la prueba de los mismos hechos que debían de probarse en un juicio de impugnación tales como la prueba biológica.

Que no exista sentencia ejecutoriada en que la acción de impugnación del padre se haya resuelto de forma desfavorable. Es decir, que es cosa decir juzgada. y se halló que este, si es hijo del padre que impugnaba ese hecho.

⁶⁰ Código de Familia de El Salvador

Que quien formula la excepción haya sido declarado heredero sin contradicción del pretendido padre.

Que el pretendido hijo o sus herederos reclamen sus derechos.

3.6. Impugnación del reconocimiento voluntario

El precepto legal sometido a este estudio indica que la impugnación de la paternidad cuando esta ha sido establecida por el reconocimiento voluntario, solo podrá ser promovida por parte del hijo, los descendientes del padre y por los que tuvieren interés actual los cuales serán los otros hijos del padre, los legatarios o donatarios, esta acción no está facultada para que pueda ser ejercida por el propio padre tal como lo consagra el artículo 147 del Código de Familia cuando dice que la paternidad es irrevocable, tampoco la madre tiene esta facultad por considerarse que ella sabe muy bien quien es el padre biológico del hijo.⁶¹

⁶¹ *Ibíd.*

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En este capítulo se abordara el principio de igualdad, con el propósito de profundizar sobre éste, que es muy importante ya que es la base y el punto de partida del trabajo de investigación, se analiza primeramente la igualdad en general y algunos aspectos relacionados; para luego profundizar en el principio de igualdad de los hijos.

4.1. Evolución histórica

La Constitución Federal de Centro América de 1824, establecía en su preámbulo que los representantes del pueblo de Centro América, congregados en Asamblea Nacional Constituyente, decretaron la Constitución, para afianzar los derechos del hombre, los principios inalterables de igualdad, seguridad y propiedad en su art. 2.

A nivel nacional, el derecho a la igualdad, fue regulado en la Constitución de la Republica de 1824, donde ya se proclamaba el derecho de igualdad, al disponer en el art. 8 que: “Todos los salvadoreños son hombres libres e igualmente ciudadanos del Estado”, posteriormente la Constitución de 1841, consagraba la igualdad ante los tribunales de justicia; y así sucesivamente las Constituciones continuaron reconociendo el derecho de igualdad, hasta la actual Constitución de la República de (1983), que reconoce el derecho de Igualdad en el Art. 3 de la manera siguiente: “ Todas las personas son

iguales ante la ley, para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. ⁶²

4.1.1 Definición

Antes de hablar de una definición de igualdad se hace referencia a las facetas o las formas en que esta puede ser vista.

Así la igualdad puede ser atendida como: igualdad ante la ley, igualdad de trato formal, de trato como equiparación, igualdad como generalización, como valor y como principio y finalmente la igualdad como derecho.

4.1.2 La igualdad ante la ley

Tal como se ha relacionado, la concepción original de los revolucionarios liberales con relación a la igualdad, era la de una igualdad ante la ley.

Esa concepción requiere que la ley debe ser universal, general, abstracta y para algunos autores duradera.

La igualdad ante la ley constituye un límite formal a la actuación del legislador en cuanto al alcance de la ley. Trataba inicialmente de igualar dicho alcance o efectos en relación con sus destinatarios, con independencia de los contenidos de la ley y de las diferencias de tales destinatarios. Por eso el límite era formal.

Actualmente el principio de igualdad ante la ley se postula expresándose que ella, en principio, debe ser universal, general y abstracta.⁶³

⁶² Dora Alicia Reyes Zelaya; Cumplimiento del Principio de Igualdad de Derechos de los Hijos dentro y fuera del matrimonio en materia sucesoral de acuerdo al art. 203 N° 4. Del Código de Familia. 17

Es decir, que no es un principio absoluto, dado que puede ser roto cuando la ley singular o particular se encuentre objetiva y razonablemente justificada.

4.1.3 La igualdad en la ley

Diversos autores sostienen que la igualdad no solo debe ser un límite formal sino material, que debe afectar el contenido de la ley. De acuerdo a ésta característica o faceta de la igualdad se prescribe que la ley debe tratar a todas las personas por igual. También en este caso el principio no se postula en forma absoluta. Es obvio que las personas y los grupos que ellas forman se hallan, en la realidad, en una situación de desigualdad.

El art. 3 de la Constitución expresa que: “Todas las personas son iguales ante la ley”, pero en la vida real no lo son. Por ello, la misma Constitución prescribe un trato diferente por ejemplo para los trabajadores que procure el mejoramiento de sus condiciones de vida, para los enfermos que carezcan de recursos, etc.

Con lo anterior surge una aparente contradicción: por una parte la igualdad en la ley impone al legislador la obligación de tratar a todas las personas por igual, pero, en varias de sus disposiciones la Constitución le exige a él y a otros funcionarios públicos que hagan lo necesario para conseguir que quienes estén en una situación de inferioridad, puedan superarla y alcanzar una igualdad real.

4.1.4 Igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad implica no solo una protección frente al legislador, sino también frente a los operadores jurídicos que aplican la norma, por lo cual,

⁶³ José Albino Tinetti, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial; Dr. Arturo Zeledón Castrillo; “*Igualdad jurídica*”. 9

tanto los órganos que ejercen una función administrativa, como una función jurisdiccional están obligados a la aplicación directa de la igualdad reconocida en la Constitución. ⁶⁴

A este respecto ha dicho la Sala de lo Constitucional en el fallo 15. 96 “Como se sugiere del texto mismo, la formula constitucional contempla tanto un mandato en la aplicación de la ley por parte de las autoridades administrativas y judiciales como un mandato de igualdad en la formulación de la ley, regla que vincula al legislador.”

La igualdad también impone un límite a la actuación de los poderes públicos que aplican la ley, porque estos son los que mayores posibilidades tienen de imponer un trato desigual a las personas, el cual puede ser discriminatorio.

En primer lugar a la administración pública se le prohíbe otorgar un trato desigual a quienes se encuentren en situaciones idénticas.

El principio de igualdad se proyecta también a los órganos jurisdiccionales.

Vale la pena mencionar que en el caso que se ignorase el mandato constitucional de igualdad, las autoridades estatales incurrirían en responsabilidades civiles, administrativas e inclusive penales, en su caso.

4.1.5 Igualdad de trato formal

Ella que no supone simplemente el mantenimiento de la vieja regla de que “hay que tratar igualmente a los iguales, y desigualmente a los desiguales” sino un planteamiento más complejo que comprende dos vertientes de la igualdad que podríamos llamar igualdad como equiparación, frente a otra formulación denominada igualdad como diferenciación.

⁶⁴ *Ibíd.* 11

4.1.6 Igualdad de trato como equiparación

Se expresa en el principio de no discriminación, y afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras, no se consideran relevantes, dichas condiciones y no justifican por tanto, un trato desigual. Bajo este criterio no se puede tratar desigualmente a los desiguales.⁶⁵

Así, en los casos de diferencias por rasgos físicos, caracteres y cualidades de los seres humanos, la ley no puede establecer un trato discriminatorio por dichas cualidades. La pertenencia a una raza, a un sexo, a una religión, a una clase no implica per se la posibilidad de ser diferenciados por el ordenamiento jurídico. De ahí que la igualdad se manifieste equiparando a las personas que se distinguen por esas condiciones y no diferenciado por las mismas razones.

Es como anota Ferrajoli, “la indiferencia jurídica de la diferencia. Según esto, las diferencias no se valorizan, ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan”. También la igualdad como equiparación implica el tratamiento dentro de una misma categoría a aquellos sujetos ante los cuales no existe ninguna justificación razonable para un tratamiento diferenciado, tanto en la ley, como por los operadores jurídicos.

4.1.7 Igualdad de trato como diferenciación

La ley puede crear diversos estratos o categorías diferenciadores, basándose por ejemplo en la edad, el patrimonio, el nivel académico, y en donde habrá que estudiar en cada caso la aplicación del principio de razonabilidad para considerar la irrelevancia de las condiciones dentro del ordenamiento jurídico y su justificación frente al art. 3 de la Constitución.

⁶⁵ Ibíd. 12

El problema será por supuesto, determinar cuándo debe efectuarse razonablemente un tratamiento por diferenciación o por equiparación; lo que equivale a preguntarse: cuando debo dar a través de la ley a los individuos un trato igual, por considerarlos dentro de una misma categoría, y cuando debo crear categorías distintas, para mantener la igualdad como trato diferenciador.

4.1.8 La igualdad como generalización

Esta concepción de la igualdad expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de personas y la construcción de las normas jurídicas como dirigidas a un abstracto homo jurídicos.

En cuanto a la jurisdicción en razón de este principio, las comisiones y tribunales que juzgaban a las personas en virtud de ciertas prerrogativas son abolidas en el Estado liberal del Derecho, razón por la cual, la Constitución prohíbe el fuero atractivo en su art. 190. De este principio también se deriva la prohibición de leyes especiales o singulares, ya que el ordenamiento jurídico no puede regular, sin justificación adecuada, situaciones semejantes o iguales a través de normas especiales que vulneren la aplicación general de la ley.

4.1.9 La igualdad como valor y como principio

Con relación a la igualdad se da el mismo fenómeno que ocurre con otras nociones y es que aparecen consideradas por la doctrina o consagradas en la Constitución en forma de valores en unos casos, en forma de principios en otros, existiendo además normas específicas o reglas que se orientan por tales valores o que son concreciones de esos principios. Esta circunstancia mueve a cierta confusión, particularmente porque la distinción

entre valores y principios se realiza desde diversos puntos de vista con relación a algunos de los cuales todavía existe polémica.⁶⁶

La igualdad considerada como un valor es una dimensión que pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse, y que para algunos está directamente vinculado a la seguridad jurídica.⁶⁷

Consecuencia directa de esta faceta de la igualdad será su configuración como límite frente a la actuación de los órganos del Estado, en tanto la igualdad informa a todo el ordenamiento jurídico, debiendo tomarse en consideración por aquellos encargados tanto de crearlo como de aplicarlo.

En suma, la igualdad vendría pues, a ser no solo un derecho de las personas, sino también un valor constitucionalmente protegido.

La igualdad es considerada, como ya se dijo, no solo como un derecho y un valor, sino como un principio. La distinción entre valores y principios se ha intentado utilizando diversos criterios, ninguno de los cuales ha alcanzado hasta ahora común aceptación.

Uno de ellos es el que se basa en el diferente grado de concreción. De las tres categorías analizadas, los valores son los más abstractos, genéricos e indeterminados.

En una perspectiva más específica, se ha expresado que los valores se limitan a expresar fines. Su enunciado jurídico, se agota en la declaración de tales fines y carecen de estructura jurídica interna. En cambio los principios, aunque también son abstractos, si cuentan con una estructura jurídica interna que alberga en germen un cierto número determinable de reglas. Por ello, se ha afirmado que los principios son fórmulas de derecho fuertemente condensadas.

⁶⁶ *Ibíd.* 14

⁶⁷ *Ibíd.* 15

Claramente se puede constatar tanto la diferencia de concreción, como la presencia o ausencia de estructura jurídica interna al comparar las siguientes formulaciones:

La del Art.1 de la Constitución española en la que se postula que dicho Estado “propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

La que aparece en la primera parte del primer inciso del artículo 3 de la Constitución: “Todas las personas son iguales ante la ley.”

En la primera la igualdad aparece únicamente como una orientación genérica de la más alta jerarquía, que se debe defender o amparar por el Estado. En cambio en la segunda, que consagra un principio.

Dicho principio, como sostiene la doctrina viene a ser un criterio de desarrollo de los derechos fundamentales, él debe modularlos y constituir una condición básica para su ejercicio.⁶⁸

Aun cuando exista la diferencia señalada entre valores y principios, debe tenerse en cuenta que no son categorías inconexas, ya que el principio de igualdad explícita, específica o concreta en un mayor grado el valor de igualdad.

Esta es una meta-norma con relación al principio y una norma de tercer grado respecto de las reglas o disposiciones específicas como el Art. 32 Cn que proclama la igualdad jurídica de los cónyuges o las disposiciones del Código de Familia que constituyen concreciones de esta igualdad.

⁶⁸ *Ibíd.* 16

4.1.10 La igualdad como derecho

La igualdad es también concebida como un derecho que puede ser invocado ante la administración, la jurisdicción ordinaria y en su caso, frente a la jurisdicción constitucional.

Se trata, sin embargo, como señala la doctrina de un derecho relacional, ya que es difícil concebirlo como un derecho autónomo, esto es así porque la específica naturaleza de igualdad ante la ley exige que su trasgresión se proyecte sobre un determinado campo material, no se violenta la igualdad en abstracto, sino en relación con algún objeto o bien constitucional específico.

De este carácter de la igualdad como derecho se confirma a su vez que la igualdad es también una obligación constitucionalmente impuesta a los órganos del Estado, que consiste en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho.⁶⁹

4.2. Definición de igualdad

Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales expresa que cuando en términos de Derecho se habla de igualdad, lo que se quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto a aquellas personas de similares características, ya que a todos ellos se les reconocen los mismos derechos y las mismas posibilidades. Una consecuencia de esa igualdad ha sido la abolición de la esclavitud y la supresión, en muchas legislaciones, ya que no desgraciadamente en todas, de los privilegios de nacimiento.

Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción de credos, razas, ideas políticas, posición económica. Este sentido de la igualdad, que

⁶⁹ *Ibíd.* 16-17.

ha constituido un ideal logrado a través de muchos siglos y de muchas luchas, se está viendo contrariado en tiempos modernos por teorías racistas, que quieren establecer discriminaciones por razones de raza y de color, y por los sectarismos religiosos o políticos.⁷⁰

Cabanellas que ha sido citado por Reyes Zelaya establece que: “el principio de igualdad material procesal es el que establece igual trato, e iguales oportunidades en cuanto a derechos y obligaciones, en la tramitación de los juicios a un lado la diversa especie de demandante y de demandado y las actitudes adoptadas en el procedimiento derivadas de la pasividad o ausencia. En lo provisional, la uniformidad de criterios en cuanto a obligaciones y derechos pasivos, sin diferenciaciones clasistas, sociales, de sexo, creencia religiosa, ideas políticas o sindicales. Principio de integridad, de unidad y de universalidad.”⁷¹

Según Francisco Bertrand Galindo, derecho de igualdad significa: “Ante todo y por encima de todo, aunque no exclusivamente, igualdad en cuanto a dignidad de la persona individual, y por tanto igualdad, en cuanto a los derechos fundamentales o esenciales de todo individuo humano”.

Según Galindo y otros en el “manual de derecho constitucional”, la igualdad desde el punto de vista filosófico- jurídico, igualdad quiere decir ante todo y por encima de todo”, y desde el punto de vista axiológico, significa “paridad formal ante el derecho” –Igualdad ante la Ley.

Este autor clasifica la igualdad como: Igualdad ante el Estado: consiste en la aplicación de la ley contra la ley como una aplicación regular, correcta de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos ocultos que los determinados por la norma legal.

⁷⁰ Ossorio, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 490

⁷¹ Reyes, Cumplimiento del Principio de Igualdad.18

Igualdad ante y entre los particulares. Sin embargo, no obstante la clasificación antes expuesta, solamente se desarrollara la igualdad ante el Estado, por ser esta la que interesa en esta investigación, porque la igualdad ante y entre los particulares básicamente se refiere a relaciones privadas como son: la igualdad laboral, la igualdad entre los cónyuges, etc.⁷²

Para Ignacio Burgoa, jurídicamente la igualdad es “ una circunstancia que se traduce en el hecho de que varias personas, en número indeterminado que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho Estado”.

“El principio de igualdad debe entenderse en referencia a la igualdad de condiciones, pues no todos tenemos en forma absoluta los mismos derechos. Cuando se da los presupuestos para el ejercicio de un derecho, las personas tienen igualdad de derecho.”

“En el devenir de la historia la igualdad no había existido ni como fenómeno social o real ni mucho menos como derecho consagrado jurídicamente.”⁷³ En la legislación salvadoreña el concepto de igualdad es retomado en la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de Discriminación contra las Mujeres la cual la define de la siguiente manera:

Artículo 6: Igualdad:

Un derecho individual y colectivo; por tal razón, su protección deberá ser exigida cuando su incumplimiento o violación afecte significativa y negativamente el ejercicio de los derechos ciudadanos, en ambas circunstancias.

⁷² Francisco Bertrand Galindo y otros, *Manual de Derecho Constitucional Tomo II, (Segunda edición, 1996.)*, 809

⁷³ *Íbid*

El derecho de las y los ciudadanos a recibir, por parte de las instituciones del Estado, igual respeto, trato y protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en las leyes secundarias; así como, en las disposiciones incluidas en las Convenciones y Tratados Internacionales ratificados por El Salvador.

La plena realización de la igualdad real a través de la protección, aplicación y cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico, así como en las normas, decisiones, procedimientos, prácticas y acciones administrativas de las instituciones públicas del Estado.

Igualdad de Oportunidades: Se refiere a la igualdad y equiparación de las condiciones para la exigencia de los recursos y los beneficios que permiten a cada persona acceder por sí misma, a la garantía de los derechos que establecen las leyes en todos los ámbitos.⁷⁴

4.3 Características

Debido a que la igualdad tiene diferentes facetas o ámbitos de aplicación desde los que puede ser vista, se pueden mencionar las siguientes características:

4.3.1 Igualdad formal o ante la ley

Este tipo de igualdad presenta como características las siguientes: No se distingue a los destinatarios, No se atiende al contenido de la norma, Tiene que ver más bien con los efectos de la ley, es decir, con su alcance en general, Vincula a quien aplica la ley no a quien la genera.

⁷⁴ "Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres", Asamblea Legislativa, (8 de abril de 2011.D.o Núm. 645)

4.3.2 Igualdad como tratamiento diferenciado

Tiene en cuenta las diferencias entre los destinatarios

Vincula al legislador y aplicadores

4.3.2 Igualdad material

También tiene en cuenta las diferencias de los destinatarios vincula a legisladores y aplicadores

Demanda un actuar del Estado para remover los obstáculos que limitan de hecho la igualdad de las personas.⁷⁵

4.4. Derechos de los hijos nacidos en el matrimonio y los hijos nacidos en uniones no matrimoniales

Según la Constitución art. 3: “todas las personas son iguales ante la ley” esto en cuanto al principio de igualdad de manera general.

Esta misma en su artículo 36 se refiere al principio o derecho de igualdad de los hijos al mencionar que: “Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de estos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad.

No se consignara en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresara en las partidas de nacimiento el estado civil de sus padres.

Mientras que el Código de Familia en su art. 202 establece: “los hijos cualquiera que sea la naturaleza de su filiación tienen los mismos derechos y deberes familiares entre los cuales se encuentran

⁷⁵ Tinetti, *Igualdad Jurídica*.25

- 1) Saber quiénes son sus padres, ser reconocidos por estos y llevar sus apellidos.
- 1) Vivir en el seno de su familia, sin que pueda separárseles de sus padres si no por causas legales;
- 2) Recibir de sus padres: crianza, educación, protección, asistencia y seguridad y;
- 3) Heredar de sus padres, en igualdad de condiciones cualquiera que sea su filiación⁷⁶.

Sin embargo a pesar de esto se puede apreciar que en realidad no es así y que los hijos nacidos dentro del matrimonio tienen algunos derechos que no tienen los hijos que nacen en las uniones no matrimoniales por ejemplo la presunción de paternidad por ministerio de ley art. 141 ya que estos se presumen hijos del marido por haber nacido después de la celebración o durante el matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad mientras que los hijos nacidos en uniones extramatrimoniales tienen que depender de si es voluntad del padre reconocerlos y si no demandar judicialmente a este, trámite que conlleva consecuencias económicas, morales tanto para el hijo como para la madre.

Pero en este caso si el interés del legislador es garantizar los derechos del menor, no debe estar sujeto de ninguna manera a la dependencia de los actos que puedan o no realizar los padres ni tampoco el estado civil que estos guarden.

4.5 Normativa internacional y nacional referente al principio de igualdad

A nivel internacional el principio o derecho de igualdad se encuentra regulado en diferentes pactos y tratados así:

⁷⁶ Código de Familia de El Salvador.

4.5.1 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

En su Artículo 26 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”⁷⁷

4.5.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Por su parte se refiere a este en el Artículo 24 con el epígrafe: “Igualdad ante la Ley”, manifestando que:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen, derecho, sin discriminación a igual protección de la ley”.⁷⁸

4.5.3 La Declaración Universal de Derechos Humanos

En su Art. 7 dispone: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”⁷⁹

En la normativa nacional este derecho se encuentra regulado principalmente en la Constitución y luego en las leyes secundarias como el Código de Familia y la Ley de Protección Integral Para la Niñez y Adolescencia.

⁷⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976

⁷⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁷⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Aprobada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A de 10 de diciembre de 1948

4.5.4 La Constitución de la República

Consagra este derecho en su art. 3 manifestando que: “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza sexo o religión.”⁸⁰

Y en su art. 36 se refiere al principio de igualdad de los hijos estableciendo inc. 1 que: “Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de estos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad”.

En el inc. 2 establece que no se consignara en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresara en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres.

4.5.5 El Código de Familia por su parte

Se refiere a dicho principio de igualdad en su art. 202 estableciendo que: “Todos los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, tienen los mismos derechos y deberes familiares.”

Y en al art. 203 dicho cuerpo normativo menciona cuales son esos derechos de los hijos entre ellos núm. 4 derecho a heredar de sus padres, en igualdad de condiciones cualquiera que sea su filiación.⁸¹

4.5.6 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)

En el art. 11 titulado: “*Principio de Igualdad, no discriminación y equidad*” establece: “*Todas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante*

⁸⁰ Constitución de la República de El Salvador, D.C S/N del 15 de diciembre de 1983.

⁸¹ Código de Familia.

*la Ley. Por tal motivo no podrá justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios tales como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional, étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental, nacimiento o cualquier otra condición de las niñas, niños, adolescentes o de sus madres, padres, representantes y responsables, que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales.*⁸²

4.6 Instituciones relacionadas al principio de igualdad

4.6.1 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, en Inglés United Nations Children's Fund (UNICEF):

Es un organismo internacional en favor de la protección de la infancia que se rige bajo las disposiciones y principios de la Convención Sobre los Derechos del Niño, al defender la protección de los derechos de la infancia, la necesidad de contribuir a resolver sus necesidades básicas y de ampliar sus oportunidades para alcanzar su pleno potencial.

4.6.2 Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos

Es una institución integrante del Ministerio Público, de carácter permanente e independiente, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, que tiene como objetivo "velar por la protección, promoción y educación de los derechos humanos".

4.6.3. Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia. (ISNA)

Creado por Decreto Legislativo N°. 482, de fecha 11 de marzo de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 63, Tomo N° 318, del 31 de ese mismo

⁸² Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, D.L. N° 839, del 26 de marzo de 2009.

mes y año, se transforma mediante la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en una entidad de atención de naturaleza pública, integrada plenamente en el Sistema de Protección Integral por medio de la Red de Atención Compartida.

Entre sus funciones y atribuciones se encuentran:

Desarrollar programas de protección, asistencia y educación para las niñas, niños y adolescentes cuyos derechos hayan sido vulnerados o se encuentren amenazados.

Promover y ejecutar estrategias, planes y programas de formación y capacitación dirigidos a la educación, mejoramiento y especialización de recursos humanos, en las áreas de atención, protección y tratamiento de la niñez y adolescencia, así como en materia de prevención de situaciones que afecten a la niña, niño, adolescente y su familia.

4.6.4 Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA)

Es el conjunto coordinado de órganos, entidades o instituciones públicas y privadas, cuyas políticas, planes y programas tienen como objetivo: Garantizar el pleno goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes del país.

Tiene como función: Velar por la defensa efectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Por tanto al finalizar la investigación sobre este principio de igualdad de los hijos se puede concluir que en la legislación salvadoreña aún hace falta regulación del principio de igualdad en lo relativo a los hijos que nacen en una unión no matrimonial respecto de los hijos que nacen en un

matrimonio, ya que para estos últimos se presume la paternidad por ministerio de ley mientras que los que nacen en una unión de hecho o no matrimonial sino se les reconoce voluntariamente tienen que demandar a su padre para que este los reconozca judicialmente lo que implica un daño moral, además esto les genera un gasto económico y de tiempo.

Tanto los hijos nacidos dentro de un matrimonio como los nacidos en uniones no matrimoniales deben tener los mismos derechos sin importar la situación jurídica de sus padres ni el origen de su filiación sin embargo observamos que esto en realidad no es así o no se cumple ya que a pesar de que leyes como la Constitución siendo la carta magna de mayor jerarquía en el país establece que todos somos iguales ante la ley en la práctica esto no se ve de manifiesto esto es porque cuando el legislador en el Código de Familia expresa que los hijos de matrimonio su paternidad es presumida por ministerio de ley y los de las uniones no matrimoniales los deja a la voluntad de un tercero sabiendo que es quien decidiera sí reconoce o no al hijo y si no quiere será otro tercero quien lo obligara, no hay una igualdad total aunque diga el artículo 3 de la Constitución que somos iguales sin ninguna distinción aquí si se ve esa distinción en cuanto a la situación familiar que los padres tienen al no estar casados, pero eso no tendría por qué afectar a los hijos, pues estos no tienen responsabilidad de haber nacido dentro del matrimonio o dentro de una unión no matrimonial.

4.7 Jurisprudencia internacional y nacional

4.7.1 Jurisprudencia internacional

La sentencia con referencia C-204-2005, de fecha Marzo 8 de 2005, denominada “Derecho de los hijos extramatrimoniales y los derechos y los padres de aquellos” dictada en Bogotá; Colombia por la Corte Constitucional se refiere al principio de igualdad expresando que:

“El punto de partida del análisis del principio de igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 13 de la Constitución Política, todas las personas nacen iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Agrega la misma norma que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados, protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El precepto de igualdad es reiterado en algunas normas superiores en relación con materias específicas, tales como las confesiones religiosas e iglesias (Art. 19), los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica (Art. 42), la relación de género, masculino y femenino (Art. 43) y las oportunidades para los trabajadores (Art. 53)”.

En dicha jurisprudencia constitucional dos ciudadanos entablaron una demanda contra el Art. 449 (parcial) del Código Civil modificado por el art. 50 del decreto ley 2820 de 1974 y una vez cumplidos los tramites constitucionales y legales de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

La norma en mención establecía: “Los padres de los hijos extramatrimoniales podrán ejercer los derechos concedidos por los artículos

precedentes a los padres legítimos, si viven juntos. En caso contrario ejercerá tales derechos aquel de los padres que tenga a su cuidado al hijo”.

Los demandantes alegan que la norma parcialmente demandada vulnera el preámbulo y los arts. 2, 5, 13, 44 y 93 de la Constitución Política y el Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de san José Costa Rica).

Aseveran que dicha norma es contraria al principio de igualdad consagrado en el preámbulo y el Art. 13 de la Constitución y en el Art. 24 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, porque discrimina a los padres extramatrimoniales en relación con los matrimoniales por el hecho de la no convivencia, para efectos del ejercicio de unos derechos previstos en normas precedentes a ella considerando por tanto que se quebranta el fin esencial del Estado consistente en garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

La Corte Constitucional por su parte considera: que el art. 13 de la Constitución establece que todas las personas gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de origen familiar, entre otras razones, y el mismo art. 42 citado preceptúa que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

Expresa la Corte Constitucional: que por consiguiente, no puede el legislador expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él, ya que no puede la ley, ni mucho menos la administración, mantener o favorecer diferencias que consagren regímenes discriminatorios, porque ello significa el quebrantamiento ostensible de la

Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos.

En sentencia posterior afirmó: “El esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contractual.

Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las dos formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas”.⁸³

4.7.2 Jurisprudencia nacional

En la sentencia con referencia 44-96 se observara de manera sintetizada como se pone de manifiesto el principio de igualdad en favor de los hijos.

Esta apelación consiste en que el juzgado de familia del departamento de Chalatenango declaró inadmisibile la demanda de paternidad que la madre de los menores de edad reclamaba en contra de quien fuera el heredero o herederos del supuesto padre, esto porque a quien se le estaba atribuyendo la paternidad ya había fallecido y por motivos de fuerza mayor el señor ya fallecido no asentó las partidas de nacimiento de los menores y por ello no habían sido reconocidos como sus hijos.

⁸³Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-204, del 8 de Marzo del 2005; Bogotá D.C

Dichos menores de edad fueron procreados en una Unión no Matrimonial que la madre sostuvo con el supuesto padre durante siete años, la demanda se declaró inadmisibile previo a la subsanación de las prevenciones hechas por el juzgado a la demandante, que consistía en proporcionar los datos personales de los menores, que proporcionara los datos de la que era la madre del fallecido, y que legitimará en calidad en la que actuaba la señora madre del fallecido y que expresará quien había firmado a ruego de la peticionaria, luego se le previno al representante de la demandante que legitimara la calidad de heredera de la señora madre del fallecido pues el supuesto padre de los menores no tenía más hijos y la única pariente cercana que tenía era la madre, esto a efecto de saber quién era el legítimo contradictor del juicio, prevención que se puede denotar que no fue subsanada por el Apoderado legal de la demandante pues la demanda se declaró inadmisibile⁸⁴.

La apelación se fundamenta en que se está es en materia de familia y no en materia civil, pues lo que se está tratando de obtener es la declaratoria de paternidad de los menores; con fundamentación respaldada en el Artículo 150 del Código de Familia y no tiene por qué estar basada la resolución del Juzgado en lo establecido en el Código Civil, puesto que no se está en discusión de lo patrimonial si no de lograr establecer la filiación paterna de los menores.

Es necesario mencionar que uno de los principios rectores del derecho de familia es velar por el interés de los menores y respetar los derechos constitucionales en favor de estos y con los Tratados Internacionales ratificados por El Salvador, y que el legislador en materia de familia no se ha

⁸⁴ Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador, recurso de apelación, (17 de junio de 1996). 1

pronunciado al respecto de que para establecer la paternidad un menor de edad tenga que someterse a las reglas establecidas por el Código Civil cuando el supuesto padre ya haya fallecido, puesto que como ya se dejó en claro que lo que se pretende establecer es una filiación paterna, lo que se demuestra que no es un interés patrimonial lo que se está buscando.

Pero los magistrados coinciden que lo se debe de aludir es a quien hay que demandar en el proceso de paternidad de los menores si es contra la madre del fallecido pues es la única pariente cercana, lo primero que debe de verse si se va a tratar de incoarse la demanda contra el representante de la sucesión con la previa declaración de heredera por resolución del Juez de lo Civil o por el Notario o si en materia de familia puede omitirse esos pasos y demandar directamente a los llamados a la sucesión en este caso a la supuesta abuela teniendo en cuenta que se tiene las certificaciones de nacimiento de los menores de edad, la de defunción del presunto padre y las de nacimiento del mismo.⁸⁵

Se analizan los cuerpos normativos que sirven de filiación paterna para poder dictar una resolución sobre el tema en discusión. Como el artículo 34 de la Constitución que establece que el Estado tiene la obligación de proteger a los menores, el artículo 36 del mismo cuerpo normativo hace referencia a la igualdad de derechos de los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y los adoptivos.

En consecuencia se dejó en claro que no debe de existir ningún trato que sea discriminatorio en cuanto a los derechos de estos hijos pues la garantía de los derechos de los menores comienzan con la garantía de que el Estado es quien ayudara para la investigación de la paternidad así como también se hace mención a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los

⁸⁵ Ibid.6

Derechos del niño, los cuales manifiestan que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad y en la medida que sea posible saber quiénes son sus padres y a ser cuidados por ellos entre otros tratados internacionales y cuerpos normativos, que lo que buscan es que los niños no sean discriminados ni tratados de una forma desigual, no importa el tipo de filiación que este tenga, pues todos son iguales sea que vengan de un matrimonio o de una unión extramatrimonial.

Pero en lo referido para saber a quién se va demandar aunque exista la ley Procesal de Familia se nota que el legislador no se ha pronunciado sobre cuando el padre fallece y no hay herederos declarados o nadie se ha acercado a aceptar la herencia si no que solo se pronuncia cuando hay una declaratoria de herederos.

En vista que en materia de familia no existe ningún tipo de pronunciamiento al respecto, siguiendo con el principio constitucional del artículo 36 en lo referente a la igualdad jurídica de los hijos frente a sus padres sean estos de un matrimonio o de una relación extramatrimonial se ve violentado el principio de igualdad cuando la ley o los jueces exigen que para poder demandar la paternidad cuyo padre ya haya fallecido se tiene que seguir las diligencias de aceptación de herencia o si esta tiene algún curador iniciar contra el curador respectivo, diligencias que pudieran verse suprimida o ser obviadas si se dijera que se pueden ser demandados los supuestos herederos del supuesto padre, y no los herederos en sí pero como en materia de familia no se ha dado un pronunciamiento al respecto no hay un antecedente para este no hay curadores ad ítem y queda claro que no existe una autonomía completa de las normas en materia de familia pues en ocasiones siempre remite a leyes civiles.

Los magistrados en su resolución concluyen que no se puede dejar de lado todas las Convenciones Internacionales, Tratados Internacionales, cuerpos legales que velan por el principio de igualdad de los menores que ya se relacionaron anteriormente y revocan la declaración de inadmisibilidad y ordena que tenga por admisible la demanda presentada, por no haber en materia de familia una autonomía completa pues no se sabe quién es el heredero o si la pariente más cercana aceptara la herencia, que en este caso es la madre o el padre fallecido, y que esto hace que el juzgado siga las etapas procesales para saber si hay o no herederos declarados.⁸⁶

⁸⁶ *Ibíd.*7

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

Con el propósito de lograr una comparación entre la regulación del principio de igualdad en El Salvador y en otras legislaciones internacionales se hace mención de cómo se encuentra regulado este principio en algunos países como: Costa Rica, Paraguay, Ecuador, Nicaragua y Colombia.

5.1. Costa Rica

Regula este derecho en la Constitución hasta en su artículo 33.

Artículo 33: *“toda persona es igual ante la ley no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”*⁸⁷

Y en el Código de Familia establece:

Artículo 2: *“la unidad de la familia es el interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes entre los conyugues, han de ser principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este código”*.

Artículo 3: *“se prohíbe toda clase de calificación sobre la naturaleza de la filiación”*.

⁸⁷ Asamblea Nacional Constituyente, «Constitución de la República de Costa Rica», 7 de noviembre de 1949.

Artículo 4: *“en cuanto a los derechos y obligaciones entre padres e hijos, ninguna referencia hay respecto de los habidos dentro del matrimonio o fuera de él.”*⁸⁸

5.2. Paraguay

El código civil distingue a los hijos matrimoniales de los hijos extramatrimoniales.

Establece que son hijos matrimoniales:

a) Los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución o anulación, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento;

b) Los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse y que hayan sido reconocidos antes, en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres, o hasta sesenta días después de esta.

c) Los que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre y los que nacieren dentro de los trescientos días contados desde que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado;

d) Los nacidos dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, si el marido antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer o si consintió que se lo anotara como hijo suyo en el Registro

⁸⁸ Asamblea Legislativa, «Código de Familia de Costa Rica», 5 de febrero de 1974.

del Estado Civil, o si de otro modo los hubiere reconocido expresa o tácitamente.

Mientras que reconoce como extramatrimoniales a los concebidos fuera del matrimonio, sea que sus padres hubiesen podido casarse al tiempo de la concepción, sea que hubiesen existido impedimentos para la celebración del matrimonio y el reconocimiento de estos puede hacerse ante el oficial del Registro del Estado Civil, por escritura pública, ante el juez o por testamento. Esto según los artículos 225, 230 y 231 respectivamente.⁸⁹.

5.3. Ecuador

En su Constitución lo regula en:

Artículo 11: “el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2-Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos y deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad de cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud por VIH, discapacidad diferencia física, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionara toda forma de discriminación.

Artículo 67: *“se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizara condiciones que favorezcan íntegramente la consecución de sus fines.*

⁸⁹ Código Civil de Paraguay, Ley N° 1183/85

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basaran en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.”

Artículo 68: *“ la unión estable y monogamica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formaren un hogar de hecho por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tiene las familias constituidas por el matrimonio”.*

Artículo 69: *“para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia”:*

1. *Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar los antecedentes de su filiación o adopción.*⁹⁰

Por su parte en el Código de la Niñez y la Adolescencia establece:

Artículo 6: *“igualdad y no discriminación todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen, social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares”*⁹¹.

“El Estado adoptara las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación”.

El Código Civil de este país al igual que el de Paraguay establece el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio de forma voluntaria o judicial como derecho de todo hijo a exigir un reconocimiento en caso de que el padre no lo reconozca voluntariamente es decir en este cuerpo

⁹⁰ Constitución de Ecuador s. f., Asamblea Constituyente.

⁹¹ Congreso Nacional, «Código de la Niñez y de la Adolescencia», 3 de enero de 2003.

normativo no se contempla la presunción de paternidad para los hijos extramatrimoniales.

5.4. Nicaragua

Su Código Civil hace referencia a los hijos ilegítimos refiriéndose a los que no nacen dentro de un matrimonio ni han sido legitimados y reconociendo como único medio de legitimación el matrimonio posterior de los padres.

5.5. Colombia

Establece la Igualdad ante la ley y las autoridades en el artículo 13 de la Constitución de la República.

Art. 13 “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionara los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.⁹²

Por su parte el Código Civil colombiano si contempla la presunción de paternidad por ministerio de ley para los hijos de uniones no matrimoniales

⁹² Constitución Política de Colombia de 1991; Publicada en la Gaceta N° 114 del 7 de Julio de 1991.

al establecer en su art. 213 Presunción de legitimidad. “*El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión no marital de hecho tiene ´por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación de la paternidad*”. En Colombia se encuentra superada entonces la distinción que hacia el legislador entre hijos legítimos e ilegítimos por su procedencia familiar.

Y en el art. 214 se refiere a la impugnación de la paternidad estipulando: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.
2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtué esta presunción, en atención a lo consagrado en la ley 721 de 2001.⁹³

En el estudio realizado en este mismo país en el año 2012, denominado “presunción legal de paternidad un estudio desde el principio de igualdad” se hace un análisis comparativo de la situación jurídica de los hijos matrimoniales frente a la de los hijos extramatrimoniales reconocidos por el padre con el fin de determinar la forma de aplicación del principio de igualdad en el ámbito legislativo y jurisprudencial.

Considera el autor Guillermo Garrido que la presunción de paternidad protege a los hijos matrimoniales por el solo hecho de estar sus padres casados, desde el momento en que contraen matrimonio mientras que deja desprotegidos a los hijos extramatrimoniales que se encuentran en iguales

⁹³ Código Civil de Colombia, Ley 57 de 1887; 26 de mayo de 1873.

condiciones con la única diferencia que sus padres no se encuentran unidos por un vínculo matrimonial, con la extensión de tal presunción a los hijos nacidos durante la unión marital de hecho con la reforma al art. 213 del Código Civil Colombiano se equipara y aplica el principio de igualdad para estos últimos.

En contraste, tal presunción solo cobija a una parte de los hijos extramatrimoniales, a aquellos que sin haber sido reconocidos provengan de una familia de compañeros permanentes durante el interregno delimitado por la ley. Al hijo no reconocido por el padre que se encuentre por fuera del intervalo legal es menester que este lo reconozca como tal para poder obtener su estado civil de hijo; si se niega a reconocerlo es preciso que presente demanda de investigación de paternidad.

Pero posterior a esto el legislador determino expresamente que el tratamiento de igualdad es aplicable a ambas clases de hijos, matrimoniales y extramatrimoniales, como sujetos individuales y como grupo familiar, por cuanto la ley 29 de 1982 les confirió iguales derechos y obligaciones a los hijos ahora llamados naturales, hoy extramatrimoniales. Así mismo, la Constitución en el artículo 42 autorizó y legitimó la conformación de ambas familias, la constituida por vínculos jurídicos (matrimonio) y la que se forma a través de lazos naturales (unión marital). Considera Garrido que en Colombia se encuentra superada entonces la distinción que hacía el legislador entre hijos legítimos e ilegítimos por su procedencia familiar, ahora hijos matrimoniales y extramatrimoniales pero aun así se deja afuera a otro grupo de hijos.

Como se puede apreciar todas las Constituciones y demás cuerpos normativos relacionados al principio de igualdad lo consideran como un derecho fundamental de todas las personas solo que lo regulan de diferente manera todas coinciden en que no debe haber discriminación hacia las

personas por ninguna razón ni motivo ni hacer distinción en base a su filiación sin embargo algunas leyes secundarias como los Códigos Civiles de Paraguay; Ecuador y Nicaragua hacen la separación de los hijos en hijos matrimoniales y extramatrimoniales o hijos concebidos en matrimonio e hijos concebidos fuera de él y no contemplan la presunción de paternidad por ministerio de ley sino el reconocimiento voluntario y judicial lo que implica que hay una distinción entre unos hijos y otros según el tipo de familia de la que provengan es decir si son hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

Sin embargo en Colombia por el contrario el Código Civil equipara a los hijos nacidos dentro de un matrimonio con los nacidos en uniones maritales o uniones de hecho o no matrimoniales como se les llama ya que incluye a estos últimos en la presunción de paternidad por ministerio de ley con lo cual ratifica y garantiza el principio de igualdad de los hijos.

CAPITULO VI

ANÁLISIS DE RESULTADOS

En este capítulo se desarrolla el análisis de resultados de entrevistas realizadas a jueces y procuradores de familia en el área de San Salvador, con el propósito de obtener una investigación de campo como aporte a este estudio, de estas entrevistas se analizan y describen a continuación las respuestas obtenidas de parte algunos de los entrevistados de una manera sintetizada.

6.1 Análisis de las entrevistas realizadas a jueces de familia

Al preguntar a los jueces antes mencionados sobre que concepto tienen acerca del principio de igualdad coinciden en que se debe hablar de igualdad como una no discriminación, como un trato igual que deben recibir las personas que se encuentran en similares condiciones y que no se debe hacer distinción por motivos de raza, religión o sexo, ni origen de filiación; tal como lo establece el artículo 3 de nuestra carta magna, que debe haber igualdad sustantiva e igualdad material, igualdad de oportunidades en el proceso.

Al preguntarles si consideran que se aplica el principio de igualdad en materia de familia, ellos consideran que si aunque esta aplicación no es una aplicación exacta o concreta de este, en el deber ser si debería de aplicarse

pero en la realidad no se aplica debido a que existen muchos factores que influyen en la desviación del principio de igualdad.

Sobre el proceso que se debe realizar para el reconocimiento de paternidad manifiestan que para los hijos nacidos de matrimonio se hace por ministerio de ley, para los hijos de uniones no matrimoniales existen tres formas que son: por reconocimiento voluntario, por reconocimiento provocado y por declaración judicial.

Se les preguntó también si consideran que la presunción de paternidad por ministerio de ley debe ser aplicada también a los hijos nacidos de uniones no matrimoniales ellos respondieron que a su criterio si debería aplicar también a estos para una aplicación del principio de igualdad pero consideran que habría dificultad para establecer verdaderamente la paternidad que se le atribuye al padre, que sería interesante y bastante factible que se aplicara. Por otra parte el juez uno del juzgado segundo de familia considera que no es necesario porque ya existe un procedimiento establecido para este.

Por último se les consulto si consideran que el art. 141 del Código de Familia desarrolla o está acorde con el art. 36 de la Constitución, la mayoría consideran que estos dos artículos si están en armonía y que la ley de familia trata en mayor manera posible de aplicar el principio de igualdad, pero que el ámbito en que aplican es diferente.

6.2 Análisis de entrevistas realizadas a procuradores de familia

Según lo manifestado por el licenciado José Efraín Nájera con respecto al principio de igualdad este es que se encuentra establecido en la ley, específicamente en el art. 3 de la Constitución, todos somos iguales ante la ley pero socialmente no todos somos iguales es decir que a pesar que en

la ley se encuentra establecido este principio de igualdad en realidad no se aplica por completo en el diario vivir, por el contrario el licenciado Julio Meléndez considera que este principio de igualdad que se regula se refiere a los derechos que adquiere el niño; tanto derechos patrimoniales como morales, que todos sean considerados hijos sin ningún calificativo y que esta igualdad si se aplica para todos.

El Licenciado Pedro Navarro por su parte considera que al hablar de igualdad se debe hacer una distinción entre igualdad procesal e igualdad sustantiva, expresa que la igualdad sustantiva se refiere a que todos somos iguales y por lo tanto debemos tener los mismos derechos, es decir que todas las personas deben tener los mismos derechos sin ninguna distinción, mientras que la igualdad procesal se refiere a iguales condiciones por lo tanto las mismas oportunidades, es decir que ambas partes deben tener iguales oportunidades en un proceso.

Al consultarles si el principio de igualdad establecido en el art. 3 de la Constitución se aplica en materia de familia sin ninguna distinción la mayoría de los entrevistados considera que si se aplica, ya que han habido funcionarios de alto prestigio que han sido demandados en la procuraduría por que deben cuotas de alimentos y que se ha procedido de igual manera según la ley; expresa que: media vez estos se denuncien es posible juzgarlos igual que a las demás personas. Manifiesta además que considera que las sanciones en caso de incumplimiento en materia de familia son muy débiles.

Además ellos consideran que si se aplica el principio de igualdad ya que ellos al momento de iniciar un proceso para establecer derechos de los hijos no hacen distinción ni referencia al origen de su filiación.

Todos consideran que las leyes en materia de familia si garantizan el derecho de igualdad de los hijos.

En cuanto al procedimiento para establecer la paternidad de hijos nacidos fuera del matrimonio el licenciado José Nájera considera que no deben de existir las presunciones de paternidad que esta debe probarse, que estas no se pueden presumir.

Por último al preguntarles si consideran que la presunción del artículo 141 del Código de Familia está acorde con el art. 36 de la Constitución expresan que no es igual porque las condiciones en que se encuentran ambas disposiciones son distintas, el ámbito de aplicación de estos artículos es diferente, ya que el art. 141 Cod. Fam se refiere solo a la presunción de paternidad para los hijos que nacen dentro del matrimonio mientras que el art. 36 Cn por su parte hace referencia a los hijos sin importar su filiación.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1 CONCLUSIONES

Mucho se habla de la igualdad de los hijos pero en la realidad se puede apreciar que el legislador se queda corto en la regulación del principio de igualdad en lo relativo a los hijos que nacen en una Unión no Matrimonial, lo sorprendente del caso es que el Estado no se ha puesto a indagar sobre el tema que afecta una gran mayoría en el país, la legislación salvadoreña dice que todos somos iguales ante la ley sin ningún tipo de discriminación, etc.; pero si se le pregunta a la gente que tiene hijos a los que sus padres no los reconocieron esta no sabe que se le está violentando un derecho fundamental que no solo es reconocido a nivel nacional si no que a nivel mundial.

La paternidad irresponsable es un grave problema que se presenta en la actualidad en El Salvador, ya que existen muchos padres que no reconocen voluntariamente a sus hijos y esto hace que estos no tengan legalmente un papa o se vean obligados a demandar judicialmente para ser reconocidos, lo cual implica un gasto económico.

Tanto los hijos nacidos dentro de un matrimonio como los nacidos en uniones no matrimoniales deben tener los mismos derechos sin importar la situación jurídica de sus padres ni el origen de su filiación sin embargo se observa que esto en realidad no es así o no se cumple ya que a pesar de

que leyes como la Constitución establezcan que todos somos iguales ante la ley se trata de manera diferente a los hijos que nacen en un matrimonio y a los que nacen en una unión de hecho o unión no matrimonial.

Se deben buscar soluciones para disminuir el costo de la paternidad irresponsable en el país, ya que el hecho de que muchos padres no se hagan responsables de sus hijos crea un costo muy elevado tanto para El Estado como para las familias al tener que demandar en un proceso judicial para que estos últimos sean reconocidos.

Se debe garantizar a los hijos el cumplimiento del principio de igualdad sin importar la situación jurídica de sus padres, ni su filiación es decir sin ninguna discriminación en cuanto a su origen y el encargado de garantizar este derecho es El Estado a través de mecanismos que hagan efectivo esa garantía de derechos.

7.2 RECOMENDACIONES

7.2.1 AL ESTADO

Debe invertir más en publicidad para dar a conocer a las personas sus derechos, así como el procedimiento para exigir el cumplimiento de ellos; ya que muchas veces las personas no tienen el conocimiento necesario de estos mecanismos y por ello no exigen su cumplimiento.

Debe promover el cumplimiento de las leyes, así como el verdadero funcionamiento de las instituciones encargadas de velar por el respeto de los derechos humanos para garantizar a las personas sus derechos fundamentales y que estas tengan confianza en dichas instituciones gubernamentales.

La Procuraduría General de la Republica debería informar más a la población sobre los requisitos y pasos de una solicitud de alimentos y reconocimiento judicial de paternidad.

Motivar a las mujeres a demandar el cumplimiento de los derechos de sus hijos e hijas ante las instituciones encargadas de hacer cumplir los derechos de los menores hijos.

La Asamblea Legislativa debería aprobar la presunción de paternidad por ministerio de ley también para los hijos nacidos en uniones no matrimoniales, para garantizar a estos el cumplimiento del principio de igualdad a través de la reforma del artículo 141 Código de Familia estableciendo el mecanismo que se debe seguir para ello.

7.3 PROPUESTA DE REFORMA AL ART. 141 CÓDIGO DE FAMILIA

Artículo Actual

Art. 141: *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad.*

Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges.

Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre.”

Propuesta de reforma en el sentido de ampliar dicha presunción de paternidad también a los hijos nacidos dentro de la Unión no Matrimonial, haya sido declarada o no la procedencia de la misma y siempre que se cumplan los requisitos como el de haber transcurrido más de un año de convivencia, y que los padres se encuentren conviviendo al momento que se dé el nacimiento del menor. En el caso de que no haya sido declarada la unión no matrimonial, incluyendo el estado familiar de conviviente, para lo cual se expresa el procedimiento administrativo a seguir.

Se propone además establecer una sanción para la madre en el caso que proporcionare información falsa sobre la paternidad del hijo; así como establecer el mecanismo que se debe seguir para ello.

La sanción a la que puede ser merecedora la madre que proporcionará información falsa respecto de la paternidad que se le atribuye a un padre que no lo es, será la sanción civil y penal.

Artículo con la reforma:

Art. 141: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad, así como los nacidos dentro de una unión no matrimonial cuando haya transcurrido más de un año de convivencia entre los padres.

Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges.

Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges, compañeros de vida o convivientes hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del marido o conviviente.

En los casos de los hijos nacidos dentro de uniones no matrimoniales la madre será responsable civil y penalmente en caso la información que proporcione al registrador sea falsa”.

Procedimiento administrativo:

1. Se incluya en los estados familiares la opción de conviviente.
2. Que las personas al momento de obtener el Documento Único de Identidad ante el Registro Nacional de las Personas Naturales manifiesten

si están conviviendo con otra persona con la cual mantengan una relación estable por más de un año es decir que se encuentran en calidad de convivientes.

3. Se haga constar dicha calidad en el documento y el nombre de la persona con la cual está conviviendo.
4. Al momento que nazca un menor con padres que son convivientes la madre manifieste al registrador de familia de la alcaldía municipal correspondiente dicha situación y este verifique en su documento de Identidad y si es procedente aplique la presunción de paternidad por ministerio de ley.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Montero Duhalt, Sara. Derecho de familia. México Editorial Porrúa. 1984.

Tinetti, José Albino. Héctor Salvador, Soriano. Roberto, Rodríguez Meléndez. Igualdad Jurídica. Consejo Nacional de la Judicatura. El salvador. 2006.

Varsi Rospigliosi, Enrique. Filiación, Derecho y Genética, Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Fondo de Cultura Económica, Lima Perú.

TESIS

Bustos Díaz, María Magdalena. “Análisis Crítico de los Efectos Jurídicos de las Uniones de Hecho en Chile. Una Propuesta de Regulación Orgánica Patrimonial”. Santiago de Chile. 2007.

Márquez Osorio, Silvia Victoria y otros. “La no Regulación de la Pensión Compensatoria en la Declaración Judicial de la Unión no Matrimonial y los Efectos Jurídicos en los Convivientes” El Salvador. 2006.

Portillo Benavidez, Francisco Elías. “El matrimonio en El Salvador, causas de su inestabilidad y sus consecuencias”. El Salvador. 1995.

Reyes Zelaya, Dora Alicia. “Cumplimiento del Principio de Igualdad de Derechos de los hijos dentro y fuera del matrimonio en materia sucesoral de acuerdo al art. 203 N° 4. Del Código de Familia”. El Salvador.

LEGISLACIÓN

Código Civil de Colombia. Ley 57 de 1887.

Código Civil de El Salvador 1860.

Código Civil de Paraguay. Ley N° 1183/85.

Código de la Niñez y de la Adolescencia, Congreso Nacional, 3 de enero de 2003.

Código de Familia de Costa Rica. Asamblea Legislativa. 1974.

Código de Familia de El Salvador. 1993.

Constitución de El Salvador. 1983.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969.

Constitución Política de Colombia. 1991.

Constitución de la República de Costa Rica. Asamblea Nacional Constituyente. 1949.

Constitución de la República de Ecuador.

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres. Asamblea Legislativa. 2011.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. 2009.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1976

JURISPRUDENCIA

Cámara de Familia. Sección del Centro. Recurso de Apelación. Referencia: 136-A-2015. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 2015

Cámara de Familia. Sección del Centro. Recurso de Apelación. Referencia: 44-96. El Salvador. Corte Suprema de Justicia. 1996

Corte Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad. Referencia: C-204-2005. Bogotá, Colombia. 2005

REVISTAS Y BOLETINES

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). *“Costos de la Paternidad Irresponsable en El Salvador”*. 2004.

Rodríguez Garrido, Guillermo. “Presunción de paternidad, un estudio desde el principio de igualdad”. 2012.

DICCIONARIOS

Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 28° ed. Tomo II. Buenos Aires. Argentina. Editorial Heliasta, s.f.

Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 28° Ed. Brasil. Editorial Heliasta, Quebecor World Sao Paulo S/A. 2001.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm sitio web visitado 26 de octubre de 2017.

http://www.oas.org/jurídico/spanish/tratados/a_52.html sitio web visitado el 08 de febrero de 2018.

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/tratInt/derechos%20Humanos/OTROS%201.pdf> sitio web visitado el 20 de marzo de 2018