

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



**“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN
LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES,
RELACIONADOS A LA FIJACIÓN DE CUOTA ALIMENTICIA”**

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

PRESENTADO POR:

LAURA BRISEIDA PALMA MOLINA
ZULEYMI ARACELY VÁSQUEZ PREZA
JULIO ERNESTO BURGOS CORNEJO

DOCENTE ASESOR:

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR SEPTIEMBRE 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

DRA. SANDRA CAROLINA RENDÓN RIVERA
(PRESIDENTA)

MSC. ALEJANDRO BICMAR CUBÍAS RAMÍREZ
(SECRETARIO)

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS
RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ABREGO
VICERECTOR ACADEMICO

ING. NELSON BERNABE GRANADOS ALVARADO
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO CRISTÓBAL HERNÁN RIOS BENÍTEZ
SECRETARIO GENERAL

LICENCIADO RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARIN
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 LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

MSC. MARÍA MAGDALENA MORALES
**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Doy Gracias a **Dios**, por toda la sabiduría e inteligencia que me proporcionó a lo largo de mi carrera, por siempre estar conmigo cuando más lo necesite y darme la paciencia y las herramientas necesarias para alcanzar este logro; así también a la Virgen de Guadalupe por ser la intercesora a lo largo de mi vida y mis años de estudio.

Gracias a mi Madre, **Angélica Elena Sánchez Molina**, por su apoyo incondicional, su amor, cariño y comprensión, por siempre haberme animado a seguir adelante sin desmayar, por brindarme siempre sus consejos y su sabiduría para tomar las decisiones más correctas de mi vida, por enseñarme cada día a luchar por lo que quiero, y que nunca es tarde para volver a iniciar en la vida y lograr la superación personal y profesional.

Laura Briseida Palma Molina.

AGRADECIMIENTOS

Le agradezco a **Dios** por haber dado la sabiduría y la fortaleza para que fuera posible alcanzar este triunfo.

A **mi pequeña hija**: que posiblemente en este momento no entiendas mis palabras, pero para cuando seas capaz, quiero que te des cuenta de lo que significas para mí. Eres la razón que hace cada día, esforzarme por el presente y el mañana, eres mi principal motivación, como en todos mis logros y en este has estado presente.

A **mi mamá**: por su cariño, su apoyo, su dedicación y empeño por ayudarme a ser una mejor persona cada día y por tanto esfuerzo para que yo alcanzara esta meta y motivarme para alcanzar todo lo que me propongo.

A **mi esposo**: por todo el amor que compartimos y que me mantienen siempre motivada para todos los proyectos y retos que se me presentan en la vida.

A **mi papá**: por haber sido un apoyo en mi vida para lograr mis metas.

A **mi mamá Tita**: por su amor especial, su confianza y ruegos a Dios para que saliera adelante.

A **William López**, por el apoyo incondicional que me ha brindado en el transcurso de mi vida y quererme como su hija.

Zuleymi Aracely Vásquez Preza.

AGRADECIMIENTOS

A **Dios Todopoderoso**, por demostrarme su inmenso amor y darme la sabiduría, fuerza, y perseverancia en el cuidado de mis caminos y poder obtener éste gran logro.

Muy especialmente a **mis padres** por ser los principales impulsores de mis sueños, por confiar y cuidar de mí por muchos años. A **Wendy, Carlos, Miguel y Josué Burgos**, mis hermanos, por su inmenso amor y apoyo. A toda mi familia; en especial mi tía **Daysi Rivas Palacios**, que ha estado presente en todo momento.

A **Sandra Molina**; mujer ejemplar, que confió en mí e impulso incansablemente los propósitos que ahora estoy cumpliendo.

A mis amigas y amigos por apoyarme, en especial a **Juan Carlos Sánchez, Paulino Espinoza, Félix Ascencio y José Urbina**, amigos y compañeros de fórmula que han sido indiscutiblemente, mi apoyo técnico y moral para dar por terminado éste proyecto.

A una mujer muy especial, que me enseñó amar la vida, la música y compartir mi alegría con los seres que se encuentran a mí alrededor, aunque no te encuentres físicamente, estoy agradecido infinitamente contigo **Claudia López López**.

A nuestro Docente Asesor **Lic. Juan José Castro**, por guiar y asesorar acertadamente nuestros conocimientos.

Julio Ernesto Burgos Cornejo.

ÍNDICE

PÁGINAS

RESUMEN	
INTRODUCCIÓN.....	i
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	vi

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL RÉGIMEN ALIMENTICIO

1.1. Origen de los derechos fundamentales.....	1
1.1.1. Diferencia entre principios, valores y derechos fundamentales.....	7
1.2. Antecedentes y evolución del principio de proporcionalidad en el derecho europeo.....	9
1.3. Antecedentes y evolución del principio de proporcionalidad en el derecho salvadoreño.....	12
1.4. Antecedentes históricos del derecho de alimento en El Salvador.....	17

CAPITULO II

FUNDAMENTO TEÓRICO CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL RÉGIMEN ALIMENTICIO

2.1. Concepto de proporcionalidad.....	19
2.2. Naturaleza de la proporcionalidad.....	21
2.3. Sub-principios de la proporcionalidad.....	22
2.3.1. Idoneidad.....	23
2.3.2. Necesidad.....	25

2.3.3. Proporcionalidad en su sentido estricto.....	25
2.4. Requisitos de aplicación de la proporcionalidad.....	27
2.5. Fuentes constitucionales del principio de proporcionalidad.....	28
2.6. Concepto de régimen alimenticio.....	29
2.7. Naturaleza del régimen alimenticio.....	31
2.8. Características del derecho de alimentos.....	33
2.9. Componentes del derecho a la alimentación.....	34
2.10. Contenido del derecho de alimentos.....	36
2.11. Alimentos como un derecho fundamental.....	36
2.12. Formas de obtención de los alimentos.....	38
2.12.1. Extrajudicial.....	38
2.12.2. Judicial.....	39
2.13. Modalidad de pago de la cuota alimenticia.....	40
2.13.1. Pago en especie.....	41
2.13.2. Pago en dinero.....	43
2.13.3. Pago mixto.....	43

CAPITULO III

DERECHO DE ALIMENTOS

3.1. Concepto de alimentos.....	45
3.1.1. Derechos fundamentales que integran los alimentos.....	47
3.1.1.1. Sustento.....	47
3.1.1.2. Habitación.....	48
3.1.1.3. Vestido.....	49
3.1.1.4. Salud.....	50
3.1.1.5. Educación.....	51
3.1.1.6. Recreación.....	53
3.2. La vulneración del derecho de alimentos.....	54

3.3.	La Filiación.....	56
3.3.1.	Concepto.....	56
3.3.2.	Origen del derecho para solicitar alimentos.....	57
3.3.3.	La prueba idónea.....	58
3.3.4.	Derecho de alimentos para hijos dentro y fuera del matrimonio.....	59
3.3.5.	El ejercicio de la autoridad parental en la fijación de cuota alimenticia.....	59
3.3.6.	¿Hasta cuándo se deben alimentos?.....	61
3.3.6.1.	Causas que cesan la obligación alimenticia.....	62
3.3.6.2.	Obligación vitalicia de alimentos.....	63
3.4.	Clases de procesos para solicitar alimentos.....	64
3.4.1.	Divorcio.....	64
3.4.2.	Reconocimientos provocados de paternidad.....	65
3.4.3.	Alimentos como pretensión autónoma.....	67
3.4.4.	Suspensión y/o pérdida de autoridad parental.....	69
3.4.5.	La unión no matrimonial.....	71
3.4.6.	Medidas de protección.....	73
3.4.7.	Alimentos provisionales.....	74
3.4.8.	Limitación a los derechos fundamentales del alimentante, al fijar cuota alimenticia.....	75

CAPITULO IV

LA APLICABILIDAD DE LA PROPORCIONALIDAD COMO INSTITUCIÓN LIMITADORA AL RÉGIMEN ALIMENTICIO

4.1.	Marco legal de la proporcionalidad y el régimen alimenticio.....	78
4.1.1.	Constitución de la República.....	78

4.1.2. Tratados y leyes secundarias.....	79
4.1.3. Jurisprudencia a casos concretos.....	86
4.2. Irretroactividad en la aplicación de fijación de cuota alimenticia.....	88
4.3. Proceso de aplicación en la fijación de cuota alimenticia, mediante sede Administrativa.....	91
4.3.1. Recepción de solicitud.....	91
4.3.2. Audiencia conciliatoria.....	92
4.3.3. Fijación de alimentos provisionales.....	93
4.3.4. Recepción de pruebas.....	93
4.3.5. Resolución de fijación de cuota alimenticia.....	94
4.3.6. Convenios y resoluciones.....	94
4.3.7. Notificación.....	94
4.3.8. Efectos jurídicos de la resolución administrativa.....	95
4.4. Proceso de aplicación en la fijación de cuota alimenticia, mediante sede judicial.....	95
4.4.1. Fijación de la cuota alimenticia.....	96
4.4.2. Forma de pago y cumplimiento de la cuota alimenticia.....	98
4.4.3. Forma de hacer efectivo la cuota alimenticia vía judicial.....	99
4.5. Medidas aplicables para el cumplimiento de la obligación alimenticia en El Salvador.....	100
4.5.1. Medidas cautelares.....	101
4.5.1.1. Anotación preventiva.....	102
4.5.1.2. Restricción migratoria.....	103
4.5.1.3. Embargo de obligaciones alimenticias.....	104
4.5.1.4. Garantía hipotecaria.....	105
4.5.1.5. Garantía personal o caución personal.....	106
4.5.2. Sanción penal por incumplimiento de cuota alimenticia.....	107

4.6.	Parámetros legalmente establecidos para la fijación de cuota alimenticia.....	110
4.6.1.	Capacidad del alimentante.....	111
4.6.2.	Necesidad del alimentario.....	114
4.6.3.	Sana crítica.....	117

CAPITULO V

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, QUE SE UTILIZA PARA LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS AL RÉGIMEN ALIMENTICIO, SEGÚN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA, EN COMPARACIÓN CON LAS UTILIZADAS EN LAS LEYES DE ESPAÑA Y CHILE

5.1.	España.....	120
5.1.1.	Jurisprudencia comparada.....	125
5.2.	Chile.....	127
5.2.1.	Jurisprudencia comparada.....	134

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones.....	138
Recomendaciones.....	142
BIBLIOGRAFÍA.....	143

RESUMEN

La presente investigación titulada: Interpretación y Argumentación de la Proporcionalidad en las Limitaciones de los Derechos Fundamentales, relacionados a la Fijación de Cuota Alimenticia, expone la problemática, si en los actos y resoluciones emitidas por las diferentes instituciones estatales, dentro de sus facultades de injerencias, al momento de fijar una cuota alimenticia, son considerados los parámetros establecidos en la Ley, los criterios y principios de ponderación de acuerdo a la Proporcionalidad y si dicha fijación de cuota alimenticia, es de conformidad a las necesidades del alimentario y la capacidad del alimentante.

Una realidad es, que los salarios no son suficientes para responder de manera efectiva su obligación de otorgar alimentos; y que el Estado se convierta en un verdadero garante para que un niño no le falta el derecho de alimentos, por lo que este último conlleva a entender que es un término más amplio y que trasciende a vestuario, educación, vivienda, etc., conscientes que es una actualidad, que en primer lugar es de los padres y los demás obligados, bien puede el Estado intervencionista, planificar de manera efectiva e igualitaria los derechos de alimentos para la niñez y la adolescencia, puedan tener acceso a lo básico para vivir y desarrollarse adecuadamente.

Por lo que se trató de colocar en primer plano un tema que es vital, para que su estudio se integre y se interprete una serie de disposiciones legales, que logre establecer una cuota alimenticia adecuada y que responda a la realidad del alimentante y el alimentario.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se orienta a analizar y reflexionar sobre la intervención mínima que tiene el Estado, a través del Órgano Judicial y Procuraduría General de la República, para limitar derechos fundamentales, en la ejecución de sus sentencias y resoluciones administrativas, erradicando el abuso en la aplicación de las medidas, exigiendo intervenciones acordes a la necesidad y bajo un medio idóneo para su efectividad y cumplimiento de los Principios Constitucionales.

Lo anterior con el propósito de mostrar que una adecuada aplicación del “Principio de Proporcionalidad” en la búsqueda de garantizar la correcta intervención mínima por parte del Estado, es a través de dicha institución; principio que busca eliminar las excesivas intervenciones al momento de limitar los derechos fundamentales, en específico los derechos derivados de la fijación de una cuota alimenticia.

Principios que garantizan el estricto cumplimiento a través de resoluciones administrativas por parte de la Procuraduría General de la República y por otra; sentencias emitidas por los Juzgados de Familia, materia que se delimitará en el presente trabajo, en cuanto a la Cuota Alimenticia.

En consecuencia, en el presente trabajo se encuentra la necesidad de crear una metodología descriptiva que refleje la importancia de una interpretación adecuada y auténtica del Principio de Proporcionalidad al momento de fijar una Cuota Alimenticia, por lo que se hace necesario utilizar el sistema de investigación científico bibliográfico que desarrolle ampliamente los principios relacionados en la investigación y contar con razonamientos sobre la

ejecución y eficacia de la jurisprudencia nacional, en el cumplimiento de los objetivos del interés superior del menor.

Es del conocimiento que la Familia es el núcleo central de la sociedad, de conformidad al artículo 32 de la Constitución, es por ello que el Estado, está en la obligación de protegerla y garantizar el otorgamiento de los diferentes mecanismos necesarios para su desarrollo y bienestar.

Los miembros de la familia y especialmente los niños (as) y adolescentes, son el grupo más vulnerable y requieren que proporcionen medios eficaces, instrumentos legales y políticos públicos que conlleven al desarrollo integral de su personalidad.

De acuerdo a lo anterior, la presente investigación cuenta con cinco capítulos, que se han desarrollado en coherencia con la realidad y necesidades actuales, haciendo utilidad de doctrinas en la materia.

Cuerpo normativo en relación; incluso preceptos normativos que son considerados de conformidad al criterio inter-institucional, vinculantes para su aplicación y; con el ánimo de volver novedosa la investigación en busca de una adecuada aplicación, se llevaron a cabo entrevistas a ciertos funcionarios sobre la materia para ser incorporados a dicho trabajo las experiencias y conocimientos que han adquirido durante el ejercicio de sus funciones.

El primer capítulo, desarrolla la evolución histórica del Principio de Proporcionalidad en el Derecho Europeo, continente en el que surge las consideraciones primarias de lo que ahora conocemos de dicha institución, además, en éste capítulo de manera puntual, se menciona la evolución de

dicho principio en nuestro país, el desarrollo que tuvo en los cuerpos normativos nacionales y los primeros acercamientos en las decisiones judiciales y administrativas, así como también la evolución de la fijación de la cuota alimenticia en el país.

En un segundo capítulo, se desarrolla a través de lo teórico y conceptualmente por el principio de proporcionalidad y el régimen alimenticio, necesario para obtener mediante la lectura de doctrinas y diferentes autores, sobre la interpretación de dichas instituciones, planteamientos de naturaleza, requisitos y diferentes componentes que determinan una auténtica interpretación y adecuado análisis jurídico.

Esto con la pretensión de obtener bases o conocimientos teóricos que gozan de robustez para hacer un planteamiento de estructura a la aplicabilidad de las instituciones en nuestro país, dar certeza de las actuaciones o en cierta medida hacer críticas constructivas y con fundamento. En el tercer y cuarto capítulo, se desarrolla la aplicabilidad del principio de Proporcionalidad en la fijación de una cuota alimenticia, el cual mediante diferentes preceptos normativos se trata de analizar si existe una adecuada interpretación y aplicación, incluso, si al momento de impartir justicia en el país, en cumplimiento de las obligaciones, se ha considerado en su máxima expresión las distintas doctrinas sobre dicha Institución.

Tomando en cuenta las reformas que ha venido sufriendo legislación en materia de familia o al menos complace y justifica la mínima intervención del Estado, al momento de dictaminar medidas o decisión. Esto último, con la finalidad de procurar que dichas injerencias por parte de las instituciones públicas, no sea excesivas e irracionales, sino al contrario; apegado a la normativa y la necesidad.

En consecuencia, realizando un análisis de sentencias relacionadas a la investigación y confrontando los diferentes criterios jurisprudenciales en la aplicación del principio, se pretende hacer de conocimiento; que la Proporcionalidad, es la institución que limita por excelencia las injerencias desproporcionadas y alejadas a las disposiciones que regula dicha aplicación, erradicando resoluciones en detrimento del cumplimiento del Principio del Interés Superior del Niño.

Capitulo quinto, en cuando al derecho comparado, se considera importante hacer una similitud del derecho Español y Chileno con el de El Salvador, por considerarse evolutivo el sistema normativo que regula la aplicación tanto de la proporcionalidad y la fijación de dicha cuota, en el caso de España, se vuelve interesante ya que dichas disposiciones jurídicas que regula los deberes y el derecho de exigir alimentos, se encuentra regulado en Código Civil Español, igualmente el sistema normativo de Chile, incluso se determina que en su carta magna, no regula en específico el derecho de alimentos, sino que es abordado desde los distintos derechos fundamentales como: salud y vida digna.

La razón de dicha comparación al sistema normativo nacional, es que a pesar de las reformas y adecuaciones por los tratados ratificados por el país, no se ha logrado concretar con facilidad una aplicación proporcional, que las instituciones dictaminen resoluciones y medidas idóneas, acordes a las necesidades y capacidad de los obligados. En similitud de dichos países que no han sufrido considerables reformas en sus cuerpos normativos, han trabajado en dignificar y limitar la intervención desproporcionada de las instituciones públicas. En consecuencia en el último capítulo del presente trabajo, responsablemente se hacen conclusiones y recomendaciones con el objetivo que el lector de manera razonable, busque una adecuada aplicación

y no se reduzca a analizar las necesidades y capacidad económica de las partes a las prácticas que se han acostumbrado.

En este sentido, los alimentos de los niños, niñas y adolescentes es un derecho fundamental, indispensable para su desarrollo integral, bienestar y futuro de los mismos; este derecho, en El Salvador se garantiza por medio de diversas leyes, tanto de Derecho Constitucional, de Familia, Niñez y Adolescencia, entre otras; sin embargo, este es vulnerado con frecuencia por sus progenitores y responsables directamente. Muchas veces al no cumplir con ésta obligación por parte de los responsables, ha sido necesario que se acuda a los tribunales a reclamarlo para efectivizarse, debido a que los progenitores no cumplen con la obligación de alimentos como parte de su responsabilidad parental. Además, existiendo ciertas resoluciones alejadas a la aplicación del Principio de Proporcionalidad en la implementación del Régimen Alimenticio en nuestro país.

Es por ello el objetivo principal de dicha investigación, es determinar de acuerdo al principio de proporcionalidad, la necesidad de la creación de una Ley especial, que brinde una mayor protección y garantice en su mayor expresión el derecho de alimentos, el cual debería considerarse de Orden Público y de carácter obligatorio su satisfacción.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

DL:	Decreto Legislativo
DO:	Diario Oficial
DUDH:	Declaración Universal de los Derechos Humanos
LEPINA:	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
LEIV:	Ley Especial para una Vida Libre de Violencia
LPRF:	Ley Procesal de Familia
PGR:	Procuraduría General de la República
FGR:	Fiscalía General de la República
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
TCF:	Tribunal Constitucional Federal

ABREVIATURAS

Ce.:	Constitución española
Cf.:	Código de Familia
Ord.:	Ordinal
Ref. :	Referencia
Art. :	Artículo
Cn.:	Constitución
Cód. :	Código
Inc.:	Inconstitucionalidad
Fam. :	Familia
Ed.:	Editorial

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL REGIMEN ALIMENTICIO

En el presente capítulo, se aborda todo lo referente a la evolución histórica del Principio de Proporcionalidad y de los Derechos Fundamentales, diferencia entre principios, valores y derechos fundamentales. Además, en dicho capítulo, se da inicio al estudio de los Sub-Principios que han surgido de la evolución histórica de la proporcionalidad, tales como: Idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en su sentido estricto. Lo que se pretende es sentar las bases en este capítulo, conforme a lo que se tratara de acuerdo a la investigación realizada como grupo.

1.1. Origen de los derechos fundamentales

Una conceptualización de los Derechos Fundamentales, se puede ubicar destacando su significado básico y planteamiento doctrinario y para tener claro, el alcance jurídico de ésta institución de derechos fundamentales; iniciaremos desarrollando que significa en primer lugar "*Derecho*", podemos decir en su sentido objetivo, que "*es un conjunto de normas. Trátese de preceptos impero-atributivos, es decir reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades*".¹ En el sentido subjetivo, derecho es una función del objetivo. Éste es "*la norma que permite o prohíbe, a aquel, el permiso derivado de la norma*".² Un Derecho es Fundamental cuando hace parte de aquellos bienes jurídicos que por estar inseparablemente unidos a la

¹ Leonel Pereznieta Castro, *Acontecimientos Sociales: Conceptos Básicos de Derecho*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017), 10.

² Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª ed. (México: Porrúa, 2004), 36.

condición humana, por integrar su núcleo jurídico primario, constituyen el fundamento de toda comunidad política, en cuanto le sirven de principio y de razón primordial.

Eusebio Fernández, dice que *“son derechos fundamentales unos y ciertos derechos morales que el hombre posee por su propia naturaleza, dignidad y que la sociedad, el poder político, el derecho deben proteger, sin ninguna clase de discriminación social, económica, política, jurídica, ideológica, cultural o sexual”*;³ pero además, subraya que son fundamentales porque se encuentran estrechamente vinculados con la idea de dignidad humana, sin que conformen la personalidad jurídica.⁴

Sánchez Marín, conceptualiza a los derechos fundamentales *“aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana”*.⁵

Estos derechos son adquiridos por toda persona, cualquiera que sea su edad, raza, sexo o religión, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria.

La denominación utilizada para designar estos derechos es muy variada, con frecuencia, se les llama Derechos del Hombre, Derechos Humanos, Derechos de la Persona Humana, designaciones repetitivas, puesto que sólo el hombre puede ser titular de derechos, sean cuales fueren, si bien tienen a su favor la práctica de su uso. Se ha expresado también de derechos

³ Eusebio Fernández, *Teoría de la Justicia y Derecho Humanos*, (Madrid: Debate, 1991), 77.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Ángel Luis Sánchez Marín, “Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales”, Madrid, n.55 (2014): 229. <http://www.revistadefilosofia.org/55-13.pdf>.

naturales, término con el que se alude a su fundamento en la naturaleza humana; y de derechos fundamentales, queriendo señalar que afectan a las dimensiones más entrañables del ser humano.⁶

Los derechos fundamentales son en sí mismos derechos subjetivos y por tanto, son de aplicación las notas que la doctrina científica suele asignar a éstos. Pero es obvio que, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de caracteres, ya no compartidos por los otros derechos, sino exclusivos de ellos.

El concepto derechos fundamentales está referido a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución.⁷

Características de los derechos fundamentales: Los derechos fundamentales son imprescriptibles,⁸ es decir, no les afecta el instituto de la prescripción, sin que, por tanto, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo.

Son también inalienables, esto es, no transferible a otro titular, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos, en los que la regla general es la alienabilidad, aunque se den ciertas excepciones a la misma.

⁶ Mario Antonio Solano Ramírez, *¿Que es una constitución?*, (El Salvador: Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2000), 95.

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Lineas de la Sala de lo Constitucional de México 2017*, (México: Centro de Documentación y Análisis, 2017), 7.

⁸ Sánchez, Concepto de los Derechos Fundamentales, 230.

Son irrenunciables, el sujeto no puede renunciar a la titularidad de los Derechos Fundamentales, a diferencia, como en los casos anteriores, de lo que ocurre con los derechos en general, que son renunciables en las condiciones que las leyes establecen.

Los derechos fundamentales son, por último, Universales, entendiendo el término en el sentido de que todos ellos son poseídos por todos los hombres, lo cual quiere decir, que entre las personas se da una estricta igualdad jurídica básica, referida a los Derechos Fundamentales. No podía ser de otro modo, dado que todos los hombres participan de igual modo de la misma naturaleza: un ser es lo que es de manera total; no caben gradaciones a la hora de poseer una naturaleza.⁹

En la Antigüedad no sólo no existieron reconocimientos por parte del poder, sino que ni siquiera se planteó el tema en el terreno teórico; lo cual, por otra parte, no puede sorprender si se tiene en cuenta que para que surja la conciencia de que la persona es portadora de unos ciertos fines y valores para la realización de los cuales posee unos derechos innatos e indeclinables es preciso, ante todo, que exista el concepto mismo de persona, el cual, fue una aportación del Cristianismo.¹⁰

En efecto, los llamados derechos fundamentales tienen como antes se señaló, unas características típicas, pero son, desde luego, derechos subjetivos, facultades del sujeto; y es el caso que el pensamiento medieval, aun conociendo el concepto, como ya lo conocieron los romanos, no acierta a construir una teoría del derecho subjetivo, con lo que falta la base lógica, necesaria, para poder hablar de los derechos fundamentales. Por eso, ni

⁹ Ibíd.

¹⁰ Ibíd., 230

siquiera en el Medievo podemos encontrar expresiones vigorosas y sistemáticas de los Derechos Fundamentales, que, en la forma como hoy los entendemos, no aparecen en la vida política de Europa hasta entrada ya la Edad Moderna.¹¹

La historia de los derechos fundamentales va a pasar en la Edad Moderna, por diferentes fases, pero hay un dato que debemos destacar como muy característico, a saber: que a partir del siglo XVI ya no encontraremos, como hasta ahora, privilegios o concesiones a favor de grupos o estamentos determinados, sino que las garantías y seguridades ofrecidas por el poder real se dirigen a todos los súbditos, con lo que se instaura un principio de generalidad que ya no será abandonado.¹²

Fue en Inglaterra, cuna del Liberalismo Lockiano, donde pronto se cumplieron estas aspiraciones, plasmadas en tres célebres documentos: la Petición de Derechos (Petition of Rights 1628) la Ley de Habeas Corpus (1679) y la Carta de Derechos (Bill of Rights 1689), verdadera declaración de derechos y libertades, pero aún con carácter nacional. Un paso más en el proceso evolutivo de los derechos fundamentales va a producirse cuando en las declaraciones se borre esa referencia exclusiva a un pueblo determinado y no hable ya de los derechos de los ingleses, sino de los derechos de los hombres.¹³

Por ello, durante el siglo XIX, la lucha por los derechos fundamentales se orienta hacia la conquista de los derechos sociales, económicos y culturales, que garanticen el trabajo, la libertad de sindicación, sufragio universal,

¹¹ *Ibíd.*, 233.

¹² *Ibíd.*

¹³ Rodolfo Lara Ponte, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicanos*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015), 28 - 29.

derecho a la educación, etc. Las reivindicaciones del proletariado, con sus concomitantes convulsiones sociales, llenan la inquieta historia del siglo XIX, si bien en el aspecto que nos interesa, aquéllas no se materializan en realizaciones concretas hasta entrado ya el siglo XX, con alguna excepción, como la Constitución Francesa de 1848, que hace ya referencia a determinados derechos de los trabajadores.¹⁴

La característica destacada en el siglo XIX, abandona el procedimiento de formular los derechos fundamentales en solemnes declaraciones, para dar cabida a los mismos en las Constituciones de los Estados, con lo que ya no son simples enunciaciones programáticas, sino que quedan incorporados a la norma jurídica fundamental de cada país. De modo paralelo, desaparece el tono normalmente enfático de las Declaraciones Clásicas, que es sustituido por un estilo más recortado y técnico, propio del lenguaje jurídico, buscándose de esta manera declarar un repertorio de libertades concretas y de garantías de las mismas.¹⁵

La reivindicación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hemos visto iniciarse en el siglo XIX, culmina, a partir de la segunda década del siglo XX, en el reconocimiento efectivo de aquéllos en no pocos países, completándose así, aunque no de forma definitiva como veremos enseguida, el cuadro de los Derechos Fundamentales: individuales, políticos, y los llamados de “*segunda generación*”, los ya citados de naturaleza económica, social y cultural.

A partir de los años setenta, con la desaparición de algunos regímenes autoritarios en Europa (Portugal y España), los nuevos textos

¹⁴ Sánchez, Concepto de los Derechos Fundamentales, 234.

¹⁵ *Ibíd.*

constitucionales que se crean en estos países, incorporan como es lógico, los derechos ya mencionados, junto a otros nuevos, conocidos como de “*tercera generación*”, tales como la protección del medioambiente, la protección de los datos informáticos para evitar injerencias en la intimidad individual, acceso a los medios de comunicación de titularidad pública de los grupos sociales, etc. También se protegen ciertos sectores de la población que se encuentran en una situación de desigualdad, como es la infancia, la juventud, la mujer y la tercera edad, los minusválidos y el respeto a las minorías.¹⁶

1.1.1. Diferencia entre principios, valores y derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, responden a valores y principios de validez universal, se encuentran reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico Constitucional y están protegidos por medios procesales específicos para garantizar su efectiva vigencia positiva. Tales derechos son los que respaldan y garantizan jurídicamente, un conjunto de facultades y libertades, estos tienen la característica de ser básicamente para todos y cada uno de los seres humanos sin distinción alguna de nacionalidad, sexo, edad, etnia, religión, etc. Son por tanto, para cada persona, Intransferibles, Irrenunciables e Irrevocables. Son atemporales e independientes de los ordenamientos jurídicos vigentes, aunque suelen estar contemplados en la ley y constitución de cada país y garantizados en ellas.¹⁷

Los principios jurídicos representan un conjunto de valores que inspiran a la creación de las normas escritas, que sirven como marco referencial para organizar la vida de una sociedad sometida a los poderes de una autoridad,

¹⁶ *Ibíd.*, 234.

¹⁷ Francisco Bertrand Galindo, *Manual de Derecho Constitucional Tomo II*, 3ª ed. (El Salvador: San Salvador Centro de Investigación y Capacitación, 1992), 4.

que generalmente es el Estado. De lo cual, se concluye que los principios “*no son reglas de las que se pueda deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo*”.¹⁸

Es importante distinguir la diferencia con los valores. Los valores son los que determinan las prioridades dentro de de cada estilo de vida, un valor es dar importancia a una realidad humana muy propia del hombre. Julio Fausto Fernández, define valor como ideas ejemplares que, “*por una parte reflejan la valiosidad trascendental del ser y, por otra, significan una perfección ontológica para los objetos que, en su orden propio, tienden a realizarlas*”.¹⁹

1.2. Antecedentes y evolución del principio de proporcionalidad en el derecho europeo

El surgimiento del Principio de Proporcionalidad, como concepto propio del Derecho Público Europeo, se remonta al Contractualismo Iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración. Como es bien conocido, la visión del mundo propugnada por esta doctrina concebida al hombre como ser dotado de libertad, un atributo que le pertenecía donde antes de la conformación de las asociaciones políticas. En el estado de naturaleza señaló Locke, “*el hombre es el señor absoluto de su propia persona; no solamente es libre, sino que puede ejercer su libertad sin ningún límite*”.²⁰

¹⁸ Hernán Valencia Restrepo, *Nomológica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*, (Colombia: Santafé de Bogotá, Editorial Temis, 1993), 192.

¹⁹ José Gerardo Lievano Chorro, *Moral y Derecho*, (El Salvador: Ministerio de Educación, 1970), 125.

²⁰ Carlós Bernal Pulido, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: el Principio de Proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales vinculantes para el Legislador*, 3ª ed. (Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 44.

No obstante, en este Estado de absoluta libertad, el hombre está expuesto a toda suerte de avatares y riesgos; se encuentra sometido constantemente a la usurpación provocada por el ejercicio irrestricto de los “poderes salvajes” según la conocida expresión kantiana o por el imperio de la ley del más fuerte. En razón de esta circunstancia, los individuos se ven compelidos a asociarse en un pacto civil en el que supeditan el ejercicio de su libertad a las restricciones impuestas por las leyes del Estado, a cambio de que su vida, su libertad y sus bienes, sean protegidos frente a todo tipo de amenazas y ataques.²¹

De esta explicación del mito fundacional del Estado, se desprenden los dos presupuestos filosófico-políticos más importantes del Principio de Proporcionalidad. En primer término se manifiesta la idea de que la libertad se perpetúa en la sociedad civil como un bien inherente al individuo o en otros términos, que en toda asociación política debe reconocerse la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo con su propio criterio, de elegir sus finalidades particulares y orientarse hacia el logro de sus objetivos.

En segundo lugar, como correlato de lo anterior, en la concepción contractualista, se hace explícita la convicción de que la potestad Estatal para intervenir en la libertad, solo puede ejercerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los derechos esenciales de la comunidad”.²²

Esta concepción del poder político fue el sustrato propicio para que se comenzara a exigir que las intervenciones estatales en la libertad individual

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*, 45.

fuesen proporcionadas. Entre las primeras manifestaciones de esta exigencia cabe destacar el alegato de Beccaria en favor de la proporcionalidad de las penas cuya principal doctrina fue recogida luego por el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.²³

Además, el Principio de Proporcionalidad, se desarrolló notablemente durante este periodo en el Derecho de Policía de Prusia. Así mismo, Suarez señaló que la posibilidad de las intervenciones estatales en la libertad pudieran considerarse legítimas, dependía de su intensidad y de los objetivos que pretendieran alcanzar. No todos los propósitos habilitan el poder político para intervenir en la libertad individual con igual contundencia.²⁴

Según Guerez, *“el Estado tiene competencia para intervenir en la libertad con mayor intensidad, cuando persigue evitar daños comunitarios o disminuir el riesgo frente a peligros apremiantes”*. Es decir, cuando cumple una función de defensa, que cuando pretende promover el bienestar de la comunidad, la belleza o patrocinar otros fines secundarios similares.²⁵

Por su parte el Sub-Principio de Idoneidad, cobro nitidez simultáneamente en la Cultura Jurídica de Prusia. La extendida aceptación de la doctrina lusnaturalista de la Libertad, luego a adquirir en aquella época, suscitó el convencimiento de que el ejercicio del poder delegado en la Monarquía y en la Administración solo era Legítimo, cuando se encaminaba en la persecución de fines relevantes para la Comunidad. Como consecuencia, se

²³ *Ibíd.*

²⁴ Pablo Guerez Tricarico, “Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, Madrid, n. 10 (2004), 64.

²⁵ Guerez, “Algunas consideraciones”, 66.

admitió que el control de todo acto estatal se debía verificar su idoneidad o, dicho de otra manera, su racionalidad teleológica.²⁶

Por efecto de la confluencia de todas estas circunstancias, los sub-principios de Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto se ensamblaron en un único concepto jurídico, que comenzó a conocerse con el nombre de Principio de Proporcionalidad en sentido amplio o en principio de prohibición del exceso y adquirió en Prusia el rango de Derecho de Policía. Fue así como a lo largo del siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en las más variadas áreas del Derecho Administrativo Alemán. El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia, que durante esta época adquirió la reivindicación de los Derechos Individuales frente al Estado.²⁷

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se emplea sobre todo para enjuiciar la legalidad de las medidas estatales que intervienen en el libre tránsito de mercancías y de trabajadores a raíz de los países miembros, para dilucidar los conflictos de competencia que se presentan entre los estados y las instituciones comunitarias, y para decidir sobre la admisibilidad de las intervenciones de las Instituciones Comunitarias en los derechos fundamentales.²⁸

La continua aplicación del Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia comunitaria y en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido uno de los factores más determinantes en su expansión hacia los disímiles sectores de los Ordenamientos Jurídicos Europeos.²⁹

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*, 48.

²⁸ *Ibíd.*, 64.

²⁹ *Ibíd.*

1.3. Antecedentes y evolución del principio de proporcionalidad en el derecho salvadoreño

El Principio de Proporcionalidad es, *“básicamente, el fruto de una construcción teórica y jurisprudencial desarrollada en Europa y especialmente en Alemania. Inicialmente fue desarrollado en el Derecho administrativo de policía y luego pasó al Derecho Público. En los últimos años el principio ha experimentado una notable expansión, no sólo territorial, sino a los ámbitos y materias de aplicación”*.³⁰

En país la utilización del Principio de Proporcionalidad es de reciente data. Es recién en la última década cuando ha empezado a desarrollarse en la reflexión teórica, en la jurisprudencia y a normativizarse expresamente.³¹

En la doctrina jurídica, el principio ha empezado a ser el Objeto de Estudio y reflexión teórica en relación a las privaciones y restricciones de libertad,³² a los principios de Derecho Internacional aplicables a los Estados de Excepción,³³ a los principios rectores de la teoría del Estado y la

³⁰ Nicolás González Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, (Madrid: COLEX, 1990), 21.

³¹ Ley del Medio Ambiente (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 83 inc. 2. “La intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto”. El artículo 90 de la misma ley, refiriéndose a la imposición de sanciones administrativas, señala que “se aplicará el principio de proporcionalidad en la infracción y la sanción”. Ley Especial Para Sancionar Infracciones Aduaneras (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2001), artículo 1 Lit. “f” señala que; el ejercicio de la facultad sancionadora está sujeta, entre otros, al “principio de proporcionalidad, de acuerdo al cual, los actos administrativos deben ser cualitativamente aptos para alcanzar los fines previstos, debiendo escogerse para tal fin entre las alternativas posibles las menos gravosas para los administrados, y en todo caso, la afectación de los intereses de éstos debe guardar una relación razonable con la importancia del interés colectivo que se trata de salvaguardar”.

³² Salvador Enrique Anaya Barraza, *La Detención Provisional en el Proceso de Habeas Corpus*, (El Salvador: Talleres Gráficos, 1998), 137.

³³ Florentín Meléndez, “Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997), 95.

Constitución,³⁴ y a los principios que rigen la aplicación de penas y medidas de seguridad.³⁵

La jurisprudencia constitucional, también ha reconocido la normatividad constitucional del Principio de Proporcionalidad. Las primeras referencias del principio, aunque sin especificar sus contenidos, se encuentran en las Sentencias de Amparo referencias 9-S-95, 21-C-96 y la Inc. 3-92 y 6-92 acumuladas de 17 de diciembre de 1992.³⁶ Sin embargo, la consagración formal y explícita del Principio de Proporcionalidad la encontramos en la Sentencia de Inc. 15-96 de 14 de febrero de 1997. Entre los méritos de esta sentencia cabe señalar:

- 1) Vincula el Principio de Proporcionalidad con el Estado Constitucional de Derecho, el respeto de la dignidad de la persona humana y del régimen político determinado por la Constitución.
- 2) Señala el carácter racional del principio.
- 3) Fija los contenidos integrantes del principio (idoneidad, necesidad y ponderación de intereses).
- 4) Señala como campo de aplicación preferente del principio, aunque no único, el ámbito sancionatorio.
- 5) Señala que el principio tiene el carácter de “*premisa esencial*” que rige la actuación del Estado.³⁷

³⁴ Mario Antonio Solano Ramírez, *Estado y Constitución*, (El Salvador: Talleres Gráficos, 1998), 99.

³⁵ Javier Martínez Lázaro, “Los principios del derecho penal en la legislación salvadoreña”, San Salvador, n. 7 (2000): 135.

³⁶ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 9-S-95* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997).

³⁷ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-96* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997).

En definitiva se señala que *“el Principio de Proporcionalidad tiene rango constitucional y puede afirmarse su normatividad jurídica, para establecer la validez o invalidez de medidas que pretendan adoptarse para restringir derechos sobre todo fundamentales, tanto por el legislador, como por los aplicadores de la normativa”*.³⁸

Al ser el campo abonado del Principio de Proporcionalidad, las medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, su plena vigencia y aplicación en el ámbito de las diferentes actuaciones administrativas y judiciales, resulta incuestionable. Por tal motivo, la Sala de lo Constitucional ha realizado análisis de los sub-principios, integrantes del Principio de Proporcionalidad.³⁹

Como exigencia del Principio de Proporcionalidad, señala la Sala de lo Constitucional, que se encuentra la *“idoneidad de los medios empleados en el sentido que la duración e intensidad de los medios deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar”*.⁴⁰

La Sala de lo Constitucional, al referirse al Principio de Idoneidad, está aludiendo a lo que la doctrina y jurisprudencia extranjera llama la *“adecuación cuantitativa de la medida”*. No se refiere a la adecuación cualitativa de las medidas limitativas de derechos fundamentales, entendiéndose por tales aquellas que sean *“cualitativamente aptas para alcanzar los fines previstos; esto es, idóneas por su propia naturaleza”*.⁴¹

³⁸ Samuel Aliven Lizama, “Las Intervenciones Corporales en el Proceso Penal”, (Tesis para optar a Juez, Escuela de Capacitación Judicial Programa de Formación Inicial para Jueces de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2003), 16.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos: 2 Incisos 2 y 4, 4, 6, 12, 14 Inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, Publicaciones Especiales No. 23*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997).

⁴¹ Cuellar, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, 160.

Una medida restrictiva de Derechos Fundamentales puede ser, desde el punto de vista abstracto, cualitativamente apta para alcanzar el fin perseguido; y, sin embargo, resultar desproporcionada considerando todas las circunstancias concurrentes del caso concreto. Es por ello que el juicio de idoneidad exige, además de la verificación abstracta de la aptitud de la medida, que la *“duración e intensidad”* *deban ser los necesarios para alcanzar la finalidad perseguida*.⁴² Asimismo, el juicio de idoneidad exige lo que se denomina *“adecuación del ámbito subjetivo de aplicación de la medida”*. Esta exigencia de adecuación subjetiva (en el ámbito de aplicación) de las medidas restrictivas de derechos fundamentales demanda la individualización de los sujetos pasivos de la medida, la prohibición de la extensión indebida y la prohibición de la restricción indebida del ámbito subjetivo de aplicación de la medida.⁴³

La individualización de los sujetos pasivos requiere que *“en un Estado democrático de Derecho las medidas limitativas de derechos fundamentales deben ser aplicadas previa la individualización de los particulares cuyos derechos sea preciso restringir con objeto de alcanzar los fines previstos por las normas que habilitan a los poderes públicos para practicar las injerencias”*.⁴⁴ Las medidas restrictivas de derechos fundamentales, como corolario de la dignidad humana del Art. 1 Cn, requiere que se individualice a los destinatarios de las mismas; en consecuencia, no pueden ser dirigidas en contra de grupos o colectivos indeterminados de personas.⁴⁵

También, como sub-principio integrante del Principio de Proporcionalidad, se encuentra la necesidad de la medida. Al respecto la Sala de lo Constitucional

⁴² Lizama, Las Intervenciones Corporales en el Proceso Penal, 17.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Cuellar, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales, 179.

⁴⁵ Lizama, “Las Intervenciones Corporales en el Proceso Penal”, 17.

ha señalado que *“se debe elegir la medida menos lesiva para los Derechos Fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado”*.⁴⁶

El juicio de necesidad de la medida es, fundamentalmente, un juicio comparativo. Obliga a la búsqueda de todo tipo de medidas que sean idóneas para alcanzar el fin perseguido y a elegir, de entre ellas aquellas, la que resulte menos lesiva de los derechos fundamentales de la persona.⁴⁷

1.4. Antecedentes históricos del derecho de alimento en El Salvador

En El Salvador, año de 1852, se dieron los primeros esfuerzos para la codificación de las leyes, para el caso los alimentos fue una de las Instituciones Jurídicas que sería regulada, pero no fue ese año sino hasta el 4 de febrero del año 1859, por decreto de la Cámara de Senadores, se ordenó la redacción del Código Civil Salvadoreño, el cual fue aprobado por la Cámara de Diputados el día 12 del mismo mes y año por decreto 07 del Ministerio General y declarado Ley dicho proyecto el 23 de agosto de 1860.⁴⁸

Es a partir del primero de junio del mismo año, que el Derecho de Alimentos se encuentra regulado sistemáticamente por el Código Civil de 1860, en sus artículos 338 al 358, título XVII *“De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas”* se regulaba el derecho de alimentos, la división de los alimentos en congruos y necesarios, título para pedir alimentos; desde cuando se deben alimentos, las características y el cese de los mismos; y en

⁴⁶ *Ibíd.*, 19.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Guadalupe del Rosario Privado Bonilla, *“Eficacia de las Medidas Cautelares como Forma de Garantizar las Sentencias Judiciales de Alimentos a favor de la Niñez y Adolescencia”* (Tesis de Maestría, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2013), 11.

los artículos 833 al 836 del Código de Procedimientos Civiles de 1882, que regulaba el modo de proceder en la prestación de alimentos debidos por ley.⁴⁹

Se establecía que el proceso debía ser abreviado, en el art. 833 determinaba que presentando la demanda de alimentos el juez de primera instancia daba traslado por tres días a la parte contraria, luego recibía la prueba en el lapso de ocho días, vencidos ese término dictaba la sentencia, concediendo o negando los alimentos, algo que se debe resaltar es, que la sentencia que concede los alimentos causa ejecutoria. No obstante, la apelación en la actualidad el Código de Familia en el art. 83 regula las sentencias que no causan cosa juzgada, y dentro de las cuales se encuentra la sentencia sobre alimentos, la que según la normativa puede modificarse cuando se dan los presupuestos exigidos.⁵⁰

La institución de los alimentos que regulaba el Código Civil, fue derogada al entrar en vigencia el Código de Familia, el primero de octubre de 1994, dedicándose un apartado exclusivo para los alimentos, en los artículos 247 al 271. Este derecho no solo comprende lo que es alimentación propiamente dicho, sino también vestuario, vivienda, educación, salud y recreación. Derecho que se fundamenta en el art. 32 de la Constitución de 1983 y se refiere a la familia como el núcleo de la sociedad e impone el deber de dictar

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa del El Salvador, 1993), artículo 83. "Las sentencias sobre alimentos, cuidado personal, suspensión de autoridad parental, tutorías, fijación de regímenes de visitas, deber de convivencia y todas aquellas que no causan cosa juzgada de conformidad al Código de Familia, podrán modificarse o sustituirse de acuerdo a la Ley. En el caso de las medidas de protección de menores, el Juez las revisará de oficio cada seis meses, a fin de mantenerlas, sustituirlas, modificarlas o cesarlas. En los casos contemplados en los Incisos anteriores, el expediente respectivo no se archivará en forma definitiva y en el mismo se hará constar el mantenimiento de modificaciones, sustituciones, revocaciones o cesaciones y la sentencia causa ejecutoria, no obstante la interposición de recurso".

la legislación necesaria para su protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.⁵¹

⁵¹ Privado, "Eficacia de las Medidas a favor de la Niñez y Adolescencia", 12.

CAPITULO II

FUNDAMENTO TEORICO CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL RÉGIMEN ALIMENTICIO

El presente capítulo hace referencia a los fundamentos teóricos sobre conceptos doctrinarios de la proporcionalidad, en cuanto a su naturaleza y los sub-principios de los que está compuesto, como; la necesidad del medio, idoneidad de la medida y la aplicación de la proporcionalidad en su sentido estricto. Lo anterior, con la finalidad de sentar bases para una adecuada interpretación teórica y jurídica sobre dicho principio en cumplimiento de los requisitos y alcances de aplicación de acuerdo a los preceptos normativos que regula el mismo, dicha aplicación debe ser motivada razonadamente y que sea proporcional al momento de fijar una cuota alimenticia.

2.1. Concepto de proporcionalidad

En palabras de Pedraz Penalva, *“nos encontramos con una de esas nociones jurídico- públicas amorfas, de ardua definición y, por consiguiente, de complicada determinación en sus límites operativos que, en sí misma, connota ya la duda acerca de su necesidad y, por ende, utilidad”*.⁵² Así, también, se entiende que el principio de proporcionalidad es un concepto jurídico de ascendencia germana que aparece en la jurisprudencia constitucional de España y de casi todos los países de América Latina (además de la de otros Estados miembros de la Unión Europea y de países tales como Canadá y Sudáfrica).⁵³

⁵² Ernesto Pedraz Penalva, *Constitución jurisdicción y proceso*, (Madrid: Akal, 1990), 283.

⁵³ Carlos Bernal Pulido, *Diccionario de Derechos Humanos, La Proporcionalidad*, (Madrid: Universidad de Alcalá, 2011), 1.

El principal papel que desempeña es el de criterio, para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para los poderes públicos. El uso de éste principio se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas, administrativas, judiciales y de los particulares sobre todos los derechos fundamentales, en el que su tercer elemento, es decir, la ponderación, se ha vuelto casi imprescindible.⁵⁴

Su origen está en el derecho prusiano, en donde la proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual.⁵⁵ La jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo de Prusia, sostuvo que este principio era vinculante para el poder ejecutivo, para lo cual acuñó el concepto de “prohibición de exceso”, “como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía”. Sin embargo, estas manifestaciones del principio de proporcionalidad se corresponden con una época en la que el constitucionalismo no respondía a los estándares actuales, ya que el legislador no estaba sometido a la Constitución, y por ende la proporcionalidad se aplicaba sólo al ejecutivo. Pero a su vez los actos de este último no fueron suficientemente justiciables, debido a que existían largos listados de materias exentas de control. Asimismo, no se otorgaba valor normativo directo a los derechos fundamentales, y el Estado de Derecho era concebido en un sentido más bien formal, basado en el principio de legalidad y no en el de constitucionalidad.

Martínez Escudero,⁵⁶ expresa que, “*el principio de proporcionalidad es una herramienta encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del*

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*, 44.

⁵⁶ Daniel Sarmiento Martínez Escudero, *El Control de Proporcionalidad de la Actividad Administrativa*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 117.

individuo, restricciones de situaciones activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como un canon subjetivo de control”.

Por último, dicho Tribunal ha hecho también extensivo el principio de proporcionalidad a las relaciones entre el gobierno central y la administración local, como mecanismo de protección de las competencias de esta última.⁵⁷

2.2. Naturaleza de la proporcionalidad

Es de naturaleza constitucional, ya que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directa e indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios, de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio, y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata por tanto de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.⁵⁸

En consecuencia, se manifiesta que el principio de proporcionalidad tiene su base o fundamento valorativo en el orden Constitucional, en tanto se convierte en el criterio de equilibrio o modulación entre las acciones que el Estado realiza en el cumplimiento de sus fines y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Lo que significa que el principio de proporcionalidad adquiere plena justificación en el ámbito de la actuación de los poderes públicos, en tanto se explica cómo filtro de armonía que impide

⁵⁷ *Ibíd.*, 55.

⁵⁸ Bernal, *El Principio de Proporcionalidad*, 599.

que la actividad del Estado sobrepase los límites exigibles para la consecución de los intereses colectivos cuando los derechos individuales son afectados o menoscabados infundadamente. Se trata entonces de conceder justificadamente a cada principio confrontado lo que razonadamente le corresponde.⁵⁹

2.3. Sub-principios de la proporcionalidad

Según su formulación en el Derecho Europeo, el principio de proporcionalidad en su sentido amplio, se compone de tres elementos o sub-principios: a) El de la Utilidad y adecuación (de idoneidad); b) el de la necesidad o indispensabilidad, y c) el de la proporcionalidad en estricto sentido.⁶⁰

Cada uno de estos elementos que los integran requieren un juicio o análisis, en su concreta aplicación y que implica un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes: la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin, esto es, preciso que al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto, en segundo lugar, la medida ha de ser necesaria, o la más moderada entre todos los medios útiles, en el sentido que no solo ha de comprobarse si la acción se legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo, sino que además es imprescindible porque no hay otra más suave o moderada a tal propósito, finalmente, proporcionada, esto es proporcionada y equilibrada por derivarse de más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes, o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades, es decir, es preciso que la medida enjuiciada sea

⁵⁹ *Ibíd.*, 600.

⁶⁰ Isabel Perello Domenech, "Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional", Madrid, n. 28 (1997): 70.

razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social, que se busca con la finalidad perseguida.⁶¹

Los sub-principios de idoneidad⁶² y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto. Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas.

2.3.1. Idoneidad

Serrano (1990) lo define⁶³ como un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional del exceso, que hace referencia tanto desde una perspectiva objetiva como desde una subjetiva a la causalidad de las medidas en relación con sus fines. Exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación, es decir; obliga a que la medida que se pretende llevar a cabo, sea adecuada para la consecución de los fines propuestos.

Este sub-principio está constituido como una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es necesario, ya que busca que los medios de convicción que se pretendan alegar al proceso sean pertinentes para con el

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Robert Alexy *et. al.*, *Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, (Quito Ecuador, V&M Graficas, 2003), 15.

⁶³ Cuellar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, 154.

objeto del proceso, y que los mismos resulten eficaces para adquirir el conocimiento y el convencimiento necesario del objeto de la Litis.⁶⁴

La Corte Constitucional de Colombia, acerca de éste sub-principio ha expresado que debe existir una relación de causalidad entre el medio empleado y el fin buscado de tal forma que éste sea apto para conseguir el fin que se pretende alcanzar, esto es, que la naturaleza de la medida sea en sí misma adecuada para alcanzar el fin. Ahora bien, como ese fin ha de ser específico y concreto dentro de la investigación, es indispensable que se precise el ámbito subjetivo y material de aplicación de la medida, prohibiendo de esta forma su aplicación generalizada, aleatoria o indiscriminada. Sentencia C-822 (2005).⁶⁵

Este sub-principio es conocido también con el nombre de adecuación. Ya que de acuerdo con dicho sub principio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.⁶⁶

Según esta definición, el sub principio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo; ya que para que una medida sea legítima debe perseguir la protección de un derecho fundamental o de otro bien jurídico y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención ya que debe tener algún tipo de relación fáctica.⁶⁷

⁶⁴ Oscar Fernando Tamayo Zuluaga, "Principio de Proporcionalidad y restricción a Derechos Fundamentales en el Proceso Penal" (tesis de especialización, Universidad de Medellín, 2013), 23.

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: C-822-2005* (Colombia, Corte Constitucional, 2005).

⁶⁶ Tribunal Constitucional Español, *Conferencia Trilateral España, Italia, Portugal, Roma*, del 24 al 27 de octubre de 2013, 16.

⁶⁷ Cuellar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, 154.

2.3.2. Necesidad

El principio de necesidad también denominado de intervención mínima de la alternativa menos gravosa o de subsidiariedad, es un sub principio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiene a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en sus ejercicios los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos.⁶⁸

2.3.3. Proporcionalidad en sentido estricto

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer sub-principio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia, guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.⁶⁹

Resulta plenamente justificado denominar a este tercer sub-principio principio de proporcionalidad, aun a riesgo de que pueda ser confundido con el

⁶⁸ *Ibíd.*, 189.

⁶⁹ *Ibíd.*, 225.

principio general de proporcionalidad en sentido amplio, porque es en esta sede donde el término proporcionalidad, entendido como puesta en relación de los valores a que atienden las normas para la resolución de conflictos, mediante el equilibrio de los intereses enfrentados, alcanza su más estricta significación.⁷⁰

Sin embargo, en una primera aproximación, como se ha advertido, puede considerarse al principio de proporcionalidad en sentido estricto como un principio de carácter formal, del que no cabe deducir los contenidos de la ponderación, el modo de efectuar la medición de los intereses enfrentados, ni los criterios para resolver los conflictos, su inclusión en el marco propio del Derecho Procesal de Familia y su estudio desde la perspectiva de las normas constitucionales vigentes nos permiten acercarnos a su fundamento material, dotarle de un contenido que estaría conformado por el conjunto de valores e intereses constitucionalmente protegibles que entren en juego, establecer los criterios de medición y advertir cuáles son los valores preferentes (así por ejemplo, el interés del menor o la alimentación que por supuesto tiene valor superior del ordenamiento jurídico).⁷¹

2.4. Requisitos de aplicación de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad puede descomponerse en ciertos presupuestos y requisitos, con el objeto de construir una estructura coherente para su aplicación en el Derecho.⁷² El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de Legalidad, y otro material constituido por el principio de justificación Teleológica.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*, 225.

⁷² *Ibíd.*, 69.

El primer presupuesto exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero si es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto, de justificación teleológica, se define como material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de sobre guardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. Los requisitos intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto, están constituidos, aceptando la construcción elaborada por la jurisprudencia, por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁷³

2.5. Fuentes constitucionales del principio de proporcionalidad

La jurisprudencia ha otorgado rango constitucional al principio de proporcionalidad. Sin admitir que dicho principio constituya por sí mismo un derecho fundamental, lo ha extraído, básicamente del principio del Estado de Derecho y de la esencia de los Derechos Fundamentales.⁷⁴ Manifiesta Francisco Llorente,⁷⁵ que solo una adecuada interpretación *“permitirá de una parte, justificar la relativa superioridad que, en el caso límite, tiene la decisión judicial frente a la legislativa, y logrará garantizar, de la otra, que el*

⁷³ *Ibíd.*, 69.

⁷⁴ *Ibíd.*, 49.

⁷⁵ Francisco Rubio Llorente, *La interpretación de la Constitución, en La forma del poder*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993), 609.

destronamiento de la ley no se salde con una pérdida de la seguridad jurídica, que es una exigencia básica del Estado de Derecho". Se ha mostrado vacilante en la materia, y si bien concede al principio trascendencia constitucional, no ha definido claramente sus bases normativas ni ha precisado su alcance. El principio de proporcionalidad, ha de advertirse que su aplicación se enmarca en la utilización, por parte de dicho órgano, por regla general, al margen de la tradición jurídica. Puede constatarse en relación con ello, que referencia a la racionalidad, razonabilidad, idoneidad o proporcionalidad de las normas o decisiones enjuiciadas son constantes en las sentencias.⁷⁶

En cualquier caso, otorgar rango constitucional al principio de proporcionalidad exige no solo constatar la aplicación de nuevos criterios de interpretación, sino también preguntarse por el apoyo del principio en los distintos preceptos constitucionales. El principio de proporcionalidad no está explícitamente enunciado en la constitución y es solo relevante en ciertos casos, cuando lo que se denuncia es un trato arbitrario o discriminatorio en las normas o en su aplicación.⁷⁷ Todo lo anterior, en la exigencia de una debida interpretación y aplicación del Principio de Proporcionalidad, de acuerdo a las teorías planteadas se hace necesario previo a una aplicación en la fijación de cuota alimenticia, conocer sobre la naturaleza y otras generalidades de dicho régimen alimenticio.

2.6. Concepto de régimen alimenticio

Sara Montero Duhalt, señala que la obligación de alimentos es *"El deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario, de proveer a otro llamado*

⁷⁶ Cuellar, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales, 49.

⁷⁷ *Ibíd.*, 51.

acreedor alimentista; de acuerdo, con la capacidad del primero y la necesidad del segundo, en dinero o en especie lo necesario para subsistir".⁷⁸

En ese sentido Somarriva expresa: *"El derecho que tiene una persona a exigir alimentos de otra con la cual generalmente se encuentra ligada por el parentesco, tiene un sólido fundamento en la equidad, en el derecho natural"*.⁷⁹

En El Salvador; casi al mismo tiempo que en los países de avanzada se legisla en la Constitución, sobre la materia familiar, la primera carta magna salvadoreña en donde se empieza a consagrar los derechos sociales en forma incipiente, es la Constitución de 1939 y es así como en el artículo 60 establece: "La familia, como base fundamental de la sociedad, deber ser especialmente protegida por el Estado, el cual dictará leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento para fomentar el matrimonio, la protección a la maternidad y a la infancia".⁸⁰ Este Derecho es reconocido en el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y ratificado en el Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁸¹ Ambos contenidos dentro de la carta Internacional de los Derechos Humanos.

Cabe mencionar que la actual Constitución, establece en el artículo 1, Titulo Primero,⁸² la primera obligación que el Estado tiene para con los ciudadanos es asegurarles el goce de la libertad, salud, bienestar económico y justicia

⁷⁸ Ana Lila Beltrán, *et. al.*, "Efectos jurídicos que se generarían en los hijos nacidos de uniones no matrimoniales en el procedimiento implementado por la Procuraduría General de la República en la fijación de la cuota alimenticia en caso que este fuera declarado ilegal" (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2000), 58.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Estados Unidos de América: New York, Asamblea General de las Naciones Unidas ONU, 1966).

⁸² Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

social; es decir, satisfacer a los habitantes del Estado tanto las necesidades del individuo como las de la colectividad, sin anteponer interés particular de los gobernantes y certeza de vigilancia y aplicación a las leyes.

En el artículo 247 del Código de Familia, el legislador tuvo a bien conceptualizar este derecho como todas aquellas prestaciones que permiten no solo sustentar la vida, sino también mantener vestido, habitación, salud, y educación del alimentario.⁸³

2.7. Naturaleza del régimen alimenticio

Al momento de crear el derecho de alimentos, el legislador tenía clara la definición, es decir que lo hizo con la intención de proteger a aquellas personas, con el objeto que no les falte lo mínimo para su subsistencia, y la mejor forma de regularlo sería obligando a las personas más cercanas a aquellas a través de una norma jurídica, es decir las personas que se encuentran unidas por el parentesco o por el matrimonio.

El artículo 248 del Código de Familia⁸⁴ establece 2 presupuestos: Que realmente necesite los alimentos que solicita, y luego que aquel que los otorga, tenga la capacidad económica para proporcionarlos. Enmarcando este Derecho dentro del Derecho Social, ya que posee todas aquellas condiciones que están inherentes a la persona, por lo tanto, son de exigencia cotidiana dentro de cualquier sociedad. Desde sus inicios el derecho de alimentos deviene de un derecho individual, pero es producto de la responsabilidad colectiva.

⁸³ Código de Familia.

⁸⁴ *Ibíd.*

Hay dos corrientes que tratan de determinar este derecho, y es así como se han configurado: a) Teoría de anticipo de la porción de ganancias o bienes comunes; esta teoría considera que la prestación de alimentos no tiene su fundamento legal en la necesidad del alimentario o en la posibilidad de conseguir recursos, sino en la obligación legal de alimentar al cónyuge fundamentado en el carácter de comunidad o ganancia de los ingresos del marido durante el matrimonio.⁸⁵

b) Teoría de pensión alimenticia, los seguidores de ésta, niegan que solamente las cuotas concedidas entre cónyuges constituyen prestación de alimentos, sino que son aplicables los principios generales a cualquier otra relación en la que se pruebe la imposibilidad de conseguir un trabajo que le sirva como medio de subsistencia, por alguna incapacitación física o mental.⁸⁶ De lo anterior, se comprende que hay una confusión en lo que debe entenderse como prestación alimenticia con los bienes que le corresponden al cónyuge como producto de la disolución matrimonial, La prestación alimenticia no surge de la convivencia en común, no es producto de la conyugalidad, sino del parentesco lo cual queda establecido en el artículo 248 del Código de Familia, en el que se establece como deudor de la prestación al cónyuge, es decir que cuando se ha dejado de serlo lo que se reclama no son los alimentos, sino el haber patrimonial que le corresponde de acuerdo al régimen en que se hayan dispuesto los bienes.⁸⁷

Con relación a la teoría de la pensión alimenticia es de gran importancia la razón para que no se confunda, alimentos con bienes propios del haber conyugal y también que los alimentos se instituyen para determinados

⁸⁵ Beltrán, *et. al.*, “Efectos jurídicos en los hijos nacidos de uniones no matrimoniales”, 58.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Código de Familia.

ordenes de parentesco y no sólo en favor de los cónyuges, pero con acierto, esta teoría no es capaz de definir la esencia de la prestación alimentaria, lo único que proporciona son criterios que sirve para rebatir a la primera.⁸⁸

2.8. Características del derecho de alimento

Los alimentos se identifican por ser personalísimos, de ahí devienen las siguientes características: Inalienabilidad o intransferibilidad, no puede cederse, venderse ni enajenarse, según lo establece el artículo 260 del Código de Familia;⁸⁹

Irrenunciabilidad, porque deviene del presupuesto que el derecho de alimentos es generado por la necesidad.⁹⁰

Inembargabilidad, según el artículo 262 del Código de Familia, no puede ser sujeto de embargos ni establecerse como caución.

Imprescriptibilidad, debido a que por ser personalísimo, es inherente al alimentario, sin embargo en el Código de Familia, se establece la prescripción en el artículo 261, pero se refiere a la prescripción de la acción y no al derecho como tal; y, pueden ser proporcionados en dinero o en especies, según sea la capacidad del alimentante.⁹¹

Somarriva, da las siguientes características: a) Recíproca, excepcionalmente cesa esta reciprocidad en los siguientes casos: El padre ilegítimo está

⁸⁸ Beltrán, *et. al.*, “Efectos jurídicos en los hijos nacidos de uniones no matrimoniales”, 59.

⁸⁹ Código de Familia.

⁹⁰ Nancy Lissette Avilés López, *et. al.*, “Medidas de Control Estatales para la observancia de Derechos de alimentos” (Tesis de grado, Universidad Francisco Gavidia, 2005), 11.

⁹¹ *Ibíd.*

obligado a dar alimentos al hijo, en cambio sobre éste no pesa dicha obligación con respecto a aquel; los padres naturales deben alimentos a los descendientes legítimos de sus hijos, mas éstos no están obligados a dar alimentos a sus abuelos naturales; el adoptado menor de edad puede exigir alimentos del adoptante, pero no éste de aquél, finalmente en el caso de una donación cuantiosa el donante está facultado para pedir alimentos al donatario, pero a la inversa el donatario no tiene igual derecho con respecto al donante.⁹²

b) No es susceptible de extinguirse por compensación, o en virtud de lo que disponen, el que debe alimento no puede obtener del demandante en compensación, lo que el demandante le debe a él, ello se explica dado que los alimentos tienen por objeto permitir que el alimentario subsista.⁹³

c) Finalmente, la obligación alimenticia de ordinario es intrasmisible, dado que los alimentos que el difunto ha debido por él y a ciertas personas, gravan la masa hereditaria, menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión.⁹⁴

2.9. Componentes del derecho a la alimentación

Disponibilidad: Comprende la posibilidad de alimentarse directamente de lo que produce la tierra u otros recursos naturales, o a través de un sistema eficaz de distribución, procesamiento y comercialización que permita trasladar los alimentos desde el lugar de producción hasta donde sea necesario, según la demanda.⁹⁵

⁹² Beltrán, *et. al.*, “Efectos jurídicos en los hijos nacidos de uniones no matrimoniales”, 59.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.*, 60.

⁹⁵ José María Medina Rey, *et. al.*, *El derecho a la alimentación en el marco internacional de los derechos humanos y en las constituciones*, (España: Organización de la Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, 2013), 10.

Estabilidad: Es necesario contar con una estabilidad en la oferta de alimentos; la disponibilidad de alimentos debe ser estable en el tiempo en cada lugar.⁹⁶

Accesibilidad: Todas las personas deben tener acceso, tanto en términos económicos como físicos, a alimentos suficientes y adecuados. Implica que los costos asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen alimenticio adecuado deben estar a un nivel tal que no pongan en peligro la provisión y satisfacción de otras necesidades básicas.⁹⁷

Sostenibilidad La gestión de los recursos naturales debe hacerse de forma que se garantice la disponibilidad de alimentos suficientes no sólo para las generaciones presentes sino también para las futuras.⁹⁸

Adecuación La alimentación disponible debe ser suficiente y nutritiva para satisfacer las necesidades alimentarias de las personas, sin sustancias nocivas y aceptables para la cultura del grupo humano al que pertenece cada persona.⁹⁹

2.10. Contenido del derecho de alimentos

El artículo 247 del Código de Familia, establece que; son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario.¹⁰⁰

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*, 11.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*, 12.

¹⁰⁰ Código de Familia.

Dicho concepto comprende la satisfacción de las necesidades vinculadas a la subsistencia, incluyendo las más urgentes de índole material como es la alimentación, salud, vestido, entre otras y que por lo general constituyen un elemento tipo económico que no debe reducirse a la satisfacción de las necesidades meramente materiales, tales como alimentos, vestuario vivienda, entre otros, sino que debe abarcar también las de índole cultural o espiritual.¹⁰¹

2.11. Alimentos como un derecho fundamental

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 11,¹⁰² literalmente establece que:

1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2) Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los

¹⁰¹ Gustavo Bossert, *Régimen Jurídico de los Alimentos*, 2ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2006), 13.

¹⁰² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Estados Unidos de América: New York, Asamblea General de las Naciones Unidas ONU, 1966).

métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

Las obligaciones en materia de derechos humanos han de ser cumplidas principalmente por los Estados. En lo que respecta al derecho a la alimentación, se puede identificar varios tipos de obligaciones que hacen referencia a la adopción de las medidas necesarias para el ejercicio progresivo de este derecho, sin incurrir en discriminaciones, respetando, protegiendo y garantizándolo, incluso a través de la cooperación y asistencia internacional.¹⁰³ El derecho a la alimentación, requiere de algunos presupuestos para ser exigido al Estado y dentro de las exigencias condicionantes se encuentra los siguientes: a) el Estado es el responsable directo del derecho a la alimentación; b) tiene la obligación de protección a los ciudadanos para que no sea violentado por terceros, para lo cual debe crear sistema normativo e institucional; y c) debe facilitar progresivamente las actividades para lograr el pleno goce de los derechos.¹⁰⁴

2.12. Formas de obtención de los alimentos

Existen dos formas de obtener alimentos los hijos e hijas de sus progenitores cuando éstos no han cumplido voluntariamente con su obligación legal, para

¹⁰³ Medina, *et. al.*, El derecho a la alimentación, 11.

¹⁰⁴ Sandra Geraldine Huevo Alférez, “La naturaleza de la alimentación como un derecho humano fundamental”, Universidad de El Salvador, n. 1 (2010): 34.

lo cual es necesario que acudan a reclamar tal derecho a las autoridades respectivas encargadas de hacer efectivo tal derecho. Dentro de los cuales podemos mencionar las siguientes:

2.12.1. Extrajudicial

Dentro de esta vía se tienen los convenios que realizan las partes ya sea en un acta ante notario o acuerdo y resoluciones administrativo llevado a cabo en la Procuraduría General de la República.¹⁰⁵

En cuanto a la vía extrajudicial es posible encontrarse frente a una institución, por la cual aquellas personas que se encuentran obligadas legalmente en materia de alimentos plasman su voluntad mediante un instrumento privado, que las partes efectuaran y suscribirán fuera del ámbito judicial sin acudir a la vía judicial; aunque lo más aconsejable es que recurran a la vía judicial para que sea homologado y otorgarle certeza y de ese modo permitir la ejecución en caso de incumplimiento.¹⁰⁶

Estos convenios deben realizarse siempre y cuando no exista un proceso en sede judicial, en cuanto al contenido de las cláusulas que se plasmen, no obstante tener libertad para fijar tanto el monto de la cuota como la forma, no se debe olvidar que existen límites establecidos en la ley y deben regir los principios propios de la asistencia alimentaria y no las reglas de los contratos.

Los convenios celebrados entre quienes tienen el derecho y la obligación legal a los alimentos deberán contener una cierta cantidad de cláusulas que regulen con la mayor certidumbre posible la prestación alimentaria, a fin de evitar controversias que pueden derivar en un conflicto en sede judicial,

¹⁰⁵ Privado, "Eficacia de las Medidas a favor de la Niñez y Adolescencia", 50.

¹⁰⁶ *Ibid.*

considerando de las más importantes: la calidad en que actúan las partes, lugar del pago, fecha del pago, forma de pago si es directa o por terceros, tipo de pago si es en dinero en especie o en su caso mixta, gastos extraordinarios, clausula penal, garantías para el cumplimiento.¹⁰⁷

2.12.2. Judicial

Por esta vía pueden los hijos obtener los alimentos en una sentencia de divorcio, o en sentencia judicial en proceso de alimentos, procesos conexos o por convenio de las partes homologado en sede judicial.¹⁰⁸

En relación a la vía judicial se pueden lograr los acuerdos cuando se solicita la prestación alimentaria, tanto en juicio de alimentos, como en separación de hecho, en divorcio o en nulidad del matrimonio, las cuales serán ejecutables en caso de incumplimiento por parte del alimentante. En relación a los convenios de las partes estos deben contener los mismos requisitos de los que se realizan administrativamente, para que puedan ser homologados en sede judicial y tengan la misma fuerza ejecutiva de una sentencia judicial. La homologación otorga fuerza ejecutiva al convenio, de manera que, tras ella, podrá el alimentado solicitar el embargo y ejecución de la cuota alimenticia, pues tiene la misma fuerza de ejecución que la sentencia judicial.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Resolución Interlocutoria, Referencia: 124-A-2005* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005). Considerando 1, p. 1. Al respecto sostiene que, “aun cuando no se consignó en el acta el nombre del agente auxiliar ante el cual se celebraron los acuerdos; al hacerlo en los oficios de esa institución, dan suficientes elementos de legitimidad de que dicho acto administrativo se celebró ante funcionario autorizado”.

¹⁰⁸ Privado, “Eficacia de las Medidas a favor de la Niñez y Adolescencia”, 51.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

2.13. Modalidad de pago de la cuota alimenticia

La obligación alimentaria es una deuda de valor, por ser los alimentos prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario. Deuda dineraria alguna, por ello se puede afirmar que es deuda de valor y no de dinero; ya que la finalidad y el origen de la prestación alimentaria consiste exclusivamente en la satisfacción de las necesidades del alimentado, y no la simple entrega de una suma en dinero, no obstante que esto último es lo que generalmente se hace por cuestiones prácticas. Y como lo sostienen diferentes doctrinarios; *“El objetivo y fin de la prestación no es una suma de dinero, sino la entrega de bienes y valores”*.¹¹⁰

Los alimentos, se consideran una deuda de valor y pueden ser satisfechos en dinero o en especie,¹¹¹ significa entonces que puede ser alternativa, pues lo importante es que las necesidades del alimentado queden satisfechas, la elección sobre la forma de efectuar la prestación, en dinero o en especie corresponde al alimentado para evitar que al solo arbitrio del alimentante la forma de satisfacer la obligación.

Aunque es frecuente, que en las decisiones judiciales prevalece la condena al pago de una suma de dinero, en tanto, que en los convenios cuya homologación que se requiere ante los tribunales; es frecuente la forma mixta.¹¹²

¹¹⁰ Julio López del Carril, *Derecho y Obligación Alimentaria*, (Buenos aires: Abelado Perrot, 1981), 57.

¹¹¹ Bossert, Régimen Jurídico de los Alimentos, 563.

¹¹² Carlos Lagomarsino, *et. al., Juicio de Alimentos Procesos Civiles*, 2ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 1997), 217. En tal sentido, que por ser los alimentos una prestación para satisfacer necesidades humanas, estos pueden ser otorgados en dinero o en especie, indistintamente cual sea la modalidad que el obligado elija.

En virtud de lo anterior, la doctrina establece la forma de prestación de los alimentos y dice: *“Pueden pasarse en dinero, abonando periódicamente una pensión al alimentista, o en especie, prestándole alojamiento o suministrándole comida, vestimenta, medicamentos, etc. Esto último es la forma normal de cumplimiento del deber jurídico de asistencia en las relaciones familiares no conflictivas”*. Es por ello que una vez establecido la relación padre e hijos, se establece la obligación de dar alimentos; la forma para otorgarlos es establecida por las partes y si no hubieren acuerdos entre éstos, el juez es quien los determina.¹¹³

2.13.1. Pago en especie

Esta es una forma alternativa para aquellos que no pueden pagar la cuota de otra forma, y es a criterio del juzgador que se otorguen de ésta. Por regla general se establece el pago de la obligación alimenticia en dinero, ya que el progenitor que mejor conoce las necesidades de sus hijos es quien los cuida, no obstante existen algunas situaciones que se puede justificar el pago en especie, así tenemos el caso que no exista un ingreso fijo, las actividades del obligado y las necesidades del alimentario lo permitan o que su cumplimiento lo ha realizado sin dificultad alguna ya sea entregando alimentos, ropa, pagos directos en centros educativos, médicos.¹¹⁴

En principio la obligación de cumplir con el deber de alimentos en especie no es aceptable; ya que, los alimentos se suministran en especie cuando la convivencia entre el alimentante y el alimentado se desarrolla normalmente; en este contexto.

¹¹³ Privado, “Eficacia de las Medidas a favor de la Niñez y Adolescencia”, 52.

¹¹⁴ *Ibid.*, 54.

Los padres solventan directamente los gastos que cubren las necesidades alimentarias de sus hijos, recibiendo éstos últimos los beneficios en forma directa, es decir que son los padres quienes contratan con terceros para que las prestaciones las reciban los hijos; pero cuando se interrumpe por cualquier circunstancia de índole social o legal que afectan la relación sea jurídica o fáctica entre el alimentante y el alimentado, resulta conveniente su pago en dinero, y tal como se ha sostenido anteriormente, nadie mejor que la madre que por lo general es la que convive con sus hijos conoce las necesidades de éstos, sin necesidad que cada vez tenga que acudir al alimentante.¹¹⁵

2.13.2. Pago en dinero

Esta forma de pago permite atender distintas necesidades del alimentado sin necesidad de recurrir al alimentante, así mismo posibilita la administración de la cuota por medio del alimentado, evitando también conflictos. Además, cuando en un convenio homologado por el juez o una sentencia judicial se limita a fijar una suma dineraria periódica para el cumplimiento de la obligación alimentaria, el alimentante se encontrara vinculado por una obligación dineraria. Esta forma de pago es usual en caso que los cónyuges acuerdan una cuota alimentaria a favor de los hijos menores.¹¹⁶

2.13.3. Pago mixto

También, el juez puede autorizar, el pago mixto de los alimentos, es decir aquellos que se da una parte en dinero y otra en especie, siempre y cuando las partes estén de acuerdo en convenios homologado o en sentencia

¹¹⁵ *Ibíd.*, 55.

¹¹⁶ Lagomarsino, *et. al.*, Juicio de Alimentos Procesos Civiles, 218.

judicial, el Código de Familia no regula esta forma de pago, sin embargo, en la práctica judicial se autoriza y además; la doctrina así lo ha reconocido.¹¹⁷

Algunos rubros de la cuota puede traer aparejado innumerables conflictos por eso debe ser específica y señalar detalladamente cada pago en especie, ya que los términos como educación, vivienda, esparcimiento, vestimenta, son de carácter vago debiéndose establecerse lo más explícito posible para determinar la extensión de estos términos. El pago debido estará conformado por el cumplimiento de estas prestaciones en especie, más la suma que se estipule en dinero.¹¹⁸

En relación a esta forma de pago, no es conveniente fijar la cuota alimenticia totalmente en especie, ya que es indudable que traerá muchas complicaciones en la práctica, esta sería engorrosa para el beneficiario de la cuota establecida controlar toda la entrega de alimentos para el mes, pagos de servicios, impuestos alquileres, medicina, cuota de colegio, transporte escolar, etc. Y si algo de lo que se acordó no se cumple, será dificultoso probar al alimentado y corroborarlo por el juez ante la ejecución del pago. Caso contrario sería si el alimentante obtiene sus ingresos en especie, lo cual hoy en día son casos excepcionales pero posibles. Esta forma de pago permite en la actualidad un ajuste indirecto de la cuota con el costo de vida y compromete al alimentante con su responsabilidad.

En razón de lo anterior, será necesario analizar cada caso en concreto dependiendo de las circunstancias que lo rodean y de las particularidades y a partir de ello determinar si es conveniente o no el pago en especie de algunos rubros alimentarios o si en la totalidad debe ser cubierta en dinero, debiéndose llevar la solución hacia aquella posición que refleje de mejor

¹¹⁷ *Ibíd.*, 219.

¹¹⁸ Privado, "Eficacia de las Medidas a favor de la Niñez y Adolescencia", 57.

forma el interés superior del niño, niña o adolescente, dado que dicho principio es reconocido en nuestras leyes y es la base para fundamentar soluciones a favor de ellos. Y es que, el problema jurídico se extiende al social, puesto que en las cuestiones alimentarias tienen incidencias los conflictos de índole personal que los progenitores mantienen entre si y por lo general el progenitor alimentante pone su desconfianza hacia el progenitor que ejerce la tenencia por sobre el interés del alimentado.¹¹⁹

¹¹⁹ *Ibid.*

CAPITULO III

DERECHO DE ALIMENTOS

El presente capítulo hace referencia a los fundamentos teóricos sobre conceptos doctrinarios de los alimentos, los derechos inmersos en los alimentos considerados como derechos fundamentales. Lo anterior, con la finalidad de sentar bases para una adecuada interpretación teórica y jurídica sobre dichos derechos fundamentales y que la violación a uno de ellos, es concebido como violación a los derechos fundamentales; en especial a la vida de acuerdo a los preceptos normativos que regula el mismo.

3.1. Concepto de alimentos

La palabra alimentos proviene del latín “alimentum”, “ab alere”, alimentar, nutrir, las cosas que sirven para sustentar el cuerpo; en el lenguaje jurídico se usa para asignar lo que se da a una persona para atender a su subsistencia.¹²⁰

La doctrina ha definido los alimentos de la siguiente manera: *“La porción de bienes destinada a la subsistencia de una persona en relación a otra; así también el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación”*.¹²¹ De acuerdo a Somarriva, define a los alimentos como: *“El derecho que tiene una persona a exigir alimentos de otra con la cual*

¹²⁰ Antonio de Ibarrola, *Derecho de Familia*, 4ª ed. (México: Porrúa S. A., 1993), 131.

¹²¹ Claudio Alejandro Belluscio, *Prestación Alimentaria, Régimen Jurídico. Aspectos Legales, Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticos*, (Buenos Aires: Universidad, 2006), 35. Es así, que se da el reconocimiento doctrinario de lo que son considerados como alimentos, y se incluyen todos aquellos elementos que sirven para subsistir y desarrollarse como ser humano.

*generalmente se encuentra ligada por el parentesco, tiene un sólido fundamento en la equidad, en el derecho natural”.*¹²²

En relación con lo anterior, se puede verificar que de conformidad a las definiciones doctrinarias relacionadas, que los fundamentos de los alimentos son amplios, en cuanto, que se ha determinado que dichos alimentos debe satisfacer todas las necesidades mínimas del alimentario.

En este sentido, el Artículo 247 del Código de Familia,¹²³ ha establecido los alimentos de manera concreta de la siguiente forma: *“Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación de alimentario”.*¹²⁴

Con relación a esto último, la jurisprudencia salvadoreña ha sostenido que: *“Los alimentos son los medios materiales para la existencia física de las personas, para su instrucción y educación, es decir para su desarrollo integral (bio-sico-social)”.*¹²⁵

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, define los alimentos como: *“Los alimentos comprenden todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra, por ley, declaración judicial o convenio, para procurar su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción. La obligación legal de prestar alimentos se halla subordinada a la existencia de un vínculo que une al alimentario con el obligado, y que presupone un estado de necesidad del alimentario y la posibilidad económica*

¹²² Manuel Somarriva, *Derecho de Familia*, (Chile: Nascimento, 1963), 614.

¹²³ Código de Familia.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 211-A-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007). La jurisprudencia ha establecido el criterio de que los alimentos comprenden ciertos elementos que configuran el derecho alimentario, incluye otras prestaciones a favor del alimentario, con la finalidad de proteger a los menores de edad y que estos se desarrollen en un ambiente integral.

del obligado a socorrerlo".¹²⁶ De este último criterio de la Sala, se puede decir que los padres unidos por parentesco o consanguinidad están obligados a otorgar alimentos.

3.1.1. Derechos fundamentales que integran los alimentos

Importante mencionar, que a pesar de los derechos descritos en el Art. 247 del Código de Familia, como contenido del derecho de alimentos, existen otros elementos de necesidad para desarrollo integral de los niños; tales como las Psicosociales y espirituales.¹²⁷

3.1.1.1. Sustento

"Los alimentos como: *bienes de consumo con los que el hombre satisface sus necesidades materiales y por extensión, espirituales o materiales*".¹²⁸ Al respecto la Jurisprudencia Salvadoreña ha sostenido que: "*Los alimentos son los medios materiales para la existencia física de las personas*".¹²⁹

La Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 27, inc. 3º Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los

¹²⁶ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 1184-2002* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002). La Sala sostiene el criterio que "los alimentos son todas aquellas prestaciones que un sujeto legitimado a pedir, pueda reclamarlos a los sujetos obligados".

¹²⁷ Bossert, Régimen Jurídico de los Alimentos, 13. En tal caso, los alimentos no deben limitarse solamente a lo económico, sino que tratar de satisfacer todas las esferas que componen las necesidades de la persona a quien se le reconoce este derecho, como también las psicosociales y espirituales.

¹²⁸ Augusto Cesar Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2004), 485.

¹²⁹ Cámara de Familia, Sentencia de Apelación, Referencia: 211-A-2006 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.¹³⁰

De esta manera se determina que la responsabilidad primordial que los padres tienen en relación a los alimentario derivado de la autoridad parental, esta obligación extiende al Estado la responsabilidad de asistirlos y suplirlos en caso necesario, ya que el sustento diario del niño encamina un adecuado desarrollo físico y mental del niño y la subsistencia de este.

3.1.1.2. Habitación

Otro de los derechos inmersos en los alimentos, y que se considera de mayor afectación patrimonial para efectos de la capacidad del padre, es la vivienda, ya que se deberá establecer proporcionalmente a la necesidad y estatus social del niño, en relación a esto Bossert, manifiesta que: *“Se debe de potencializar y ampliar el derecho de alimentos, y no solo basarse en la obligaciones que tienen los padres para con los hijos, porque no se busca solo salir o suplir esa carga familiar, sino también que esta pueda ser gozada en un ambiente armonioso”*,¹³¹ por tanto, debe ser considerado con plenitud e integridad, ya que no solo debe de garantizar los gastos de vivienda, sino los subsidios que esta incurre para su mantenimiento.¹³²

¹³⁰ Convención de los Derechos del Niño (Estados Unidos de América: New York, Asamblea General de las Naciones Unidas ONU, 1989), 35.

¹³¹ Bossert, Régimen Jurídico de los Alimentos, 144.

¹³² Roberto Campos, *Alimentos entre Cónyuges y para los Hijos Menores*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2009), 147. En tal sentido, la obligación alimenticia implica no solo el gasto de vivienda, sino que conlleva todas las obligaciones que se desprenden del uso de la vivienda, como lo son el pago de los tributos, tasas o cualquier contribución que el Estado establezca por el hecho de tener la vivienda.

De conformidad al art. 111 del Código de Familia, estipula en extracto que: *“...La o el cónyuge al que se le hubiere confiado el cuidado personal de las y los hijos, le corresponderá el uso de la vivienda familiar” (...)* *“...Buscando en todo caso el bienestar de las y los hijos y la o el cónyuge bajo cuyo cuidado personal se confiaren...”*.¹³³

En consecuencia, se ha establecido que en la fijación de una cuota alimenticia, es de carácter necesario contribuir para un techo adecuado y que garantice un ambiente sano y saludable dentro de la vivienda que permanecerá el niño, en este sentido, manifiesta Anita de Buitrago lo siguiente: *“Es decir, que los alimentos no solo comprende la necesidad de consumir alimentos, sino que deben incorporar otras situaciones que elevan el desarrollo de los niños y niñas, tales como: abrigo, vivienda, entre otras, con la finalidad de satisfacer de manera integral dichas necesidades”*.¹³⁴

3.1.1.3. Vestido

En cuanto a este derecho es preciso mencionar que la adquisición del vestuario no es periódico y en consecuencia no debe realizarse todos los meses del año a pesar que dicho beneficio no sea periódico no puede obviarse vestir al niño de acuerdo a las buenas costumbres de la sociedad, y tomar en cuenta diversas circunstancias, tales como: la edad, tipo de abrigo para efectos del clima, vestimenta para deporte, educativo u otro que podría incorporarse como elemento innovador en el crecimiento del niño como la moda, de acuerdo a la edad que tenga y condiciones Socioeconómicas.

¹³³ Código de Familia.

¹³⁴ Anita Calderón de Buitrago, *Documento Base y Exposición de Motivo del Código de Familia*, (El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva, 1994), 690.

3.1.1.4. Salud

La salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. Se entiende, de acuerdo con la definición de la Organización Mundial de la Salud como; “un estado de bienestar físico, psíquico y social tanto del individuo, como de la colectividad”.¹³⁵

En ese sentido, la Constitución de la República, en su Art. 1 Inc. 2º, prescribe qué: *“Es obligación del Estado asegurar a los habitantes asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud...”*,¹³⁶ Con relación a lo anterior, de manera específica en materia de familia en su Art. 35 del mismo cuerpo normativo, establece que: *“El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia”*.¹³⁷

Para la Sala de lo Constitucional, de manera general el contenido esencial del derecho a la salud implica *“la adopción de medidas para su conservación, puesto que la salud requiere tanto de una protección Estatal activa, que es obligación de los Centros Hospitalarios del Estado como pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba implementar medidas que desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o bien restablezcan dicha condición, y desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo”*.¹³⁸

¹³⁵ José Carbonell y Miguel Carbonell, *El Derecho a la Salud*, (México: Instituto de Investigación Jurídica UNAM, 2013), 2 - 3.

¹³⁶ Constitución de la República.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 674-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

Otro criterio jurisprudencial salvadoreña,¹³⁹ sobre la salud como derecho inmerso en los alimentos, ha sostenido que: *“La cuota alimenticia debe comprender la satisfacción de las necesidades básicas como son: sustento, habitación, vestido, conservación de la salud, educación, recreación y esparcimiento, del o los alimentarios”* así mismo ha sostenido que incluyen dentro de los alimentos como rubro de la salud, los gastos odontológicos, al respecto refiere *“En consecuencia los gastos relacionados con la salud dental, específicamente el referido a tratamiento odontológico, constituyen un gasto ordinario, ya que es parte del cuidado de salud ordinaria de todo ser humano, su prestación no debe ser eventual sino periódica y previsible, es decir, programada en el transcurso del tiempo”*.

3.1.1.5. Educación

En cuanto, a este derecho, importante mencionar que no solo se limita a un importe económico para matrícula, mensualidades escolares, sino que también materiales de apoyo didácticos de aprendizajes integral y cultural del niño, como por ejemplo: libros, cuadernos, uniformes, calzados, transporte escolar, refrigerios y otras extracurriculares que van surgiendo de acuerdo a la necesidad y estatus social del niño, bajo el criterio del principio del interés superior del niño, de forma que en el avance y crecimiento del niño o la niña, debe ser proporcional el aporte a estos elementos y de acuerdo a las bases de equidad.

Existe un criterio jurídico en cuanto a la cesación de ésta prestación de educación y es cuando cumple la mayoría de edad. Puede suceder que a

¹³⁹ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 24-A-2004* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004). La Cámara es del criterio, que los alimentos no solo comprenden las necesidades alimenticias propiamente, es decir, que se deben de incorporar otros derechos que tienen íntima relación con el desarrollo y bienestar integral de los niños y niñas, tales como: educación, salud, vivienda, vestuario, recreación, entre otros.

pesar de su mayoría de edad, todavía existe la necesidad de seguir realizando sus estudios, incluso superiores, es entonces que el Art. 211 Inc. 3º del Código de Familia,¹⁴⁰ establece: *“Si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio”*.

En ese sentido, sostiene Martínez Rodríguez que: *“El deber de los padres frente a los hijos mayores existe siempre que estos últimos los necesiten y concurren los demás requisitos legales”*,¹⁴¹ igualmente la jurisprudencia salvadoreña ha sostenido que: *“Los alimentos a favor de los hijos mayores atienden al principio de asistencia y solidaridad familiar, por tanto el hecho de que una joven llegue a su mayoría de edad, no la hace perder ipso iure la prestación de alimentos”*.¹⁴²

3.1.1.6. Recreación

Parte elemental del desarrollo del niño, en cuanto a un crecimiento sano psicológicamente, necesario mencionar que por parte de los progenitores, la recreación; el cual consiste en juegos, paseos y vacaciones, entre otros, debe de incorporarse en la cuota de alimentos. Sin embargo, dicho derecho

¹⁴⁰ Código de Familia.

¹⁴¹ Nieves Martínez Rodríguez, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, (Madrid: La Ley, 2002), 386. Respecto a la obligación de dar alimentos, la doctrina es del criterio que “este derecho de alimentos deben proporcionarse, siempre y cuando existe un necesitado y que este sea legitimado por la ley, el padre siempre tiene la obligación legal de proporcionarle alimento a sus hijos, independientemente este cumpla con su mayoría de edad”, pues muchas veces aun siendo mayor de edad, necesitan los alimentos para poder continuar con sus estudios o por problemas de capacidades especiales o aun por enfermedades.

¹⁴² Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 129-A-2008* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008). Es decir, que los alimentos son en razón de que existe un obligado, y que este deviene del reconocimiento de ciertos principios, los cuales coadyuvan a regir las relaciones familiares y el trato entre los miembros que conforman la familia; dichos principios son el de asistencia y solidaridad familiar.

no se encuentra regulado en el Código de Familia, a pesar que en su Art. 254, prescribe un concepto jurídico de alimentos el cual no comprende la recreación como parte de este.

En ese sentido la jurisprudencia salvadoreña, se encarga de dar una interpretación más amplia e integral en cuanto a los derechos que conforman los alimentos de la siguiente manera: *“los alimentos son todas aquellas prestaciones que conlleven el buen desarrollo integral de los alimentarios, incluida la recreación”*.¹⁴³ En esa concordancia, mediante sentencia se emite un criterio jurisprudencial familiar que incluye *“la recreación como parte del derecho alimentario que tienen los legitimados a exigirle a sus progenitores, ampliándose el concepto de alimentos”*.¹⁴⁴

En la actualidad, el cuerpo normativo jurídico que regula e incorpora la recreación como derecho del niño es la Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia, en su Art. 20 inciso 2º, literal d); el cual prescribe: *“Todas las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de gozar de un nivel de vida adecuado en condiciones de dignidad y goce de sus derechos. El derecho a un nivel de vida digno y adecuado es esencial para un desarrollo integral desde la concepción”; “Este derecho comprende: Recreación y sano esparcimiento”*.¹⁴⁵

Con relación a lo anterior, se ha determinado efectivamente que para el desarrollo normal y digno para un nivel de vida adecuada, es necesario

¹⁴³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 1184-2002* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002).

¹⁴⁴ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 206-A-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹⁴⁵ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).

proporcionar dentro de los alimentos una cuota para una recreación y sano esparcimiento, de acuerdo al principio del interés superior del niño.¹⁴⁶

3.2. La vulneración del derecho de alimentos

Los derechos inmersos en los alimentos, para un desarrollo psíquico, físico y social para el niño, es importante cubrirlos proporcionalmente por parte de los progenitores, considerándose derechos sumamente necesarios para la subsistencia y desarrolle sus potencialidades de los niños, así lo ha considerado Grosman, “*como derecho fundamental para la niñez*”.¹⁴⁷ Al respecto, la jurisprudencia salvadoreña ha sostenido que: “*Los alimentos son los medios materiales para la existencia física de las personas, para su instrucción y educación, es decir para su desarrollo integral (bio-sico-social)*”.¹⁴⁸

En ese sentido, los alimentos constituyen un derecho fundamental de los niños, y responde a que la obligación alimenticia encierra un profundo sentido ético, pues significa la preservación de la vida y se basa en el sentido de solidaridad que tienen los miembros de la familia y de la sociedad humana, dado que todos los seres vivientes de la tierra, el humano es el más desvalido y el que permanece mayor tiempo sin bastarse a sí mismo para subsistir. El infante para vivir necesita alimentos, abrigo, techo e

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ Cecilia Grosman, *Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos*, (Buenos Aires: Universidad, 2004), 22. Este concepto es muy amplio como tal lo incluye como derecho humano fundamental para que la niñez tenga un desarrollo integral y pueda desarrollarse a plenitud y prepararse para un futuro mejor.

¹⁴⁸ Cámara de Familia, *Sentencia de Apelación, Referencia: 211-A-2006*. Jurisprudencialmente se ha establecido el criterio de que “los alimentos comprenden ciertos elementos que configuran el derecho alimentario, incluye otras prestaciones a favor del alimentario, con la finalidad de proteger a los menores de edad y que estos se desarrollen en un ambiente integral”.

innumerables atenciones desde su nacimiento y durante los años que dura su formación integral.¹⁴⁹

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, define que: *“Los alimentos comprenden todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra por ley, declaración judicial o convenio- para procurar su subsistencia...”*.¹⁵⁰ En ese sentido, se ha determinado que la obligación alimentaria tiene como finalidad la necesidad de proteger la vida del alimentado y esto se desprende del contenido mismo de los alimentos, y la conservación y desarrollo de la vida se presenta como fin último de la obligación y como autentico fundamento del derecho a la vida de quien se halla necesitado.

Este derecho a la vida supone fundamentalmente el derecho a mantenerla, a continuar viviendo y a garantizar las condiciones mínimas de existencia necesaria para su conservación. Es por ello, que se determina que la obligación alimenticia se presenta como una forma más de tutela del derecho a la vida, y su omisión, inobservancia o desconocimiento, puede considerarse un ataque al derecho a la vida. Y desde estas premisas se explica el planteamiento anterior: *“El derecho a la vida, del que emana el derecho a la asistencia, como fundamento último de la obligación de alimentos”*,¹⁵¹ por ende; violación a un derecho humano. En consecuencia,

¹⁴⁹ Calderón, Documento Base y Exposición del Código de Familia, 690 - 691. Es decir, que los alimentos no solo comprende la necesidad de consumir alimentos, sino que se deben incorporar otras situaciones que elevan el desarrollo de los niños y niñas, tales como: abrigo, vivienda, entre otras, con la finalidad de satisfacer de manera integral dichas necesidades.

¹⁵⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 1184-2002*. La Sala, sostiene el criterio que “los alimentos son todas aquellas prestaciones que un sujeto legitimado a pedir, pueda reclamarlos a los sujetos obligados”.

¹⁵¹ Martínez, La obligación legal de alimentos entre parientes, 68. Como premisa, se reconoce el derecho a la vida, ya que por medio de este, se lograran satisfacer el resto de derechos fundamentales reconocidos a favor de la persona y especialmente la infancia.

una violación al derecho de alimentos, se concibe como violación al derecho a la vida.

3.3. Filiación

3.3.1. Concepto

El concepto de Filiación proviene etimológicamente de la voz latina “*filus*” cuyo equivalente en idioma castellano es “hijo”. Según el autor 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”*.¹⁵²

Otro autor que define el concepto de filiación es Jorge Osvaldo Azpiri que lo define como: *“El vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con la mujer que lo alumbró”*.¹⁵³

El análisis que se puede observar en la filiación que tiene por objeto las relaciones entre padres e hijos, solo examina la unión legal entre padre a hijo, mientras que el parentesco trata sobre el grupo familiar más amplio o extenso.

El Código de Familia¹⁵⁴ en su artículo 133, establece que la filiación es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre se denomina maternidad. Se

¹⁵² Enrique Rossel Saavedra, *Manual de Derecho de Familia*, (Chile: Jurídica de Chile, 1986), 285.

¹⁵³ Jorge Osvaldo Azpiri, *Enciclopedia de Derecho de Familia*, (Buenos Aires: Universidad, 1992), 3.

¹⁵⁴ Código de Familia.

hace referencia en esta disposición al vínculo de familia, pues constituye tanto el vínculo biológico como jurídico. Así mismo, el artículo 134 del mismo código dispone que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción.

3.3.2. Origen del derecho para solicitar alimentos

Habiéndose determinado mediante doctrina y legislación el concepto de filiación se puede establecer mediante jurisprudencia, que el origen para solicitar alimentos es la filiación, según la sentencia 62-A-2014, Partiendo del concepto jurídico del artículo 133 del Código de Familia, estipula que una de las formas de establecer la filiación es el reconocimiento voluntario; el cual según el artículo 143 CF. Tiene lugar de la manera siguiente: 1) Al suministrar los datos en calidad de padre, al realizar la inscripción del hijo en el respectivo Registro Familiar, 2) En la escritura matrimonial o en el acta ante el funcionario celebrante del matrimonio de los padres del reconocido, 4) en escritura pública, 5) en el testamento y 6) en escritos u otros actos judiciales.

3.3.3. La prueba idónea

La jurisprudencia salvadoreña ha sostenido en relación al medio probatorio idóneo para poder reclamar alimentos entre padres e hijos en un proceso, es con la Certificación de Partida de Nacimiento de los hijos, con esto queda plenamente establecido la filiación y también se determina la edad, por lo que constituye la prueba fundamental que da seguridad jurídica, ya que también con ella se puede verificar cuando se alcance la mayoría de edad.¹⁵⁵ También se sostiene que; para legitimar el reclamo de alimentos, esto se debe de hacer presentando la certificación de partida de nacimiento; y el

¹⁵⁵ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 62-A-2004* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005).

derecho de alimentos se extingue con la mayoría de edad por ministerio de ley, en la Sentencia 212-A-2005, afirma que no es posible dar alimentos a un niño o niña que se pretenda acreditar su legitimación por medio de la prueba científica de ADN, sino que; únicamente se puede establecer con la Certificación de Partida de Nacimiento para reclamar los alimentos.¹⁵⁶

3.3.4. Derecho de alimentos para hijos dentro y fuera del matrimonio

El artículo 32 de la Constitución de la República, estipula que: *“El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia.”*¹⁵⁷

No obstante que la Constitución establece que la falta de matrimonio no afecta el goce de los derechos en favor de la familia, en la presente se demuestra que el hecho de hacer responsables a los padres que no estén unidos por el vínculo del matrimonio, no por ello se atenta contra el mismo, como creen algunos para no conceder los derechos innatos de la persona.

Por otra parte, en el artículo 36 Cn. Manifiesta que: *“Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad”*. Esta disposición reconoce la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y el derecho que estos tienen, en

¹⁵⁶ Cámara de Familia de San Salvador, *Sentencia Definitiva, Referencia: 212-A-2005* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

¹⁵⁷ Constitución de la República.

relación a su padre para exigirle y obligarlo al cumplimiento de dar alimentos.¹⁵⁸

3.3.5. El ejercicio de la autoridad parental en la fijación de la cuota alimenticia

Según el autor Eduardo Zannoni, basándose en el Código Civil Argentino, establece que es: *“El conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos, y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado”*.¹⁵⁹

El artículo 206 del Código de Familia, define como la Autoridad Parental que: *“Es el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes”*.¹⁶⁰

Los alimentos derivados de la autoridad parental, hay diferentes corrientes en que dan lugar a la obligación de alimentos, la postura mayoritaria sostiene que nace de los deberes que impone la autoridad parental, dentro de esta doctrina tenemos al autor Bossert, Dutto y Novellino son categóricos al establecer que: *“El derecho de alimento del hijo menor deriva de los deberes que impone la patria potestad”*.¹⁶¹ Pues no cesa la obligación

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ Gustavo Bossert *et. al.*, *Manual de Derecho de Familia*, 5ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2004), 52.

¹⁶⁰ Código de Familia.

¹⁶¹ Belluscio, *Prestación Alimentaria, Régimen Jurídico, Aspectos Legales*, 42.

alimentaría por la privación de la autoridad parental¹⁶². En la sentencia 1-A-2009, la cámara sostiene que: *“La naturaleza jurídica de los alimentos en caso de los hijos menores de edad, consiste en la obligación legal que nace del ejercicio de la autoridad parental”*.¹⁶³

La jurisprudencia salvadoreña sostiene que: *“Las obligaciones alimenticias son de carácter prioritario, entre estas los alimentos a favor de los hijos menores de edad, pues se originan en el cumplimiento de los deberes obligados de la autoridad parental”*.¹⁶⁴ Según lo anterior, aunque los progenitores o el progenitor hayan perdido o suspendido la autoridad parental de su ejercicio no los exime de la obligación económica de los hijos, su deber permanece vigente. Por derivarse de la relación paterno filial que tiene su origen en la procreación y por encima y al margen de la autoridad parental, que es un efecto jurídico de la relación de filiación per se.¹⁶⁵ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que: *“A partir de ese vínculo existente entre ambos sujetos, obligado y beneficiario; y la cuantía de la cuota que se establece en concepto de alimentos, deberán cumplir con ciertos elementos, como son: la capacidad económica del alimentante y a la necesidad de alimentario”*.¹⁶⁶

3.3.6. ¿Hasta cuándo se deben los alimentos?

En la jurisprudencia salvadoreña en la sentencia de referencia 135-A-2010, establece que: *los alimentos se deben mientras los necesita el alimentario sin importar la edad y máxime si el hijo llega a la mayoría de edad y continua*

¹⁶² Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 1-A-2009* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 58-A-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

¹⁶⁵ Martínez, La obligación legal de alimentos entre parientes, 365.

¹⁶⁶ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 1184-2002*.

estudiando con provecho tanto en tiempo como rendimiento, con el objeto de que adquiriera una profesión u oficio que le permita satisfacer sus necesidades por sus propios medios: de ahí que se haya sostenido que los alimentos a favor de hijos mayores de edad, se engloban dentro del principio de solidaridad familiar, en tanto se han extinguido las obligaciones de la autoridad parental". Esto es, que dicha obligación, en razón de atender a la solidaridad familiar, se refiere exclusivamente a la satisfacción de necesidades básicas.

Sin embargo, debe tenerse presente que para la procedencia de los alimentos del hijo mayor de edad, se debe comprobar en el proceso, con los medios probatorios pertinentes, que el alimentario continúe estudiando con provecho tanto en tiempo como rendimiento.¹⁶⁷

3.3.6.1. Causas que cesan la obligación alimenticia

De conformidad al artículo 270 del Código de Familia,¹⁶⁸ establece que: La obligación de dar alimentos cesará:

- 1º) Por la muerte del alimentario;
- 2º) Cuando el alimentario, por su indolencia o vicios no se dedicare a trabajar o estudiar con provecho y rendimiento, pudiendo hacerlo;
- 3º) Cuando el alimentario deja de necesitarlos; y,
- 4º) Cuando el alimentante, por darlos, se pusiere en situación de desatender sus propias necesidades alimentarias, o las de otras personas que tengan derecho preferente, respecto al alimentante; y,
- 5º) Cuando el alimentario maltrate física y moralmente al alimentante.

¹⁶⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 135-A-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

¹⁶⁸ Código de Familia.

La cesación de alimentos tiene como objetivo principal, suspender la cuota alimenticia en casos como los señalados en la disposición citada anteriormente

3.3.6.2. Obligación vitalicia de los alimentos

El Código de Familia, obedece al mandato constitucional de crear la legislación necesaria para la protección de la familia como base fundamental de la sociedad, en lo pertinente a los alimentos. Estableciendo claramente que debemos de entender por alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido conservación de la salud y educación del alimentario.¹⁶⁹

Asimismo, en su artículo 107 del cuerpo normativo en mención, regula la pensión alimenticia especial y se refiere a las personas discapacitadas que no pueden trabajar, las personas declaradas judicialmente incapaces, la cuota alimenticia será establecida en base a las posibilidades económicas del obligado, por el juez competente, Procurador Auxiliar o por convenio celebrado entre las partes previamente ante notario. En ese sentido, la jurisprudencia salvadoreña sostiene que: *“Cuando se trate de menores de edad o incapaces, debe de presumirse la ineptitud para la atención de sus necesidades”*.¹⁷⁰

Por lo tanto, el Código de Familia en su artículo 259 regula que *“los alimentos se deben para toda la vida siempre que persistan las causas que lo motivan”*, en síntesis, persisten mientras el alimentario se encuentre en necesidad.

¹⁶⁹ Código de Familia, artículo 247.

¹⁷⁰ Cámara de Familia de la Sección de Occidente, *Sentencia de Apelación, Referencia: 1783-106(3)09* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

3.4. Clases de proceso para solicitar alimentos

3.4.1. Divorcio

Divorcio “es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permita a los mismos contraer con posterioridad nuevo matrimonio”.¹⁷¹ En ese sentido, Henry León define como: “Divorcio la ruptura del vínculo conyugal, pronunciado en vida de los cónyuges por tribunal competente a petición de uno, o de ambos cónyuges”.¹⁷² De acuerdo al artículo 105 del Código de Familia “Divorcio es la disolución del vínculo matrimonial decretada por el Juez”.¹⁷³

El divorcio, como se ha mencionado varias veces, consiste en la ruptura del vínculo matrimonial por causas posteriores a la celebración; por tanto, para que éste pueda darse, las causas que lo motivan deben ser realmente objetivas, puesto que de no ser así podrá estar contra los principios fundamentales en pro de la unión familiar. Estas causas deben estar centradas en la existencia del cese efectivo de la convivencia conyugal, independientemente, en principio, del motivo que lo haya originado.¹⁷⁴

De dicha ruptura emana una serie de Deberes y Derechos que tienen relación con el aspecto pecuniario de la Institución Familiar, más aún cuando producto de esa unión se han concebido hijos; a quienes por lazos afectivos y disposición legal debe brindárseles protección en todo sentido, para lograr su desarrollo pleno; y para ello es necesario fijar una Cuota Alimenticia conexas en la Sentencia de Divorcio que asegure el cumplimiento de la misma

¹⁷¹ Beltrán, *et. al.*, “Efectos jurídicos en los hijos nacidos de uniones no matrimoniales”, 196.

¹⁷² Henry León *et. al.*, *Lecciones de Derecho Civil*, (Buenos Aires: Europa-América, 1959), 28.

¹⁷³ Código de Familia.

¹⁷⁴ Manuel Albaladejól, *Curso de Derecho Civil*, 6ª ed. (Barcelona: Cometa, 1994), 114 -123.

aún en contra de la voluntad del Alimentante pues la obligación viene del imperio de la misma Ley.¹⁷⁵

Es por ello que en relación al divorcio se debe entender que se está ante una figura mediante la cual se puede solicitar alimentos como pretensión conexa tal como se establece en la sentencia de la Cámara de Familia con referencia 269-A-2012, en la que literalmente establece: *“Con respecto a la Cuota Alimenticia, esta debe de ser solicitada al momento de interponerse en la demanda, tal como lo hiciera el señor [...], por ser una pretensión conexa al divorcio que debe de ser resuelta en la Audiencia de Sentencia, de la cual la demandada señora [...], solo debe de manifestar al momento de contestarla, si está de acuerdo a la misma o si solicita otra cantidad a favor de sus hijos, dirigiendo su pretensión por la vía de la contestación o reconvencción, ya que en el proceso de divorcio, aunque en este punto específico no se da el requisito de identidad de partes que priva en la reconvencción, en cuanto a los legitimados a demandar la prestación alimenticia, por quienes interviene la madre son los hijos, que es la parte procesal en el proceso de divorcio que va conexa con los alimentos, Art. 71 L.Pr.Fm. lit.c).*¹⁷⁶

3.4.2. Reconocimiento provocados de paternidad

El reconocimiento provocado de la paternidad es para algunos autores más que un proceso, el medio de prueba que crea y fundamenta la pretensión de la parte actora, de manera que el hecho de que el supuesto padre se practique la prueba de paternidad o se abstenga de hacerlo le permite al juez competente establecer si existe o no una relación filial entre un hombre y su

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Resolución Interlocutoria, Referencia: 269-A- 2012* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

supuesto hijo. Según este criterio el medio de prueba es en sí el proceso; y la sentencia que dicta el juez no es nada más que el efecto de convicción que la prueba produce en este.¹⁷⁷

Este criterio se basa en el Artículo 146 del Código de Familia, ya que ahí se establece que el hijo no reconocido “*tiene derecho*” a que se cite a su supuesto padre, de manera que el reconocimiento provocado de paternidad se presenta como la concretización del derecho que tiene el hijo no reconocido de exigirle a su progenitor biológico que este le proporcione el reconocimiento jurídico y le satisfaga las necesidades que el ordenamiento jurídico le señala.¹⁷⁸

Respecto al reconocimiento provocado y la obligación alimenticia, se hace necesario analizar la sentencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro con referencia 099-12-ST-F, mediante la cual se verifican parámetros de cómo hacer efectiva la obligación de cuota alimenticia una vez se haya establecido el reconocimiento de paternidad ya que al no tener las pruebas idóneas para establecer la filiación, solo se presume, lo cual indica que las obligaciones alimenticias entre otras nacen a raíz del reconocimiento paterno filial tal como lo establece dicha sentencia en el siguiente párrafo:

“En los procesos de declaración judicial de paternidad, por la naturaleza de dicha pretensión, para algunos se vuelve confusa la facultad de quién tiene el derecho de acción de iniciar la misma cuando a su vez promueve la pretensión de alimentos, puesto que al momento de iniciar la primera, a la parte demandante no le ha nacido el derecho de acción para promover la

¹⁷⁷ Anita Calderón de Buitrago, *Manual de Derecho de Familia Tomo II*, 3ª ed. (El Salvador: Talleres Gráficos UCA, 1996), 15.

¹⁷⁸ Luis Vásquez López, *Estudio del Código de Familia Salvadoreño*, (El Salvador: Lis, 1997), 24.

segunda; sin embargo dicha situación se aclara cuando el legislador establece en el Art. 142 Pr.F. que el juez al decidir sobre la filiación demandada se pronunciará sobre el ejercicio de la autoridad parental, la custodia y los alimentos cuando fuere el caso; es decir que al establecerse en la parte final del precitado artículo “cuando fuere el caso”.¹⁷⁹

De lo anterior se ha concluido, que la fijación de alimentos en un proceso de Declaración Judicial de Paternidad no se produce en forma automática. Bajo este contexto debemos comprender que la acción de alimentos y de indemnización por daños morales se vuelven “dependientes” de la declaración de paternidad, pues está sujeta al resultado de ésta para que el juzgador pueda realizar el razonamiento lógico para la fijación de una cuota alimenticia y/o de una indemnización, bajo los parámetros de los hechos en que se fundan y de las pruebas presentadas para hacerlas valer, de lo contrario el juzgador de familia no podría decidir dichos puntos en la sentencia definitiva”.¹⁸⁰

3.4.3. Alimentos como pretensión autónoma

Cuando se trata de alimentos como pretensión autónoma se concibe el hecho de la interposición de un Proceso de Alimentos como tal, ante la Autoridad competente; ya que es procedente manifestar que al hablar de pretensiones autónomas es posible mencionar la acumulación de pretensiones tanto principales como accesorias que se dan en algunos casos como por el ejemplo en el proceso de divorcio en el cual siempre que hayan

¹⁷⁹ Cámara de Familia de la Sección de Occidente, *Sentencia de Apelación, Referencia: 099-12-ST-F* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

¹⁸⁰ *Ibíd.*

hijos se deberá hacer un pronunciamiento sobre los alimentos como pretensión conexas.

No obstante, es importante mencionar que el hecho de ser una pretensión conexas para el caso planteado, esta no pueda plantearse de forma Autónoma.

Es por ello, que se considera importante el análisis de jurisprudencia que se pronuncia al respecto, tal como la sentencia emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro con Referencia 67-A-2008, en la que literalmente establece: *“Debemos al respecto distinguir entre las pretensiones principales y las accesorias. Las primeras, pueden ejercitarse de manera autónoma y las segundas, las que necesariamente deben sustanciarse en el mismo proceso y no de forma autónoma con miras a una posterior acumulación, como ha sucedido en la especie, en que la pretensión alimenticia especial se ejerce en un proceso autónomo mediante la interposición de la respectiva demanda planteada con posterioridad al vencimiento del plazo para la contestación de la demanda de divorcio (proceso más antiguo); para su posterior acumulación al presente proceso de divorcio”*.¹⁸¹

Es así como se manifestó al inicio, la pretensión de alimentos de forma autónoma se hace posible a través de un Proceso de Alimentos como tal, pero en casos como el ya mencionado; proceso de Divorcio, estas dejan de ser accesorias y por la prioridad de la pretensión estas se vuelven conexas por lo que es necesario resaltar el criterio retomado por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación al criterio de la Cámara de Familia

¹⁸¹ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Resolución Interlocutoria, Referencia: 67-A-2008* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008).

de la Sección del Centro en la que literalmente estipula que: *“Si la ley claramente establece que cuando se entabla una demanda de divorcio, aunque las partes no digan nada al respecto, el Juez debe pronunciarse sobre los alimentos, con mayor razón pueden las partes incoarlas en la reconvencción”*.¹⁸²

3.4.4. Suspensión y/o pérdida de la autoridad parental

Al referirse sobre la Suspensión o Pérdida de la Autoridad parental, es importante definir en que consiste; es por ello que es procedente señalar que para Zannoni, al hablar de Autoridad Parental menciona que *“no estamos en el campo de los meros derechos subjetivos, organizados sobre la base del interés individual del titular del derecho, sino ante derechos deberes que se confieren en su caso, a los titulares de la autoridad parental, padre y madre no sólo atendido a sus intereses, sino principalmente considerando el interés del otro sujeto, el hijo menor bajo autoridad parental; por lo cual, los derechos que se confieren implican correlativos deberes”*.¹⁸³

Así, también, según el artículo 206 del Código de Familia, establece que: *“La autoridad parental es el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administre sus bienes”*.¹⁸⁴

Una vez entendido lo relacionado a la Autoridad parental se explica de forma breve las diferencias entre los procesos de pérdida y suspensión de la

¹⁸² Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación, Referencia: 281-CAF-2009* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹⁸³ Zannoni, Manual de Derecho de Familia, 591.

¹⁸⁴ Código de Familia.

autoridad parental, los cuales están regidos por los principios dispositivo e inquisitivo.

En virtud de esto último, el Juez de oficio puede iniciarlos en busca del interés superior del niño, artículo 242 Código de Familia. La pérdida y la suspensión de la autoridad parental deberán decretarse por sentencia judicial, a petición de cualquier consanguíneo del hijo, o del Procurador General de la República o por el juez de oficio.¹⁸⁵

Referente a la pérdida de la autoridad parental, se presupone la pérdida total de la titularidad y ejercicio de esos derechos deberes, puesto que, aparentemente dicha sanción no posibilita su recuperación. Aun cuando se haya mediante resolución fundamentada la suspensión o la pérdida de la autoridad parental esta situación no exime la obligación de los padres del cumplimiento de los deberes económicos puesto que cuando es el hijo menor de edad el que pide alimentos a sus padres, no debe demostrar que se haya necesitado de ellos ni que se encuentra imposibilitado de obtenerlos con su esfuerzo personal, pues el deber de alimentarlo está impuesto legalmente como una consecuencia de la autoridad parental; por lo que la necesidad de los hijos menores de edad, se presume.

Por tanto, es procedente señalar la sentencia con referencia 113-A-12, como claro ejemplo de los casos en los que las partes pueden recuperar la Autoridad Parental ya que en ella se resolvió confirmar la sentencia que origino el Proceso de Suspensión de la Autoridad Parental al expresar: *“Estimamos que en el presente caso existen suficientes elementos respecto de que el demandado cumplió y trató de cumplir voluntariamente y de*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

*manera constante con sus obligaciones paterno-filiales, tanto en lo material como en lo afectivo. Por ello estimamos procedente confirmar la sentencia que declaró sin lugar la suspensión de la autoridad parental que ejerce dicho señor sobre su expresado hijo; como lo solicita la demandante”.*¹⁸⁶

3.4.5. La unión no matrimonial

Unión no Matrimonial es: *“La convivencia de la pareja que vive maritalmente sin haber Matrimonio”.*¹⁸⁷

Fuera de su aspecto puramente sexual, implica la noción de un comercio permanente, ostensible o para mejor decir la comunidad de vida, de condición social, de bienes de obligaciones morales, que se observa normalmente en el matrimonio; En su forma más perfecta es el "estado" de dos personas que tienen en el hecho y entre terceros “la posesión de estado de esposos”.¹⁸⁸

Ahora bien, al tratar sobre las uniones no matrimoniales reguladas en la nueva legislación de familia, en el Título IV Capítulo único en su artículo 118 literalmente dice: *“La unión no matrimonial que regula este código, está 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 período de uno más años. Los integrantes de la unión, serán denominados convivientes o compañeros de*

¹⁸⁶ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 113-A-2012* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

¹⁸⁷ Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto Reforma Judicial, *Manual de Derecho de Familia*, (San Salvador: Talleres Gráficos de la Universidad Centro Americana, 1994), 425.

¹⁸⁸ José Manuel Marco Cos, *Aspectos Procésales en Materia de Familiar*, (El Salvador: Centro Nacional de la Judicatura, 2015), 12.

*vida y gozarán de los derechos que se les confiere en este capítulo. Así mismo gozarán de esos derechos las personas que siendo púberes y reuniendo los demás requisitos, en razón de la convivencia hubieren procreado un hijo y alguno de ellos no tuviere la edad requerida para contraer matrimonio o falleciere antes de completar el período de convivencia”.*¹⁸⁹

En relación a la unión no matrimonial y basada en el Art. 2 del C.F. La familia se constituye por vínculo matrimonial y la unión no matrimonial. Este artículo permite el mutuo consentimiento de la pareja a constituir la familia y a someterse a vivir una comunidad de vida sujeta a los derechos y obligaciones para ambos, en este sentido tanto el hombre como la mujer de esta unión se somete a una igualdad de ley; como lo es guardarse fidelidad, cooperación, asistencia mutua, respecto tolerancia, crianza de los hijos, educación y formación moral y religiosas, en general sus relaciones de trato que deben ser aceptables por el precepto mismo. Con respecto a la igualdad de derechos de los hijos, como relevante del Código de Familia y por el precepto Constitucional que se establece en el Art 36 se pone de manifiesto la no discriminación de los hijos. Así como lo determina el artículo 202 del C.F. *“Todos los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de su afiliación tienen los mismos derechos y deberes familiares”.*¹⁹⁰

Es importante reconocer que el derecho de alimentos a los hijos también está comprendido dentro de las obligaciones paterno filiales; sea que los progenitores se encuentren en matrimonio o en Unión no matrimonial es así que es preciso traer consigo un breve pasaje de lo considerado por la

¹⁸⁹ Código de Familia.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

Cámara de Familia de La sección de Occidente respecto a la Unión no Matrimonial:

*“La unión no matrimonial es una institución jurídica familiar regulada en el Título IV, Capítulo Único del Código de Familia, “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 período de uno o más años.”; a quienes la ley les concede el ejercicio de determinados derechos, tales como los relativos al régimen patrimonial de participación en las ganancias, gastos de familia, protección para la vivienda familiar, derecho a suceder; los derivados de la acción civil respecto a indemnizaciones por daños morales y materiales u otros derechos relativos a seguridad y previsión social, que otras leyes les conceden a los compañeros de vida o convivientes (arts. 119 al 126 F.), no obstante, las instituciones o administradoras de pensiones exigen demostrar la calidad de compañero de vida sobreviviente mediante la declaratoria judicial de la unión no matrimonial para el reconocimiento de tales derechos”.*¹⁹¹

3.4.6. Medidas de protección

En cuanto a las medidas de protección, son entendidas como garantías procesales provisionales de carácter personal o patrimonial dirigidas a proteger derechos de carácter personal en los miembros de la familia.¹⁹² Por otra parte, la Sala de lo Constitucional, en sentencia de amparo Ref. 615-2000 de fecha 19 de febrero de 2001, señala: *“las medidas de protección en*

¹⁹¹ Cámara de Familia de la Sección del Occidente, *Resolución interlocutoria*, Referencia: 018-17-AH-F (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

¹⁹² Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994).

materia de familia son facultad otorgada a los jueces y tribunales”.¹⁹³ Parten de una base común que es la probable existencia de un hecho constitutivo de amenaza y el probable daño que ocasionaría en el desarrollo temporal. Finalmente, es preciso reiterar que las medidas de protección son decisiones de carácter jurisdiccional, provisionales, discrecionales, mutables e instrumentales, que buscan la protección de los miembros más débiles del grupo familiar, bastando para que se decreten escasos elementos que demuestren la necesidad de implementación inmediata.¹⁹⁴

3.4.7. Alimentos provisionales

El Código de Familia en el Art. 255, consigna los alimentos provisionales como una forma de medida precautoria, con la finalidad de garantizar la obligación de dar alimentos a favor de quien lo está solicitando y son otorgados mientras se ventila el correspondiente proceso de familia, en ese sentido, la legislación le confiera la facultad al juzgador de poder decretar dicha medida, siempre y cuando exista un fundamento razonable o un eminente peligro de satisfacer las necesidades fundamentales del sujeto legitimado que está incoando la acción judicial.¹⁹⁵ Es importante acotar, que los alimentos provisionales pueden ser decretados en procesos judiciales diferentes, como lo son: en el juicio de alimentos, divorcio, pérdida o suspensión de autoridad parental, violencia intrafamiliar, entre otros.¹⁹⁶ Estos tienen por finalidad cubrir las necesidades del alimentario durante la tramitación del proceso, por lo que se fundamentan en la necesidad de

¹⁹³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 615-2000* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001).

¹⁹⁴ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Resolución Interlocutoria, Referencia: 46-A-2013* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

¹⁹⁵ Código de Familia.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

afrontar los gastos necesarias, en este caso de los niños y niñas así como de la madre, hasta que se logre recabar la prueba necesaria para el establecimiento de una cuota alimenticia definitiva. Y dicha medida es procedente debido a que el trámite del proceso de alimentos u otro relacionado a los alimentos puede durar muchos meses, mientras tanto los hijos se encuentran en desamparo económico, máxime si el padre es el único proveedor en cuanto a lo económico, por ello es importante que los jueces de familia deban valorar y ordenar los alimentos provisorios.¹⁹⁷

3.4.8. Limitación a los derechos fundamentales del alimentante al fijar cuota alimenticia

La ley regula que el obligado a dar alimentos tiene que cumplir con esa afectación; pero como persona humana se han establecido a favor de los Derechos Fundamentales, los cuales sirven de límites cuando se establece esta situación basándose en el principio de proporcionalidad se concretiza que la afectación sea equilibrada para que el obligado tenga una vida digna que se refiere al respeto que se debe de tener con sus bienes e ingresos, por lo tanto, no se podrían establecer cuotas ni obligaciones que menoscaben la vida del obligado, porque esta situación afecta cumplir con sus obligaciones; mientras que si tiene una vida digna le podrá proporcionar al alimentado más oportunidades.

Esto quiere decir que la cuota alimenticia debe de ser establecida administrativa y judicialmente en base a un equilibrio económico que no sea excediendo los límites legales ni el principio de proporcionalidad.

¹⁹⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 35-A-2005* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005).

Sobre ello la jurisprudencia salvadoreña sostiene que: *“Las obligaciones alimenticias que son de carácter prioritario, entre estas los alimentos a favor de hijos menores de edad...pues se originan en el cumplimiento de los deberes derivados del ejercicio de la autoridad parental”*.¹⁹⁸

Al alimentante también se le afecta el derecho fundamental de la salud, pero en base al principio de proporcionalidad, este debe de tener disponibilidad de ingresos para poder invertir en su salud preventiva y curativa, en relación al derecho al trabajo que tiene el obligado, se debe de establecer situaciones que no afecten la relación de trabajo, es decir que haya una intervención mínima en su lugar de trabajo para que no sea señalado por las demás personas como irresponsable y pueda poner en peligro su estabilidad laboral y pueda concluir en un despido que tiene como consecuencia un perjuicio de la persona que recibe la cuota. En lo que se refiere al derecho fundamental de la propiedad, la obligación impuesta a una persona de dar cuota alimenticia no le prohíbe la adquisición de bienes ya que este servirá para que el alimentado pueda subsidiariamente hacer efectivas algunas sentencias o resoluciones por medio de procesos ejecutivos, pero en base al principio de proporcionalidad debe de ser exigible y proporcional al monto que se podría tener en mora. En relación al patrimonio que consiste en todos los bienes que tiene una persona en base al principio de proporcionalidad se deben de respetar ya que el obligado también tiene derecho a tener una vida normal que incluye a tener bienes.

Relacionado a lo anterior, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, ha sostenido lo siguiente: *“Que es importante aclarar que dicha proporcionalidad no es el resultado de una operación aritmética, sino de la existencia de una*

¹⁹⁸ Cámara de Familia, Sentencia de Apelación, Referencia: 58-A-2007.

*justa relación entre la capacidad económica de los obligados y las necesidades de los hijos”.*¹⁹⁹

Por lo tanto, desde el momento que se le impone una cuota alimenticia a una persona se le vulneran derechos fundamentales pero basado en el principio de proporcionalidad se pretende evitar injusticias y abusos de parte de las personas interesadas o demandantes.

¹⁹⁹ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 30-a-2008* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

CAPITULO IV

APLICABILIDAD DE LA PROPORCIONALIDAD COMO INSTITUCIÓN LIMITADORA AL RÉGIMEN ALIMENTICIO

El presente capítulo hace referencia en cuando a la aplicabilidad del principio de proporcionalidad al momento de fijar una cuota alimenticia, por lo que a continuación se detalla como base fundamental los preceptos constitucionales, leyes, tratados y reglamentos salvadoreños, para un adecuado análisis y aplicación del principio, objeto de la presente investigación. Dicho razonamiento que se plantará en el presente, es con la finalidad de poner en juego la racionalidad sobre una interpretación auténtica de la proporcionalidad.

4.1. Marco legal de la proporcionalidad y el régimen alimenticio

4.1.1. Constitución de la República

De acuerdo al artículo 247 de la Constitución,²⁰⁰ se ha considerado como base fundamental en la temática del *Principio de Proporcionalidad en estricto sentido*; ya que se le atribuye a la Sala de lo Constitucional, para que intervenga, conozca y resuelva conforme a derecho, las pretensiones que se le presentan, en cuanto a una violación de los Derechos Fundamentales. Dicho principio tiene como fundamento, medir la legitimidad y el alcance que guarda la medida impuesta y la necesidad social.

En ese sentido, el derecho de alimentos se ha caracterizado por ser regulado por los Principios Constitucionales de Igualdad Jurídica y no Discriminación,

²⁰⁰ Constitución de la República.

tanto para el alimentario como para el alimentante, esto último de conformidad a lo establecido en el artículo 3 de la Constitución.²⁰¹

En razón de lo anterior, el Estado en el escenario de ente vigilante; garantiza el cumplimiento y el respeto al derecho de alimentos, con la creación de la Procuraduría General de la Republica y concediendo al Procurador General de la República, la Obligación de velar por la defensa del Derecho de Alimentos.

4.1.2. Tratados y leyes secundarias

Tratados: En vista que el derecho de Alimento no es de exclusividad a personas en particular, sino que se reconoce desde que nacen las personas indistintamente de la clase, raza, sexo o condición social, por lo que mundialmente es protegido dicho derecho. En consecuencia, se tuvo a bien tomar como fundamento de la presente investigación, aquellos Tratados Internacionales suscritos por el Gobierno Salvadoreño, tales como:

- a. Declaración Universal de los Derecho Humanos.
- b. Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José.
- c. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- d. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁰¹ *Ibíd.*, artículo 3.

Leyes secundarias: a) Código de Familia, es la principal ley secundaria que rige el Derecho de Alimentos, regula las relaciones entre los miembros de la familia y los cónyuges; los derechos y obligaciones que se deben recíprocamente. *“Se deben recíprocamente alimentos: 1º) Los cónyuges; 2º) Los ascendientes y descendientes; hasta el segundo grado de consanguinidad; y, 3º) Los hermanos”*. Artículo 248 del Código de Familia.²⁰²

La crianza de un niño o niña, es una de las obligaciones de ambos padres, especialmente se encuentra vinculados ciertos derechos fundamentales; como una alimentación adecuada, un hogar estable y todos aquellos que sean de importancia para el buen desarrollo del menor. En cuanto a la alimentación, la legislación ha mencionado ciertas condicionantes, siempre en el beneficio superior y desarrollo del niño o la niña, el cual se encuentra estipulados en el Art. 211 del cuerpo normativa en mención que prescribe: *“El padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad. En la función de cuidado debe tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo.*

Cuando se tratare de hijas e hijos con discapacidad y éstos alcancen la mayoría de edad, continuarán gozando del derecho de alimentos necesarios acorde a su condición, siempre que dicha capacidad especial, sea acreditada ante la autoridad legal competente. Si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio.

²⁰² Código de Familia.

*El padre y la madre, estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción”.*²⁰³

De acuerdo a lo anterior, es importante hacer mención sobre el principio de proporcionalidad que menciona dicho cuerpo normativo en su Art. 254, que prescribe; *“Los alimentos se fijarán por cada hijo, sin perjuicio de las personas establecidas en el Art. 251 del presente Código, en proporción a la capacidad económica de quien esté obligado a darlos y a la necesidad de quien los pide. Se tendrá en cuenta la condición personal de ambos y las obligaciones familiares del alimentante”.*²⁰⁴

Lo anterior con relación al Art. 221 de la misma Ley, *“Los gastos que ocasiona el cumplimiento de los deberes contemplados en este capítulo, corresponden a ambos padres en proporción a sus recursos económicos, o a uno sólo de ellos por insuficiencia del otro”.*²⁰⁵ En consecuencia, las medidas que sean tomadas por la autoridad competente, deberá someterse bajo los criterios del principio proporcionalidad y de acuerdo al interés superior del niño o la niña.

El derecho de alimentos no es un derecho de orden patrimonial, sino extra-patrimonial, pues deviene de las necesidades mínimas de subsistencia. En este sentido, la obligación alimentaria no solamente es de pecunio, sino también en especie, es decir cualquier cosa material que subsane las necesidades que éste derecho subsume. Así lo prescribe el Art. 257 del

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.*

Código de Familia,²⁰⁶ cuando dice *“Se podrá autorizar el pago de la obligación alimenticia en especie o en cualquier otra forma”*.

En cuanto a la delegación que es otorgada por la Ley a la Procuraduría General de la República, para la observancia del derecho de alimentos, se puede constatar que según lo prescrito en el Art. 263 del Código de Familia,²⁰⁷ dicha entidad al fijar administrativamente una cuota alimenticia, goza de fuerza ejecutiva, para aquellos casos de incumplimiento ante la Institución.

Lo anterior, se ha verificado que en la PGR, según expediente número: 531-F18-11, caso numero: 328944270115, del año 2016, por medio de la Unidad de Defensa de la Familia de la Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la República, Procuraduría Auxiliar de San Salvador, se hace constar la fijación de una cuota alimenticia administrativa el cual posteriormente fue incumplida y de manera oficiosa, por medio de un auto por incumplimiento de cuota alimenticia, remitió escrito a la FGR, en el que solicita se proceda penalmente de conformidad a Ley, en contra del alimentante, por incumplimiento de asistencia económica. Dando razón de ser, en cuanto a lo prescrito en el párrafo anterior, en el sentido que la fijación de cuota en sede administrativa, goza de fuerza ejecutiva.

b) Ley Procesal de Familia: Como se ha manifestado anteriormente, la Procuraduría General de la República, nació con el interés de proteger a la familia, en este sentido, se convino que en cada Juzgado de Familia, habría un Procurador delegado especialmente por el Titular de la Institución, quien además de proteger a la familia en general, incapaces, personas de la

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.*

tercera edad (hoy adultos mayores), también protegería a los niños y adolescentes, en cuanto al derecho de alimentos, quien intervendría en los juicios e impulsaría los procesos judiciales.

La anterior atribución se encuentra estipulada en el Art. 19 de la Ley Procesal de Familia.²⁰⁸ Además, en dicha intervención sobre la protección de un alimento adecuado, la presente normativa estipula las reglas para dirimir un proceso adecuado y que garantice la legalidad, en cuanto a la aplicación de la proporcionalidad. Art. 139 L.Pr.F.²⁰⁹

c) Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia: En el año 2009 fue creada dicha Ley, el cual regula especialmente los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Cuerpo normativo que viene a complementar y garantizar mediante sus preceptos normativos las adecuadas condiciones familiares y ambientales que permitan el desarrollo integral de toda niña y niño, como sujeto de derecho, de conformidad al Art. 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.²¹⁰ De acuerdo al Art. 9 del cuerpo normativo en mención, el Principio del Rol Primario y Fundamental de la Familia, prescribe lo siguiente; “*La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado.*”²¹¹ En ese sentido, el Estado, debe garantizar a través de los medios necesarios a que los padres cumplan con las obligaciones de la crianza y el desarrollo de la niña, niño o adolescente.

Dentro de estos derechos se consagra el “Derecho a un Nivel de Vida Digna y adecuada; el cual comprende: una Alimentación nutritiva y balanceada”.²¹²

²⁰⁸ Ley Procesal de Familia.

²⁰⁹ *Ibíd.*

²¹⁰ LEPINA.

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² LEPINA.

En consecuencia, La garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes corresponde a la familia, al Estado y la sociedad.²¹³

d) Código Penal: Entre los caracteres normativos del Estado, se encuentra la creación de Instituciones que velen por garantizar aquellos derechos fundamentales, como el Derecho de Alimentos, el Legislador; tuvo a bien establecer que todas aquellas actitudes negativas al cumplimiento de éste derecho fueran constituidas como delito, nombrándolo especialmente en el Art. 201 del Código Penal; *“Incumplimiento De Los Deberes De Asistencia Económica”*; Sancionando primeramente el incumplimiento a un convenio celebrado en la Procuraduría General de la República, con veinticuatro a cuarenta y ocho fines de semana de arresto. Peor aún la actitud de eludir la obligación alimenticia traspasando bienes o valiéndose de cualquier medio fraudulento; el Código Penal sanciona de uno a tres años de prisión, e Inhabilitación Especial para el ejercicio de la autoridad parental por el mismo período.²¹⁴

e) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República: Esta institución como garante de todos aquellos derechos de la familia, estipula particularmente, en el artículo 12 ordinal 6; *“son atribuciones del procurador general: fijar, aumentar, disminuir y cesar mediante resolución administrativa, la pensión alimenticia en aquellos casos en que las partes no logren un acuerdo o no compareciere el alimentante obligado, una vez agotado el procedimiento respectivo y respetando el debido proceso”*.²¹⁵

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997).

²¹⁵ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008).

En el mismo cuerpo normativo en su art. 28 numerales 2° y 3° prescribe; *“corresponde a la unidad de defensa de la familia, niñez y adolescencia, las siguientes funciones: velar porque dentro de la fase administrativa, se efectúen los mecanismos de mediación y conciliación a fin de que se concluya en esta etapa los reconocimientos de los menores de edad, pensiones o cuotas alimenticias, salidas de menores de edad y todas aquellas diligencias que dentro de esta fase puedan agotarse; verificar el cumplimiento de la obligación de alimentos y el destino de dicha pensión en beneficio de las personas alimentarias y gestionar administrativamente o judicialmente el pago de la misma”*.²¹⁶

En la misma normativa el art. 67, estipula que *“el procedimiento establecido en los artículos anteriores es de carácter administrativo y la resolución que se pronuncie es legalmente vinculante; no obstante, las partes interesadas podrán discutir sus obligaciones y derechos en los tribunales competentes conforme a la ley”*.²¹⁷ De acuerdo con lo anterior, el legislador al haber otorgado facultades claras para la Procuraduría General de la República, en cuanto a la fijación de cuotas alimenticias, ahora con las nuevas reformas en dicho cuerpo normativo; se establece un procedimiento para determinarlas, el cual se hará alusión más adelante.

4.1.3. Jurisprudencia a casos concretos

Al realizar un análisis de la Sentencia 78-A-2017,²¹⁸ procedente de la Cámara de Familia de La Sección del Centro: San Salvador. En relación al proceso de divorcio por separación de los cónyuges durante uno o más años

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 78-A-2017* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

consecutivos, se ha logrado determinar una importancia por el hecho que se establece un precedente que podríamos invocar en futuras apelaciones, es decir; como ya se conoce la funcionalidad del principio de proporcionalidad; cuando no hay documentación que ampare los gastos y los ingresos que se toman en cuenta de los ofrecimientos en las diferentes fases del proceso; en esta sentencia, la Cámara establece un precedente en cuanto al principio de proporcionalidad; como una justa relación entre la capacidad económica del responsable de otorgar el beneficio económico de la cuota alimenticia y la necesidad alimentaria de la niña que en la sentencia se le denomina el alimentario.

Se ha observado en la sentencia, que lo que se persigue es; que se cumpla con la cuota establecida por dos razones: primero; que la cuota es similar a la que se aportaba antes de la sentencia y la segunda se tomó en cuenta lo que el mismo padre ofreció en audiencia preliminar que fue la cantidad de doscientos dólares, es decir, que si los ofreció es porque los podía pagar y los doscientos cincuenta dólares impuestos en la sentencia era posible que no los pagara.

En consecuencia, en dicha sentencia se ha constituido una garantía de pago y a la vez una aplicación concreta del principio de proporcionalidad, ya que se está tomando en cuenta lo que él puede pagar y lo que la niña necesita.

Es decir, que se hace una valoración entre la capacidad del padre y la necesidad de la niña, es por eso que se establece y se cumple la proporcionalidad, en cuanto que hay un acercamiento entre la capacidad económica del obligado a dar los alimentos y la necesidad de la alimentaria, porque también no se estableció por ningún medio que necesite más de la cantidad estipulada; únicamente una declaración jurada, por lo que en dicho caso lo pertinente es que se establezcan los gastos por medio de

documentos como: facturas y recibos para que el juzgador tenga una seguridad de lo que están planteando las partes y observar una motivación fundamentada para su decisión.

La sentencia en relación, el Juez de Familia le impuso al demandado, en la sentencia definitiva de divorcio, la cuota alimenticia por la cantidad de doscientos cincuenta dólares mensuales, pero ésta fue la razón del porque apeló el padre de familia en el único punto de la cuota alimenticia, manifestando que no puede pagar dicha cuota porque no tiene ingreso suficiente, la Cámara en el fallo, modifico la cuota a doscientos dólares, es decir; que le fue favorable al apelante porque obtuvo una disminución de cincuenta dólares mensuales ya que la madre de la niña no pudo demostrar que necesitaba para los alimentos, vestuario, educación etc. Porque no presento los documentos correspondientes y en consecuencia hubo una falta de aportación de prueba.

4.2. Irretroactividad en la aplicación de la fijación de cuota alimenticia

Toda acción sobre pago de cuotas alimenticias es exigible a partir de que se incumple con ese deber; ante ello, la resolución que reconoce los derechos de los acreedores se tiene que cumplir desde la fecha en que se dicte y se determina la condena al obligado, en efecto, el problema jurídico que ahora se plantea, concierne a saber desde cuándo se causa la obligación alimentaria a favor del hijo, y determinarlas con las nuevas reformas que ha sufrido nuestro código de Familia, en el cobro de dicha cuota alimenticia.

A nivel normativo primario, cabe mencionar que el derecho a una alimentación nace desde el momento de la concepción de acuerdo a la hetero-integración jurídica, y de acuerdo al Art. 1 inciso 2° de la Constitución

de la República. Que prescribe: *“Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”*.²¹⁹

En consecuencia, es una persona sujeto a todos los derechos fundamentales y que el Estado debe de garantizar a través de los padres en el caso de los alimentos de conformidad al Art. 211 Código de Familia, que estipula: *“El padre y la madre, estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción”*.²²⁰

Precisamente, en el rastreo legislativo, en cuanto a los derechos de los hijos, luego de haber planteado que son sujetos de derecho desde su concepción; nos expresa el Art. 249 del Código de Familia: *“Definida la paternidad conforme lo establece este código, toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura, durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos los gastos del parto”*.²²¹

En respuesta a lo planteado, se corrobora que de acuerdo a lo establecido en la legislación relacionada, se deben los alimentos no solamente por el incumplimiento de una obligación, sino que en realidad voluntariamente y sin la necesidad de una resolución tenemos la obligación de cumplir en cuanto a los alimentos del niño, desde su concepción.

La obligación de dar alimentos es de carácter imprescriptible respecto del derecho mismo de exigir alimentos, ya que esta no puede extinguirse en el transcurso del tiempo, mientras subsista la causa o motivo. Porque se expresa de forma tácita para exigir alimentos para lo futuro, por lo que no

²¹⁹ Constitución de la República.

²²⁰ Código de Familia.

²²¹ *Ibíd.*

puede extinguirse tal derecho, aunque sea por el transcurso del tiempo, siempre y cuando subsista la causa que motivan la prestación de dicha petición.²²²

Es decir, que si una persona demanda alimentos y deja de cobrarlos por un tiempo determinado de dos años el Art 261 C.F; presume que no tiene la necesidad de exigirlos; aunque no se debe confundir, pues el derecho es imprescriptibles, pues pueden exigirse en cualquier momento en que se necesiten, aunque anteriormente su ejecución si prescribía por el motivo expuesto.²²³

Por lo tanto y de acuerdo a lo anterior, los derechos pueden exigirse incluso cuando haya dejado de existir ciertas condiciones, también porque haya cumplido la mayoría de edad el adolescente o por diferentes razones y de acuerdo a las nuevas reformas de nuestra legislación en materia de familia, amplia dicho derecho de exigencia declarándolos imprescriptibles el derecho de solicitar el cumplimiento de la cuota alimenticia.

La legislación en materia de familia emitida en el año de 1993, se estipuló que las pensiones alimenticias atrasadas prescribirían en el plazo de dos años contados a partir del día en que dejaron de cobrarse, el cual no era favorable para el acreedor. En este caso el menor, que por la inobservancia u otras razones de la madre o del padre, dejaba transcurrir el tiempo y el niño asumiera las consecuencias, sobre las vulneraciones de sus derechos de

²²² Yanira Marleny Pérez Galdámez, *et. al.*, "Cuotas Alimenticias establecidas en Sentencias de Divorcio" (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1994), 112.

²²³ Rosa Claudia Asunción Alas, *et. al.*, "Límites y Alcances del Derecho de Alimentos de la Mujer Embarazada y su Efectividad en su Cumplimiento" (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2012), 34 - 35.

alimentación y prescribiera el derecho de solicitar el pago de la cuota alimenticia correspondiente.

En la actualidad se ha considerado de los mayores logros en cuanto a la exigencia de los derechos de alimentación, sobre la reforma enfocada a la imprescriptibilidad de pedir el pago de los alimentos, considerándose que, el que en realidad asume dichas consecuencias es el menor en perjuicio del desarrollo de sus derechos tanto psicológico y físicos. En ese contexto, mediante Decreto número 989, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, en el año de 2015, Decreta reformas al Código de Familia, el cual prescribe lo siguiente; *“Art. 1. Refórmese el primer inciso del Art. 260 de la siguiente manera: Art. 260.- El derecho a pedir alimentos es inalienable e irrenunciable, pero las pensiones alimenticias atrasadas podrán compensarse”*.²²⁴ En consecuencia, al momento de fijar una cuota alimenticia y cae en mora, se puede exigir el pago de las cuotas atrasadas. Se reconoce el avance histórico que se ha obtenido con dichas reformas, aunque para el resguardo de que los derechos del niño y la obligación de los padres es desde la concepción, se hace necesario pensar una irretroactividad desde su concepción o embarazo. Siempre y cuando se compruebe que él padre tuvo conocimiento de su embarazo, bajo ésta perspectiva más futurista, debería de exigirse la aplicación de una fijación de cuota, con anterioridad a la reforma, en otras palabras contemplar cuotas anteriores a la resolución judicial o acto administrativo.

Aunque se puede afirmar, que se ha considerado que la reforma del Art. 260 y 261, ambos del Código de Familia,²²⁵ desgaja, por lo menos en la parte

²²⁴ Reformas al Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015).

²²⁵ Código de Familia.

teórica, con la posibilidad de evitar el pago de las cuotas alimenticias adeudadas con la ayuda que otorgaba la prescriptibilidad.

4.3. Proceso de aplicación en la fijación de cuota alimenticia, mediante sede administrativa

4.3.1. Recepción de la solicitud

Recibida la solicitud de cuota alimenticia a favor del solicitado, se procederá a citar a la parte requerida en su domicilio, para que comparezca; la cita deberá contener el lugar, día y hora señalados para la celebración de la conciliación y efectuarse mediante esquila por lo menos tres días hábiles antes de la fecha señalada para su celebración, bajo pena de nulidad.

4.3.2. Audiencia conciliatoria

Presente el solicitado y el demandado en la sede de la Procuraduría General de la República, se hace saber el motivo o razón de la cita, indicándosele sobre la conveniencia de resolver la problemática en forma amigable, invitándoles a que propongan fórmulas de arreglo y si no lo hicieren, el Colaborador Jurídico les puede proponer un arreglo.²²⁶

Alegatos verbales: dentro del desarrollo de la audiencia conciliatoria las partes son escuchadas con igual oportunidad de intervención, comenzando por la mujer en estado de embarazo y habiéndose discutido lo suficiente se dará por concluida la audiencia conciliatoria. Lograda la conciliación, se

²²⁶ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

consignará el acuerdo en Acta y se librarán los oficios y/o avisos correspondientes; si solamente comparece el citado se levanta una acta en la que se consigna dicha circunstancia y se hace un nuevo señalamiento para la comparecencia de ambas partes.

Si se presenta la parte solicitante y el citado no comparece, sin estar justamente impedido, ya sea por caso fortuito o fuerza mayor, se levantará Acta señalando fecha y hora, para la recepción de prueba y si se considera necesario se ordenará investigación Socio-económica, previa a resolver sobre la solicitud de alimentos, si ambas partes no comparecen a cualquiera de las citas, se procederá al archivo provisional del expediente, por un período de treinta días hábiles, y si ninguna de las partes comparecen a continuar el trámite, se resolverá sobre el archivo definitivo.

Sin embargo, si el demandado comparece y hace un ofrecimiento de cuota alimenticia, se consigna en un acta el ofrecimiento y se citará al solicitante a fin que se manifieste al respecto; de existir acuerdo, se levantará acta y se librarán los oficios y/o avisos correspondientes. De no existir acuerdo con la cuota ofrecida, se levantará Acta y se continuará con el procedimiento de Asignación Alimenticia Voluntaria, de conformidad a la legislación.²²⁷

4.3.3. Fijación de alimentos provisionales

Concluida la Audiencia Conciliatoria sin que exista acuerdo, se procederá a fijar Alimentos Provisionales, si se encuentra fundamento razonable al respecto. Sí se considera necesario, se ordenará la realización de investigación Socio-económica a efecto de determinar el grado de necesidad de los alimentos y la capacidad de pago del alimentante, pudiendo las partes

²²⁷ *Ibíd.*

oportunamente aportar las pruebas que juzguen necesarias, previo señalamiento de la fecha y hora para la presentación de las mismas.²²⁸

4.3.4. Recepción de pruebas

En la Audiencia de Conciliación se citan a las partes para realizar la recepción de las pruebas, la cual se hace con un Colaborador Jurídico del área de familia, el cual recibirá las pruebas y anexará al expediente, para luego mandarlas a un procurador de familia designado para el caso. Las pruebas a las que se refiere pueden consistir en recibos de servicios básicos, Facturas de Medicamentos, boucher de Supermercados, Constancia de Sueldo, Constancia de Carencia de Bienes.

4.3.5. Resolución de fijación de cuota alimenticia

Depurado el expediente se procederá a emitir la respectiva resolución dentro del término perentorio de ocho días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción de pruebas.²²⁹

4.3.6. Convenios y resoluciones

El procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la PGR, es de carácter administrativo y la resolución que se pronuncie es legalmente vinculante; no obstante, las partes interesadas podrán discutir sus obligaciones y derechos en los tribunales competentes conforme a la Ley. Mientras los tribunales competentes no pronuncien la sentencia respectiva, el convenio entre las

²²⁸ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

²²⁹ *Ibid.*, artículo 66.

partes y la resolución pronunciada administrativamente, continuarán siendo vinculantes, y en caso de mora seguirán teniendo fuerza ejecutiva, aún después de pronunciada la sentencia respectiva y se podrán ejecutar a solicitud de parte.²³⁰

4.3.7. Notificación

Las resoluciones pronunciadas de acuerdo al procedimiento que generen derechos son notificadas a las partes.²³¹

4.3.8. Efectos jurídicos de la resolución administrativa

Los convenios sobre alimentos celebrados ante el Procurador General de la República, y las resoluciones de la Procuraduría General de la República que fijen pensiones alimenticias tienen fuerza ejecutiva.²³²

4.4. Proceso de aplicación en la fijación de cuota alimenticia, mediante sede judicial

El Salvador, es el país latinoamericano que enfatiza de mejor manera la percepción de un derecho procesal de familia.²³³

La Ley Procesal de Familia, exige que toda persona que haya de comparecer al proceso debe hacerlo por medio de apoderado, salvo que dicha persona

²³⁰ *Ibíd.*, artículo 68.

²³¹ *Ibíd.*

²³² Código de Familia, artículo 263.

²³³ Diego Benavides Santos, "Tendencias del proceso familiar en América Latina", Barcelona, n. 1 (2006): 21.

estuviera autorizada para ejercer la procuración. Las personas de escasos recursos económicos podrán solicitar ser representados por el Procurador General de la República.

Para el reclamo del derecho de alimentos o fijación de una cuota alimenticia vía judicial existe un proceso regulado en la Ley Procesal de Familia, el cual es aplicable para este efecto, por lo que a continuación nos limitaremos a describir aspectos fundamentales del proceso en vía judicial.

4.4.1. Fijación de la cuota alimenticia

La ley establece los parámetros para la fijación de una cuota²³⁴ alimenticia, entre éstos: la necesidad, la cual no es objeto de comprobación, por ser algo inminente, por otra parte la capacidad de la persona que está obligada a proporcionarla, en este caso se debe valorar aspectos que giran alrededor del alimentante. *“En reiterados pronunciamientos hemos sostenido que los alimentos son prestaciones que tienden a satisfacer las necesidades del alimentado, entre éstos: sustento, vestuario, habitación, educación, salud y recreación. Que para el establecimiento del quantum se valora: a) La necesidad del alimentario; b) La capacidad económica, tanto del obligado alimentante como del otro progenitor que ejerce el cuidado del niño (a); y c) Las condiciones personales del alimentante, Arts. 247 y 248 C. F”.*

Además, se debe considerar el principio de proporcionalidad según Art. 254 C.F, en virtud del cual, los alimentos se deben de fijar objetivamente²³⁵, no como resultado de una simple operación matemática. *“Sin embargo, debe*

²³⁴ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 190-A-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008).

²³⁵ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 231-A-2007* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008).

tomarse en cuenta que para que pueda existir un pronunciamiento respecto de una pretensión deben de respetarse las garantías constitucionales ya establecidas, esto es un proceso constitucionalmente configurado (principio de debido proceso, derecho de defensa, principio de legalidad) es decir, que todas estas garantías quedan debidamente resguardadas aun cuando sea una pretensión conexas o accesorias, para que exista un debido pronunciamiento”.

Por lo que se hace necesario enfatizar, que el monto de una cuota alimentaria, no resulta ni puede resultar de una fórmula aritmética preestablecida, pues su fijación depende siempre del arbitrio judicial, circunscripto por una serie de circunstancias propias emergentes de cada familia.

Se hace la aclaración, que la proporcionalidad no es sinónimo de igualdad en el reparto de la obligación, de tal manera que, según las circunstancias; en el caso de alimentos para niños y adolescentes, su necesidad se presume, en tanto y en cuanto en principio no pueden proveerse por sí mismos los medios necesarios para su subsistencia; sin embargo ello no significa que el monto al que ascienden los gastos para satisfacer las necesidades también se presuma, el cual en principio debió ser sujeto a actividad probatoria por cada una de las partes. Uno de los criterios aceptados por la doctrina como por la jurisprudencia que a la falta de prueba sobre la capacidad económica del obligado alimentario²³⁶ se recurre a indicios derivados de su status de vida, preparación académica. Pero, cuando se fija una cuota alimenticia en base al Art. 254 C.F.,²³⁷ esta cuota de ninguna manera significa que sea la cuota

²³⁶ Gustavo León Jaramillo, *Derecho de Familia y de Menores*, 3ª ed. (Colombia: Universidad de Antioquia, 226), 151.

²³⁷ Código de Familia de El Salvador.

mínima, interpretación que no tiene ningún asidero en la ley, sino que representa la cuota legal alimenticia, la única valedera entre alimentante y alimentario, mientras las condiciones de necesidad y de capacidad para otorgar los alimentos, continúe siendo iguales.

4.4.2. Forma de pago y cumplimiento de la cuota alimenticia

Dentro del proceso judicial existen diversas alternativas para el pago y consecuente cumplimiento de la cuota alimenticia;²³⁸ así en caso de que se acuerde entre las partes, la cuota alimenticia será descontada del salario del alimentante, se libra el correspondiente oficio al lugar de trabajo del mismo, para que se le haga la retención acordada. Si se pacta que la cuota alimenticia será depositada en la Sección Control de Depósitos de la Procuraduría, se avisa a la misma para que se sirva recibir del alimentante la cantidad fijada y posteriormente le sea entregada al alimentario. En caso de que el alimentante se comprometa a depositar mensualmente en la Sección Contable la cuota alimenticia para que sea retirada por el alimentario y el obligado o alimentante no cumple, se comprueba el mismo con un estado de cuenta expedido por el Jefe de la Sección Contable en el que consta la cantidad adeudada y éste documento basta para que se ordene a la persona encargada de efectuar el pago del salario al demandado, se sirva retener la cuota alimenticia a la que se encuentra obligado y posterior a ello la remita a la Sección Contable de la Procuraduría.

Esta forma de pago por medio del sistema de retención no se aplica solamente en caso de incumplimiento de la obligación alimenticia, sino también cuando el pago de la misma no se encuentra enteramente

²³⁸ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 48-A-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

asegurado, o sea, cuando se considera por parte del Jefe del Departamento que la cuota no está siendo pagada con entera regularidad.

La forma de ordenar la retención por parte del Jefe del Departamento es por medio de un oficio, en el cual se le solicita al encargado de hacer efectivo el salario del demandado, retenga a partir de una fecha determinada y así sucesivamente, la cantidad de dinero equivalente a la cuota alimenticia ya fijada y remitirla posteriormente a la Sección Contable de la Procuraduría General de la República, a nombre del Señor Procurador General de la República para posteriormente ser entregada al interesado cuando el pagador, gerente, propietario, se niega sin causa justificada a hacer efectiva la mencionada retención, se puede proceder penalmente contra él, acusándolo de desobediencia según lo tipifica el Artículo 455 del Código Penal, que en su primer inciso dice: *"El que desobedeciere una orden dictada conforme a la ley y emanada de un funcionario o autoridad pública en el ejercicio de sus funciones será sancionado con prisión de tres a nueve meses"*. En los casos mencionados, se nota la intención del legislador de permitir libertad a las partes para que el monto de la cuota sea fijada de mutuo acuerdo, considerando las necesidades del alimentario, así como las posibilidades económicas del alimentante, brindándoles las facilidades para que la cuota alimenticia sea efectivamente pagada, con el fin de que no haya excusa que justifique su incumplimiento.

4.4.3. Forma de hacer efectiva la cuota alimenticia vía judicial

a) Depósito en Cuenta Bancaria: El demandante abre una cuenta bancaria,²³⁹ primero es en forma voluntaria y se ponen de acuerdo a qué

²³⁹ Cámara de Familia, Sentencia de Apelación, Referencia: 231-A-2007.

altura del mes y la manera. Pero también se hace de forma obligatoria. Otro puede ser cuenta corriente. *“Haciéndose efectiva la misma por medio de depósitos en cuenta bancaria que se encuentra aperturada y en la cual la madre recibe lo que le deposita el demandado correspondiente a su contribución alimenticia”.*

b) El Sistema de Retención: Se hace la retención de salario a la demandada, cuando esta no deposita el dinero en la cuenta bancaria voluntariamente, entonces se realiza la retención mensualmente que se efectúa sin el consentimiento de esta. Art. 264 C.Fm.

4.5. Medidas para el cumplimiento de la obligación alimenticia en El Salvador

Los funcionarios judiciales dictan resoluciones nominalmente encaminadas a ordenar la constitución de un derecho que lleva implícito el aseguramiento efectivo de una medida de protección o cautelar para asegurar la efectividad de una eventual sentencia. En este sentido, la doctrina ha establecido lo siguiente: *“Se impone de tal suerte el dictado de veloces resoluciones preventivas o cautelares para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis, y para ello, el mantenimiento, o en algunos casos, la alteración de los estados de hecho y de derecho vigentes, de modo que el pronunciamiento de la sentencia definitiva que habrá de sobrevenir con una declaración de certeza en cuanto a la existencia o inexistencia del derecho reclamado, pueda resultar de cumplimiento posible o llegue cuando la misma todavía reviste algún interés para el justiciable”.*²⁴⁰

²⁴⁰ Jorge L. Kielmanovich, *Juicio de Divorcio y Separación Personal*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002), 54.

4.5.1. Medidas cautelares

La jurisprudencia ha sostenido que las medidas cautelares o precautorias son: “la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retraso de la misma.”²⁴¹

Las medidas cautelares dictadas en procesos de alimentos u otros juicios conexos deben ser mecanismos jurídico-procesales orientados a permitir el eficaz funcionamiento de la justicia. Con lo que se pretende hacer compatibles las exigencias básicas de la justicia; frente a hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares permiten conjugar las ventajas de la rapidez con la ponderación y la reflexión *en la solución de las cuestiones*.²⁴²

En sentencia de apelación la Cámara de Familia, también ha sostenido que; *“Las medidas cautelares deben entenderse como una mera enumeración, porque las que surgen de los textos legales no agotan la extensa gama de posibilidades de protección que se pueden brindar desde la jurisdicción a las víctimas de violencia familiar. Únicamente a las medidas cautelares genéricas, especialmente de índole económica se les aplica el plazo perentorio, en cambio, con relación a las de protección de personas, el juez en cada caso específico debe fijar el plazo de duración que considere idóneo para mejor salvaguardar el derecho del beneficiario, sin que se lo haya establecido a priori y sin que resulte ineludible la promoción de un proceso.*

²⁴¹ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 149-A-2011* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

²⁴² Juan Montero Aroca, *Manual de Derecho Procesal Civil juicio ordinario*, (Valencia: Magna Terra, 1998), 510.

*Esta diferencia es razonable porque en cuestiones de familia las decisiones no pueden tomarse repentinamente, sino que en la mayoría de los casos va precedida de un tiempo de examen, reflexión e, incluso, de intentos por conciliar extrajudicialmente los intereses de las partes. De ahí que el plazo establecido para la duración de ambas clases de medidas resulta absolutamente exiguo para concretar ese proceso de maduración”.*²⁴³

4.5.1.1. Anotación preventiva

La jurisprudencia salvadoreña ha sostenido que: *“La anotación preventiva de la demanda es una especie de medida cautelar, en los procesos familiares en los que se ventila una pretensión de contenido económico, y específicamente en los procesos donde es controvertida la cuantía de alimentos o su modificaciones procedente decretar la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda, previa petición de parte, como se deduce de los Arts. 265 C.F. y 124 lit. d) L.Pr.F., luego de haberse acreditado los presupuestos de procedencia de la misma como se ha determinado anteriormente”.*²⁴⁴ También la anotación preventiva, tiene un elemento teleológico que es dar noticia de la existencia de una litis en lo que puedan existir eventuales consecuencias económicas en contra del propietario, cuya finalidad es inmovilizar jurídicamente bienes muebles e inmuebles determinados, limitando temporalmente el ejercicio del derecho de libertad contractual y de disposición de bienes, para proceder a la ejecución de un derecho de crédito.²⁴⁵

²⁴³ Sala de lo Civil, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales 2002-2003, Referencia: 7-CAM-2008* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008), 29 y 30.

²⁴⁴ Cámara de Familia, *Sentencia de Apelación, Referencia: 149-A-2011*.

²⁴⁵ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 1-A-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

4.5.1.2. Restricción migratoria

La restricción migratoria en El Salvador, se encuentra regulada en el Art. 258 del Código de Familia que dice *“El Tribunal de Familia, de Paz o el Procurador General de la República a petición de parte, podrá ordenar que una persona obligada al pago de alimentos provisionales o definitivos, por sentencia, resolución administrativa o convenio, no pueda salir del país mientras no caucione previa y suficientemente dicha obligación. La resolución por medio de la cual se ordene la restricción migratoria deberá ser emitida dentro de las veinticuatro horas siguientes a la prestación de la solicitud”*.²⁴⁶

Dicha norma que trata de la restricción migratoria, es de carácter cautelar y pretende asegurar el cumplimiento de la obligación; por supuesto para su aplicación se requiere que se reúnan los presupuestos procesales básicos de toda medida cautelar, tales como la apariencia del buen derecho y peligro en la demora como antes se ha sostenido.

Esta medida de restricción migratoria, ha sido planteada por la jurisprudencia salvadoreña, como aquella que puede aún imponerse de oficio por el juzgador, aunque no se haya solicitada a petición de parte, todo para salvaguardar los derechos de los niños y niñas, en base a los principios rectores de la legislación familiar. Esta restricción migratoria puede ser ordenada aun administrativamente, para el caso el Procurador General de la República, cuando se ha establecido una cuota provisional o definitiva de alimentos para efectos de garantizar la medida y evitar el incumplimiento de dicha cuota alimenticia de los progenitores.²⁴⁷

²⁴⁶ Código de Familia.

²⁴⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 89-A-2010* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

4.5.1.3. Embargo de obligaciones alimenticias

Embargo preventivo: La procedencia del embargo preventivo, según la doctrina, se da en dos supuestos; el primero se genera por el incumplimiento de la cuota alimenticia fijada mediante sentencia condenatoria o convenio homologado judicialmente; y el otro presupuesto procede cuando se acredita o se aportan elementos que hacen presumir que el alimentante planea insolentarse desprendiéndose de bienes que componen su patrimonio a los efectos de incumplir con la cuota fijada y por lo tanto haciéndose ilusorio el derecho del alimentado; y también en caso de que se pruebe la intención de abandonar el país.²⁴⁸

Embargo Ejecutivo: En relación al embargo ejecutivo sostiene Lagomarsino y Uriarte que: *“Si no se ha cumplido con la obligación alimentaria fijada en la sentencia, el alimentado deberá intimar en forma judicial al deudor para que cumpla con dicha obligación”* por lo que dictada la sentencia de la obligación alimenticia si el alimentante no cumple, el alimentado debe iniciar la ejecución del embargo en salarios.²⁴⁹

4.5.1.4. Garantía hipotecaria

El objetivo de esta medida, es asegurar el cumplimiento de cuotas futuras del progenitor que ha sido condenado por el juez, las cuales pueden ser garantías prendarias e hipotecarias así lo ha establecido la jurisprudencia salvadoreña ante un posible incumplimiento de la sentencia de la obligación de alimentos y evitar así que los hijos queden en total situación de desamparo por el progenitor, aunque este es un proceso larga para

²⁴⁸ Claudio Alejandro Belluscio, *Incumplimiento alimentario respecto de los hijos menores*, (Buenos Aires: La Rocca, 2006), 47.

²⁴⁹ Lagomarsino, *et. al.*, Juicio de Alimentos Procesos Civiles, 233.

efectivizarlo, pero se tiene garantizados los alimentos. Y además brindan mayor seguridad en el cobro de la cuota ante un eventual incumplimiento del obligado, es de mejor resultado que la caución personal ya que los bienes inmuebles siempre mantienen su valor económico y tienen prioridad registrar los bienes inmuebles cuando han sido inscritos a favor del alimentado.²⁵⁰

En el artículo 258 del Código de Familia, respecto a la medida cautelar de restricción migratoria, se establece que la persona obligada no podrá salir del país, mientras “no cauciones previa y suficientemente dicha obligación”, dicha regla puede tomarse en cuenta para el resto de medidas cautelares, reguladas por dicho cuerpo normativo; no obstante, dicha norma jurídica no establece explícitamente que debe considerarse por tales términos, pero la jurisprudencia ha determinado que existen ciertas medidas legales para poder ser decretada la constitución de dicha garantía hipotecaria.²⁵¹

4.5.1.5. Garantía personal o caución personal

La caución es la seguridad dada por una persona a otra de cumplir lo convenido o pactado; aún sin el concurso espontáneo de su voluntad. La caución puede ser una garantía personal como la fianza o una real como la prenda o hipoteca. El objetivo de la caución en los juicios de alimentos es asegurar el fiel cumplimiento de la obligación alimenticia, por tanto, es una especie de medida cautelar, que como tal requiere que se reúnan las condiciones esenciales: peligro en la demora y apariencia del buen derecho,

²⁵⁰ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 175-A-2005* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006).

²⁵¹ Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 111-A-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007).

además por su naturaleza puede ser decretada incluso oficiosamente por el juzgador.²⁵²

Se trata de asegurar el pago de una prestación económica que se impuso en la sentencia. Con respecto a este tipo de fianza se considera que en la práctica será difícil que alguien ajeno al entorno familiar se quiera obligar, al eventual pago de la misma, por lo que si se quiere garantizar la obligación alimentaria en forma personal, es más accesible a comprometerse alguien que integra el entorno familiar y de preferencia serán los abuelos.

En relación a la garantías, deben de preferirse las garantías reales a las personales, ya que la persona que presta su fianza, a la fecha del convenio puede ser solvente, más a la hora de la ejecución su patrimonio, debido a innumerables circunstancias, pudiera haber disminuido o hasta desaparecido. En cambio las reales tienen la ventaja de que al depender de un bien, su valor se mantendrá.

4.5.2. Sanción penal por incumplimiento de cuota alimenticia

El Código Penal,²⁵³ en el artículo 201, regula la figura de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Económica que establece; *“Toda persona sujeta al pago de la obligación alimenticia en virtud de sentencia definitiva ejecutoriada, resolución de la Procuraduría General de la República, convenio celebrado ante ésta o fuera de ella, que deliberadamente la incumpliera, será sancionada de veinticuatro a cuarenta y ocho fines de semana de arresto.*

²⁵² Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 25-A-2006* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006).

²⁵³ Código Penal.

Si, para eludir el cumplimiento de la obligación alimenticia ocultare sus bienes, los enajenare, adquiriera créditos, simulare enajenaciones o créditos, se trasladare al extranjero o se ausentare sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de la obligación alimenticia o realizare cualquier otro acto en fraude al derecho de sus alimentarios, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio de la autoridad parental por el mismo período.

En ambos casos la persona encontrada culpable deberá cumplir con un curso de Paternidad y Maternidad Responsable, desarrollado por la Procuraduría General de la República o las instituciones públicas o privadas que ésta determine.

La acción penal para los casos del inciso primero del presente artículo, sólo podrá ser ejercida una vez se haya agotado los mecanismos administrativos en materia de derecho de familia.²⁵⁴

Lo que pretende la normativa penal, es castigar la irresponsabilidad que existe por parte de los padres o los legítimamente obligados, de prestar la debida asistencia alimentaria, garantizando el goce de este derecho a los alimentarios, y no menoscabar el derecho que les asiste.

Al incumplirse la obligación alimenticia los sujetos obligados al pago de la cuota alimenticia, pueden ser demandados mediante el proceso de familia, o proceso penal, este último a partir de que dicha incumplimiento constituye ser un hecho ilícito, pudiendo ser sometido en todo caso a una sanción penal determinada. En tal caso, el progenitor realiza deliberadamente el incumplimiento, ya que, conociendo la obligación alimenticia y pudiendo

²⁵⁴ Ibid.

cumplirla, elige conscientemente no hacerlo. Siendo esencial que el incumplimiento del alimentante se refiera a una prestación establecida en una sentencia o en convenio.

Éste delito es de pura omisión, pues la conducta se contrae a un no hacer, y es de peligro abstracto, por resultar innecesaria la existencia de una efectiva indigencia. No se requiere en este delito acreditar que la conducta omisiva ha privado a la víctima de los medios indispensables para su subsistencia, así lo sostiene la jurisprudencia salvadoreña.

También se caracteriza por su permanencia y continuidad, porque es necesario que la omisión de proveer los medios necesarios para la subsistencia, se prolongue en el tiempo, ya que con solo una omisión no basta, requiere también de otros elementos como el dolo directo ya que exige la ley que el incumplimiento sea deliberado. Siendo los sujetos activos los progenitores quienes se encuentran unidos con el sujeto pasivo que es el hijo por la filiación.

Con relación a dicha medida, se hace el siguiente análisis jurisprudencial:

De conformidad a la Sentencia 356-P-12,²⁵⁵ procedente de la Cámara de la Cuarta Sección del Centro, de Santa Tecla, departamento de La Libertad, a las doce horas y treinta minutos del día veintiocho de enero de dos mil trece. En relación a la apelación de la Sentencia Definitiva Condenatoria, pronunciada a las quince horas con cuarenta minutos del día veintiocho de septiembre del año dos mil doce, por el Licenciado Delfino Parrilla Rodríguez, Juez Propietario del Tribunal de Sentencia de La Libertad; en el

²⁵⁵ Cámara de la Cuarta Sección del Centro, *Sentencia Condenatoria, Referencia: 356-P-2012* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

proceso penal, instruido en contra del imputado; por atribuírsele el delito calificado definitivamente como de *“incumplimiento de los deberes de asistencia económica”*, tipificado y sancionado en el artículo 201 del Código Penal, en perjuicio de los Derechos y Deberes Familiares de su hija.

Se ha concluido, que en dicha sentencia se vulnera el principio de proporcionalidad, por la razón que no se tomó en cuenta las situaciones que se alegan en el recurso como son: que el imputado no tiene trabajo estable, que el imputado desde hace nueve años está fuera del sistema laboral, no se tomó en consideración el estudio social en el cual se expresa que el imputado no tiene ingresos.

Por lo tanto, la conducta del demandado por alimentos, no ha sido deliberada la conducta de incumplimiento de sus obligaciones, por lo que no se cumple con el presupuesto o requisito de la capacidad económica frente a los deberes de asistencia económica. Consideramos que el recurso debió haber sido admitido y en consecuencia revocada la sentencia condenatoria de treinta fines de semana de arresto y la condena de responsabilidad civil en abstracto.

Si bien es cierto, existe la necesidad de parte su hija, pero no se puede exigir obligaciones que no están al alcance del alimentario para cumplir con la obligación, por encontrarse en desempleo o en una incapacidad física, donde no pueden ingresar al sistema laboral.

Tomando en cuenta estos casos, es que en la presente investigación planteamos la necesidad que exista una subsidiariedad por parte del Estado, aunque no sugerir el impago de la cuota establecida por parte del obligado, sino que dentro del presupuesto estatal exista un cifrado para una cuota que

cumpla las necesidades más básicas, a causa de aquellos que por incumplimiento del pago de alimentos, por las razones antes expuestas, son sometidos a un proceso penal, perdiendo hasta su libertad ambulatoria.

4.6. Parámetros legalmente establecidos para la fijación de cuota alimenticia

La Constitución de la República,²⁵⁶ normativa del cual depende el ordenamiento jurídico secundario del país, en la Sección titulado Derechos Sociales, específicamente en los artículos 32 y siguientes, se concibe el Estado, como garante de los derechos familiares, siendo el ente soberano que establece las normativas y políticas de protección a la familia y de los menores; así como también tiene la obligación de crear los organismos y servicios necesarios, promoviendo la igualdad jurídica de los cónyuges, entendida ésta como la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges, al considerar a la familia como base de la sociedad.²⁵⁷ Bajo ésta concepción, se parte el derecho a alimentos y los referidos parámetros.

4.6.1. Capacidad del alimentante

Los elementos que son incorporados para una adecuada determinación de posibilidades o capacidad de pago, ya sea en dinero o en especie; en cumplimiento de las obligaciones alimentarias, son los parámetros que dicha autoridad utiliza para orientar la decisión al momento de fijar una cuota.

²⁵⁶ Constitución de la República.

²⁵⁷ Nelly Cristina Funes Chávez, *et al.*, "Parámetros que inciden en los Fallos Judiciales al fijar la Cuota de Alimentos de los menores de dieciocho años, en la normativa de Familia Salvadoreña" (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2015), 28.

Dichos parámetros; como medios orientadores, deberá la autoridad administrativa o judicial, aplicarla de conformidad a la naturaleza de la proporcionalidad, la seguridad jurídica, igualdad y como ente garante de los principios regulados en la carta magna.

En cuanto a la capacidad económica del alimentante, se refiere a todos los recursos pecuniarios con los que cuenta; honorarios, horas extras, sus ganancias, rentas o algunas veces pensiones de las que se encuentre gozando. Por lo tanto, al momento de fijar una cuota alimenticia proporcional, debe de tomarse en cuenta factores de índole económico y social, ya que estas exigencias de alimentos, en ningún momento deberán de ir en desmejora o en detrimento de los derechos del patrimonio y condiciones mínimas económicas y de subsistencia del alimentante.

En consecuencia, se ha tomado como precedente importante en el desarrollo de los alimentos la sugerencia que hace; *Eduardo A. Zannoni*, que la fijación de una cuota alimenticia “*se atenderá a la condición y fortuna de los miembros de la familia, tareas y roles que los padres desempeñan*”.²⁵⁸

¿Cuáles podrían ser posibilidades reales del alimentante? según entrevista realizada al licenciado Julio Meléndez Villeda, defensor público de familia de la Procuraduría General de la República, manifestó que: “*históricamente, la cultura de nuestro país, es “mentir” o dar poca información, en resguardo de los intereses del alimentante. Es evidente que cada caso tiene sus especialidades o variantes, por lo tanto dicha fijación se hace de acuerdo a las condiciones de vida que tienen. (Sic)*

²⁵⁸ Bossert, *et. al.*, Manual de Derecho de Familia, 52.

Existen casos que se ha obtenido la experiencia de presenciar fijaciones de la cantidad de \$5,000 y hasta algunos casos de \$40 dólares mensuales, en el primer caso se refiere a una persona millonaria, en el segundo caso de acuerdo a la proporcionalidad fue de acuerdo a las posibilidades del alimentante.(Sic)

Cuando se menciona que existe una cultura de mentir, es por el hecho que la mayoría de veces por ejemplo, la madre se presenta y menciona que su esposo o el padre de su hijo, obtiene mensualmente un salario de cierta cantidad y al emplazar a la otra parte, alega tener ingresos inferiores, por lo que es necesario hacer solicitud de constancias o cuentas bancarias para verificar su veracidad.

Aunque muchas veces ciertas empresas han incurrido a elaborar documentos con contenido falso, reflejando un delito, que nosotros como defensoría de derecho de familia, no tenemos la facultad de acusar de oficio por dicho delito, pero sugerimos a la interesada a que ejerza sus derechos y denunciar estos casos a la autoridad competente”. (Sic)

Sigue manifestando, “que las posibilidades reales que un alimentante podría tener y poder fijar una cuota proporcional, se logra luego de buscar los medios idóneos que determine la capacidad, para cuantificar lo posible y no desmejorar la subsistencia del mismo alimentante”. (Sic)

“Estos medios idóneos o elementos que orientan una fijación de cuota adecuada y proporcional dependiendo del caso, podría considerarse una de ellas las constancias salariales, registros de propiedades, obligaciones familiares de las que dependa, estatus social del alimentante, incluso algunas veces la imagen del alimentante, vestimenta, joyas entre otros; es

relevante para una fijación, aunque algunas veces es muy subjetivo las consideraciones pero vinculantes”. (Sic)

En virtud de lo anterior, uno de los parámetros regulados para la fijación de una cuota alimenticia, se encuentra estipulado en el Código de Familia específicamente en el Art. 254²⁵⁹ que prescribe; *“Los alimentos se fijarán por cada hijo, sin perjuicio de las personas establecidas en el Art. 251 del presente Código, en proporción a la capacidad económica de quien esté obligado a darlos”*. En dicho artículo nos manifiesta un parámetro que la autoridad competente debe de hacer uso al momento de fijar una cuota, el cual deberá de considerar la capacidad económica que éste tiene y las obligaciones familiares con las que cuenta, en relación a esto último de manera integral, relacionamos el Art. 139 Literal b) de la Ley Procesal de Familia²⁶⁰, que prescribe; *“El Juez de oficio ordenará la práctica de las pruebas necesarias para establecer la capacidad económica del demandado”*. En conclusión a esto último, hacer mención que la legislación en materia de familia, ha establecido ciertas medidas con el único fin de asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones en beneficio de las partes intervinientes.

4.6.2. Necesidad del alimentario

El presente parámetro, implica cierta aplicación de principios y garantías que la autoridad competente deberá hacer uso para la adecuada fijación de una cuota y un estricto cumplimiento de las obligaciones en beneficio del alimentario, incluso será necesario hacer mención sobre las medidas que

²⁵⁹ Código de Familia.

²⁶⁰ Ley Procesal de Familia.

son implementados por el juzgador para no encontrarse en detrimento de los intereses del menor.

Es lógico que se piense que la utilización de éste parámetro, vaya encaminado a atender las necesidades del niño, condición social en la que ha vivido, hábitos culturales, educación, salud, vestuario, vivienda y recreación del niño, entre otros, con la finalidad de un adecuado desarrollo psíquico social, físico y moral.

La necesidad del alimentario, se entiende como el estado de indigencia o insolvencia que impide la satisfacción de los requerimientos alimentarios para la sobrevivencia integral humana que en lo esencial conlleva alimentos, vivienda, vestuario y educación. Sin embargo, para el caso en estudio, los hijos menores de edad que desean pedir judicialmente alimentos no deben probar su necesidad, lo anterior debido a que el deber de alimentarlo está impuesto legalmente como una consecuencia de la autoridad parental; por tal razón durante la minoridad rige la obligación asistencial emergente de la autoridad parental, por lo que al fijar la cuota de alimentos únicamente se probará la capacidad económica del alimentante. Y en caso que quienes pidan alimentos sean los hijos mayores de edad, estos si deben comprobar su necesidad según lo regula el código de familia.²⁶¹

Dicho lo anterior, según entrevista realizada al Licenciado Julio Meléndez Villeda, defensor público de familia de la Procuraduría General de la República, manifestó que: *“La legislación en cuanto a regular la protección a ciertos derechos fundamentales de los niños es obsoleta, y como resultado desproporcional. A tal grado que al Órgano Judicial de nuestro país, lo único*

²⁶¹ Funes., *et al.*, “Parámetros que inciden”, 50.

que le interesa y garantiza es que el niño coma, se vista y calce, ni si quiera ir a la escuela; por ejemplo, la recreación es lo que menos se observa y tampoco existe un precepto normativo en nuestra legislación de familia que regule dicho acto, la recreación debería de ser parte esencial para el sano esparcimiento y desarrollo psíquico social del niño, ahora con mucha más razón por la violencia que el país vive”. (Sic)

“Por otra parte, es un desorden institucional no poder garantizar el cumplimiento de la obligación de pagar, dar alimentos adecuados y suficientes al niño, por ejemplo las personas que perciben dinero pero no bajo el sistema de panilla,

¿Cómo se realiza la retención? A cambio de ofrecer medidas o alternativas en beneficio de las partes, se afectan los derechos implementando medidas desproporcionadas con las supuesta esperanza que se pueda hacer cumplir las obligaciones alimenticias, por ejemplo un taxista, que se atrasó por causa justificada en el pago, y la madre se queja por dicho incumplimiento, el juez en la vestidura y la facultad que le otorga el Código de Familia; como medida no le extienden o le renuevan la Licencia de Conducir. (Sic)

Analizado lo anterior, definitivamente se ha determinado que sus ingresos los realiza trabajando en un taxi y le quitamos la licencia, va a poder trabajar en esas condiciones? Al igual como otros que se aplica esa misma medida como a viajeros de carga en Centro América y no le extendemos Pasaporte por no estar solvente, otro caso el de un vigilante de una empresa privada; lo limitamos a la licencia de portación de arma de fuego. (Sic)

Esta serie de situaciones, lastimosamente están sucediendo en nuestras prácticas jurídicas y en lo personal, son medidas desproporcionales y

demasiado excesivas. En consecuencia, la mayoría de veces imposibilita el cumplimiento del pago de una cuota alimenticia”. (Sic)

Es de carácter necesario, para orientar una adecuada decisión del juzgador los elementos que son ofrecidos por la trabajadora social y por equipo disciplinario, el cual en sus investigaciones, remite parámetros o elementos que guía la capacidad del alimentante y la real necesidad que el niño tiene, la vulnerabilidad que dicho niño podría tener, en caso que se aplique de manera inadecuada los alimentos y contrario al principio de proporcionalidad prescrito en el Art. 254 del Código de Familia.²⁶²

Toda orientación o parámetros que el juzgador aplique, debe de ser en el entendido de garantizar el principio de interés superior del niño, de conformidad al Art. 12 LEPINA, que prescribe; *“En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías”*.²⁶³

4.6.3. Sana critica

La sana critica, estrictamente no es un parámetro para determinar y aplicar una adecuada fijación de una cuota, pero de acuerdo a su razón de ser, es el sistema de valoración de prueba, que el juez aplicará a estos parámetros para dictar una justa, proporcional y adecuada cuota alimenticia, basados

²⁶² Ley Procesal de Familia.

²⁶³ LEPINA.

principalmente del orden lógico, ético y de la experiencia de la vida del juez, esto último, como el conjunto de juicios adquiridos a través de la práctica judicial y la lectura continua sobre aspectos meramente doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema que se está planteando.

El autor Manuel Osorio, quien al referirse a la Sana Crítica manifiesta que *“frente a la absoluta libertad del Juzgador para apreciar y valorar las pruebas y también frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge el sistema intermedio y más extendido, el de la Sana Crítica, que deja al Juez formar libremente su convicción, pero obligándole a establecer los fundamentos de la misma. En la libre convicción, entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos; en la Sana Crítica el juicio razonado”*.²⁶⁴

Este sistema, considerado aspecto fundamental para dirimir una decisión, está integrado por parámetros llamados factores indirectos,²⁶⁵ tales como: La lógica, experiencia entre otros, pero con entusiasmo de manera novedosa podrían considerarse como parámetros no contemplados en la ley. Haciendo un entre paréntesis, los parámetros contemplados en la ley son llamados factores directos.²⁶⁶

Los factores indirectos, deben de acercarse a la realidad, interpretar la prueba de manera justa y proporcional, excluyendo en su totalidad actos arbitrarios o decisiones fuera del contexto normativo y de la realidad social, además se apoya de las resoluciones del equipo multidisciplinario y las

²⁶⁴ Laura Elizabeth Mejía Contreras, *et. Al.*, “Aplicación de los Sistemas de Valoración de la Prueba en el Código de Procedimientos Civiles y en el Código Procesal Civil Y Mercantil de El Salvador”, (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2009), 84.

²⁶⁵ Funes, *et al.*, “Parámetros que inciden en los Fallos Judiciales”, 42.

²⁶⁶ *Ibid.*, 58.

investigaciones realizadas por los trabajadores sociales, que son los elementos que el juez valorará y que orientará su decisión.

Ejemplo de lo anterior, la capacidad de alimentante se determina con una constancia salarial, emitida por la empresa para la que trabaja, ¿pero en el caso que sea manipulada? De acuerdo a la lógica y experiencia del juez emitirá autos que exijan su veracidad. Según entrevista realizada al Equipo Multidisciplinario de la Procuraduría General de la República del departamento de Derecho de Familia.

Manifiesta que los parámetros que otorgan a los juzgadores son elaborados bajo los criterios de la situación social y económica de los padres, específicamente los parámetros de ingresos, egresos y necesidades del niño. En conclusión, a falta de elementos que gozan de credibilidad, se utiliza informes descriptivos y de análisis objetivos.

CAPITULO V
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, QUE SE UTILIZA PARA
LIMITAR DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS AL RÉGIMEN
ALIMENTICIO, SEGÚN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA, EN
COMPARACIÓN CON LAS UTILIZADAS EN LAS LEYES DE ESPAÑA Y
CHILE

En este capítulo se aborda la legislación extranjera de dos países, los cuales son: España y Chile, con el objetivo de hacer una comparación de la normativa de estos países y saber cómo se regula el principio de proporcionalidad en la aplicación del régimen Alimenticio y poder hacer un análisis de acuerdo al estudio de la normativa de la legislación salvadoreña referente al tema. Para verificar si existe similitud, un mayor desarrollo o un subdesarrollo en las normas de estos dos países en relación a la legislación de El Salvador, e incluso determinar si la legislación es una de las más completas en el tema. También, dentro del capítulo, además del estudio y comparativa de la norma, haremos énfasis en trato y convenios internacionales, relativos al principio de proporcionalidad y los derechos de alimentación de acuerdo a los estándares internacionales.

5.1. España

Éste es uno de los principales países Europeos que reconoce en su Código Civil la Obligación Alimenticia, así como países Latinoamericanos incluyendo el nuestro. A nivel Europeo; España, fue el primer País que dedico un título especial a la prestación alimenticia.²⁶⁷

²⁶⁷ Oscar Roberto Quinteros Espinoza, *et. al.*, “Teoría y Práctica de las Cuotas Alimenticias Impuestas por la Procuraduría General de la Republica, Análisis Jurídico Social” (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1991), 190.

En España, no existe un Código de Familia que regule de forma específica la materia de familia, siendo el Código Civil Español, que regula todas aquellas instituciones relacionadas al derecho de familia, por lo que contempla las relaciones existentes entre padres e hijos, además, regulando que los padres, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Según el artículo 139, se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

En el artículo 39 de la Constitución Española, establece que; *“a) Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. b) Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. c) Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. d) Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.²⁶⁸

Esta norma cubre diversos aspectos como son la protección a la familia en general, los hijos y a las madres, los deberes asistenciales derivados de la paternidad, y la protección de la infancia conforme a los acuerdos internacionales; pero es evidente que lo que tiene mayor relevancia son la protección de los hijos y la maternidad.²⁶⁹

²⁶⁸ Constitución Española (España, Congreso de los Diputados y el Senado, 1978), <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

²⁶⁹ *Ibíd.*, artículo 39. Esta norma cubre diversos aspectos como son la protección a la familia en general, los hijos y a las madres, los deberes asistenciales derivados de la paternidad, y

El Código Civil de España,²⁷⁰ determina la obligación alimentaria entre ascendientes y descendientes en toda la extensión de la línea recta. En la relación paterno-filial normalmente, los alimentos se consideran un derecho de los hijos y un deber de los padres en el Art. 154 que establece que; *“Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica”*.

Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarles y procurarles una formación integral.

En el artículo 42 del Código Civil español, entiende que los alimentos comprenden lo indispensable para sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista, como los gastos que demandan el embarazo y el parto en cuanto no están cubiertos de otro modo. Si se analiza dicha disposición, vemos que comprende las dispensas de toda clase de cuidados materiales y morales, la ley impone especial cuidado en el ejercicio de las funciones o potestades que confiere, en la esfera personal; por ello cuando la disposición dice tenerlos en su compañía significa que el hijo o hija necesita una relación interpersonal continuada que supone la comunidad de vida y vivienda. Es importante destacar que tanto la legislación Española antes mencionada como nuestra legislación, tienen en común que regulan la protección económica de la familia en todas sus formas es decir; cuando son familias desintegradas y los hijos se encuentran como un grupo vulnerable. En consecuencia, gozan de la protección del

la protección de la infancia conforme a los acuerdos internacionales; pero es evidente que lo que tiene mayor relevancia son la protección de los hijos y la maternidad.

²⁷⁰ Código Civil de España (España: Ministerio de Gracia y Justicia, 1889). <http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

Estado porque a veces el padre que se queda de encargado de los hijos, no pueden solos seguir un ritmo de vida que tenían cuando era la familia integrada, también se destaca que los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio en el artículo 42 del Código Civil Español, establece que el concepto de alimentos es amplio y comprende lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción alimentaria, como los gastos del embarazo y del parto, lo que tiene relación con nuestra Constitución en el artículo 1, que se reconocen los derechos de la persona desde su concepción, y en el artículo 211 del Código de Familia y el artículo 5 de la LEPINA.

En el análisis del artículo 247 del Código de Familia, en relación del artículo 139 del Código Civil Español, se ha encontrado que el concepto de alimentos es igual, porque toma en cuenta: a) Derecho al sustento, b) derecho a habitación, c) Derecho al vestido, d) Derecho a la Salud; si se hace una comparación de estos dos artículos que desarrollan el concepto de derecho de alimentos, se verifica que los elementos son los mismos, incluso, en el mismo orden como se ha descrito anteriormente. En El Salvador, en el artículo 254 del Código de Familia, existe un elemento que es importante y que no se encuentra en la legislación Española, con relación a establecer en concreto las cuotas alimenticias, ese elemento es la proporción a la capacidad económica de quien esté obligado a darlos y la necesidad de quien los pide. Éste artículo es un parámetro para evitar la imposición de cuotas alimenticias en forma arbitraria, ya que se tiene que tomar en cuenta la condición personal de ambos y las obligaciones familiares del alimentante.

En el artículo 154 del Código Civil Español, establece que los hijos no emancipados, tienen derecho de alimentos en todos los aspectos, no se finaliza a los dieciocho años edad, de igual forma el artículo 211 del Código

de Familia del país, establece que; después de los dieciocho años de edad tienen derecho alimentario siempre que se establezcan algunas condiciones especiales siempre y cuando si el hijo cumple la mayoría de edad y sigue estudiando con provecho, tanto en tiempo como en rendimiento.

En las dos legislaciones se deja fuera cualquier fórmula matemática de los ingresos del obligado como se creía en otros tiempos y se vuelve importante incorporarlo como es que se creía, que se podría establecer un 20% o un 30% de los ingresos, esas fórmulas se imponían cuando no habían regulaciones o leyes claras, que orienten la obligación, criterios, y procedimientos para imponer una cuota alimenticia en concreto.

Según el análisis elaborado, la legislación salvadoreña, se encuentra mejor detallado la regulación de la forma y procedimiento para efectos de imponer las cuotas alimenticias, además de establecer la obligación, describe la forma, tomando en cuenta la proporcionalidad. En cambio la legislación Española, con relación de establecer la cuota alimenticia regula aspectos más generales, limitándose a establecer una obligación o deber de los padres con relación a los hijos. Del estudio de ambas legislaciones, se ha establecido que se extiende el concepto de prestación alimentaria más allá de lo regulado en la norma, ya que tratándose de los alimentos debido a los niños, las legislaciones han determinado que se les deben desde su concepción, y en tal sentido, contemplan la obligación en proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto desde la concepción hasta la etapa de postparto.²⁷¹

²⁷¹ Código de Familia. artículo 249. Definida la paternidad conforme lo establece este código, toda mujer embarazada tiene derecho a exigir al padre de la criatura durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos los gastos del parto.

5.1.1. Jurisprudencia comparada

Análisis de la sentencia ATS 3916/2018, Tribunal Supremo de España: procedente de la Sala de lo Civil, del tribunal supremo de España. En procedimiento de casación, con el objeto de establecer que si existen criterios acerca del principio de proporcionalidad, se hacen las siguientes consideraciones:

En la sentencia impugnada ATS 3916/2018, respecto del cálculo de la pensión de alimentos que debe abonar el padre no custodio, se hace un análisis del recurso de casación interpuesto por el padre no custodio, que se debe abonar una pensión de alimentos.

En el fundamento de derecho, primero se hace un análisis de los argumentos planteados por el recurrente, los cuales son infracción procesal como único motivo, falta de motivación en la sentencia que decreto la pensión alimenticia.

Lo importante del tema que se está analizando, es que en el texto de la sentencia, se describe que el padre obligado a la pensión; no está conforme, ni de acuerdo con la pensión de alimentos, decretada por una sentencia. Según él; manifiesta que no se ha hecho con los argumentos suficientes para cuantificar la pensión y dicha resolución que se impugna ha infringido la regla de la proporcionalidad, que consiste en el cálculo entre los ingresos del alimentante y las necesidades del alimentista.

Éste criterio es específicamente en lo que consiste el principio de proporcionalidad, el cual es el objeto de estudio de la presente y lo que en

nuestro sistema jurídico necesita que se encuentre regulado en un cuerpo normativo, para que exista lo que alega el recurrente; que son por una parte seguridad jurídica y por otra, tutela judicial efectiva. También, es necesario expresar que en el recurso se declaró inadmisibile por no ser motivo de casación, admisible, ya que en la resolución se manifiesta que no puede ser objeto de casación la revisión del juicio de proporcionalidad que impone pensión alimenticia, en esta sentencia no se entró a conocer el fondo del asunto que se reclamaba ya que no se analizó si era o no correcto o procedente jurídicamente la obligación de proporcionar la pensión de trescientos euros. Por lo tanto, se ha dejado establecido que dicha sentencia orienta en que consiste el principio de proporcionalidad, que es la relación que existe entre la capacidad del obligado a dar alimentos y las necesidades del alimentado, evitando a toda costa injerencias y aplicaciones de cuotas o pensiones alimentarias; arbitrarias e injustas, además de otorgar bases para la aplicación de dichas cuotas.

5.2. Chile

En este país las leyes se encargan de velar por la preservación de la vida y su desarrollo, estableciendo siempre que concurran ciertas circunstancias como el deber jurídico de proporcionar alimentos a la persona que por sí sola no puede obtenerlos. En principio, tal obligación pesa tanto sobre el Estado como sobre los particulares que guardan relación con el necesitado. En resumen, el derecho de alimentos es uno de los medios por los cuales se hace efectivo uno de los aspectos del derecho de la personalidad llamado derecho a la vida.

Dicho país, no cuenta con una legislación específica dedicada a la familia en relación a los derechos y obligaciones que de ella devienen. Sin embargo,

para éste país es en el Código Civil,²⁷² donde se enmarcan o se han establecido derechos y garantías como el de alimentos; aunque si bien no contiene una definición expresa se ha aunado como acepción jurídica de la palabra un concepto mucho más amplio que alimento en sentido lato, ya que se entiende por alimentos la suma de cosas necesarias para la vida de una persona como comida, bebida, vestidos, habitación, asistencia médica, remedios e incluso, tratándose de menores de edad, la enseñanza primaria o básica y la de alguna profesión u oficio.

Con relación a lo anterior, en el artículo 323 de dicho Código Civil, nos otorga una clara idea, prescribiendo lo siguiente: *“Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”*; relacionado con los artículos 329 y 330 del mismo cuerpo normativo, define el derecho de alimentos como la facultad que la ley otorga a una persona para demandar de otra, dicha necesidad de un modo correspondiente a su posición social, debiendo cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio. Al examinar la jurisprudencia, se podrá apreciar que el concepto de alimentos ha variado, según ha ido cambiando lo que se entiende por necesidades fundamentales de una persona; pues dentro de dicha legislación podemos encontrar innumerables fuentes que contienen normas sobre el tema, siendo el Código Civil, el cuerpo legal que recoge de forma más específica dicho tema.

Dentro de los requisitos esenciales para otorgar alimentos a una persona tenemos: existencia de un título legal que lo habilite, estado de necesidad del alimentario y que el alimentante tenga los medios necesarios para otorgarlos.

²⁷² Código Civil Chileno, (Chile, Consejo de Estado, 1857).
http://iprainder.info/wpcontent/uploads/file/Legislacion/Chile/Codigo_Civil_Chileno.pdf.

En cuanto al título legal, el artículo 321 de nuestro Código Civil, establece que se debe alimentos al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes, a los hermanos y al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada. Mientras que el estado de necesidad, según el artículo 330 del Código Civil, prescribe; *“que los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social”*. Disposición altamente discutida en doctrina ya que daña el principio de igualdad regulado en la Convención Sobre los Derechos del Niño y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados y vigentes en Chile. Finalmente.

En cuanto a la capacidad económica del alimentante, el artículo 329 del Código Civil, señala que; *“en la tasación de alimentos deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas”*; entendiendo por facultades del deudor los recursos económicos de los cuales dispone, comprendiendo rentas y ganancias que esté percibe.

En la Carta Fundamental,²⁷³ de éste país no se regula directamente el derecho de alimentos, pero ésta sí garantiza los fundamentos de dicho derecho, como es la protección de la dignidad humana, y la vigencia de ciertos derechos que forman parte del contenido de la prestación de alimentos, tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la protección de la salud y a la educación; conllevando a que la prestación alimenticia tenga una estrecha vinculación con derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental de la República.

²⁷³ Constitución Política de la República de Chile (Chile, Presidencia de la República de Chile, 1980). https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf.

De igual forma, cabe mencionar los Tratados Internacionales sobre derechos esenciales ratificados y vigentes en Chile que se abocan a esta materia, los que por mandato constitucional del inciso segundo del Artículo 5 de la Carta Fundamental de dicho país, obliga a todos los órganos del Estado a respetar y promover los derechos humanos consagrados en tratados suscritos por nuestro país y que se encuentran vigentes, constituyendo imperativos para el legislador, juez y autoridades administrativas. Dentro de los cuales tenemos:

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:²⁷⁴ Establece el principio de la no discriminación, se consagra el derecho a la vida, derecho a una protección necesaria de los hijos cuando se produce la ruptura matrimonial, derecho del niño a ser protegido no sólo por su familia, sino que además por la sociedad y el Estado.
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:²⁷⁵ Consagra que el ejercicio de los derechos reconocidos en el pacto debe ser garantizado por el Estado chileno sin discriminación alguna. Entre estos derechos se reconoce el que tiene toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia, el de disfrute de más alto nivel posible de salud física y mental; y el de educación, que debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad.

²⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Estados Unidos de América: New York, Asamblea General de las Naciones Unidas ONU, 1976).

²⁷⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Estados Unidos de América: New York, Asamblea General de las Naciones Unidas ONU, 1966).

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos:²⁷⁶ denominada “Pacto de San José de Costa Rica” (1991): El Estado chileno se compromete a respetar los derechos y libertades y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona, y a falta de desarrollo legislativo al respecto, a tomar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para efectivizar tales derecho y libertades. Entre estos derecho encontramos: derecho a la vida en general, el derecho a la protección de la familia. De manera expresa se establece que nadie será detenido por deudas, pero este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios. Asimismo, los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo, asegurándose la protección de los hijos (principio de coparentalidad).

4. Convención sobre los Derecho del Niño:²⁷⁷ relevante son los derechos garantizados relacionados directamente con el deber alimentario de los progenitores, tales como: los de vida, de supervivencia y desarrollo en la máxima medida posible, de crianza por ambos progenitores, todos ellos conducentes a la efectivización del interés superior del niño. Se obliga al Estado a poner máximo empeño en garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos y que son quienes tienen la responsabilidad de proporcionar los medios económicos y condiciones de vida necesarias para el desarrollo del

²⁷⁶ Pacto San José, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Costa Rica: San José, Poder Ejecutivo en el ramo de Relaciones Exteriores de El Salvador, 1978).

²⁷⁷ Convención sobre los Derechos del Niño (Madrid: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 1989). https://www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf.

niño o niña. Asimismo, la Convención establece un claro e importantísimo mandato expreso para el Estado en su artículo 27: *“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”*. *“A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”*. *“Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, al vestuario y a la vivienda”*. *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero”*.

En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualquiera otros arreglos apropiados”.

Siendo este pacto, sin duda, el más importante en cuanto a la materia tratada, por lo que se impone directa y expresamente una responsabilidad de carácter constitucional al Estado de garantizar el pago de una pensión de alimentos.

5. Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer:²⁷⁸ consagra el principio de igualdad, condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas, necesidad de protección jurídica de los derechos de la mujer y de manera explícita se señala que se asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y los mismos derechos y responsabilidades como progenitores en materias relacionadas con sus hijos.

Finalmente la orientación legislativa de dicho país se traduce en reconocer que el interés jurídico de los menores, es de una entidad superior y por ende, exige una especial protección por parte de la ley siendo posible afirmar que el interés superior de los menores de edad, constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Civil chileno, en general, y del Derecho de Familia, en particular pudiendo verificar su fundamento, en preceptos de la Constitución Política de la República, así como también, en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es así, que del análisis realizado a la legislación aplicable en Chile, en relación al tema de los alimentos; podría considerarse, que si bien no hay una legislación específica en el tema de familia que recoja dichos temas, es el Código Civil, el que tiene relevancia en el tema de alimentos, teniendo en cuenta que la aplicación no es de forma proporcional ya que no se valora la necesidad del alimentario sino la capacidad del alimentante, tal como lo regula el artículo 329 del Código Civil Chileno; a diferencia de la legislación

²⁷⁸ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Panamá: Sistema de Naciones Unidas, 1979).
https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf

salvadoreña, ya que éste recoge en el artículo 254 del Código de la familia el tema de la proporcionalidad, tomando cuenta, tanto la necesidad del alimentario como la capacidad del alimentante, siendo este un parámetro utilizado en la legislación del país al momento de fijar una cuota alimenticia por la vía judicial.

Así también, existen similitudes ya que el Código Civil Chileno, en su artículo 321 recoge de una forma puntual quienes son los obligados a brindar alimentos al igual que nuestro Código de Familia en el artículo 248, siendo estos *“Los cónyuges, los ascendientes y descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, y los hermanos”*.

Es de esta manera que al existir una obligación debe también existir un derecho y tal como hemos venido desarrollando el tema de los alimentos, vemos que si bien no hay una legislación específica; el Código Civil Chileno en su artículo 323, en relación a los artículos 329 y 330 desarrollan un concepto amplio del concepto de alimentos, teniendo similitud en lo regulado por el Código de Familia Salvadoreño en su artículo 247, el cual en lo medular comprende por alimentos: *“las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario”*.

Es importante advertir que de acuerdo con la legislación Chilena, si bien no se verifica un artículo, en el cual se regule la imprescriptibilidad de la cuota alimenticia, a diferencia de nuestro país, importante es reconocer que tanto las leyes como los tratados internacionales ratificados buscan el interés superior del niño aun y cuando no exista una ley específica para ello como lo es en nuestro país a través de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

5.2.1. Jurisprudencia comparada

Análisis de la Sentencia 6.112-13, Tribunal Supremo de Santiago, Chile: procedente de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Santiago, Chile. En procedimiento de casación, con el objeto de establecer que si existen criterios acerca del principio de proporcionalidad, se hacen las siguientes consideraciones:

El proceso da inicio mediante una demanda presentada por la señora Aurora Soledad del Carmen Sutter Marisio, en contra del señor Félix Octavio González García, en representación de su hijo Nicolás Andrés González Sutter, mediante la cual, en sentencia definitiva se resolvió imponer al demandado, pagar a la demandante a favor de su hijo, la suma total de \$660.000 (seiscientos sesenta mil pesos) mensuales; cuota que fue aumentada mediante resolución que motivo el recurso de apelación interpuesto ante la Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile; en la cual, se resolvió aumentar la cuota alimenticia impuesta al señor Félix Octavio González García a \$1.000.000, más los aportes directos de colegiatura, matrícula y centro de padres entre otros. Por lo que, inconforme con la normativa aplicada para la imposición y aumento de dicha cuota alimenticia, en la cual no se verificó que se haya realizado una fijación de cuota alimenticia en aplicación al principio de proporcionalidad, presentó Recurso de casación; mediante el cual, se tuvo a bien valorar que el demandado costea directamente los gastos anuales de matrícula, mensualidad y cuota del Colegio, donde estudia su hijo de 15 años Nicolás González Sutter; que la demandante, madre del alimentario, tiene 47 años, es enfermera titulada de la Universidad de Concepción, con especialización en rehabilitación, con un diplomado en medicina china con especialidad en acupuntura y sus declaraciones de renta reflejan ingresos mensuales entre

los \$700.000 y \$900.000; además habita un departamento propio y percibe arriendo de otro; teniendo en cuenta que ella no realiza aporte económico a la manutención de los hijos que viven con el padre.

Razón por la cual, es importante señalar que si bien la ley no define los alimentos o la obligación alimenticia, la doctrina lo hace, señalando que son las prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia. De lo anterior, se desprende que el derecho de alimentos se fundamenta en el imperativo de cubrir las necesidades de existencias que se presentan en la persona, que por el estado de necesidad en que se encuentra, se constituye en acreedor de quien es obligado a su satisfacción, mediante la correspondiente contribución que se le impone. Así el nacimiento, subsistencia y/o extinción de la obligación alimenticia, se encuentran determinadas por la justificación de la necesidad de reclamarla.

Por otra parte, no es posible obviar el deber que recae sobre la demandante, atendiendo a la calidad de madre del alimentario de contribuir también a su manutención, en proporción a sus facultades económicas, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 230 del Código Civil chileno, pues del modo en que los sentenciadores de alzada han resuelto el conflicto, es decir, aumentando la pensión que en dinero debe pagar el alimentante, tal contribución se torna ilusoria, pues se impone al demandado la totalidad de la obligación alimenticia. Es por ello que del análisis realizado se verifica que para la imposición o fijación de una cuota alimenticia, así como; para el aumento de la misma no se cumplieron las exigencias que el marco normativo sustantivo impuesto en la regulación de los alimentos y dichos presupuestos han tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo que

se impugno; ya que toda vez que se eleve el monto de la pensión que el demandado debe proporcionar a su hijo, resultando ésta excesiva en atención a las necesidades y gastos del alimentario, teniendo en cuenta su edad y estrato social, conforme a los parámetros que establece la ley la forma de imposición o aumento de una cuota alimenticia se realizó desproporcionada en relación a la contribución que se asigna a ambos padres.

Debe tomarse en cuenta que; para efectos de aplicar una cuota alimenticia de forma proporcional debe valorarse la capacidad de ambos progenitores; lo cual en el caso analizado no se realizó de esa manera; ya que solo se tuvo a bien imponer un aumento a la cuota alimenticia ya fijada sin tener en cuenta que las obligaciones alimentarias corresponden a ambos progenitores, por lo que a la luz de dicha resolución, se verifica que el recurso de casación ha sido resuelto en base al principio de proporcionalidad.

Ya que se motivó que para la imposición, fijación o aumento de una cuota alimenticia debe tenerse en cuenta que la obligación alimentaria es de ambos padres, aun y cuando no exista un artículo en dicha normativa en la que se regule el principio de proporcionalidad.

Cabe resaltar, que el análisis comparativo entre España y Chile se hace por considerarse que la legislación utilizada en ambos países era la más adecuada de conformidad al tema de investigación en relación a los alimentos.

Aun cuando dicha información se encontró regulada según el Código Civil de cada país que se comparó. Se advierte que de la comparación de dichas Legislaciones, a pesar de las reformas y los tratados ratificados por El

Salvador, no se ha logrado concretar con facilidad una aplicación de proporcionalidad en las resoluciones y aplicación de medidas idóneas acordes a las necesidades y capacidades de los obligados. Por lo que es importante resaltar que aun cuando ellos no poseen un cuerpo normativo especial dedicado a la familia, tienen mayor regulación en cuantos derechos encaminados a la protección de la niñez en relación al tema alimentario.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se concluye que:

Queda establecido el conocimiento sobre cómo se originaron los derechos fundamentales, se ven involucrados en el régimen alimenticio y los antecedentes históricos del principio de proporcionalidad en forma ordenada. Además, se estableció que hay otros derechos fundamentales que se relacionan con el régimen alimenticio. En conclusión, se ha comprobado y se ha cumplido con el primer objetivo del presente trabajo.

Se establecen los conocimientos básicos sobre el principio de proporcionalidad y el régimen alimenticio, también que en la presente tesis, cada capítulo, conceptos, definiciones o procesos que informan e ilustran, sobre la teoría y la aplicación del principio de proporcionalidad en el régimen alimenticio, deben ser motivados para establecer ideas que el derecho alimenticio es más amplio; fundamentando con información y conocimientos necesarios, sobre el principio de proporcionalidad en el régimen alimenticio.

Se han analizado que los preceptos normativos a pesar de encontrarse dispersos en diferentes legislaciones, limitando derechos fundamentales, se encuentran íntimamente relacionados al régimen alimenticio, por lo que su aplicación, causas y a la vez las consecuencias; se ha comprobado en el presente trabajo el cumplimiento con el objetivo.

En la presente, se han incorporado diferentes normas de carácter internacional, que regulan la aplicación de la proporcionalidad para limitar los derechos fundamentales relacionados al régimen alimenticio; así como también, se ha analizado sentencias judiciales de estos países, ubicando con

mucha claridad, que ya se aplica el principio de proporcionalidad en esos países en las diferentes fundamentaciones.

Se necesita una Ley especial que regule las cuotas alimenticias, desarrollando sus propios objetivos, principios y unifique todas las disposiciones que se encuentran dispersas en diferentes cuerpos normativos, nacionales e internacionales, para una adecuada interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad. Ya que en la actualidad, no se le otorga vigencia a dicho principio y la inexistencia de un corpus jure o cuerpo de leyes, que regulen los aspectos más importantes de los procesos Administrativos y Judiciales.

Con las resoluciones judiciales, que se han estudiado en la presente investigación, se ha podido establecer, que efectivamente hay aplicación del principio de *Proporcionalidad*, en nuestro sistema jurídico nacional, y que son precedentes para poder aplicarlos en los diferentes tipos de procesos en los que haya de establecerse cuotas alimenticias. En la actualidad, las cuotas alimenticias que se establecen Administrativa y Judicialmente, no son suficiente para cubrir y satisfacer las necesidades básicas del alimentario, obviamente, por diferentes razones las cuales podrían ser; que el alimentante no tenga empleo, o tenga bajo ingresos económicos, en concepto de salario o que el alimentado tenga más necesidades económicas que la establecida por la autoridad. Por lo tanto, no son Proporcionales las cuotas que se decretan en la actualidad.

Los conceptos que se utilizan por parte de los intervinientes en los procesos para el establecimiento de una cuota alimenticia, son términos tradicionales (ayuda, colaboración, apoyo, solidaridad), y que no están acorde con las corrientes modernas de pensamiento. En la legislación salvadoreña, ya se

establece que jurídicamente es una obligación y deber, de conformidad al artículo 221 del Código de Familia, en el cual se expresa; que los gastos que ocasiona el cumplimiento de los deberes contemplados en este capítulo, corresponde a ambos padres en proporción a sus recursos económicos o a uno solo de ellos, por insuficiencia de la autoridad debe de establecerse como la responsabilidad que se asume como padre o madre del alimentado, además, en el artículo 253 del Código de Familia prescribe en específico que es una obligación para evitar la violencia psicológica y económica que podría establecerse en base al incumplimiento de una obligación alimenticia, regulado en el artículo 9 literal A de la Ley Integral para una Vida Libre de Violencia, el cual establecen los tipos de violencia; en éste caso una violencia económica incurriría a un proceso de incumplimientos de deberes económicos ante un tribunal por una vida libre de violencia. El Estado salvadoreño, tiene la obligación de intervenir subsidiariamente cuando no hay a quien solicitarle cuota de alimentos. Por lo que, se hace necesario la creación de un presupuesto que sea específicamente para niños, niñas y adolescentes que no tienen a quien solicitarle, por lo que una institución como la Procuraduría General de la Republica, de acuerdo a los artículos 3 y 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en los cuales se regula la misión de la misma, literalmente dice que corresponde a la Procuraduría General de la Republica, promover y atender con igualdad de género la defensa de la familia de las personas e intereses de los menores y en el artículo 12 del mismo cuerpo normativo, expresa atribuciones, en el numeral primero velar por la defensa de la familia y de las personas e intereses de los menores y demás incapaces, a través de un proceso y con el apoyo de trabajos sociales de la PGR, que es la institución que tiene como sus deberes de proteger a la niñez y la adolescencia, para no institucionalizar a todos los niños niñas y adolescentes que no tienen quien les provea las necesidades.

Pero el Estado, es del pensar que si un niño, niña o adolescente, no tiene quien le provea; lo único que le ofrece es internarlos en lugares que no son adecuados para su desarrollo. Y en consecuencia a lo anterior en el artículo 224 del Código de Familia, regula que el Procurador General de la República *tendrá la representación legal de los menores huérfanos de padre o madre o de filiación desconocida o abandonados*. Por lo tanto, es la institución que de acuerdo a la ley, puede desarrollar un procedimiento para aplicar cuotas subsidiadas por parte del Estado en su presupuesto general, volviéndose importante, la posibilidad también, de crear, incrementar dicho presupuesto a la Procuraduría General de la República, para ese rubro de menores que no puedan ser asistidas por problemas económicos de los padres.

Recomendaciones:

Las recomendaciones a las que se llegan en la presente investigación son:

Es necesario unificar todas las disposiciones legales que se encuentran disgregadas en los diferentes cuerpos normativos y que se establezca en que consiste el principio de proporcionalidad para tener claridad y que a la vez sea obligatoria su aplicación, en todos los procesos, para seguridad jurídica y que las cuotas alimenticias sean más justas.

Establecer un mínimo de cuota alimenticia, beneficio del interés superior del niño, nosotros recomendamos cien dólares tomando en cuenta que el salario mínimo en el salvador es trescientos dólares, por lo cual se evitaría cuotas tan bajas como en la actualidad.

Que las autoridades modernicen su lenguaje y no empleen términos que pueden ser degradantes para los que reciben alimentos, se debe de emplear un lenguaje técnico jurídico, ya que el termino obligación significa que son exigibles ante las autoridades.

Reformar el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica, en el sentido de agregarle y asistirlos económicamente en los casos que no tienen quien les provea recursos económicos, como un presupuesto dedicado especialmente para personas que necesiten dicha cuota alimenticia, ya sea provisional o permanente.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Albaladejol, Manuel. *Curso de Derecho Civil.* Barcelona: Cometa, 1994.

Alexy, Robert, Carlos Bernal Pulido, José Juan Moreso, Luis Prieto Sanchis y otros. *Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional.* Ecuador: Ministerio de Justicia, 2003.

Azprietal, Jorge Osvaldo. *Enciclopedia de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 1992.

Bernal Pulido, Carlos. *La Proporcionalidad, Diccionario de Derechos Humanos.* Madrid: Universidad de Alcalá, 2011.

Belluscio, Claudio Alejandro. *Prestación Alimentaria, Régimen Jurídico, Aspectos Legales, Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticos.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006.

Bossert, Gustavo Alberto. *Régimen Jurídico de los Alimentos.* Buenos Aires: Astrea, 2006.

Bossert, Gustavo Alberto y Eduardo Antonio Zannoni. *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Astrea, 2004.

Calderón de Buitrago, Anita. *Documento Base y Exposición de Motivo del Código de Familia.* El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva, 1994.

Campos, Roberto. *Alimentos entre Cónyuges y para los Hijos Menores.* Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

Carbonell, José y Miguel Carbonell. *El Derecho a la Salud.* México: Instituto de Investigación Jurídica UNAM, 2013.

Cuellar Serrano, Nicolás González. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales.* Madrid: COLEX, 1990.

Chiovenda, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil.* México: Biblioteca clásicos del derecho procesal, 1997.

García Máñez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho.* México: Porrúa, 2004.

Fernández, Eusebio. *Teoría de la justicia y derecho humanos.* Madrid: Debate, 1991.

Figuroa Meléndez, María y Cristina Pérez Sánchez. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia.* El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2014.

Garderes Gasparri, Santiago. *Las Medidas cautelares.* El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva, 2011.

Grosman, Cecilia. *Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos.* Buenos Aires: Universidad, 2004.

Guerez Tricarico, Pablo. *Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional.* Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2004.

León, Henry y Jean Mazeud. *Lecciones de Derecho Civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

Lagomarsino, Carlos y Jorge Uriarte. *Juicio de Alimentos Procesos Civiles.* Buenos Aires: Hammurabi, 1997.

León Jaramillo, Gustavo. *Derecho de Familia y de Menores.* Colombia: Universidad de Antioquia, 1991.

Liévano Chorro, José Gerardo. *Moral y Derecho.* El Salvador: Ministerio de Educación, 1970.

López del Carril, Julio. *Derecho y Obligación Alimentaria.* Buenos Aires: Abelado Perrot, 1981.

Méndez Costa, María Josefa y Daniel Hugo, D'antonio. *Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal -Calzoni, 2008.

Perello Domenech, Isabel. *Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional*. España: Arazandi, 1997.

Rodríguez, Nieves Martínez. *La Obligación Legal de Alimentos entre parientes*. Madrid: La Ley, 2002.

Rossel Saavedra, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

Valencia Restrepo, Hernán. *Nomoàrquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Temis, 1993.

TESIS

Asunción Alas, Rosa Claudia, González Miranda, Evangelina y Julia Emilia del Carmen, Ramírez Elías. “Limites y Alcances del Derecho de Alimentos de la Mujer Embarazada y su Efectividad en su Cumplimiento”. Tesis para obtener el grado de Licenciatura. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2012.

Funes Chávez, Nelly Cristina, Meléndez Orellana, Kryssia Paola y Melgar Flores, Héctor Isaac. “Parámetros que inciden en los Fallos Judiciales al fijar la Cuota de Alimentos de los menores de dieciocho años, en la normativa de Familia Salvadoreña”. Tesis de grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2015.

Lizama, Samuel Aliven. “Las Intervenciones Corporales en el Proceso Penal”. Tesis para optar a Juez. Escuela de Capacitación Judicial Programa de Formación Inicial para Jueces de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2003.

Mejía Contreras, Laura Elizabeth, Roque Arévalo, Luis Federico y José Leonardo, Sánchez Cuyuche. “Aplicación de los Sistemas de Valoración de

la Prueba en el Código de Procedimientos Civiles Y en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador”. Tesis de grado. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2009.

Privado Bonilla, Guadalupe del Rosario. “Eficacia de las Medidas Cautelares como Forma de Garantizar las Sentencias Judiciales de Alimentos a favor de la Niñez y Adolescencia”. Tesis de Maestría. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2013.

Quinteros Espinoza, Oscar Roberto y Rigel Zepeda, Martin. “Teoría y Práctica de las Cuotas Alimenticias Impuestas por la Procuraduría General de la Republica, Análisis Jurídico Social”. Tesis para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador. 1991.

Tamayo Zuluaga, Oscar Fernando. “Principio de Proporcionalidad y restricción a Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”. Especialización en Derecho Penal Probatorio. Facultad de Derecho. Universidad de Medellín, Medellín Antioquia, año 2013.

LEGISLACION NACIONAL

Constitución de la Republica de El Salvador, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.
Código de Familia, D.L. 677 del 11 de octubre de 1993, D.O. N° 231 del tomo 321, del 13 de Diciembre de 1993.

Reformas al Código de Familia, D.L N° 989, del 16 de abril de 2015, D.O. N° 79, Tomo 407, del 05 de mayo de 2015.

Código Penal, D.L. N° 1030, del 26 de abril de 1997, D.O. N° 105, Tomo 335, publicado el 10 de julio de 1997.

Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia, D.L. N° 839, del 26 de marzo de 2009, D.O. N° 68, Tomo 386, publicado el 16 de abril de 2009.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de La República, D.L. N° 775, del 03 de diciembre de 2008, D.O. N° 241, Tomo 381, publicado el 22 de diciembre de 2008.

Ley del Medio Ambiente de El Salvador, D.L. N° 339, del 02 de marzo de 1998, D.O. N° 79, Tomo 339, publicado el 04 de mayo de 1998.

Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras de El Salvador, D.L N° 551, del 20 de septiembre de 2001, D.O N° 204, Tomo, Publicado el 29 de octubre de 2001.

Ley Procesal de Familia, D.L. N° 133, del 14 de septiembre de 1994, D.O. N° 173, Tomo 324, publicado el 20 de septiembre de 1994.

Convenio sobre los Derechos del Niño, Aprobado el 26 de julio de 1990, ratificado por El Salvador por D.L. No. 487, de fecha 10 de Julio de 1990, publicado en el D.O. Tomo No. 307, de fecha 9 de mayo 1990.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, entrando en vigencia el 18 de julio de 1978 y ratificado el 10 de agosto de 1990.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada el 18 de diciembre de 1979 entrando en vigencia el 3 de septiembre de 1981.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por El Salvador el 21 de septiembre de 1967.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigencia el 23 de marzo de 1976.

LEGISLACION EXTRANJERA

Código Civil Español, aprobado por Real Decreto del 24 de Julio de 1889.

Código Civil Chileno, aprobado el 1 de enero de 1857.

Constitución Española, aprobada el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español el 6 de diciembre de 1978, sancionada el 27 de diciembre de 1978.

Constitución Política de la República de Chile, aprobada en Santiago, 17 de septiembre de 2005.

JURISPRUDENCIA

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 9-S-95*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-96*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad de los artículos: 2 Incisos 2 y 4, 4, 6, 12, 14 Inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, Publicaciones Especiales No. 23*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1997.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 615-2000*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2001.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 1184-2002*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 674-2006*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Civil. *Sentencia de Casación, Referencia: 281-CAF-2009*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Civil. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales 2002-2003, Referencia: 7-CAM-2008*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Resolución Interlocutoria*, Referencia: 124-A-2005. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 211-A-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 24-A-2004. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2004.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 129-A-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 206-A-2007. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 211-A-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 62-A-2004. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005.

Cámara de Familia de San Salvador. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 212-A-2005. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 1-A-2009. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 58-A-2007. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación*, Referencia: 135-A-2010. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Resolución Interlocutoria*, Referencia: 269-A- 2012. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Cámara de Familia de la Sección de Occidente. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 099-12-ST-F. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Resolución Interlocutoria*, Referencia: 67-A-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 113-A-2012. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012.

Cámara de Familia de la Sección del Occidente. *Resolución interlocutoria*, Referencia: 018-17-AH-F. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 35-A-2005. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 30-a-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 78-A-2017. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 190-A-2007. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 231-A-2007. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2008.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 48-A-2006. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 149-A-2011. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación*, Referencia: 149-A-2011. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación, Referencia: 1-A-2010*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación, Referencia: 89-A-2010*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación, Referencia: 175-A-2005*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006.

Cámara de Familia de San Salvador. *Sentencia de Apelación, Referencia: 111-A-2006*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2007.

Cámara de Familia de la Sección del Centro. *Sentencia de Apelación, Referencia: 25-A-2006*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2006.

Cámara de la Cuarta Sección del Centro. *Sentencia Condenatoria, Referencia: 356-P-2012*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: C-822-2005*. Colombia, Corte Constitucional, 2005.

FUENTES INSTITUCIONALES

Solano Ramírez, Mario Antonio. *¿Qué es una Constitución?*, (El Salvador: Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2000.

Solano Ramírez, Mario Antonio. *Estado y Constitución, Publicación, Especial No. 28*. Talleres Gráficos. Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador. 1998.

Bertrand Galindo, Francisco. *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, San Salvador, Centro de Investigación y Capacitación, 1992.

REVISTAS

Benavides Santos, Diego. "Tendencias del proceso familiar en América Latina". Barcelona, n. 1, 2006: 1 - 39.

Guerez Tricarico, Pablo. “Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, Madrid, n. 10, 2004: 53 - 107.

Huezo Alférez, Sandra Geraldine, “La Naturaleza de la Alimentación como un Derecho Humano Fundamental”. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales Universidad de El Salvador, n. 1, 2010: 1 - 30.

Martínez Lázaro, Javier. “Los principios del derecho penal en la legislación salvadoreña”. San Salvador, n.7, 2000: 135 - 136.

Perello Domenech, Isabel. “Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional”, Madrid, n. 28, 1997: 69 - 75.

DICCIONARIOS

Goldstein, Mabel. *Diccionario Jurídico, Consultor Magno.* 2009. Editor: Panamericana.

PAGINAS WEB

Avilés López, Nancy Lissette y Maritza Elizabeth, Martínez López. *Medidas de control Estatales para la observancia de Derechos de Alimentos.* El Salvador: Universidad Francisco Gavidia, 2005.
<http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/8229/1/346.016%206-A958m.pdf>.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. *Observación General número 12.*
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf?view=1>.

Corte Suprema de Justicia. *Efectos jurídicos que se generarían en los hijos no nacidos de uniones no matrimoniales.*
<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/f959882205c78ce6062577e6004eeffd?OpenDocument>, sitio visitado el 12 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia. *Líneas de la Sala de lo Constitucional*. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/webIj/Constitucional/Incons2007.pdf>.

De Loma-Ossorio, Enrique. *El Derecho a la Alimentación. Una larga Historia de Declaraciones y Compromisos*. Centro de Investigación para la Paz, 2011. <http://www.bvsde.paho.org/texcom/nutricion/OSSORI.pdf>.

Lara Ponte, Rodolfo. *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/161/5.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, *Derecho a la Educación*. 2016. <http://www.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/right-to-education/>.

Organización Mundial de la Salud. *Salud y Derechos Humanos*. 2015. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>.
Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. *El Derecho a la Alimentación en el Derecho Internacional*. <http://www.fao.org/docrep/012/i0815s/i0815s02.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. *El Derecho a la Alimentación en el marco Internacional de los Derechos Humanos y en las Constituciones*. 2017. <http://www.fao.org/3/a-i3448s.pdf>.

Sánchez Marín, Ángel Luis. *Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales*. España: Eikasía, 2014. <http://www.revistadefilosofia.org/55-13.pdf>.

Universidad de Sonora. *Los Alimentos*. México: Unison. <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21888/Capitulo1.pdf>.