

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO



**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EXPUESTA EN EL TESTAMENTO,
FRENTE A LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO A SUCEDER DE LOS HIJOS NO
RECONOCIDOS EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PRIVADO**

**PRESENTADO POR:
FRANCISCA HILBEA ZELAYA LAZO**

**CARNET:
ZL86003**

**DOCENTE ASESOR:
MCS. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 15 DE NOVIEMBRE 2021

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcunaga López
VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Alarcón
SECRETARIO GENERAL

Licdo. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatríz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
SECRETARIO

Ing. René Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACION

Dr. José Miguel Vásquez López.
COORDINADORA DE TRABAJOS DE POST GRADO DE LA FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de graduación lo dedico especialmente a Jehová Dios, por haberme dado la vida, la sabiduría, el tiempo y la fortaleza, para vencer el reto y los obstáculos y llegar a la meta que me propuse.

A la memoria de mis padres Dimas Zelaya y Delfina Lazo, cuyo recuerdo vive en mi mente y corazón, quienes inculcaron en mi formación, principios y valores; enseñándome que en la vida todo es posible con un poco de sacrificio.

A mis hermanos Edilda, Rubidia, Dimas, quien siempre vivirá en mi corazón, Fredy, Elsy y Manuel, a quienes amo eternamente, les doy las gracias por su amor y apoyo incondicional.

A mi esposo Ernesto Castillo, por la comprensión y el apoyo incondicional, por incentivar me a seguir luchando por lo que quiero.

A mis hijos Oscar y Manuel Castillo Zelaya, que son el motor y la razón de mi existencia, muchas gracias, por incentivar me a seguir y por estar pendiente cuando los necesito, especialmente por el apoyo que me brindaron para culminar esta meta, es por ellos que me siento orgullosa y motivada para continuar logrando mis objetivos.

A mi grupito selecto compañeras de la Maestría, muchas gracias por haber estado atentas y unidas para compartir información y animándonos unas con otras.

A la Universidad de El Salvador, mi alma Mater, y a los Catedráticos, muchas gracias por contribuir a mi formación profesional.

FRANCISCA HILBEA ZELAYA LAZO

INDICE

RESUMEN	i
SIGLAS Y ACRÓNIMOS.....	iii
INTRODUCCIÓN	iv
CAPÍTULO 1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	1
1.1 Concepto de autonomía.....	1
1.2 Fundamento histórico de la autonomía de la voluntad.	3
1.3 Fundamento Constitucional	6
1.3.1 Constitucionalización del derecho privado.....	6
1.4. Principio de la autonomía de la voluntad.....	8
1.5 Autonomía Activa.....	12
1.6 Autonomía Pasiva	12
1.7 Límites de la autonomía de la voluntad	13
1.7.1 la moral	14
1.7.2 el orden público.....	17
1.7.2.1 Consecuencias.....	20
1.7.2.2 Funciones del orden público	20
1.7.3 las buenas costumbres.....	22
CAPÍTULO 2: LA LIBRE TESTAMENTIFACCIÓN COMO FORMA DE SUCEDER, FUNDAMENTO Y LÍMITES.....	25
2.1 Concepto de sucesión.....	25
2.2 Evolución del derecho a la libre testamentifacción en la Legislación Salvadoreña	26
2.3 Formas de Suceder en EL Salvador	28
2.3.1 Sujetos de la Relación jurídica sucesoria.....	28
2.3.2 Forma de suceder en vía directa por disposición de la ley o la voluntad del causante...29	
2.3.2.1 Suceder por voluntad del causante: testamentariamente	29
2.3.2.2 Suceder por disposición de la ley: intestadamente	31
2.3.3 Forma de suceder indirecta	33
2.4 Sistema de libre testamentifacción.....	35
2.4.1 La autonomía de la voluntad en relación con la libre testamentifacción	37
2.4 Sistema Legitimario	39
2.4.1 La legitima es una forma de asignación forzosa.....	41
2.4.2 la relación entre las legítimas y los derechos de la familia.....	42
2.5 Los acervos	43

2.6 La asignación de alimentos en el testamento	45
2.7 Límites a la autonomía de la voluntad expresada en la Libre testamentifacción.....	48
CAPÍTULO 3: LA PROTECCIÓN DE CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA, FILIACIÓN Y DERECHOS DE LOS HIJOS	52
3.1 Concepto de familia	52
3.1.1 Concepto de familia moderna y familia tradicional.....	52
3.2 Constitucionalización del derecho de la familia	54
3.2.1 El reconocimiento del derecho a la familia en las constituciones salvadoreñas.....	56
3.3 La familia como base fundamental de la sociedad en la constitución salvadoreña.....	57
3.4 El parentesco y la filiación.....	61
3.4.1 tipos de parentesco	62
3.4 Derechos de los hijos frente a sus padres.....	63
3.5 El derecho de los hijos a recibir alimentos	68
3.6 El Conflicto entre el derecho a la protección de la familia y la libre testamentifacción ...	72
3.6 La Solución mediante la ponderación como técnica interpretativa constitucional.....	73
CAPÍTULO 4: ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL CON LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES, EN EL TRATO QUE SE DA A LOS DERECHOS DE LOS HIJOS NO RECONOCIDOS EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EXPRESADA EN EL TESTAMENTO.....	80
4.1 Los derechos sociales.....	80
4.1.1 El concepto de derechos sociales	80
4.2 Naturaleza jurídica de los derechos sociales.....	81
4.2.1 El carácter normativo de los derechos sociales.....	82
4.3 Los derechos sociales son derechos humanos	84
4.4 Protección de Los derechos sociales en la legislación salvadoreña.....	85
4.4.1 preponderancia de la protección de los derechos individuales y vulneración de los derechos sociales.....	88
4.5 Trato de los derechos sociales en los Tratados Internacionales.....	90
4.5.1 La protección los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la familia y las obligaciones alimentarias de los padres en el derecho internacional.....	92
4.5.2 Mecanismo de protección de los derechos de los niños en el derecho internacional	95
4.6 Perspectiva en el cumplimiento de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en distintas legislaciones.....	97
4.6.1 La protección de los derechos de los niños en la legislación brasileña	97
4.6.2 EL cumplimiento en la protección de los derechos de los niños en la legislación de la Unión Europea	100

4.6.2.1 El cumplimiento en la protección de los derechos económicos sociales y culturales de los niños en la legislación de la Unión Europea.	102
4.6.3 El cumplimiento de los convenios y tratados que establecen derechos a favor de los niños niñas y adolescentes en la legislación salvadoreña.	104
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFIA	111

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EXPUESTA EN EL TESTAMENTO, FRENTE A LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO A SUCEDER DE LOS HIJOS NO RECONOCIDOS EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

POR

Francisca Hilbea Zelaya Lazo

RESUMEN

En el capítulo uno, se trata uno de los principios liberales fundantes, que está presente en la Constitución actual como lo es la autonomía de la voluntad, la cual se expresa mediante distintas libertades como la libre contratación (art. 23 Constitución), y libre disposición de los bienes (art. 2 Constitución), de ahí que una persona puede obligarse mediante una manifestación de voluntad, designando el destino que han de tener sus bienes, de manera tal que dicha libertad de disposición de los bienes llegue hasta el destino que han de tener sus bienes más allá de la muerte, a esa libertad para determinar el destino de sus bienes posterior a la muerte es lo que se llama libre testamentifacción activa (art. 22 Constitución), siendo el punto de análisis medular los límites a la autonomía de la voluntad.

En el capítulo dos se aborda el derecho a libre testamentifacción como el sistema de sucesión adoptado por El Salvador, de igual forma se explican los sujetos que componen la relación sucesoral y las formas de la sucesión, ya sea que la misma se de por voluntad del causante, o por disposición de la ley, llamándosele a la primera sucesión testamentaria, y a la segunda sucesión intestada, de igual forma se aborda el segundo gran sistema sucesoral que se da en otros paises como el sistema legitimario, donde se asigna una porción de los bienes a los familiares especificados en la ley, se compara el nivel de protección de estos sistemas en relación con el derecho a recibir alimentos por parte de los hijos, y al mismo tiempo la utilización de acervos como un medio viable para garantizar esta obligación alimentaria, que le correspondería al causante, seguidamente se aborda las obligaciones alimentarias como un límite a la libre testamentifacción.

En lo que respecta al capítulo tres, se desarrolla como la Constitución de 1983 (actualmente vigente) se tuvo a bien configurar la Familia como base fundamental de la Sociedad, consolidando la idea del enorme auge que tuvieron en ese momento histórico los derechos sociales. Así, el artículo 32 le otorga a la familia la protección del Estado, y manda al Legislador a dictar Leyes a favor de esta, que en contraste con el artículo 271 obligo al Órgano Legislativo a suprimir las disposiciones sobre la familia en el Código Civil, y dictar una ley nueva de carácter social que se adaptara a la nueva realidad fáctica (el Código de Familia); aparejado a esto se aborda las relaciones de parentesco y filiación, y como estas se relacionan con las obligación alimentaria que tienen los padres respecto de sus hijos menores de edad, y si la obligación de proveer alimentos es una limitante al derecho a la libre testamentifacción.

De manera tal que si al momento de testar, el testador desconoce la existencia de un hijo que está en necesidad de alimentos, no está obligado a incluir los alimentos en el testamento de conformidad al artículo 1141 del Código Civil, este hijo es nacido fuera del matrimonio, por ello se desconoce su paternidad, no es que dolosamente este sea excluido del testamento, el problema se centra en cuál es el tratamiento que debe dársele a estos hijos; ¿pueden los hijos demandar alimentos a la sucesión mediante sus herederos? y que sucede si alcanzada la mayoría de edad tienen la libertad para demandar a su padres, sería posible aun reclamar los alimentos no previstos durante la niñez junto a los demás derechos que como hijo le correspondían.

Para finalizar en el capítulo cuarto se aborda una comparativa de la legislación nacional con los tratados y los mecanismos de protección del derecho internacional, respecto de los derechos sociales, el carácter normativo de los derechos sociales, y la discriminación que se tiene sobre los derechos sociales, frente a los derechos civiles y políticos, la misma se ve reflejada entre la protección que se da en el derecho a la libre testamentifacción frente al derecho como derecho civil y político frente al derecho a recibir alimentos como derecho social, para finalmente hacer una comparativa entre la protección de los derechos de los niños en legislaciones de países latinoamericanos como El Salvador, y Brasil, frente a legislaciones de los países que conforma la Unión Europea.

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos.
CF.	Código de familia.
Cn.	Constitución de la República de El Salvador.
Ed.	Editorial.
ed.	Edición.
Lit.	Literal.
No.	Número.
CPrCM.	Código procesal civil y mercantil.
LPr.Fm.	Ley procesal de familia.
Sigs.	Siguientes.
Ord.	Ordinal.
Núm.	Numeral.
C.C	Código de Comercio.
D.L	Decreto Legislativo.
D.O	Diario Oficial.
C.T	Código de Trabajo.

INTRODUCCIÓN

El documento que se presenta es un proyecto final de tesis de postgrado que se realiza en cumplimiento del requisito de graduación de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

La investigación es realizada bajo el tema “La autonomía de la voluntad expuesta en el testamento frente a la exclusión del derecho a suceder de los hijos no reconocidos en la legislación salvadoreña”, el tema se orienta sobre la base que la Normativa Constitucional posiciona a la familia como “base fundamental de la sociedad” y por subsiguiente crea la legislación secundaria en materia social que está encaminada a proteger la familia, en esta legislación se despliega un amplio abanico de derechos a favor de los sujetos que integran la familia, en especial en los sujetos que por su edad o rol social se encuentran en una posición de desventaja o dependencia frente los miembros de la familia que cumplen un rol de proveedor, un ejemplo de esta situación vulnerante sería el caso de las mujeres y de los hijos menores de edad.

Sobre los hijos menores de edad existe una mayor vulneración a sus derechos frente a sus padres, cuando estos no han sido reconocidos, pues si se le excluye del derecho a suceder a sus progenitores, el Código Civil previene una mayor vulneración y asigna una cuota forzosa de alimentos para el hijo menor de edad, aun contra voluntad expresa del testador pero siendo un hijo no reconocido, por ministerio de ley tampoco se le obliga a asignar una cuota alimenticia forzosa (de conformidad al Art. 1441 Código Civil) pues hasta ese momento no se tenía conocimiento que se tratara de su hijo, y posteriormente cuando los hijos llegan a la mayoría de edad, el que fue el patrimonio de su padre se encuentra distribuido entre sus herederos, y sus derechos como hijo se encuentran defraudados. No operando figuras como la petición de herencia del artículo 1186 Código Civil, dado que su acción es procedente únicamente cuando el titular tiene derecho a herencia, derecho del cual se excluye al hijo no reconocido por no figura en el testamento, dada la omisión del testador.

Del otro lado de la balanza como manifestación del derecho a la libertad, uno de los Derechos Civiles y Políticos por excelencia, está el reconocido como “la libre disposición de los bienes” preponderante socialmente y ampliamente desarrollado y teorizado y respaldado por uno de los principios básicos constitucionales como lo es la autonomía de la voluntad, en comparación a los derechos familiares, que son derechos sociales pormenorizados y considerados como secundarios o de segunda generación, también señalados de colectivos o meramente prestacionales, cuando tanto derechos sociales como derechos civiles y políticos son prestacionales, estos últimos mediate el gasto de tribunales civiles, registros de propiedad e instituciones que componen el sistema bancario.

De ahí la libre testamentación como derecho de rango constitucional, que implica la facultad del testador para disponer libremente de sus bienes, tiene preponderancia en el desarrollo legislativo para cubrir la mayoría de las situaciones que se presentan en la realidad, aun y cuando en dicha disposición se esté dejando desprotegidos a sus hijos cuando estos no

han sido reconocidos, excluyéndoles del acceso al acervo sucesoral y siendo hijos no reconocidos no se encuentran en obligación de asignar una cuota forzosa, negándoles el derecho a recibir alimentos, quedando desprotegidos por la legislación secundaria.

Desarrollándose dentro de la investigación un conflicto entre la autonomía de la voluntad expresada en la libre testamentifacción cuando su ejercicio desprotege el derecho a suceder de los hijos no reconocidos en la legislación salvadoreña, siendo necesario conocer si podría anteponerse uno sobre el otro, pese a tener ambos similares rangos constitucionales.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

1.1 Concepto de autonomía

El principio de autonomía de la voluntad es una institución jurídica que se forjó lenta y de la mano con la evolución del concepto y tipos de contratos. Tradicionalmente, el principio de la autonomía de la voluntad se fundamenta en las ideas individualistas y liberales provenientes del pensamiento filosófico que comienza a ver la luz en el siglo XVIII, proceso que culmina finalmente en las llamadas revoluciones liberales; ello, sin dejar de mencionar que sobre este principio descansa la teoría del acto jurídico.

La expresión de “autonomía de la voluntad” tiene su origen en la palabra autonomía, del griego *autos* (para sí), y *nomos* (norma, regla), es decir, regla dada para sí mismo; y de la voluntad privada, como fuente de esa regla; con carácter general también se utilizan como sinónimos las expresiones “autonomía privada” o “autonomía de los particulares”. La autonomía de la voluntad no solo es un poder de constitución de relaciones jurídicas, sino también un poder de reglamentación del contenido de aquellas.¹

Se dice también por otra parte, que la voluntad jurídica que nace de los hechos jurídicos, es la base de la autonomía de la voluntad, sin embargo, también vale decir que todo hecho jurídico es producto de un acto jurídico.

Ciertamente, existe una diferencia entre el hecho jurídico y el acto jurídico, pues resulta que en éste último la voluntad se dirige conscientemente por el sujeto hacia un determinado fin y así obtener el resultado que éste desea; de ahí, entonces que la voluntad no sea una cosa distinta que la intención.

El elemento esencial en el acto jurídico es la manifestación de la voluntad dirigida hacia un fin determinado que se desea. Los demás elementos del acto jurídico que la doctrina señala, lejos de ser independientes están íntimamente ligados con ella, casi incluso bajo su dependencia. Todos ellos convergen hacia la voluntad determinando con su mayor fuerza su eficacia en la creación de vínculos jurídicos.

El principio de la autonomía de la voluntad se extiende tanto al fondo como a la forma de los actos jurídicos. Las partes, siempre que respeten las leyes, el orden público y las

¹ Federico Arnau Moya, *Lecciones de derecho civil I*, (Castelló: Universitat Jaume 2009), 148.

buenas costumbres, pueden establecer las condiciones que más les convengan en sus contratos.

La posibilidad de que dos o más personas puedan quedar obligadas por su propia iniciativa privada significa el reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad. Esta autonomía significa que, en un principio, todo particular pueda contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera. La autonomía de la voluntad no es fuente de normas jurídicas en el sentido de mandato de obligatorio cumplimiento, es decir, las obligaciones que surgen producto de las relaciones jurídicas no son ley, ni costumbre.

El principio de la autonomía de la voluntad tiene su manifestación más pura dentro de los actos jurídicos patrimoniales o pecuniarios ya que por regla general las normas que regulan este tipo de actos son principalmente de orden privado y están caracterizados por tratarse de negocios donde prima el interés económico de las partes contratantes. Lo anterior quiere decir que en virtud de este principio las partes pueden establecer formalidades o requisitos de forma a un acto o contrato, que no son exigidos por la ley.²

Doctrinarios como *Antonio Vodanovic* han definido la autonomía de la voluntad como una expresión de los actos jurídicos, es un poder que el ordenamiento jurídico ha otorgado a las partes para regular por sí y para sí sus intereses. Además el autor refiere que el principio de la autonomía de la voluntad es reconocido por disposiciones legales previamente establecidas, pero la principal es la libertad de contratar, la cual en nuestro país es un principio constitucional establecido en el artículo 23 de la Constitución de la República.³

La autonomía de la voluntad debe ser valorada como uno de los principios más importantes del derecho, en virtud del cual las partes, libremente y según su conveniencia son los llamados a determinar el contenido, alcance, condiciones o modalidades de sus actos jurídico. Es la expresión jurídica de cualquier hombre en la sociedad.

Los contratos como forma de establecer una vinculación jurídica, se multiplican y perfeccionan en la medida del progreso y complejidad del desarrollo económico-social. En la actualidad la mayor parte de las relaciones de las personas que se traducen en contratos se estudian desde un amplio margen de restricciones, las que no sólo se exteriorizan en los límites tradicionales de respeto a las normas imperativas, a los principios de orden público y a la moral.

Se habla de derechos reconocidos en la ley, fórmula que comprende por amplitud no sólo a los concedidos por la norma, sino a los que nacen de la voluntad de las partes, de la autonomía de la voluntad siempre que actúen dentro del marco legal.

² René D. Navarro Albiña, *Acto jurídico*, (Chile: Universidad de Atacama 2009), 50.

³ Antonio Vodanovic, *Manual de derecho civil, segundo volumen de las partes preliminar y general*, (Santiago de Chile: 2001) 31.

Resulta pues imposible concebir un principio tan trascendental sin tener muy presentes los cimientos o presupuestos contractuales sobre los que se asienta. Esta dimensión contractual entraña en sí misma la capacidad que poseen las personas para establecer cómo quieren que se rija las relaciones con sus semejantes en vistas a obtener la satisfacción de sus necesidades. Al regular que los contratantes puedan establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, es claro que la mayoría de Códigos Civiles conforman una amplia gama de libertad no exenta de limitaciones.⁴

Así pues, estamos en presencia de un principio fundamental para el derecho de los contratos y, por ende, para el desarrollo de las relaciones económicas y sociales de un país que, a su vez, incorpora una multitud de derechos y libertades.

1.2 Fundamento histórico de la autonomía de la voluntad.

El derecho privado como tal no existiría tal y como lo conocemos de no ser por un marcado aumento de la capacidad de iniciativa de las partes de un contrato al momento de establecer el contenido de la obligación que los va unir. La libertad para contratar de las partes básicamente se marca en porque quieren, con quienes quieren y como quieren. Lo anterior quiere decir que en primer lugar que pueden ser libres para contratar o no y para hacerlo cuando quieran. En segundo lugar, que puedan elegir a la persona con quien quieren establecer el vínculo jurídico de la obligación.

Como ya se dijo antes, el principio de la autonomía de la voluntad vio durante su evolución como un estrecho vínculo con los contratos los llevaba de la mano. Tuvieron que pasar muchos siglos para que las personas pudiesen disfrutar de una pequeña capacidad para realizar negocios jurídicos sin tener que pasar por ritos o solemnidades propias de cada época. Valga decir que tanto la civilización romana como los pueblos germánicos, antepasados de los principales sistemas jurídicos continentales, apenas le daban eficacia jurídica al simple acuerdo de voluntades.

En Roma, el ordenamiento jurídico no prestaba su fuerza coercitiva más que a un número limitado de contratos, fuera de los cuales los pactos solamente podían tener validez social, pero no jurídica. Así la voluntad de los contratantes no disponía de la autonomía suficiente como para crear un vínculo de carácter obligatorio entre ellos si para ello no hacían uso de los tipos de contratos que ya existían y cuyo contenido ya estaba predeterminado.⁵

No obstante lo anterior, en las épocas republicanas o imperial el abanico de posibilidades contractuales se fue ampliando a través de la creación de los llamados contratos “consensuales” que se añadieron a los que ya existían tales como compraventa, mandato, deposito. Sin embargo, ello no quiere decir que se produjera un cambio un cambio en la

⁴ Ana Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, (Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2017) 18.

⁵ Oliver Soro Russell, *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, (Madrid: Editorial Reus 2016), 19.

manera de concebir la autonomía de la voluntad; y es que, en efecto, aunque hoy por hoy existan más formas contractuales y pudiesen combinarse entre ellas, solo podía existir esas y ninguna otra más.⁶

La primera vez que el Derecho Romano otorgue un cierto valor a la autonomía privada de las partes (entendida ésta como la facultad de las partes para crear una obligación) será a través del reconocimiento de la promesa o compromiso verbal sometido a unos requisitos de forma muy estrictos que debían ser cumplidos al pie de la letra por los estipulantes. A lo anterior, seguirá la creación de dos nuevos contratos, en primer lugar el formal que se celebraba por escrito a través de la inscripción de su contenido en el libro de contabilidad doméstica del acreedor. Y en segundo lugar, los antecesores de algunos de los actuales contratos reales, puesto que requerían para su validez la entrega de la cosa sobre la que versaban.⁷

Siguiendo la misma línea, en Roma encontramos el primer vestigio y después de una franca evolución del dogma de la autonomía de la voluntad. Roma crea prontamente las dimensiones individuo y Estado como dos realidades autónomas. Por ello atribuye al pater familias un significado relevante, tanto en el campo del derecho privado, como para el derecho público.

En Roma la serie de solemnidades y rituales místico-religiosos era un dato indiscutible. Lo religioso estaba mezclado con lo jurídico, sobre todo en la etapa arcaica del derecho romano, lo sacramental era dato indiscutible en la celebración del acto, para naciera a la vida jurídica, la declaración externa de la voluntad no fungía como acto creador de obligaciones.⁸

Es con el crédito que la autonomía de la voluntad se afianza y gana terreno en el campo jurídico. En un principio, el consentimiento desempeña el pobre papel de ser solo elemento generador (el génesis) ya que los efectos jurídicos eran consecuencia del negocio mismo. Es gracias a la figura del praetor (encargado de desentrañar el espíritu de la norma, mediante la interpretación de la voluntad de las partes) que la autonomía de la voluntad empieza a desembrarse y existir como un elemento esencial. A través de la óptica de la equidad se concibió un nuevo derecho, en el cual se atendía a la realización de valores de contenido, más allá de la forma y la solemnidad.⁹

El último escalón que el ordenamiento jurídico romano recorrió rumbo al reconocimiento de la eficacia de la autonomía de la voluntad se produjo cuanto se otorgó valor jurídico a cualquier operación jurídica unitaria, a cualquier acuerdo de voluntad, siempre que en virtud de este una de las partes realizase una prestación. Y este

⁶ Ibíd.

⁷ Ibíd. 20.

⁸ Aida del Carmen San Vicente Parada, "El principio de autonomía de la voluntad", *teoría del derecho*, (boletín sin número de publicación): 8.

⁹ Ibíd. 9.

reconocimiento se manifestó principalmente a través de la concesión, por el pretor, de acción para obtener la contraprestación pactada en caso de incumplimiento por la otra parte. De este modo una nueva categoría de contratos, todos sinalagmáticos y pertenecientes a diversas categorías veía la luz: se trataba de los contratos innominados.¹⁰

Si bien, la autonomía de la voluntad, tal como la conocemos hoy, no surgió en el derecho romano, como sí nacieron el concepto de obligación y el de sus fuentes principales, es menester decir que, su origen y concreto lo ubicamos en Emanuel Kant, quien fue el primero en desarrollar científicamente el postulado de la autonomía de la voluntad del ser humano, consistiendo pues en la libertad o poder que tenía el ser humano de dictarse sus propias normas morales.

El concepto racionalista del individuo y su proyección en campo jurídico resulta trascendental en la medida que esta corriente filosófica desarrolló el postulado de la autonomía de la voluntad con el más amplio de los criterios.

Por su parte, Norberto Bobbio señala que, en Kant el sentido liberal de la libertad se define como la ausencia de contenidos, en el sentido en que hace lícita la conducta de quien actúa, siempre y cuando no trasgreda los límites impuestos por la esfera de “lo prohibido”. Así, el principio de libertad se vuelve regla y la prohibición, la excepción, todo lo que no está prohibido está permitido.¹¹

Para Kant, toda norma moral que regule las relaciones humanas debe derivarse de la ley denominada “imperativo categórico”, que expresa la obligación de actuar de manera tal que la máxima o norma concreta del obrar de cada persona, en cualquier circunstancia, no contradiga la ley universal. Cada persona debe actuar convencida de que esa es la forma en que querría que los demás obrasen con ella, en una circunstancia semejante. Es así que la autonomía posibilita al hombre su esencia, expresada en su acción personal, como resultado de su deliberación y decisión.¹²

En la era moderna se presenta una competición entre ordenamientos jurídicos, frente a la capacidad de regular la actividad de los privados y las garantías que ofrecen en el reconocimiento de la autonomía privada, efectivamente la apertura de las fronteras lleva a la deslocalización de las acciones de los singulares privados, en cuanto estos pueden escoger para realizar su interés ordenamientos menos rígidos que les permita realizar esas actividades.

¹⁰ Oliver Soro Russell, *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación*, 21.

¹¹ Pablo Cerra, “De la Autonomía de voluntad: noción, limitaciones y vigencias” *Advocatus*, No. 29 (2017): 183.

¹² *Ibidem*, 184.

1.3 Fundamento Constitucional

1.3.1 Constitucionalización del derecho privado.

En la historia de la humanidad, el derecho privado ha hecho posible la estabilidad y la paz social y ha mantenido un poder de adaptación a las necesidades de cada momento como ninguna rama del derecho. Ha sobrevivido la institucionalidad civil a las diferentes formas sociales de producción, a las diferentes formas de Estado desde el liberal, llegando al Estado social de derecho, hasta el que ahora conocemos como Estado Constitucional de derecho fundado en principios generales. Su evolución, impresa por la misma dinámica social, ha mantenido siempre sus instituciones acopladas a las necesidades del momento. Sus preceptos y desarrollos han inspirado profundos cambios sociales y, a su vez, los contenidos de las Constituciones contemporáneas.

Es necesario dejar clara la idea sobre la “constitucionalización” y es que ello implica una erradicación de valores y principios contenidos en la Constitución hacia diversos ámbitos del derecho, llegando incluso al derecho privado. Al respecto, podemos citar algunas condiciones que algunos autores han establecido para considerar que un ordenamiento jurídico responde o se encuentra en armonía con las normas Constitucionales. La primera de ellas, una Constitución rígida, que se encuentre escrita y, además protegida contra la legislación ordinaria, en el sentido de que sus normas no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento de revisión constitucional. Una segunda condición, la garantía jurisdiccional de la Constitución, que involucra un control sobre las leyes para que éstas se encuentren en conformidad con la carta magna. Una tercera condición, una fuerza vinculante de la Constitución. Esta se refiere a que toda norma constitucional es una norma genuina, vinculante y con efectos jurídicos ya se sea que trate de principios generales que exigen interpretación y concretización o de disposiciones programáticas como derechos sociales que dependen de programas económicos y sociales para ser aplicados.¹³

Para comprender la idea central de la constitucionalización del derecho privado, es necesario entender los elementos del derecho privado y su directa vinculación con el principio de la autonomía de la voluntad, tomando en cuenta que esto último en su estructura es la base fundamental de los contratos de derecho privado. Así mismo, debemos tomar en cuenta que el Estado a raíz de este movimiento ha tenido un papel más activo en las relaciones económicas, hasta lo que se he llegado a conocer como el orden público económico, que a su vez implica obligaciones específicas a los ciudadanos en aras de orientar la actividad contractual o con fines de protección a las partes consideradas débiles en las relaciones contractuales.

La constitucionalización del derecho privado es una expresión que encierra con gran potencia, opiniones y reacciones, defensores y adversarios. Es entonces, más que un estado de cosas, una narración impactada por visiones acerca de lo bueno y lo malo y, al mismo tiempo, de miradas de lo eficiente y lo ineficiente.

¹³ Luis Esteban Torres Cobo, “La interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del derecho privado” (tesis de grado, Universidad de San Francisco de Quito, 2013), 19.

Aunque se trate de un principio fundamental para el Derecho civil, en específico de los contratos, y por consecuencia, para el desarrollo de las relaciones económicas y sociales de un país que garantiza una multitud de derechos y libertades, lo cierto es que ni la Constitución de la República ni otro texto similar lo recogen textualmente. Sin embargo, es dable decir que nuestra carta magna si ampara expresamente los derechos y libertades que lo conforman y por otro los distintos textos legales recogerán sus más principales manifestaciones.

En nuestro sistema jurídico, sobre todo nuestra carta magna, existe más de una norma en la cual sustentar la idea de la autonomía de la voluntad. En primer lugar, se puede afirmar que dicho principio encuentra tutela de manera genérica en lo previsto en los artículos 2 y 8 de la Constitución de la República, ya que de manera general regula el derecho de libertad, ya que en el primero se expresa que toda persona tiene derecho a la libertad y en el segundo se potencia dicha libertad al señalar que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, y a la vez que toda persona puede hacer o dejar de hacer lo que la ley no prohíbe, de donde surge la afirmación de que cada individuo tiene libertad de hacer su voluntad cuando así lo quiere, libertad que se extiende a establecer o no vínculos entre sí y decidir el contenido de esas obligaciones.

Sin embargo, esta libertad de contratación no se ha configurado como un derecho absoluto y por ello el mismo artículo establece que dicha libertad se garantizará siempre que se realice con arreglo de las leyes, por lo que se trata de un derecho sujeto a límites. En otras palabras, desde la perspectiva constitucional el derecho de autonomía de la voluntad no supone que los ciudadanos puedan realizar actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico entendido de manera omnicompreensiva, esto es abarcando toda escala normativa, los derechos fundamentales en general, además de los valores propios que sustentan dicho ordenamiento.¹⁴

Al derecho contractual se le atribuyen valores en los ordenamientos de Constitución escrita, uno de los valores es el de la autonomía de la voluntad, aludiendo a la libertad de concluir contratos. Para lograr una aplicación directa de las normas constitucionales a las relaciones entre particulares, algunos doctrinantes posicionan la libertad contractual dentro de los derechos de las personas, mientras que otra parte de la doctrina ubica este principio en la libertad de iniciativa económica.¹⁵

Es importante mencionar que existe una diferencia entre la noción de contrato que responde a una función social y el reconocimiento constitucional que se le concede al contrato desde el principio de la autonomía contractual, ubicándolo entre las libertades fundamentales del individuo, es decir en aquella parte social de la carta magna que no

¹⁴ Melvin Mauricio Peñate Sánchez, “Los límites de la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña” (tesis de maestría, Universidad de El Salvador, 2013), 52.

¹⁵ Luz Karime Ángel, “Autonomía de la voluntad, ¿Decadencia o auge?”, *verba iuris*, 36, (2016): 76.

permite límites, subordinaciones y otros intereses, esta última interpretación hace parte de quienes la categorizan dentro de los derechos de las personas.¹⁶

1.4. Principio de la autonomía de la voluntad.

El derecho privado reconoce un importante papel a la autonomía privada. Esta no está constituida por el conjunto de acciones que pueden desarrollar los individuos y que son objeto de regulación jurídica. La autonomía de la voluntad es vital como un poder, reconocido por el ordenamiento jurídico mismo, en virtud de cual las personas pueden reglar y ordenar las relaciones jurídicas en las que son o han de ser parte.

En cuanto principio general del derecho, se habla del principio de autonomía de la persona o del principio de autonomía privada. Este principio tal y como se dijo antes, tiene su fundamento en la dignidad y libertad de la persona. Por su dignidad la persona es sujeto de derechos y deberes; por su libertad la persona posee un dominio sobre sus propios actos, y sobre aquellos bienes espirituales o materiales que le corresponden como persona y que pertenecen a eso que se le denomina “esfera privada persona”. En consecuencia, hay también un deber general de respeto a la persona y a su libertad que incumbe a todos, particulares y autoridad pública.¹⁷

La autonomía de la voluntad de ninguna manera se debe asimilar con el concepto de libertad general, porque si se llegase a hacer, el resultado sería que el concepto de libertad general quedaría reducido al campo del derecho únicamente, lo que para algunos autores es un absurdo; o bien la autonomía de la voluntad jurídica pasaría a adquirir contornos de la libertad general.

Por otra parte, la autonomía de la voluntad reviste caracteres tanto positivos como negativos esenciales de la autonomía es la facultad de obligarse y toda obligación en esencia es una restricción a la libertad del hombre, aun cuando él mismo se la imponga en razón de ser su voluntad autónoma.¹⁸

El principio de la autonomía de la voluntad, no sólo reconoce a la persona como el sujeto principal de todo el orden público, y no sólo reconoce su libertad en el ámbito de su esfera personal; en sentido más estricto se entiende *aquel poder que se reconoce a la persona para establecer las reglas y normas que han de regir en ese ámbito de su dominio privado*. Este poder jurídico o poder de autonomía es, por tanto, un auténtico poder normativo al que

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Eduardo Molano, “El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas”, *artículo sim título*, (2007), 442.

¹⁸ Artemio Llanos Medina. “El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones”, (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, Universidad de Chile, 1944), 58.

el ordenamiento jurídico puede conceder plena eficacia jurídica, como la que pueden tener las normas jurídicas que proceden de otras fuentes.¹⁹

Por otra parte, es importante tener en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad ha presentado abusos derivados del mismo, los hombres muy frecuentemente prestan su consentimiento impulsado por sus necesidades, su ignorancia respecto de todas las consecuencias de un negocio, su confianza en la otra parte. De todo ello resulta un contrato injusto, contrario a la equidad. Ya no se cree que todo lo libremente querido sea justo, por la muy simple razón de que la libertad con que se presta el consentimiento suele ser muy relativa. Es frecuente que haya un fuerte y un débil contractual. El Estado debe intervenir para proteger al débil y para hacer reinar la justicia, que es el valor supremo del derecho.²⁰

Se sabe que el contrato es obligatorio para quienes lo suscriben al igual que nadie se ve obligado a contratar en contra de su voluntad, así se llega a la conclusión que, si una persona se compromete frente a otra u otras por medio de un negocio jurídico, lo hace porque ese ha sido también su deseo. Así mismo, dentro de esa relación jurídica se encuentran una serie de principios de la libertad de contratación, de la libertad contractual y de la fuerza obligatorio o vinculante de los contratos.²¹

La autonomía de la voluntad de las personas en el área contractual, es, ante todo, libertad de contratación. Y esta libertad conlleva dos importantes consecuencias; en primer lugar, la libre opción del individuo entre contratar y no contratar. Y, en segundo lugar, libertad de contratación es libertad de elegir el contratante deseado.²²

En la doctrina del negocio jurídico la voluntad cumple un papel esencial, siendo expresada a través de la declaración de voluntad, creando vínculos jurídicos y normas jurídicas que se agregan al ordenamiento jurídico que rige entre las partes siendo reconocidas por el derecho; la validez de la voluntad expresa, está reservada al ordenamiento jurídico, no obstante ésta produce efectos jurídicos cuando declarada lícitamente, como consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad que prevé la normatividad.

El contrato entonces, obliga a las partes porque ellas lo han querido y nadie las ha obligado a contratar. Por lo que el contrato es, entre todos los hechos o actos jurídicos que generan obligaciones, aquel en que la voluntad de los particulares cumple una función más importante ya que tiene como elemento característico el consentimiento, es decir el libre acuerdo de la voluntad de las partes.

Algunos autores civilistas mencionan que el principio de autonomía de la voluntad se manifiesta en el contrato en la libertad de contratar y en la libertad contractual.

¹⁹ Eduardo Molano, "El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas"..., 447.

²⁰ Guillermo, A. Borda, *Tratado de derecho civil: parte general I*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976), 41.

²¹ Oliver Soro Russell, *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación...*, 81.

²² *Ibid.*

Como primer punto tenemos la libertad de contratar que conlleva primeramente a la libre opción de la persona entre contratar y no contratar, que es, por lo tanto libertad para constituir o no relaciones contractuales. Seguidamente, implica determinar con quién contratar. Esta última, sin duda, cobra su mayor esplendor cuando los contratos se concluyen en consideración con la persona, es decir en atención a las particularidades del contrato elegido.

Sin embargo, la libertad de contratación tiene sus defectos, límites o excepciones. A modo de ejemplo en la provincia de Mendoza, República de Argentina, en la actualidad existen contratos que deben celebrarse por imperativo legal, como es el caso de los seguros de los automóviles, que están obligados a contratarlo, pero se conserva la libertad de elegir al contratante.²³

Así mismo, la libertad contractual, es la facultad de determinar libremente el término y condiciones de un contrato. Mientras que la libertad de contratación opera de manera anterior a la formación del contrato, la libertad contractual actúa desde el inicio, la vida y el fin de la relación contractual. Ésta ofrece a las personas la capacidad de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones, por lo que se concreta esencialmente en la libertad de establecer la norma, o parte de ella, reguladora de la relación que se desea crear. Lo que acuerdan las partes conforma el contenido del contrato, con lo cual pueden determinar los derechos y obligaciones que nacen de tal acuerdo.²⁴

La principal consecuencia de la autonomía de la voluntad en la contratación es la fuerza obligatoria del contrato. Se da por hecho que todos los pasos anteriores han sido completados primero se decidió celebrar un contrato con la o las personas que se eligieron libremente y segundo las partes fijaron el contenido del acuerdo, estableciendo pactos y manifestando su voluntad para la satisfacción de sus intereses. A partir de acá las partes deben cumplir con el compromiso que surge a partir de la creación, modificación o extinción del contrato.

La libertad de contratar responde a un momento estático y la libertad de contenido responde a un momento dinámico, dentro del negocio jurídico, sin embargo, este principio se deduce del reconocimiento como derecho, los contratos atípicos e innominados. La autonomía de la voluntad cumple un papel esencial en los contratos, y en el poder negociar de las partes; este poder ha ido evolucionando para dar respuestas a la economía de mercado que es el perno del desarrollo político, económico y social.

En nuestro país la libertad a la que he hecho referencia anteriormente, tiene su manifestación en diversas normas constitucionales, tal y como ya se dijo anteriormente, sin embargo es de hacer énfasis, que es el artículo 23 de nuestra carta magna el que instaura de manera más específica la libertad de contratación, entendida esta como la posibilidad que tienen las personas de hacer o no hacer sin ser coaccionadas o sometida a ello por otra

²³ Florencia Gobbi Aixa Triay, "El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones" (Trabajo de investigación, Universidad Nacional de Cuyo, 2015), 10.

²⁴ *Ibíd.*

persona y sin que se lo puedan impedir cuando tiene la voluntad de hacerlo, es decir, puede orientar su actuar hacia la consecución de determinado fin.

Esta libertad de contratación no se ha configurado como un derecho absoluto, y por ello el mismo artículo establece que dicha libertad se garantizará siempre que se realice con arreglo de las leyes, por lo que se trata de un derecho sometido a ciertos límites. Así, desde la perspectiva constitucional el derecho de la autonomía de la voluntad no supone que los ciudadanos puedan realizar actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico, esto es abarcando toda escala normativa, los derechos fundamentales en general, además de los valores y principios que sustentan dicho ordenamiento, por el contrario, se fijan límites concretos a los que debe someterse toda persona en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.²⁵

En ese mismo orden de ideas, nuestra Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia ha determinado la relación existente entre la autonomía de la voluntad con la libertad de contratación, estableciendo que: *Como principio constitucionalmente acogido, la contratación debe ser libre, es decir, ser el resultado de una decisión personal de los contratantes. No es posible que el Estado pueda obligar a contratar, sobre todo dentro de las relaciones privadas. Como todo principio, esta connotación admite excepciones de interpretación restrictiva en casos muy especiales de razonabilidad suficiente; sin embargo, en este ámbito la autonomía de la voluntad nos muestra al contrato como un reparto (o manera de distribuir cargas jurídicas) autónomo y como fuente no estatal de producción de obligaciones jurídicas.*²⁶

De la anterior sentencia, también es oportuno destacar que la Sala de lo Constitucional además, sienta las bases para decir que la autonomía de la voluntad consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. Es de esa manera, como en materia de contratos, la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas.

Además, continua manifestando la Sala, que: *la voluntad contractual es el rechazo al perjuicio propio, pues se identifica con el interés jurídico de su titular. Esto quiere decir también que tal voluntad, como reflejo de la personalidad, tiene que ser reflexiva; prueba de ello es la exigencia de la ley de que ciertos contratos revistan una determinada forma, en consideración a su importancia, y, aún más, que en algunos casos la forma sea elevada a solemnidad.*²⁷

²⁵ Melvin Mauricio Peñate Sánchez, "Los límites de la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña"..., 52.

²⁶ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009).

²⁷ *Ibíd.*

Finalmente, la Sala establece que la autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe en modo alguno absolutizarse ni sacralizarse. La presencia razonable del Estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes. La intervención del Estado en los contratos se moviliza con carácter permanente y anticipado, poniendo determinados marcos a la autonomía de la voluntad, y no reconociéndola más que dentro de ellos.

1.5 Autonomía Activa

La autonomía activa se presenta cuando la voluntad esta se exterioriza a través de diversos medios. Esto parte de considerar que el hacer uso de la autonomía de la voluntad es facultativo, de modo que, tanto se puede poner en ejercicio como simplemente no usarse. Esta forma de manifestarse la autonomía de la voluntad se advierte cuando se crean, modifican, transforman o extinguen derechos u obligaciones contractuales. Por tanto, existe el conocimiento y el ánimo de ejecutar acciones con el fin de que se produzcan efectos jurídicos sobre la esfera de cada individuo.

Dentro de este tipo de autodeterminación, se pueden observar dos elementos esenciales: subjetivo y objetivo. El primero de ellos hace referencia al querer y el saber de cada individuo en cuanto a llevar a cabo ciertas acciones que reflejen la búsqueda de su propio interés. Por su parte, el elemento objetivo se observa cuando se materializan las intenciones creadas al interior de las personas. En tal sentido, la autonomía de la voluntad activa exige alma y cuerpo para su nacimiento y desarrollo.

Siendo el negocio jurídico el medio indicado para poner de manifiesto la denominada autonomía privada, o autonomía de la voluntad, en el sentido de que, mediante el mismo, la voluntad del individuo vale, en el ámbito del ordenamiento jurídico, para modificar situaciones preexistentes, ejercitando así una función constitutiva.²⁸

1.6 Autonomía Pasiva

Respecto a la autonomía pasiva el asunto cambia drásticamente, ya que se manifiesta a través de un no hacer. Ello se ejemplifica cuando los sujetos de derecho deciden no obligarse, justo como en el contrato de adhesión el consumidor o usuario toma la decisión de no adherirse por las razones que estimare conveniente. Lo importante en ese punto es determinar si la falta de acción en determinados casos puede representar efectos perjudiciales para los individuos, puesto que puede darse el caso que se configure el consentimiento tácito.

Vista la autonomía desde esta óptica, hace que se adviertan los beneficios que esta posee, en tanto que evita que los particulares se vean perjudicados por las condiciones

²⁸ Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, (Buenos Aires, Ediciones jurídicas europa-america, 1979), 339.

contractuales que en el tráfico legal se crean y más cuando es alto el riesgo de ser víctimas de cláusulas abusivas elaboradas por sujetos que gozan de posición dominante, o de abusos del derecho. Entiéndase por cláusulas abusivas aquellas previsiones particulares que rompen el equilibrio justo de las relaciones privadas, cuyo efecto es, en principio, la ineficacia de pleno Derecho. De ahí que sean el abuso del Derecho y la buena fe los referentes históricos y de naturaleza jurídica que la doctrina ha acogido en explicación de este tipo anómalo de cláusulas.²⁹

1.7 Límites de la autonomía de la voluntad

La doctrina más moderna nos dice que el acto jurídico es el medio o instrumento por el cual el sujeto logra en los límites de la autonomía de la voluntad y el poder dispositivo lícito de los particulares erigir en regla a un interés jurídicamente protegido.³⁰

La autonomía de la voluntad no es absoluta y por tanto existen límites que deben ser observados, de ese modo, aquella debe estar gobernada bajo determinadas reglas. Por ello es que en materia de contratos, la suprema ley es la voluntad de las partes, en virtud de la cual se elige la regla jurídica por la que se debe regir el o los vínculos jurídicos que se crean. No obstante, la autonomía de la voluntad; independientemente de ser considerada como uno de los principios más importantes en el Derecho Civil, definida como la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar sus efectos, contenido y duración; no es admitida de forma absoluta, por cuanto tiene restricciones previstas en la ley y otras que se desprenden de las circunstancias o de las situaciones de hecho.³¹

Cabe mencionar que las limitaciones a dicho principio tampoco deben ser excesivas, al grado que se reste total eficacia a los efectos positivos que aquel promulga, por tanto tales limitaciones deben ser razonables y con propósitos justificables, de forma que valga la pena ajustar los parámetros de actuación de ciertos individuos con tal de alcanzarse el cumplimiento de valores superiores. En otros términos, que el sacrificio de unos se traduzca en beneficio para otros.

En este tema algunos doctrinarios con el objeto de delimitar lo que implican los límites a la autonomía de la voluntad, hacen la distinción entre lo que ha de entenderse justamente por límites y limitaciones. Resultando que los límites son normas, restricciones o imperativos de carácter ordinario, vienen establecidos en la ley, son ineludibles, van ligados al Derecho desde su origen, integran el contenido del propio contrato. Las limitaciones, por

²⁹ José María López Jiménez, Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria, (Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2015), 12

³⁰ Azerrad de Volcoff, Clases de Derecho Civil, Parte General: Persona - Acto jurídico - Responsabilidad civil (Córdoba: Advocatus, 1996), 88

³¹ Katuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, núm.6 (2012): 33

su parte, son excepcionales, anormales o extrínsecas, vienen a seccionar externamente el contenido normal del contrato.³²

Valga decir que las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias, por esta razón constituyen las fronteras del Derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo³³.

Los límites son considerados intrínsecos a todo tipo de negocio, por lo que sin necesidad de remisión expresa deben ser observados por los individuos, quienes ni aun alegando su desconocimiento pueden rebasar las fronteras marcadas por estos. Así se encuentran la moral, el orden público y las buenas costumbres como límites que son de obligatoria observancia. Estos, se catalogan por algunos autores como límites de carácter negativo, topes o barreras infranqueables.

La ley si bien reconoce y permite el desarrollo de la autonomía de la voluntad, la misma se encarga de fijar prohibiciones o mandatos que aquella debe respetar, tales leyes prohibitivas e imperativas pueden estar referidas ya sea a cuestiones formales o contenido del contrato de que se trate.

No se debe perder de vista que la autonomía de la voluntad importa la ocurrencia de dos factores elementales a saber: la *voluntad* como causa eficiente de las consecuencias jurídicas de los actos que realizan los particulares, y el *reconocimiento* de esa voluntad por el ordenamiento jurídico. Con las necesarias limitaciones que éste debe imponer en orden a salvaguardar los intereses superiores de la comunidad, pero sin dejar de reconocer que la libertad de la persona no puede limitarse a decidir si realiza o no un contrato, sino que también debe poder determinar las consecuencias del mismo³⁴. En tal sentido, se debe procurar que tanto los intereses particulares como superiores tengan similar importancia y en lugar de encontrar puntos de tensión se debe buscar conciliarse.

En ese orden de ideas, dentro de los límites a la autonomía de la voluntad se encuentran:

1.7.1 La moral

La moral se constituye en uno de los frenos para la autonomía de la voluntad, sin embargo, la determinación de tal concepto no es tan sencillo in limine. Y es que, debemos indicar que se trata de un término que no es propio de las ciencias jurídicas sino más bien se encuentra fuera de ellas. Aquí resulta importante traer a cuenta que al incorporar un concepto

³² Ibíd, 34

³³ Ibíd, 34

³⁴ Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 37

como este en el sistema jurídico deja entrever la lucha dada en su momento por separar el Derecho y la Moral, ya que ahora el primero incluye y hace uso del segundo para complementarse y no dejar vacíos. No se debe olvidar que el primero de ambos en adquirir vigencia fue la moral, ya que desde los inicios de la humanidad se ponía de manifiesto este sistema y que luego fue renombrado como Derecho Natural.³⁵

La moral es un tema abierto, indeterminado, relativo, que no resulta ser uniforme y único, por tanto se podría llegar a considerar como una obra inacaba, incompleta en su contenido. Algunas posturas se atreven a considerar que por moral se debe entender las prácticas que la generalidad de las personas honestas en un área y tiempo determinado, materializan,³⁶ y es que generalmente se tiende a relacionar a la moral con los comportamientos considerados correctos por parte de las mayorías, aunque más bien se trataría de los pensamientos que aprueban o descartan determinadas acciones por considerarlas dentro del margen de lo “bueno” o lo “malo”, poniéndose de manifiesto una especie de conciencia o convicción social.

En similar sentido se expresa Antonio Vodanovic cuando refiere que la moral es el conjunto de normas que prescriben los deberes que el hombre ha de cumplir con respecto a sí mismo, a sus semejantes y a los animales, para que sus intenciones y actos se conformen al bien y no al mal, a lo correcto y no a lo incorrecto, a la honradez y no a la deshonestidad, a la virtud y no al vicio.³⁷

Asimismo, la moral es entendida como el conjunto de convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico, con un carácter general en la comunidad jurídica. También se considera que en la moral están ancladas las cosmovisiones, intereses, valores, estructuras de clase y motivaciones de la sociedad como conjunto de convicciones de orden ético que no es necesario que se plasmen en actos concretos..³⁸

En el texto constitucional salvadoreño, en diversas partes se hace alusión a la Moral o la moralidad de las personas, por citar un par de ejemplos, en el artículo 2 se inicia con la integridad moral de los individuos que también se ve reflejado en el artículo 11 inciso segundo, y a su vez, regula lo relativo a efectos reparadores por los daños morales que se ocasionaren. El artículo 6 que contempla el derecho a la libertad de expresión, fija como límite de éste, entre otros, a la moral, al igual que lo hace el artículo 25 cuando reconoce el derecho a la libertad de religión. Con ello se observa como el constituyente reconoce que la Moral es un límite para diversos derechos y particularmente para la libertad en sus diversas

³⁵ Véase José Humberto Morales, Apuntes de Filosofía del Derecho, (El Salvador: Aequus, 2014), 51 y 64. Y esta vinculación entre el derecho natural y la moral se advierte en principio, cuando sobre la naturaleza promulgada por el iusnaturalismo se presentan dos tesis a saber: a) Una tesis de filosofía ética, que sostiene la existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; y b) Una tesis acerca de la definición del concepto del derecho, conforme a la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

³⁶ María José Puyalto Franco, Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos, (España: Dykinson, 2006): 92

³⁷ Antonio Vodanovic Haklicka, MANUAL DE DERECHO CIVIL, (Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2001), 10.

³⁸ Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 36

manifestaciones, que es donde los frenos deben estar más activados por el riesgo que esto representa para los derechos de terceras personas que se pueden ver afectados.

En cuanto a la moral y los portadores de la misma se ha indicado que: *en la moral, en cuanto conjunto de creencias y normas de una persona o grupo social determinado que ofician de guía para el obrar, la persona es la portadora originaria de los valores éticos y sólo de forma secundaria o por extensión, pueden serlo sus actos*³⁹; de aquí se extrae que puede existir tanto una moral individual o colectiva, siendo esta última la que interesa para los fines de la presente obra. En esa misma línea, se llega a identificar la ética privada y la ética pública, haciéndose alusión a la primera como *la ética de las personas, la que conduce a la autonomía e independencia moral y necesita ser asumida libremente; no es contenido de las normas jurídicas, es la moral en sentido estricto y debe ser distinguida de la ética pública, que es la ética del Derecho, es decir, la justicia, que se identifica con los fines u objetivos que el Derecho debe realiz..*⁴⁰

Se reconoce que la Moral es elemental para la supervivencia de las sociedades, puesto que son normas que permiten mantener el orden y la paz entre los habitantes, por lo que ante la ausencia de ellas o el irrespeto de las mismas pueden generar que hayan gravosas consecuencias que lleven a provocar que se vuelquen todos contra todos sin que alguien lo impida. Por ello, resulta oportuno mencionar que por esa misma razón el Derecho positivo se auxilia de la moral para hacerse valer, en tanto que es necesario que exista la convicción de que es obligación respetar la ley, pues, pensar lo contrario generaría que la fuerza del Derecho se vea disminuida y existan constantes conductas transgresoras del mismo. En tal sentido, el reconocimiento de la referida obligación moral puede originarse ya sea desde la base del origen autónomo de sus normas, es decir, por el hecho de que sean los propios destinatarios de las normas quienes se las imponen; o según su propio contenido, de conformidad con lo cual la obediencia de las normas se deberá a su consonancia con la idea de justicia.⁴¹ Tal reconocimiento se encuentra dentro de la denominada moral interna que hace posible la viabilidad, potencia y eficacia del Derecho.⁴²

Cuando la moral se incorpora específicamente como marco de actuación de la autonomía de la voluntad, se hace con el fin de dotarla de la misma fuerza coercitiva que es reconocida al Derecho, haciendo uso de los medios coactivos que resulten necesarios para alcanzar los valores máximos como la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

La moral llega a incidir en diversos niveles incluso a la altura de los contratos, con lo cual se pretende sanear todo tipo de negocio que posteriormente podría verse objetado por cargar con un vicio que bajo ninguna excusa pueda ser perdonable. Por tanto, al momento de fabricar el acuerdo que se convertirá en ley para los suscriptores, se debe observar y poner atención a todo aquel tizne que vuelva ineficaz la autonomía de la voluntad.

³⁹ Morales, Apuntes de Filosofía del Derecho, 93

⁴⁰ Gregorio Peces-Barba Martínez, Positivismo y moral interna del derecho, (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), 17.

⁴¹ *Ibíd*, 528 y 529

⁴² *Ibíd*, 18.

Por de pronto, vista la moral desde esta perspectiva se ha de considerar que dentro de ella se encuentran todas aquellas conductas o comportamientos que estén en consonancia con los valores y principios éticos, sociales y culturales que dentro de una sociedad determinada se consideran de vital observancia por todos los individuos que la conforman a fin de garantizar su existencia y conservación; asimismo se podría considerar como parte de los límites que la moral impone, el respeto a los derechos humanos y valores esenciales como la justicia, igualdad y equidad.

En definitiva, la moral es entendida como un límite al principio de autonomía de la voluntad al restringir los actos jurídicos que los sujetos de derecho pueden celebrar, ya que a través de la moral se arraigan definiciones o determinaciones conductuales con el objetivo de que sean observadas, cumplidas y acatadas por la sociedad. Convirtiéndose sus postulados en reglas de moral, a que deben ajustarse todas las personas y que no pueden ser derogadas convencionalmente⁴³. De observarse tales reglas se estaría actuando moralmente correcto.

1.7.2 El orden público

El orden público es otro concepto que no resulta de tan fácil definición por el grado de abstracción que conserva el mismo y a veces es considerado como uno de los temas enigmáticos que dentro del mundo del Derecho se alojan, por ello son muchos los que se atreven a dotar de contenido dicho término.

Siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española se obtienen dos interesantes ideas sobre el orden público, por un lado, se concibe como el *conjunto de principios y valores que se estiman fundamentales en un orden jurídico nacional y que impiden la aplicación, en otro caso obligada, de la ley extranjera*; asimismo se identifica como el *conjunto de principios informadores del orden social que constituyen un límite a la libertad de pactos*. En este último caso se advierte la presencia de una idea de orden público más enfocada en reconocerse como freno a los acuerdos entre las partes producidos al calor de la autonomía de la voluntad.

Desde antaño para considerar cuando y en qué momento se estaba violando el orden público, era preciso que una norma legal estableciera la prohibición de atentar contra ella o que el mismo legislador advirtiera que se trataba de una norma de orden público⁴⁴. Luego con la evolución del Derecho se ha abandonado la idea legalista del orden público, es decir, cuando la ley expresamente así lo determina y se ha dado prevalencia a la perspectiva material del concepto, con lo cual importa respetar las normas que forman parte del orden público sin tomar en cuenta si el legislador las ha considerado como tal.

⁴³ Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 41

⁴⁴ Jaime Alberto Arrubla Paucar, "La autonomía de la voluntad y derecho comercial", Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas", n.78 (1987): 14. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/488324>

De acuerdo a Eduardo Novoa Monreal el orden público tiene su origen en una doctrina empírica aparecida en la Edad Media en donde los estatutos odiosos debían quedar restringidos en su aplicación a su propio territorio, sin que pudieran ser aplicados en el extranjero. Posteriormente se lo vinculó a las leyes imperativas internas de orden público, que no podrían ser sustituidas por leyes extranjeras.⁴⁵

Sigue mencionando dicho doctrinario que el orden público es una reacción de defensa, que protege el orden jurídico interno del país y sus intereses vitales, evitando elementos perturbadores extraños e impidiendo un debilitamiento profundo del orden establecido⁴⁶, para lo cual también se debe examinar que las leyes extranjeras no contraríen dicho orden.

De acuerdo a la doctrina francesa el orden público se explica a partir de hacer la distinción entre leyes imperativas y facultativas, resultando las primeras de imposible derogación por la voluntad de los particulares, mientras que la autonomía de la voluntad si podría derogar o modificar los efectos de las leyes facultativas. En ese sentido, el orden público estaría compuesto por aquellas leyes imperativas y limitaría la autonomía de la voluntad porque ni aun las partes en el libre ejercicio de la búsqueda de satisfacer sus propios intereses podrían obviar su cumplimiento, siendo por tanto la autonomía de la voluntad incapaz de ser fuente de normas que atenten contra el orden público.⁴⁷

Por otro lado, por orden público se entiende el conjunto de principios eminentes, sean estos religiosos, morales, políticos y económicos a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social estable,⁴⁸ de modo que sin estos el Estado estaría al borde del precipicio. Por tanto, se trata de los principios que cada sociedad estima como fundamentales de su organización social, y siendo así no es recomendable formular una definición precisa que sirva para revelar lo característico de cada ordenamiento jurídico, puesto que estos están estructurados conforme a valoraciones en ciertos aspectos diferentes y hasta opuestos,⁴⁹ resultando que, principios considerados fundamentales en un territorio y población determinada no los sean en otras latitudes.

Al ser el orden público de naturaleza artificial existe diversidad de posturas tanto como autores haya, por ello, de manera sintética se señala que, unas identifican al orden público con las normas de carácter imperativo (como en el caso de la retroactividad de las leyes de orden de público), mientras otros la consideran, que va desde lo relativo a la supremacía del interés público hasta lo relacionado con la organización estatal, a las reglas

⁴⁵ Eduardo Novoa Monreal, *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros; caso de los productos exportados*, (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1976), 123.

⁴⁶ *Ibid*, 125.

⁴⁷ Cristian Eduardo Mateluna Silva, *de la autonomía de la voluntad como fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales: ¿mito o realidad?* (Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 2016) 23 – 24

⁴⁸ Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, tomo I, (Buenos Aires, Editorial Perrot, 1984), 158

⁴⁹ *Ibid*, 163

esenciales e imprescindibles para el funcionamiento del Estado⁵⁰. Sin embargo, se considera que tales posiciones no logran delimitar el concepto de orden público sino más bien lo vuelven ineficaz, por lo que en la búsqueda de encontrar mejores explicaciones sobre el tema se ha tenido que pensar incluso que es necesario auxiliarse de otras disciplinas, como la Filosofía del Derecho o la Metafísica para ese fin.

Son diversas las teorías que se han atrevido a explicar el orden público, dentro de ellas se ubica la *teoría de identificación del orden público con el derecho público*, que en síntesis sostiene que el orden público se encuentra en las normas que regulan las relaciones de los particulares con los organismos que ostentan el poder público, así como la función jurisdiccional, legislativa y ejecutiva del Estado, sin embargo, tal teoría ya ha perdido vigencia, puesto que el orden público también se identifica en otras ramas del Derecho y especialmente en las normas que regulan las relaciones entre los particulares (Derecho Privado). En ese mismo recorrido, se encuentra la *teoría de identificación del orden público con el interés público*, en donde se hace referencia al interés colectivo, difuso y generalizado, sin embargo, desde tal perspectiva resultaría que todo el ordenamiento jurídico sea de orden público en tanto que uno de los fines de éste es el bien común. También ha surgido la *teoría de identificación del orden público con los principios fundamentales de la organización social*, con ello el orden público está constituido por los principios que cada nación estima básicos para su ordenación social⁵¹. Asimismo se ubica la *Teoría de identificación del orden público con la intuición del intérprete*, al reconocerse que el concepto en cuestión no es nada fácil de definir y por tanto es mejor emplear el sentido común, con lo que se cae en un subjetivismo pleno. Finalmente, la *teoría de la identificación del orden público con la voluntad del legislador*, también tiene sus puntos débiles, ya que se podría dejar al libre arbitrio del legisferante la determinación del carácter de orden público de las normas, lo cual no siempre sería acertado, por lo que corresponderá al aplicador de justicia en última instancia definir el tema más allá de la simple literalidad de la ley.

En un intento por delimitar el orden público como límite a la autonomía de la voluntad se fija como los principios fundamentales y rectores que sostienen la vida en sociedad, sin embargo, debido a que ello se queda corto en el tema, se incluye dentro de éste todo lo relacionado al orden constitucional, incluyéndose los derechos humanos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional⁵².

Lo relevante en este tema es determinar desde y hasta dónde puede llegar la aplicación de la autonomía de la voluntad, así como identificar el comienzo del orden público que a su vez se constituye en la frontera que no puede ser rebasada por la primera. Y es que, no se debe dejar pasar por desapercibo que libertades como la autonomía de la voluntad pueden ser detonantes en diversos escenarios, al punto de pretender derogar derechos de alta supremacía como los derechos fundamentales, y de esa forma ir en contra de los principios y valores que cimientan los ordenamientos jurídicos.

⁵⁰ Federico de Castro Bravo, Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, Anuario de derecho civil, núm. 4 (1982): 1021,1022 y 1023.

⁵¹ Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General, 160

⁵² En similar sentido se expresa Melvin Mauricio Peñate Sánchez, "Los límites a la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña" ..., 21

Al transgredirse el orden público se estima que el número de afectados es indeterminado y por tanto no se refiere a personas o entidades individualmente consideradas.

Diversos son los códigos que a nivel global se encargan de comprender disposiciones relacionadas con el orden público y dentro de ellas no se hacen esperar las relativas a considerarlo como línea limítrofe de la voluntad de los particulares. En El Salvador, por ejemplo, los artículos 881, 1332, 1338, 1346 del Código Civil hacen referencia a la defensa del orden público frente a la libertad.

Con términos como el referido, lo que pretenden la leyes es ganar un grado mayor de respeto puesto que bajo tales indeterminaciones se busca que los destinatarios de la norma no sorprendan la buena fe y encuentren vacíos que les permitan sobreponer y premiar sus intereses en perjuicio de los que ocupan posiciones más vulnerables, o afecten la propia estructura sobre la cual se sostiene el Estado.

1.7.2.1 Consecuencias

Son diversos los efectos que de la transgresión del orden público se pueden derivar. Así, pueden darse casos donde la vulneración de este elemento venga dada incluso por una ley formal, ante lo cual se podrá restablecer el orden mediante una declaratoria de inconstitucionalidad. En el terreno propio de los contratos al consignarse cláusulas atentatorias al orden público, se pueden declarar nulas por contener un objeto o causa ilícita. En materia punitiva también se protege el orden público al sancionarse conductas contrarias al mismo y que pueden constituir delitos o faltas.

1.7.2.2 Funciones del orden público

Para encontrar más pistas que ayuden a dilucidar el concepto de orden público es pertinente traer a mención algunas de las funciones que dicho concepto nivel técnico jurídico cumple. Siendo algunas de estas las siguientes.

- a) **Como cláusula general de la ley.** Con lo cual se pone de manifiesto la indeterminación que el concepto refleja, lo cual hace que muchas legislaciones lo adopten, ya que debido a su generalidad permite que se ajuste a las exigencias del momento y se adapte a los cambios que en la realidad se producen. Por ello, se trata de un concepto que aunque se emplee en diversas sociedades, la concepción que sobre el mismo se puede tener varía. El orden público en modo de cláusula general, se considera como un órgano respiratorio del sistema jurídico, al inhalar diversas ideas

del contexto social, económico, político, cultural que en un espacio determinado exista.⁵³

- b) **Sentido pseudo-técnico del orden público.** En muchas ocasiones el término es empleado para denotar las consecuencias que se han de generar al irrespetar el carácter imperativo de la ley, siendo esto una especie de atarrayaso jurídico, lo cual no en todos los casos resulta conveniente ya que ello puede dar lugar a redundar en el mismo punto.⁵⁴
- c) **Conexión entre el concepto de orden público y buenas costumbres.** Cabe mencionar que estos términos en ciertas legislaciones llegan a tomarlos como sinónimos, no advirtiendo diferencias que permitan hacer un trato distinto. Se debe indicar que se suele encajar a las buenas costumbres dentro de la moral, evidenciándose con ello que la separación entre la moral y el derecho cada vez se vuelve más irreversible; tal concepto, hace referencia en concreto a las conductas generalizadas consideradas correctas por los grupos mayoritarios de las sociedades.

Por su parte, el orden público hace alusión a los principios fundamentales del Derecho y al conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica. Algunos consideran que este concepto comprende o incluye a las buenas costumbres.

Todas las normas jurídicas tienen por inherencia la imperatividad como característica propia que las distingue del resto de sistemas normativos, sin embargo, cuando una ley es catalogada de orden público se le reconoce prevalencia sobre el resto de normas de la misma especie, ya que se considera que a través de aquella se protegen valores y principios de mayor peso.

La noción tradicional de orden público ha sufrido también la influencia del más reciente concepto de orden público económico. Según el profesor De Castro en su obra “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, la fundamentación normativa de las dos clases de orden público, el **jurídico** y el **económico**, es muy diferente. El primero se basa en normas extrapositivas, y su específica finalidad es evitar que, por medio de la libertad de contratación, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el sentido de lo justo o de lo moral; su eficacia se traduce en declarar nulos ciertos convenios que transgredan dicho orden. Mientras que el llamado orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la administración, teniendo la eficacia de imponer determinados comportamientos para establecer la previa ordenación económica.⁵⁵

⁵³ En similar sentido se expresa en Castro Bravo, Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, 1029

⁵⁴ *Ibíd*, 1032

⁵⁵ En similar sentido en: Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 40-41.

El orden público utilizado como límite de la autonomía de la voluntad contiene una función controladora de los comportamientos y deseos de las partes contratantes al momento de crear el negocio obligacional, de modo que, no se vulneren los derechos fundamentales e instituciones básicas para la convivencia social; así, se llega a identificar el orden público con el orden constitucional, el cual no puede ser quebrantado bajo ninguna excusa.

Cuando se está haciendo referencia a que el orden público funciona como freno a la autonomía de la voluntad, se está advirtiendo que el primero posee supremacía sobre el segundo. Y acá como sostendría JOAQUÍN LLAMBÍAS, en principio los ciudadanos, en prosecución de los diversos fines que puedan proponerse, están facultados para realizar cuantos actos jurídicos entiendan apropiados para la obtención de dichos fines⁵⁶, sin embargo, como todos los derechos, estos no son absolutos y encuentran límites, siendo así para la autonomía de la voluntad uno de sus límites el orden público.

1.7.3 Las buenas costumbres

En un principio el uso de las buenas costumbres era bien reducido, de modo que, su aplicabilidad práctica no era tan visible. Luego se pasa a encajar en la causa lícita que deben revestir los contratos o negocios jurídicos, y por tanto al incorporarse estipulaciones contractuales contrarias a las buenas costumbres el acto devenía en nulo y consecuentemente insubsanable. Los autores modernos, tratan de edificar la limitante por fuera del contrato y de la ley, ya sea en los hechos sociales o en el fuero interno de los contratantes.

Para autores como Demoge y Savatier, las buenas costumbres eran la moral a la luz de los hechos sociales, los cuales eran variables en el tiempo. Las buenas costumbres se constituyen por los usos imperantes en cada región, cuya presencia la registra la opinión pública y tienen por consiguiente una presencia objetiva.⁵⁷

Las buenas costumbres suponen una serie de prácticas o de actos en que convicciones de ética social imperantes en un determinado momento histórico se positivizan⁵⁸.

La costumbre que fue mucho antes que el Derecho positivo, trae un tema nada sencillo de deslindar como los anteriores. Para Eduardo García Máynez⁵⁹ la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*. Y sigue agregando dicho autor que para configurarse la costumbre con fuente del derecho deben concurrir dos elementos a saber: uno subjetivo y otro objetivo. El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse; el segundo, en la práctica, suficientemente prolongada de un determinado proceder.

⁵⁶ Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General, 165

⁵⁷ Jaime Alberto Arrubla Paucar, "*La autonomía de la voluntad y derecho comercial*", Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, núm. 78 (1987): 25

⁵⁸ Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 36

⁵⁹ Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del Derecho, (México, quincuagésima octava edición, Porrúa, 2005), 61-64.

Ahora, respecto a las buenas costumbres se debe señalar que, en vista que cada pueblo tiene sus propias prácticas, el contenido de tal concepto dependerá del lugar y tiempo en que se esté posicionado. Así, se puede dar el caso que las buenas costumbres consideradas como tal en una región determinada no lo sean en otra, de ahí que muchas veces se sostiene que Derecho emana del pueblo pero no necesariamente es el mismo. La concepción de buenas costumbres exige al juez tomar posición respecto a las concepciones corrientes en el círculo de los interesados, sirviendo de intermediario entre esta y la ley. En otras palabras, el juez debe conocer la realidad en donde pretenda determinar la existencia de buenas o malas costumbres.

Al abordar el tema de las buenas costumbres se vuelven a encontrar posturas que tienden a considerar que está relacionado íntimamente con la moral, así se afirma que: el conjunto de normas morales que en una determinada época impera, también en un determinado lugar. De ahí que se considere a las buenas costumbres como una manifestación externa de una moralidad aceptada. En tal sentido, las buenas costumbres es algo que se refiere esencialmente a la moral y el hecho de que el legislador la considere junto al concepto de orden público, nos está indicando que este último parece estar destinado a los asuntos más relacionados directamente con el campo jurídico.⁶⁰

Aunque exista cierta relación entre las buenas costumbres y la moral, es necesario establecer diferencias entre ambas a fin de tener mayor claridad sobre el tema. De ese modo, la moral se refiere a los principios básicos basados en leyes naturales que inspiran a la sociedad. Impone el deber ser, es decir, la realidad ideal y realizable. Mientras que la costumbre es un accionar general y repetido por un grupo de personas y que en su mayoría aceptan.⁶¹

Lo cierto es que, a partir de lo antes expuesto, se puede concluir que corresponde al juez del caso en concreto determinar y encontrar el alcance que deben poseer los conceptos de: moral, orden público y buenas costumbres, de manera que, la interpretación que de los mismos surja permitirá concluir si se está frente a un hecho que haya superado los límites trazados por dichos conceptos.

Al fijarse los límites de la autonomía de la voluntad antes relacionados, se puede extraer que se presenta un escenario en donde lo que se protege son unos intereses en lugar de otros. Así, mediante la moral, el orden público, y las buenas costumbres se están dando prevalencia a intereses generales de personas indeterminadas, ante la autonomía de la voluntad que únicamente persigue intereses personales de personas individualizadas, o en otros términos prevalece el bien público sobre el bien privado.

Aunque existan semejanzas entre los conceptos de orden público, moral y buenas costumbres es importante dar a cada uno de ellos el espacio que merece e identificar las

⁶⁰Artemio Llanos Medina, el principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones, (tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 1994), 93

⁶¹ Hernández Fraga y Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, 40

propiedades que los diferencian y que hacen posible marcar el territorio en el cual se puede movilizar la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad no es absoluta y siendo así debe ceder ante otros intereses también protegidos por la ley, siempre que no se vuelva ilusorio dicho principio.

CAPÍTULO 2:

LA LIBRE TESTAMENTIFICACIÓN COMO FORMA DE SUCEDER, FUNDAMENTO Y LÍMITES.

2.1 Concepto de sucesión

La sucesión como institución jurídica encuentra su fundamento en la libre disposición de los bienes, y esta a su vez tiene su asidero constitucional en el artículo 22 de la Constitución, que textualmente dice: *“Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción”*⁶², esta redacción no es casualidad, es debido a que el derecho a la propiedad privada tiene múltiples manifestaciones, como derecho a la libertad de contratación, y el derecho a la libertad de disposición de los bienes, y el derecho a la libre testamentifacción, por ello la Sala de Lo Constitucional refiere: *“El derecho de propiedad y libre disposición de los bienes, este último como una de las manifestaciones del contenido de la primera categoría jurídica, hace referencia a la facultad de una persona de usar, gozar y disponer de sus bienes libremente, sin ninguna limitación que no derive de la ley y/o la Constitución.”*⁶³

En esa línea la libertad de disponer de los bienes nace del derecho de propiedad que, junto con los derechos de usar y disfrutar de la cosa, lo integran. La libre disposición de bienes es la manifestación de ambos derechos fundamentales: la libertad y la propiedad, por lo que cuando tratemos esta última ahondaremos más en el tema. Basta decir por el momento que consiste en la potestad que tiene toda persona de poder realizar actos de dominio sobre sus bienes, es decir que se encuentra facultado para transmitirlos o enajenarlos ya sea por medio de un acto entre vivos, para el caso una venta, permuta o donación, o, por causa de muerte, por testamento. La libertad de disposición es, a la vez, parte integrante de la libertad de contratación. Comprende esta última varios aspectos, entre los que podemos señalar la libertad de celebrar o no determinado contrato, el derecho de elegir con quién contratar y el derecho de regular su contenido.⁶⁴

“En un primer sentido sucesión es la trasmisión de los bienes de una persona fallecida, En un segundo sentido es la acepción del patrimonio transmitido. Sucesión ab intestato es la regulada por la ley en ausencia de testamento, y hasta en contra de la voluntad del difunto. Sucesión testamentaria es la que se reconoce según la voluntad del difunto, tal como está expresada en un testamento. Sucesión anómala es aquella en la cual ciertos bienes del difunto se defieren en función de su origen, contrariamente a la regla de la unidad de la

⁶² Constitución de la Republica, (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983), artículo 22.

⁶³ Sala De Lo Constitucional, sentencia definitiva, referencia: 78-2006, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008).

⁶⁴ Beltrán Galindo, *Manual de derecho constitucional tomo II*, (El Salvador: Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia, 1999), 206.

sucesión”⁶⁵. También según el Código Civil art. 1005 los testamentos se dividen entre solemnes y menos solemnes o privilegiados, esta clasificación atiende al cumplimiento de todas o solo parte de las solemnidades que la ley ordinariamente requiere para el testamento, los testamentos menos solemnes se dividen entre el militar y marítimo.

Dentro del ámbito sucesorio, desde hace unos años el debate se viene centrando, doctrinal y jurisprudencialmente, en la conveniencia de la modificación del sistema codificado. Y el núcleo de esa discusión suele ubicarse en la libertad de testar y la posible derogación (o reinterpretación) de los actuales factores que condicionan la libre disponibilidad de sus bienes por parte del testador.⁶⁶

En efecto, la facultad de la persona para decidir el destino que habrán de seguir sus bienes tras su muerte se encuentra constreñido por una pluralidad de elementos que coadyuvan a restringir la libertad de quien decide ordenar su sucesión. Así, se ha dicho que constituye un importante límite a esa libertad la exigencia de determinadas formas para instrumentalizar la voluntad del testador. También tendría idéntica virtualidad restrictiva el necesario respeto a los posibles pactos sucesorios previos válidamente acordados, o como sería el caso de la presente investigación considerar los derechos posibles y futuros de los hijos no reconocidos por la sucesión testamentaria

Pero, indiscutiblemente, el elemento con mayor peso y protagonismo en orden a limitar la libertad del testador podría venir constituido por un sistema de legítimas, como sería el caso de España, y tomando en cuenta que una legítima sería el medio idóneo para garantizar el derecho de los hijos no reconocidos en el Testamento. En tal sentido, esas opiniones se han manifestado tanto individualmente, como de forma colectiva mediante su exposición en congresos y jornadas. Dentro de estas últimas, cobran especial relieve las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en las que, bajo el tema genérico Derecho de Sucesiones. Presente y Futuro, se abordó a través de distintas ponencias y comunicaciones la situación del Derecho sucesorio español y la conveniencia y posibles vías de modificación.⁶⁷

2.2 Evolución del derecho a la libre testamentifacción en la Legislación Salvadoreña

Para comprender como funciona la evolución de las instituciones jurídicas de nuestro País de América hispánica se distinguen tres períodos perfectamente definidos: i) Período Colonial o pre-independiente, llamado también derecho antiguo que extiende sus

⁶⁵ Roberto Romero Carrillo, *Nociones de derecho hereditario*, (El Salvador: Editorial Centroamérica, 1988), 17.

⁶⁶ Alejandra de Lama Aymá, "Principios de Derecho sucesorio europeo libertad de testar y protección de la familia", *Revista de Derecho Privado*, marzo, (2016), 67.

⁶⁷ Victorio Magariños Blanco, "La libertad de testar Una reforma necesaria", *Revista de Derecho Privado*, septiembre octubre de (2005), 30.

raíces hasta la época del pre-descubrimiento de América; ii) período de transición o derecho intermediario; y, iii) derecho nuevo.⁶⁸

Al igual que el resto de provincias centroamericanas sometidas a la corona Española, la Legislación vigente en la provincia de San Salvador era la legislación castellana, que continuó en vigor tras la declaración de independencia de la República de El Salvador y hasta la proclamación de los propios Códigos, se publica la Constitución de la República, el 12 de junio de 1824, cinco meses después se publica el Código Civil de la República de El Salvador en 1860, y el Código Criminal en 1825⁶⁹, y es con la entrada en vigencia de dichos códigos que inicia la “etapa del derecho nuevo”.

Durante la presidencia de Gerardo Barrios que se asumió en el periodo 1858 y 1861, postergándose en tres periodos, quien fue uno de los presidentes más progresistas y liberales, aunque, por la naturaleza del ejercicio del poder que caracterizaba esa época tenía un poder dictatorial. A pesar de algunas críticas busco la prosperidad en el País, lo que se denota por la legislación promulgada durante su mandato; dedicó sus esfuerzos a fomentar la educación pública, construir caminos, impulsar el comercio y pagar la deuda extranjera⁷⁰. Ello no obsta, según lo relatan sus biógrafos que su mayor hazaña y lo que más le llenaba de orgullo fue la reforma legislativa que llevó a cabo, publicando cuatro códigos patrios: El Código Civil, el segundo Código Penal y los Códigos de Procedimientos Civiles y de Instrucción Criminal que remplazarían al de 1857⁷¹. Para la redacción del Código Civil se tomó como modelo el Código Civil chileno, de ahí las semejanzas que se mencionaron en el apartado inmediato anterior.

El proyecto que se aprobó para formar el Código Civil decía de la siguiente forma: “Gerardo Barrios, General de División y Senador Encargado de la Presidencia de la República de El Salvador, por cuanto: Habiendo examinado detenidamente el Código Civil redactado por la Comisión nombrada de conformidad con la ley de 4 de febrero de 1858, revisado y reformado por otra Comisión compuesta de dos miembros de la primera y tres jurisprudencistas más; y hallándola en armonía con la legislación española que ha regido el país y adecuada a los usos y costumbres dominantes; por tanto; usando de la autorización que la citada ley confiere al Ejecutivo, Decreta: Art. 1º Los 2435 artículos comprendidos en los 44 títulos de que constan los cuatro libros del siguiente Código, son las únicas leyes vigentes en materia civil, que rigen en la república.”.⁷²

⁶⁸ Wendy Lissette Cubias Mejía, “el pago de las deudas hereditarias en el derecho sucesorio salvadoreño” (El Salvador: Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2007), 18.

⁶⁹ Isis del Carmen Estrada Flores, “Libertad de Testar, Legítima y solidaridad internacional: legítimas alimentarias e el derecho comparado”, 92.

⁷⁰ *ibidem*.

⁷¹ *ibidem*, 95.

⁷² Wendy Lissette Cubias Mejía, “el pago de las deudas hereditarias en el derecho sucesorio salvadoreño”, (tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2007), 26.

El Código Civil decretado en ese entonces contemplaba la autonomía de la voluntad como una facultad de los sujetos a la hora de celebrar actos jurídicos, pero cuando se trataba de la realización del testamento contempla un sistema sucesorio que admitía las asignaciones forzosas, entre las que se encontraban las asignaciones alimenticias, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos, esto se comprueba con la lectura del derogado artículo 383, que literalmente decía: “*Se deben alimentar: 1. Al cónyuge; 2. A los descendientes legítimos; 3. A los ascendientes legítimos; 4. A los hijos naturales y á su posteridad legítima; 5. A los padres naturales; 6. A los hijos espurios y á su posteridad legítima, según el título 14 de este libro; 7. A los padres espurios y á su posteridad legítima; 8. A los hermanos legítimos; 9. A los hermanos ilegítimos uterinos; 10. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida ó revocada; 11. Al ex religioso que por su exclaustación no haya sido restituido en los bienes que en virtud de su muerte civil pasaron á otras manos. La acción del exclaustado se dirigirá contra aquellos á quienes pasaron los bienes que, sin la profesión religiosa, le hubieran pertenecido, y a la acción del donante contra el donatario. No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue*”.⁷³

2.3 Formas de Suceder en EL Salvador

2.3.1 Sujetos de la Relación jurídica sucesoria

Previo a explicar las formas de suceder debe tenerse claro el concepto de sujeto pasivo y sujeto activo en la relación jurídica generada a raíz de la sucesión, El sujeto pasivo de la relación jurídica sucesoria es el sucesor, causahabiente asignatario quien, en todo caso, ya se trate de una sucesión testamentaria ya de un abintestato, debe reunir las cualidades que la ley exige para poder suceder⁷⁴. Cuando la sucesión testamentaria, al conjunto de las cualidades exigidas para suceder se le denomina doctrinariamente "testamentifacción pasiva", en oposición a la activa, que es la facultad para hacer testamento. Tales cualidades son: ser persona cierta y determinada, ser capaz y ser digno para recibir asignaciones por causa de muerte.⁷⁵

El sujeto pasivo, causahabiente, sucesor, o asignatario, puede ser persona natural humana, o persona jurídica; pero hay que tener presente que, con excepción de la Universidad nacional los hospitales que también pueden suceder abintestato, las personas jurídicas no pueden suceder más que por testamento.⁷⁶

⁷³ Código Civil D.L del 23 de agosto de 1859, publicado en el D.O. N. º 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

⁷⁴ Luis Roca-Sastre Muncunill, Derecho de sucesiones Tomo I: Sucesión 'mortis causa'. Herencia. Testamento. Sustituciones, (España: editorial Bosh, 1995), 140.

⁷⁵ Carrillo, *Nociones de derecho hereditario*, 20-21.

⁷⁶ Albaladejo García, “La sucesión iure transmisiones”, Anuario de Derecho Civil, Volumen 5, Numero 3, (1952), 922.

Lo relevante es la forma que tome la relación jurídica sucesoria, si el sujeto pasivo, un sucesor a título universal, ya heredero universal ya de cuota o de remanente, o un sucesor a título singular. Si es a título universal puede ser llamado a suceder por el testador o por la ley, y puede hacerlo en forma directa, recta vía, es decir por la voluntad del testador expresada en el testamento o en forma indirecta, por derecho de transmisión o de representación⁷⁷, y sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles del sujeto activo tenía; si es a título singular sino puede ser llamado a suceder por el testador, y no tiene más derechos ni obligaciones que los que expresamente se le concedan impongan.

2.3.2 Forma de suceder en vía directa por disposición de la ley o la voluntad del causante.

2.3.2.1 Suceder por voluntad del causante: testamentariamente

La palabra testamento (del latín "testamentum") es una palabra compuesta, viene de "testatio" y "mentis", y significa entonces "testimonio de la voluntad"; también puede decirse que procede de "testubis mentis", que hacer relación al hecho de que el testamento es una declaración hecha ante testigos; y según otros proviene de "testari", no siendo por consiguiente compuesta.⁷⁸

El testamento constituye el acto jurídico por excelencia, mediante el cual una persona (testador) dispone de sus bienes a favor de determinadas personas (herederos o legatarios) para después de su fallecimiento, pudiendo incluir también otras cláusulas o disposiciones de carácter no patrimonial.⁷⁹

La voluntad del testador constituye la ley de la sucesión, y en este sentido es la voluntad testamentaria una de las fuentes de las sucesiones mortis causa refrendada en el artículo del Código Civil en su artículo 953 establece "*Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato*"⁸⁰, así como a nivel internacional, consecuencia directa de la autonomía de la voluntad, que permite a la persona física expresar sus actos de última voluntad. El testamento

⁷⁷ Bosch Capdevilla, "Comentario al art. 1006 del Código Civil", en Código Civil comentado, Vol. II Madrid: Civitas, 2011), 1528. En el código civil Español lo define en su artículo 924 como "*Llábase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*", mientras el Código Civil Salvadoreño, lo regula en su artículo 984, como "*La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder*".

⁷⁸ Carrillo, *Nociones de derecho hereditario*, 115.

⁷⁹ Encarna Roca Trias, Una reflexión sobre la libertad de testar, (Madrid: Liber Amicorum, 2014), 1245. El testamento es un acto jurídico unilateral, unipersonal, escrito y solemne por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte. De esta forma queda garantizada su autenticidad y espontaneidad.

⁸⁰ Código Civil, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1860), artículo 953.

se incardina dentro del acto o negocio jurídico mortis causa, que significa que surte efectos únicamente a partir del fallecimiento del testador y nunca en vida del mismo.⁸¹

El Tribunal Supremo en relación al testamento dice que es un acto o negocio jurídico solemne, en principio, unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en derecho, y, por ello, es obvio que las admoniciones, ruegos o consejos, no elevados por el de *cuius*⁸², al rango de normas de la delación hereditaria y de obligado acatamiento por los herederos, no producen acciones viables en justicia en orden a su estricta ejecución, ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o efectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio.

Implica la manifestación de voluntad expresada por un sujeto capaz con la intención de crear, modificar, transferir o extinguir derechos. Es sui generis porque solo con la muerte del testador recién alcanza efectividad, lo cual no quiere decir que antes de su muerte sea un simple proyecto. La muerte del testador no perfecciona el testamento otorgado, este es perfecto desde el momento en que es otorgado y suscrito por su autor con arreglo a las disposiciones legales pertinentes.⁸³

Es pues un acto jurídico mortis causa. La consecuencia de serlo es que resultan aplicables las reglas específicas propias de la sucesión testamentaria y, complementariamente, las genéricas del acto jurídico. En su caso de colisión entre unas y otras, priman las específicas. Es sui generis porque, contrariamente a lo que sucede en el acto jurídico entre vivos, se trata del cumplimiento de voluntad de una persona cuando ya ha muerto. La muerte es un hecho jurídico porque no depende de la voluntad del testador y trae consecuencias jurídicas.⁸⁴

En cuanto a los requisitos de los testamentos se distinguen dos clases de elementos, también llamados requisitos del testamento: los elementos o requisitos intrínsecos o internos, y los elementos o requisitos extrínsecos o externos. En los primeros se comprenden:

1) la capacidad del testador, artículos 1002 y 1003 del Código Civil.

⁸¹ Jordano Barea, *Comentario al Código Civil*, (Madrid: Ministerio de Justicia, 1991), 1678.

⁸² Carrillo, *Nociones de derecho hereditario*, 20. Los sujetos de la relación jurídica sucesoria son el causante o *cujus*, por lo que con la palabra *cujus* se hace referencia siempre al causante, aun cuando resulte un poco raro, desempeña el papel de sujeto activo, no siendo óbice para ello que no sea por un acto suyo que su patrimonio pase al dominio de otra persona (la tradición de la herencia se verifica por ministerio de ley, y la de los legados la hacen los herederos), porque es el hecho de su muerte del que da lugar a ese efecto jurídico, y lo cierto es que si no fuera por ese hecho no se desencadena la serie de fenómenos jurídicos que culmina con la adquisición de la propiedad de la herencia por parte del sucesor.

⁸³ Barea, *Comentario al Código Civil*, 1678.

⁸⁴ Carrillo, *Nociones de derecho hereditario*, 116.

*“No son hábiles para testar: 1º El impúber; 2º El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia; 3º El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa; 4º Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente. Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar”.*⁸⁵

2) la ausencia de vicios en la manifestación de la voluntad del testador o voluntad exenta de vicios, Artículo 1004 Código Civil.

*“Las disposiciones testamentarias en que haya intervenido error, fuerza o dolo, son nulas en todas sus partes, y si el vicio afecta la celebración del acto, será nulo el testamento”.*⁸⁶

Un ejemplo de vicio por error sería el dado por los artículos 1040 y 1041:

*“El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona.”*⁸⁷

*“La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita”.*⁸⁸

3) el conjunto de disposiciones que contiene. Los elementos o requisitos extrínsecos o externos son las formalidades que la ley exige para cada una de las clases de testamento que admite y reglamenta. Estos últimos son, entonces, los que dicen relación con las formas testamentarias, como que conste en escritura pública o el número de testigos, porque para cada una la ley ha previsto solemnidades dentro de las cuales debe manifestarse la última voluntad.

2.3.2.2 Suceder por disposición de la ley intestadamente

El llamamiento a una sucesión hereditaria, como se dijo anteriormente, puede provenir de la voluntad de una persona expresada mediante testamento, a través de la “institución de sucesores”, que puede ser de herederos y de legatarios y, a falta de este o

⁸⁵ Código Civil, artículo 1002.

⁸⁶ Código Civil, artículo 1004.

⁸⁷ Código Civil, artículo 1040. Carrillo, *Nociones de derecho hereditario*, 120. *que cuando recae sobre el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona, lo que significa que el testador puede haberse equivocado al nominar al asignatario como cuando le llama Pedro Pérez allanándose realmente Juan, o al referirse al estado que tiene, como cuando lo designa como hijo legítimo no siéndolo, casado cuando es soltero, etc., y ello no vicia la disposición siempre que por otros datos suministrados por el mismo testamento o haya duda de la identidad el asignatario como cuando habiéndose equivocado en el nombre agrega el testador que el asignatario a quien se refiere es el hijo menor de Diego Pérez y María de Pérez.*

⁸⁸ Código Civil, artículo 1041.

cuando resulta nulo o caduco o es revocado, o cuando carece de institución de herederos, la sucesión es deferida de acuerdo al orden establecido por la ley. En la primera situación, nos encontramos frente al caso de sucesión testamentaria; mientras que, en el segundo, de una sucesión legal. Pero también puede referirse a la herencia de un mismo causante por voluntad expresa de este y simultáneamente por disposición de la ley; en cuyo caso estamos frente a una sucesión mixta.⁸⁹

El artículo 981 del Código Civil establece los requisitos de la sucesión intestada que podríamos considerar como causas genéricas, porque en cada una caben varias situaciones en las que las leyes reglan la sucesión, aun cuando el difunto haya hecho testamento; pero esto último en el entendido de que es el mismo testamento que hace en lugar a la aplicación de las reglas de la intestada, y a que la ley no puede conocer la voluntad del testador cuando esta ha sido claramente manifestada en testamento válido cuyas disposiciones producen efecto.

Tales causas son: a) cuando el causante no dispuso de sus bienes; b) cuando habiendo dispuesto de sus bienes no lo hizo conforme a derecho; y c) cuando habiendo dispuesto conforme a derecho de sus bienes, no tienen efecto sus disposiciones⁹⁰. Lo que con más frecuencia origina que una sucesión sea intestada, es el hecho negativo de que el causante no haga testamento, única forma válida de expresar la última voluntad. En este caso el difunto no dispuso de ninguna parte de sus bienes, siendo por consiguiente intestada toda la sucesión. Puede ocurrir que el difunto haga testamento, pero en él no disponga de todos sus bienes, sólo de una parte, quedando la parte de que no dispuso sujeta a las reglas de la sucesión intestada, siendo es te u no de los casos que dan lugar a la sucesión parte testada y parte intestada. A esto se debe que el artículo 981 Código Civil comience diciendo: *"Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto ha dispuesto..."*.

Además, la sucesión mortis causa se encuentra vinculada con otra institución esencial en el derecho civil como es la familia, pues va a ser en ella en la que se encuentren los sujetos, más próximos habitualmente al fallecido, que serán llamados por el ordenamiento jurídico a suceder al causante que falleció sin designar sucesor o haciéndolo defectuosa o parcialmente. En efecto, históricamente los ordenamientos jurídicos han recurrido a la familia para realizar este llamamiento legal, bien haciéndolo recaer de forma exclusiva en los parientes del difunto (los denominados sistemas personales, como el que sigue el Código Civil Español), o bien uniendo al vínculo parental la procedencia familiar (troncal) de los bienes (sistemas troncales o reales).⁹¹

⁸⁹ Blanco, "La libertad de testar Una reforma necesaria", 31.

⁹⁰ Ibidem, 32.

⁹¹ Lasarte Álvarez, "Capítulo 16. La sucesión intestada", Principios de Derecho Civil, tomo 7, (Madrid: Trivium, 2001), 331. *"tal designación de herederos ex lege, en el fondo, probablemente se asiente en el hecho fundamental de que el sistema jurídico siente un profundo horror vacui y considera sumamente peligroso que*

Debido a esta protección de los lazos familiar es que el legislador opta por designar órdenes en la ley para suceder, las personas quienes a ley les concede vocación sucesoria, las que a la muerte del causante eran las llamadas a sucederles, o no las que tienen con aquella clase de parentesco que la misma ley previamente ha indicado. Cuando la ley establece qué clase de parientes tiene derecho a la sucesión intestada lo hace formando con ellos varios grupos, que coloca, bajo la numeración correlativa, mandando que tales grupos, que reciben el renombre de órdenes, prefieran unos a otros según su numeración, por manera que sólo en falta los herederos llamados en el número anterior, entran los designados en el número que sigue.⁹²

Este forma de suceder no guarda relación directa con la autonomía de la voluntad, a diferencia de la forma testamentaria que depende la voluntad del causante, no representa conflicto alguno con el derechos a reclamar alimentos de los hijos, debido a que en esta forma de sucesión se rige por supuestos facticos que buscan proteger los lasos familiares del causante, lo que se expresa mediante las disposiciones de la ley, la cual asigna en primer orden de los llamados a suceder a los hijos, según el artículo 988 del Código Civil “*Son llamados a la sucesión intestada: 1º Los hijos, ...*”.

2.3.3 Forma de suceder indirecta

Otra de las figuras que ha instituido el legislador para paliar las consecuencias de una delación o un llamamiento a la sucesión fallido es el derecho de representación. El derecho de representación lo define el propio Código civil en el art. 984 inciso 2º al disponer: “*La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder*”. Dicho precepto hay que ponerlo en relación con el art. 985 del Código Civil que establece: “*Los que suceden por representación heredan en todos casos por stirpes, es decir, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiera cabido al padre o madre representado*”.⁹³

De ambos preceptos se deduce que la representación sucesoria es propia de la sucesión ab intestato, aunque también se produce, discutiéndose doctrinalmente si es posible

un determinado patrimonio quede sin titular y sin sucesores, favoreciendo situaciones generadoras de desorden y de posible apropiación por cualquiera de bienes que quedaran sueltos y sin dueño, muchas veces sin que el propio premuerto lo hubiera así deseado.”

⁹² Ibidem.

⁹³ Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de sucesiones*, (Barcelona: editorial Bosch, 1981), 551.

en la sucesión testada en virtud de lo que dispone el art. 987 del Código Civil al establecer que *“se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado”*. La doctrina ha criticado la definición que el legislador ha recogido en el Código por considerarla inexacta e incompleta. Por ello, ha sido la propia doctrina quien ha ido delimitando el concepto de derecho de representación, unas veces destacando el elemento subjetivo y otras subrayando el elemento objetivo. Dicha figura supone una excepción a la regla general en la sucesión mortis causa de que el pariente más próximo excluye al más remoto, que el régimen legal de la sucesión intestada establece en el art. 1046 código Civil, siendo que a continuación la propia ley excepción a esta regla con la referencia al derecho de representación al decir: *“teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las reglas legales; salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en ese grado, pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato”*.

“El artículo 984 inc. 1º del C.C., dispone que se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La sucesión puede ser directa o indirecta. La sucesión es directa cuando se sucede personalmente, por uno mismo, sin intervención de otra persona. En cambio, será indirecta cuando se suceda por derecho de transmisión o por derecho de representación. El Derecho de Representación, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 984 inciso 2º Código Civil Consiste en una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder.⁹⁴

La representación en materia sucesoria, no debe confundirse con la representación como institución general consagrada en el art. 1448 del Código Civil En el derecho de representación, al igual que acontece en el derecho de transmisión, intervienen tres personas: 1.- El primer causante; 2.- El representado; 3.- El o los representantes; y para que opere este derecho de representación.⁹⁵

Para ello se deben cumplirse los siguientes requisitos: 1.- Sólo opera en la línea descendente, no en la ascendente; 2.- Sólo opera en algunos de los órdenes de sucesión: los que contempla el artículo 986 C.C.; 3.- Es necesario que falte el representado; y 4.- A diferencia de lo que ocurre con el derecho de transmisión, que opera tanto en la sucesión testada como intestada, el derecho de representación sólo opera en la sucesión intestada. Ello se desprende de dos razones de texto legal: a) El artículo 984 C.C., que define el derecho de representación, se ubica en el Título que se refiere precisamente a la sucesión intestada; y b)

⁹⁴ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, sentencia definitiva, Referencia: 67-3ºCM-16-A, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016). La referida jurisprudencia además menciona: *“Para el caso en estudio nos interesa ahora hablar sobre el relacionado “sucesor”, pues, de acuerdo con nuestra legislación, para que una persona pueda suceder a otra en su patrimonio debe cumplir con ciertos requisitos que se refieren a la capacidad y a la dignidad de esa persona”*.

⁹⁵ Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva, referencia: 1261-2000, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000).

El propio artículo 984 C.C., comienza aludiendo sólo a la sucesión abintestato. Por lo tanto, por derecho de representación no se pueden adquirir legados, asignaciones a título singular, pues éstas suponen la existencia de un testamento en el cual se hubieren instituido.⁹⁶

2.4 Sistema de libre testamentifacción

La libertad para testar como aquel derecho que poseen las personas para otorgar un testamento con la finalidad de regular la sucesión como consecuencia de su muerte, con la finalidad de evitar el reparto igualitario sobre el que se fundamenta la sucesión intestada. Se debe mencionar además que todos los ordenamientos jurídicos reconocen esta libertad sin importar su régimen. Siguiendo esa línea de ideas debemos tener en cuenta que es distinto tener libertad para testar que tener libertad para decidir el contenido del testamento.⁹⁷

Esto es así ya que como se podrá apreciar puede haber una mayor o menor extensión de la libertad para testar como consecuencia de las restricciones existentes tales como la existencia de legítimas o deberes alimenticios en contraposición con la disposición de todos los bienes para una sola persona. Como consecuencia de lo antes mencionado el testador tiene la facultad de escoger entre las diferentes formas testamentarias que admite la ley y delimitar el contenido del testamento, designando así a su heredero universal; el cual se subrogara en la posición jurídica del causante en base al principio de necesidad de un heredero en toda sucesión.⁹⁸

El resultado de esta facultad del testador puede permitir la plena libertad de repartir toda la herencia en legados alejándose así de la visión de sucesión testada como medio de continuación de la persona y su patrimonio. Podemos partir del sistema del Common Law, el cual establece una total libertad testamentaria, en virtud de la cual el testador puede disponer libremente de sus bienes sin reservas a favor de determinados parientes. Ejemplos de países con este sistema son Inglaterra, Australia y Estados Unidos⁹⁹, cabe señalar sin embargo que dichos países también regulan la disposición de prestaciones pecuniarias a favor de determinados familiares bajo la condición de no haber sido considerados adecuadamente en el testamento.

⁹⁶ Rebullida, *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de sucesiones*, 552.

⁹⁷ Antoni Vaquer Aloy, *la libertad de testar y sus límites*, (Madrid. Marcial Pons, 2018), 39.

⁹⁸ *Ibidem*, 19. El elenco de razones esgrimidas por la doctrina especializada en orden a la justificación de la supresión (o, cuanto menos, modificación restrictiva) del sistema de legítimas actualmente codificado. No obstante, creemos que son suficientes para esbozar a grandes líneas el panorama doctrinal que aboga por un cambio en el sentido indicado. Desde esta perspectiva, serían fundamentalmente razones de tipo histórico las que justificaría la pervivencia del sistema de legítimas.

⁹⁹ Marta Morineaul Duarte, *Introducción al Common Law*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004),15.

Por otra parte, tenemos países latinoamericanos como México, Costa Rica, Guatemala, Panamá y Nicaragua por mencionar solo algunos, en los que existe un sistema de libertad para testar pero que establece una cierta atenuación mediante la protección de ciertas personas a través del derecho de alimentos¹⁰⁰. Debemos mencionar también que la libertad para testar según autores de la doctrina española es la facultad del testador para disponer de sus bienes basado en un principio de autonomía privada, es decir, la convicción de la voluntad libre e individual del testador para delimitar el contenido de su testamento.

La libre testamentifacción ya sea pasiva como la prohibición de que nadie puede ser obligado a aceptar herencia o activa la facultad de determinar libremente quien habrá de suceder en sus bienes cuando llegare el fin de sus días, La Constitución lo contempla en su Art. 22 que estatuye: "Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción"; y la de contratación en el Art. 23 Cn. que dice: "Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles". Es decir que:

Reconoce en el Art. 22 el derecho de toda persona, sin excepción a disponer libremente de sus bienes y garantiza de igual manera la libertad de transmitirlos en la forma que determinen las leyes y en el Art. 23 garantiza la libertad de contratación conforme a las leyes.¹⁰¹

El Derecho a la libre testamentifacción activa no es absoluto, pues el legislador puede y debe regularlos, con la finalidad de garantizar el interés social, por lo que la Sala de lo Constitucional ha sostenido que ambas libertades reconocidas y garantizadas conforme a las leyes "deben entenderse y tienen vigencia dentro del marco fundamental que preceptúa la Constitución sobre el régimen económico (Art. 101), el que debe responder esencialmente a principios de justicia social, lo mismo que la libertad económica (Art. 102), que está garantizada en lo que no se opongan al interés social."¹⁰²

¹⁰⁰ Isis del Carmen Estrada Flores, *"Libertad de Testar, Legítima y solidaridad internacional: legítimas alimentarias e el derecho comparado"*, (Tesis Doctoral del programa: Construcción Europea: Aspectos Jurídicos y Económicos, Universidad de Lleida, España, 2015) 13.

¹⁰¹ Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad, referencia: 16-2005, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

¹⁰² Sala de lo Constitucional, sentencia definitiva, referencia: Inc. 57-2005, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009). *"La autonomía de la voluntad rige primariamente el ámbito contractual de las partes y la constitución del negocio jurídico, y se define como la capacidad de los sujetos para decidir las acciones que les son propias y también para autorregular sus relaciones con los demás en la forma que deseen. Por su parte, la propiedad incluye la potencialidad de toda persona para tener patrimonio y ocuparlo o servirse de él de cuantas maneras sea posible y la facultad de aprovechar sus productos y acrecimientos, así como la de modificar y disponer jurídicamente de toda cosa material o inmaterial, útil, apropiable y dentro del comercio"*

Ambas libertades deben interpretarse armónicamente con el Art. 103- que "alude a la propiedad privada, reconocida y garantizada en función social. De tal forma que en el derecho de disposición y la libertad de contratación prescritos por el legislador constituyente "conforme a la ley" poseen como contrapartida que pueden reglamentarse dentro de ciertos límites fijados por el ordenamiento jurídico, hasta en tanto la ley ordinaria no lo desconozca o los vuelva nugatorios. Tal cosa es así pues la propiedad, en sus atributos de uso, goce o disfrute y disposición, no concede facultades libres e ilimitadas. Por ende, ambos derechos se reconocen o protegen con sujeción a la ley. Así mismo, son asegurados en tanto no cumplan con los requisitos de forma que establecen las leyes".¹⁰³

2.4.1 La autonomía de la voluntad en relación con la libre testamentifacción

La libertad de testar, en sus diversos sentidos, ha sido un tema recurrente en el Derecho de sucesiones. Como dicen: *"Su carácter polémico, su derivación de la propia idea de libertad, igualmente recurrente, así como la conexión de aquella con alguna de las teorías filosóficas más influyentes en nuestra época sobre esta nos permiten, sin embargo, hacer aproximaciones novedosas que a su vez pueden aportar motivos para la reflexión"*.¹⁰⁴

Se destaca en primer lugar la idea de traer a colación la dicotomía que existió en el pasado siglo, cuando se distinguía entre la libertad en su sentido negativo y la libertad en sentido positivo. La primera trata de dar respuesta a la pregunta sobre "cuál es el ámbito en que el sujeto – una persona o un grupo de personas – se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas" incluidas entre estas últimas el Estado¹⁰⁵.

Respecto de la segunda decir que es la que está implicada en la respuesta que contesta a la pregunta de "qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra".

Se identifica la libertad negativa con la libertad como "ausencia de impedimento" o como "ausencia de constricción" que es un predicado de la acción, mientras que la libertad positiva es la libertad como "autodeterminación o autonomía" que es un predicado de la voluntad, que también es un principio constitucional, definido como: *"El principio de autonomía de la voluntad -por tanto- consiste en el poder que la ley reconoce a los*

¹⁰³ Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro, Derecho constitucional salvadoreño, (El Salvador : Corte Suprema de Justicia, 1989), 49.

¹⁰⁴ María Paz García Rubio, "La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año nº 91, Nº 750, (2015), 2463.

¹⁰⁵ Norberto Bobbio, "Igualdad y libertad, Derechos" y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, Año nº 1, Nº 2, (1994), 651.

*particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente*¹⁰⁶”, de ahí que se identifique la autonomía de la voluntad principalmente con la libertad de contratación, es decir en su doble manifestación negativa – como la prohibición de obligar a otro a contratar- y negativa – como la prohibición de impedir a otro realizar un contrato-, o en palabras simples la autonomía de la voluntad es voluntad jurídica¹⁰⁷, de obligarse es decir la “voluntad una persona de limitar su libertad a favor de otra”¹⁰⁸ por ello se dice que en el derecho privado el dogma es la libre voluntad de las partes.

Con lo mencionado podemos decir que la libertad de testar en sentido negativo consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio (incluido el llamado patrimonio moral, sin que otros, por ejemplo, el Estado imponiendo cuotas forzosas o impidiendo ciertas disposiciones como las que perpetúan la vinculación de la propiedad), se interpongan en esa actividad.

A esta situación el término “libertad de testar” en su sentido más estricto. El sentido positivo de la palabra libertad deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Aplicada a nuestro caso la libertad positiva de testar implicaría la de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean; supone la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad; para distinguirla de la anterior se le suele llamar “libertad para testar”. No obstante, esta división bipartita, conviene tener presente que libertad para testar en sentido positivo y libertad de testar en sentido negativo están claramente conectadas y pueden llegar incluso a converger dentro del principio de la autonomía de la voluntad.¹⁰⁹

Es normal afirmar que el testamento, instrumento central del Derecho de sucesiones, es la manifestación más evidente de la libertad individual. En uso de su libertad positiva, la persona puede testar, o no, según nos informa el Código Civil y, cuando proceda, hacerlo con muy diverso contenido. En su sentido más técnico y propio, el testamento se identifica con la declaración de voluntad mediante la cual el testador dispone y ordena libremente para después de su muerte; no obstante, en un sentido traslaticio y en cierta medida derivado, los textos legales denominan testamento al documento que contiene aquella declaración.¹¹⁰

¹⁰⁶ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹⁰⁷ Sala de lo Constitucional, *ibídem*.

¹⁰⁸ Alfredo Barroz Errazuriz, *Cursos de Derecho Civil*, (Chile: Editorial Nascimento, 1932), 7.

¹⁰⁹ Ramin Jahanbegloo, "Dos conceptos de libertad", *Revista de Occidente*, N° 338, (2009), 9.

¹¹⁰ Rubio, "La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones", 2405

Con el fin de proteger la voluntad del testador conviene tener presente que en nuestro Derecho la garantía ex post derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento u otras figuras negociales es muy restringida, por lo que debe aquella ser conectada y completada con la solución ex ante que impide en todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que por su peculiar relación con el testador, e interesados en su decisión, pudieran influir de modo pernicioso en su voluntad.¹¹¹

Desde un punto de vista del contenido del testamento, nos resulta relevante que mientras en algunos sistemas, como sucede en la normativa civil catalana o balear – con excepción de Ibiza -, es imprescindible que el testamento contenga la institución de heredero; en el Código Civil es perfectamente posible un testamento que distribuya todo el caudal de bienes a través de legados, supuesto en el que además no resulta necesaria la apertura de la sucesión intestada. Adecuado, de lo que de acuerdo con la estadística se considera normal o bien de lo que éticamente nos parece correcto. Con relación a esta cuestión, conviene tener presente que si se consolida la tendencia a flexibilizar o incluso a suprimir las legítimas u otra clase de frenos impuestos legalmente a la libertad del testador, el problema que acabamos de exponer, posiblemente, se va a suscitar de manera más cruda, pues a mayor libertad por parte del testador, mayores posibilidades de creatividad, de que se aleje de lo esperado o lo deseado por sus allegados, es decir, el testador gozará de mayor campo de soluciones para tomar sus decisiones, o del modelo propuesto por las reglas.¹¹²

De la sucesión intestada, Para decidir en la actualidad si el testador puede, en ejercicio de su capacidad para disponer mortis causa, establecer disposiciones extrañas, injustas, caprichosas o incluso absurdas, pueden considerarse dos tipos de límites: Aquellos que están en los principios generales del sistema, incluso con el rango de derechos fundamentales – por ejemplo, igualdad, no discriminación, dignidad humana, etc. – y aquellos que están en las reglas legalmente establecidas. A nuestro entender, las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia sucesoria han de buscarse prioritariamente en las reglas, y sólo cuando estas no existan o en casos muy excepcionales en los principios, supuesto este último que nos encontraríamos con los conflictos entre derechos fundamentales. En la mayoría de las situaciones esas limitaciones han de provenir de las normas estrictamente sucesorias y no, por ejemplo, del Código Civil.¹¹³

2.4 Sistema Legitimario

La legítima es una institución de enorme importancia en el Derecho de Sucesiones, principalmente adoptada por paises como España o Chile, este se proyecta tanto en la sucesión

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Aloy, *la libertad de testar y sus límites*, 40.

¹¹³ Ibidem.

testada como en la intestada. Respecto de la primera, se considera como un límite a la libertad de testar. Esta limitación hace que la institución estudiada no encaje bien en la sociedad actual, donde existen nuevos modelos de familia, una realidad económica sustancialmente diferente a la existente en el momento de la promulgación del Código Civil, así como un incremento de la esperanza de vida.

Por ello, en España se propone de "*lege ferenda*" un cambio de legislación la instauración de mecanismos que faciliten la libertad del testador. En los últimos tiempos se han introducido en el Código Civil mecanismos para flexibilizar la aplicación imperativa de las normas sobre legítima. Uno de esos mecanismos es la posibilidad de pago de la misma en metálico, incluso con dinero extraherencial.¹¹⁴

Otro mecanismo común de la legislación española es la fórmula de la cautela compensatoria de la legítima ("cautela socini") como instrumento de modulación del principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima. De acuerdo con el mismo, el causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a la misma, condición, término o modo. Esta misma fórmula debería adoptarse en caso de los alimentos que se deben a los hijos para la legislación salvadoreña.¹¹⁵

Sin embargo, es comúnmente admitida la introducción de una cláusula en el testamento mediante la cual se introduce un gravamen sobre la legítima (como el usufructo universal en favor del cónyuge viudo) dejando la opción a los legitimarios gravados de que acepten la legítima gravada o renuncien a la institución de heredero o al legado y reclamen lo que estrictamente les corresponda. Estas cuestiones han sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo Español, que trata de adaptar las normas del Código Civil a la nueva realidad social.¹¹⁶

Por ejemplo, ello es así también en el ámbito de la desheredación, donde la jurisprudencia ha flexibilizado la interpretación del art. 853.2 del Código Civil Español para permitir que el maltrato psicológico pueda considerarse una causa de desheredación, pese a la doctrina jurisprudencial anterior según la cual las causas de desheredación debían ser objeto de una interpretación restrictiva. Por ello, resulta de gran importancia el análisis de la jurisprudencia en esta materia. En este trabajo se pretende ofrecer un análisis general del sistema legal de legítimas en el Código Civil español, centrandó la atención en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con el estudio de algunas sentencias destacadas,

¹¹⁴ María Angeles Parra Lucán, "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", Anuario da Facultad e de derecho da Universidad de la Coruña, Nº 13, (2009), 481.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Sala de lo Civil, Sección Única, sentencia definitiva, Referencia: Tol 295861, (España: Poder Judicial, 2003).

dictadas en los últimos años, sobre algunos aspectos controvertidos de la legítima sucesoria.¹¹⁷

Por otra parte, la legislación chilena es ejemplificante en este aspecto según el artículo 1181 del Código Civil Chileno define la legítima señalando que “*es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos*”. La claridad del art. 1181, especialmente por lo indicado en el inciso 2° ha hecho afirmar a casi la totalidad de la doctrina que los legitimarios siempre son herederos. Ya lo sostenía en la doctrina, indicando que “*Las personas a quienes la ley asigna la legítima se llaman legitimarios, como asignatarios que son de esta cuota de la herencia; y los legitimarios son por consiguiente herederos*”.¹¹⁸

Más explícita aún era la opinión de algunos doctrinarios¹¹⁹, quien expresaba que “Esta declaración quizás sea innecesaria, pues como a los legitimarios les corresponde una cuota de los bienes del difunto, aplicando la regla general del art. 951 hubiéramos llegado a idéntica conclusión aun sin ella. Si el Código lo dijo expresamente fue por las dudas que se podían haber presentado”. 106 Si ello es así, esto es, que los legitimarios son siempre herederos, significaría entonces que la legítima es una parte de la herencia. Así, la legítima, en cuanto a su naturaleza, es considerada pars hereditatis (pars reservata). Sin embargo, esta aparente claridad de la norma citada, nos llevará a analizar si la legítima, en nuestro Código Civil es efectivamente una parte de la herencia, pars hereditatis, o si su naturaleza es diversa, una pars bonorum, esto es, que los legitimarios

2.4.1 La legítima es una forma de asignación forzosa

Las asignaciones forzosas “son las que el testador es obligado a hacer...”, lo que importa una orden del legislador al causante en orden a asignar la legítima a favor de los

¹¹⁷ Juan Vallet de Goytisolo, Estudios de derecho sucesorio, (Madrid: Montecorvo, 1987), 193. “*legítima en el Código Civil no es, ni en todo ni en parte, una pars hereditatis reservata, ni tampoco, en porción alguna, una mera pars valorisque nominalmente quede fijada al fallecer el causante. Los precedentes del Código civil, de los que son trasunto los artículos antes expresados y, en especial, los artículos 815y 818, nos configuran la legítima: a) como pars bonorum, aunque a veces pueda satisfacerse con la entrega en metálico del valor que esa pars bonorum tenga al tiempo de su solución, y b) que puede atribuirse por cualquier título, conforme la génesis y ratio del artículo 815 nos prueban. Es decir, que puede ser satisfecha tanto por un llamamiento ab intestato, praeter tabulas o contra tabulas, en caso de impugnación por preterición o por desheredación injusta, o por una institución testamentaria de heredero —que, líquidos, cubran dicha pars bonorum—, como igualmente mediante legados o donaciones —con tal de que el causante no haya incurrido en preterición—, o bien cumulativamente por los tres medios o por dos cualesquiera de ellos*”.

¹¹⁸ Jorge Ugarte Vial, “Protección de la legítima contra los legados de cuerpo cierto”, Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 2, (2007), 252.

¹¹⁹ Luis Laró Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo 13, (Chile: Editorial Jurídica, 1979), 364.

legitimarios. Ello confirmaría la circunstancia de que no hay una delación legal directa de la legítima al legitimario, sino una orden de la ley al causante, en orden a asignar dicha legítima.

En países sur americanos como Uruguay, Perú, y en particular Chile no existe la libre disposición de bienes de manera absoluta, ello debido a que el testador debe cumplir con ciertas asignaciones forzosas garantizadas dentro del concepto de las legítimas. Sobre este particular, se encuentra únicamente disponible el 25% de la masa hereditaria del causante como cuarta de libre disposición siendo que el 50% de los bienes les corresponde de manera obligatoria a los cónyuges, descendientes o de ser el caso a los ascendientes. De igual manera se garantiza el concepto de alimentos para los descendientes el cual será devengado de los bienes de la herencia. Finalmente 25% de la masa hereditaria podrá ser destinado únicamente para favorecer a cualquiera de los herederos forzosos antes mencionados.¹²⁰

2.4.2 La relación entre las legítimas y los derechos de la familia

La tendencia del Derecho Sucesorio moderno viene marcando la necesidad de mayor autonomía de la voluntad y libertad en materia sucesoria, lo que implica flexibilizar las normas de orden público que caracterizan las instituciones, tales como la legítima hereditaria, con el propósito de propiciar la tutela de los derechos humanos fundamentales y una adecuación a las características de este siglo.

Es que en materia sucesoria hoy no podemos ser estrictamente “patrimonialistas”, sino sensibilizarnos con temáticas que incluyen miradas multidisciplinarias, de familias, donde el ser humano sea el epicentro de referencia como lo señala el artículo 1 de la Constitución de la Republica de El Salvador. Resultaría entonces este criterio un tanto contradictorio si siempre hemos defendido los caracteres asistenciales de la legítima y la protección de aquellos dependientes económicamente del causante y no aptos para trabajar.¹²¹

¿Cómo entonces pensar en soluciones diferentes, si en estas últimas décadas ha estado inamovible esta institución la libre testamentifacción en El Salvador?, influenciado por los movimiento del liberalismo económico, cuyos efectos hasta hoy en día se mantienen, Siendo el Derecho Familiar aquel cuya mirada está dirigida a los afectos y a la protección de los más vulnerables, nos encontramos hoy ante interrogantes, prejuicios, y hasta obstáculos, que impiden una protección y respaldo cuando de transmisión de derechos y obligaciones por causa de muerte se trata. Si fue precisamente que el Derecho de Sucesiones supone el conocimiento del Derecho Privado y el Derecho de Familia en los cuales se apoya y sirve de

¹²⁰ Diego Alonso Carrasco León, Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria, tesis Universidad Peruana De Ciencias Aplicadas, 2019, 30.

¹²¹ Francisco Lledó Yagüe, y Oscar Monje Balmaseda, "Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar", El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista, Volumen 1 (2014), 691.

complemento, nuestra sustancia normativa en materia sucesoria no debe estar ajena a la realidad familiar actual.¹²²

En la familia, el elemento económico —patrimonio familiar— debe estar destinado a satisfacer los fines del grupo familiar y las necesidades de sus miembros. Por su parte, el Derecho Sucesorio tiene en miras determinar a quién o quiénes y de qué modo se van a continuar las relaciones jurídicas que quedan vacantes en caso de muerte de su titular, sobre todo cuando resultan en las mismas personas discapacitadas o dependientes económicamente del causante.¹²³

Vale la pena considerar hoy solo durante los años 2007 y 2011 el porcentaje de niños, niñas y adolescente que viven sin su padre biológico es del 75-77 por ciento en América latina, debido al abandono de su padre, el restante porcentaje que vive sin su padre es por motivos de muerte o migración¹²⁴. Lo que revela un alto índice de irresponsabilidad y ausencia de los padres en la vida de los hijos, debe por ello fortalecerse las instituciones jurídicas como la sucesión, para otorgar una capa protectora a los hijos mediante una figura jurídica que amortigüe la desprotección en la que pueden quedar tras la muerte del progenitor cuando este no los había reconocido como hijos, y en su testamento no dispuso oportunamente de bienes ni cuota alimenticia para los mismos, otorgando un acervo único para los hijos (en forma de asignación forzosa) que pueda ser reclamable independientemente a los herederos, y que el mismo sea compensatorio no solo de los alimentos sino de todos los demás derechos por los cuales el hijo se vio privado, cuando el padre aún tenía vida.

2.5 Los acervos

El conjunto de bienes que una persona deja al morir, es el acervo o masa hereditaria, el que, en principio, se beneficiarán su causa habiente o sus sucesores. Esos bienes que constituye un l acervo hereditario pueden encontrarse confundidos con los de otras personas por lo que en tal caso es necesario concretar lo que era del causante, no sólo para los efectos relativos al beneficio que de ellos reportarán los sucesores si no para los atinentes las obligaciones que tendrán que cumplir con los continuadores de la personalidad del difunto.¹²⁵

¹²² Ibidem.

¹²³ Olga Orlandi, “Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad”, en Revista Derecho Privado, año II, núm. 6, (2015), 202.

¹²⁴ UNICEF, Informe de Situación de la Niñez y Adolescencia en El Salvador, (El Salvador: Fondo de las Naciones Unidas para la Infanci, 2014), 278. https://www.unicef.org/elsalvador/sites/unicef.org.elsalvador/files/2018-12/Analisis_de_Situacion_de_la_Infancia_El_Salvador_UNICEF_2014.pdf

¹²⁵ Romero Carrillo, *Nociones de derecho hereditario*, 70.

A partir de este punto, se pueden distinguir tres conceptos de herencia, a saber: el acervo bruto, el acervo líquido y, por último, el que una parte de la doctrina denomina acervo “imaginario”. La herencia como acervo bruto está compuesta por todos los citados bienes, derechos y obligaciones del causante que son susceptibles de transmisión. Supone tomar el patrimonio relicto del causante sin haber hecho ningún tipo de operación, es decir, tal y como se manifiesta directamente en el momento de su muerte. Se dice que como quiera que el patrimonio de una persona es algo que siempre está en proceso de cambio o alteración, el único momento en que se convierte en una cosa estable y definitiva (inamovible) es en el momento de la muerte de su titular, cuando se produce la apertura de su sucesión.¹²⁶

Esta situación exige determinar exactamente qué es el patrimonio del causante, lo cual significa saber exactamente qué bienes, qué derechos y qué obligaciones forman parte de su patrimonio. Lo cual no siempre va a ser una actividad sencilla porque puede darse el caso de que el causante fuera poseedor de algunos bienes que en realidad no fueran suyos (por ejemplo, en virtud de depósito, préstamo, prenda, comodato, etc.), o que fuera suyos, pero no “completamente” suyos, por estar sometidos a un régimen de comunidad diferida, o el régimen de participación en las ganancias.

Un caso frecuente se produce cuando el causante estaba casado en régimen de participación en las ganancias, de manera que al menos una parte de sus bienes también fueran propiedad de su cónyuge superviviente, en tal caso, antes de determinar qué corresponde al patrimonio del causante hay que liquidar el patrimonio ganancial, así lo establece el artículo 45 del Código de Familia que dice: *“El régimen patrimonial del matrimonio se disuelve por la declaración de nulidad o la disolución de éste”*¹²⁷ la disolución del matrimonio se da por los casos especificados en el artículo 104 que dice *“El matrimonio se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges y por el divorcio”*.¹²⁸

En El Salvador no existe los acervos imaginarios, las legislaciones que tienen establecida la sucesión testamentaria restringida, que se llama sucesión legitimaria, que es el sistema contrario al de la libre testamentación porque el testador es obligado a hacer asignaciones forzosas, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas, asignaciones que por lo general son: los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, (como sería el caso que nos ocupa los alimentos que se deben a los hijos) la porción conyugal, las legítimas y la cuartada e mejorarse en la sucesión de los descendientes legítimos, en esas legislaciones decíamos, existen otros dos acervos,

¹²⁶ Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, 165.

¹²⁷ Código de Familia, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1993), artículo 45.

¹²⁸ *Ibidem*, artículo 104.

llamados imaginarios, el primer acervo imaginario, denominado específicamente "colación", y el segundo acervo imaginario.¹²⁹

2.6 La asignación de alimentos en el testamento

Son alimentos la porción de bienes destinada a la subsistencia de una persona en relación a otra; así también es el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos también para su instrucción y educación. Refiere también que, desde el punto de vista jurídico, comprende toda la asistencia económica que una persona tiene derecho de recibir de otra, obligado por ley, por una sentencia judicial o por un convenio, destinada a atender sus necesidades vitales con un contenido y extensión que varía de acuerdo a los sujetos y a las disposiciones de la ley, la sentencia o los términos del convenio.¹³⁰

En la legislación salvadoreña tiene como base el derecho fundamental a recibir alimentos en el artículo 32 de la constitución de la República, donde especifica que la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictara la legislación necesaria y creará los organismo y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico; y que es un cumplimiento de este deber que cuando el causante no dispuso de sus bienes o de parte de ellos para después de su muerte, que la ley los asignan a sus parientes cercanos, y en primer lugar, a su familia en estricto sentido. Tal deber no fue sacrificado cuando el legislador secundario optó por el sistema de libre testamentación, que posteriormente fue elevado a la categoría de derecho constitucional por el artículo 22 de la constitución, que sigue la línea liberal sostenida hasta el momento cimentados sobre el principio de autonomía de la voluntad del testador, dejando por consiguiente al testador en libertad para disponer de sus bienes a favor de cualquier persona, con lo cual el derecho de familia se ha sostenido su sometimiento y supervivencia podría ver afectado por la voluntad de un testador irresponsable, ya que también dispuso que esa libertad es sin perjuicio de las reducciones que se halla sujeto el patrimonio cuando es transmitido enumeradas en el artículo 960 de Código Civil cuando dice:

“En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios, 4º Las asignaciones alimenticias forzosas”¹³¹.

Esto nos remite a lo dispuesto por el Código de Familia en su artículo 211¹³² que establece la obligación de los padres de proporcionar alimentos a sus hijos, y aun cuando

¹²⁹ Carrillo, *Nociones de derecho hereditario*, 75.

¹³⁰ Claudio Belluscio, *Prestación Alimentaria, Régimen Jurídico. Aspectos Legales, Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticos*, (Argentina: editorial Universidad, 2006), 31.

¹³¹ Código Civil, artículo 960.

resulte tedioso se recuerda que dichas asignaciones no son absolutamente voluntarias, según el artículo 1141 no dependen de la voluntad del testador, y en ausencia de esta serán asignadas por el juez, y en caso de haber sido hecha la asignación alimentaria el Código de Familia en su artículo 271, cuando dice:

“Las asignaciones alimenticias voluntarias hechas en testamento o por donación entre vivos y los hechos ante el Procurador General de la República, se regirán por la voluntad del testador o donante y el convenio respectivo, siempre que no contraríen las disposiciones del presente Código”

Dicha disposición regula la posibilidad de que las asignaciones alimentarias se rijan por la voluntad del testador, en lo que no contraríen las disposiciones del Código de Familia, a las cuales se les aplican las características de periodicidad (artículo 256 Código de Familia), duración (artículo 259 Código de Familia) y proporcionalidad (artículo 254 Código de Familia).

Por lo que el deber alimenticio tiene su origen en una relación jurídico familiar, de allí que es la familia en principio la llamada a proveer el sustento de sus integrantes, siendo preferentemente los padres como cabezas de familia los principales llamados a proporcionar el sustento necesario de sus hijos. La prestación alimenticia como obligación de proporcionarla, está estrechamente vinculada, con lo que es la familia, puesto que a través de esta se obtienen los diferentes medios necesarios para proveer la subsistencia del ser humano y otras pautas de consumo de bienes y servicios.¹³³

Ahora la consecuencia establecida de no designar cuota de alimentos en el testamento es clara en el código civil y es la asignación forzosa por parte del juez, según el artículo 1141 del Código Civil *“El testador deberá designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado a suministrar conforme al Título I, Libro Cuarto del Código de Familia, con tal que dicha cuantía no sea inferior a la establecida en el Artículo 254 del mismo Código. Si no lo hiciere o la cuantía fuese inferior, el juez decidirá en caso de reclamación del alimentario o alimentarios...”*¹³⁴

¹³² Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1994), artículo 211. *“El padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad”*.

¹³³ Alejandro Guzmán Brito, *“La doble naturaleza de deuda hereditaria y asignación hereditaria forzosa de los alimentos debidos por ley a ciertas personas”*, Revista Chilena de Derecho, vol. 35, N° 2, (2008), 332.

¹³⁴ Código Civil, Artículo 1141.

Las disposiciones antes mencionadas aparentan tener un vacío de interpretación dado que la regulación del Código Civil, establece que limite a la cuota especificando en su artículo 1141 “...suma que no deberá exceder de la tercera parte del acervo líquido...” mientras el artículo 254 menciona solamente una regla de proporcionalidad, sobre ello se ha manifestado la jurisprudencia:

*“Art. 1141 del C.C. al 254 C. de F. deviene en que cuando el testador, al formular su testamento, asigna alimentos a alguno de los alimentarios a que la ley se refiere, resulta que el testador en su testamento tendrá que tomar en consideración la cuantía o proporción que le está indicando el Art.254 del Código de Familia; no otra cosa, puede deducirse de la lectura de la primera parte del artículo 1141 del cuerpo de leyes en mención, el cual dice " Art.1141.- El testador deberá designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado a suministrar conforme al título I, Libro Cuarto del Código de Familia, con tal que dicha cuantía no sea inferior a la establecida en el artículo 254 del mismo Código"; o sea pues, que ninguna duda cabe, de que si el señor -----hubiera testado, tendría que haber tomado en cuenta el Art. 254 y no violentarlo; pero como dicho señor no testó, no tendría razón de ser la aplicación en mención y lo que en este caso ha sucedido es que, no dándose dicho supuesto, cae dentro de la siguiente parte del Art. 1141 ”.*¹³⁵

Siendo que la jurisprudencia se resuelve un caso de solitud de alimentos dirigidos contra el heredero único de una sucesión intestada, por ello la sala concluyo que debía otorgar los alimentos dentro del margen de lo posible es decir que no exceda de la tercera parte del acervo líquido para todos los alimentarios, según lo dispone el 1141 del Código Civil.

En similar caso de solicitud de alimentos a los herederos en virtud del referido artículo 1141 del Código Civil, aunque sin probar la necesidad del alimentante, se ha pronunciado la cámara de familia diciendo:

*“los estudios de postgrado de la demandante no son fundamentales para su preparación académica, ya que con los estudios que hasta este momento ha desarrollado puede perfectamente desenvolverse en el mundo laboral, de tal suerte que prescindir de esos estudios especializados no implica colocarla en una situación de desventaja o desprotección en su preparación académica, por tanto, dichos gastos en principio deberían ser asumidos por la misma actora. Consideramos que los estudios de maestría por los que se requiere el pago de alimentos, no constituyen una necesidad imprescindible que deba ser satisfecha por la sucesión del señor ***** , es que como lo señalamos supra la insatisfacción de esa necesidad no pone en peligro la existencia de la demandante, por tanto dichos*

¹³⁵ Sala de Lo Civil, sentencia definitiva, regencia: 1347-2021, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021).

*egresos no pueden comprenderse como una necesidad para establecer cargas alimenticias a la sucesión, como bien lo ha afirmado la a quo; en todo caso, si bien dicho egreso representa una necesidad para las aspiraciones profesionales de la parte actora, la misma no es de primer orden, por lo que para el caso de autos no representa el tipo de necesidades a sufragar con la obligación alimenticia.”*¹³⁶

En este caso la cámara de familia considero que una persona mayor de edad que ya había alcanzado profesión para optar al mercado laboral no necesitaba recibir alimentos, en otras palabras: aunque el pariente que solicita alimentos careciese de medios económicos, si está en condiciones de obtenerlos con su trabajo, no procederá fijar a su favor una cuota alimentaria. Por ello se ha resuelto que debe rechazarse la pretensión de quien no justifica en forma alguna hallarse, por razones de salud u otra cualquiera impedido para adquirir los medios de subsistencia con su trabajo personal. No bastará invocar la falta de trabajo, sino que habrá de acreditarse la imposibilidad de obtenerlo, sea por impedimentos físicos, por razones de edad, salud, etcétera.¹³⁷

2.7 Limites a la autonomía de la voluntad expresada en la Libre testamentifacción

La autonomía de la voluntad como principio constitucional la facultad de los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente¹³⁸, de ahí que se identifique la autonomía de la voluntad principalmente con la libertad de contratación, es decir en su doble manifestación negativa – como la prohibición de obligar a otro a contratar- y negativa – como la prohibición de impedir a otro realizar un contrato-, o en palabras simples la autonomía de la voluntad es voluntad jurídica¹³⁹, de obligarse es decir la “voluntad una persona de limitar su libertad a favor de otra”¹⁴⁰ por ello se dice que en el derecho privado el dogma es la libre voluntad de las partes

Como todo principio constitucional expresa las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico”¹⁴¹

¹³⁶ Cámara De Familia De La Sección Del Centro, San Salvador, sentencia definitiva, referencia: 3-IH-06, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007).

¹³⁷ Eduardo Zannoni, Derecho de Familia, Tomo I, (Argentina: Editorial Astrea, 2002), 96.

¹³⁸ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹³⁹ Sala de lo Constitucional, ibídem.

¹⁴⁰ Alfredo Barroz Errazuriz, Cursos de Derecho Civil, (Chile: Editorial Nacimiento, 1932), 7.

¹⁴¹ Rubén Hernández Valle, los principios constitucionales, (Costa Rica: Corte Suprema de Justicia escuela judicial, 1992), 7. El autor le atribuye esta idea a Arce y Rores-Valdez, en el libro "Los principios generales del

Ahora según la autonomía de la voluntad como principio que empapa toda la constitución, se expresa en derechos concretos como la libre disposición de los bienes o la libertad de contratación, o la libre testamentación, pero la autonomía de la voluntad no es absoluta, tiene límites concretos, entre estos se puede mencionar, el orden público, la mora, y las buenas costumbres.

El orden público: Es un límite a la autonomía de la voluntad que, de acuerdo a doctrina generalmente aceptada, Orden Público es "el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la Constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el Estado y la capacidad de las personas"¹⁴². También en una opinión doctrinaria definen de la siguiente manera: "*Se entiende por orden público el respeto a las leyes constitutivas de la sociedad, que es indispensable asegurar dentro de la jerarquía necesarias para conseguir el bienestar social*".¹⁴³

La moral: Es un límite a la autonomía de la voluntad que ciertos doctrinarios al tratarla describen "como límite a la autonomía de la voluntad, se remite a lo que la generalidad de las personas honestas practican en un determinado tiempo y espacio"¹⁴⁴, el problema aun con esta definición es que la moral obedece a estructuras sociológicas y hasta filosóficas, aun cuando se reconozca que en ámbitos concretos de actuación puede resultar posible delimitar con algunas divergencias lo que debe considerarse exigible para una honesta conducción en el actuar de las personas, obedece a factores de percepción de la conciencia individual, y de patrones de conducta socialmente aceptados.

Las buenas costumbres: La moral como límite a la autonomía contienen dentro de si las buenas costumbres, al ser este todo comportamiento que esté en armonía con los valores y principios éticos sociales imperantes en una sociedad y en un momento histórico determinado, y además abarca aquellos límites infranqueables originados por el respeto a los derechos fundamentales.¹⁴⁵

Derecho y su formulación constitucional", aunque en una teoría más contemporánea dentro del Neo Constitucionalismo puede citarse a Robert Alexi, pero sus definiciones son menos precisas, pues apuntan más a contenidos abstractos propios de la filosofía del derecho, que a presiones jurídico normativas, que aunque menos analíticas, son más comprensibles para el simple operador jurídico.

¹⁴² Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 10-87 AC, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia 1989).

¹⁴³ Alfredo Barroz Errazuriz, Cursos de Derecho Civil, 123.

¹⁴⁴ Melvin Mauricio Peñate Sánchez, "*Los límites a la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña*", (tesis para optar al grado Maestro Judicial, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2013), 15.

¹⁴⁵ Ibidem, *salvadoreña*, 19.

A manera de ejemplo “basta con tener presente el distinto criterio con que debe juzgarse la indumentaria de las damas, en una ciudad balnearia y en una villa pequeña y tranquila”, pues éstas no son más que las costumbres de acuerdo con la sana moral imperante en un lugar y en un momento dados.¹⁴⁶

Dado que la libre testamentifacción es una expresión concreta de la autonomía de la voluntad en la constitución, es lógico que la misma tenga los mismos límites, pues no puede imaginarse que por la libertad de testar el causante disponga que sus bienes sean puestos a dislocasen de su único heredero solo si este realiza actos obscenos en la plaza pública, cosa que no estaría permitida pues supera los límites de la moral.

La jurisprudencia también remarca que los límites a la libre testamentifacción son límites a la libre disposición de bienes y, en última instancia, límites al derecho de propiedad, por lo cual es útil volver a los criterios jurisprudenciales pertinentes que son insistentes en señalar que ese derecho admite, en la actualidad, limitaciones y queda sujeto a la función social o a otros marcos como los establecidos en los artículos 105, 107, 108, 109 y 115 Constitución que, a pesar de no ser directamente aplicables en este proceso, se citan para ilustrar lo restringible de la propiedad.¹⁴⁷

Estos límites también deben incluir que la propiedad privada está garantizada, pero en función social, significa que la propiedad privada entendida como la plena facultad de disponer a voluntad de los bienes materiales, salvo las prohibiciones legales. El Código Civil francés definió la propiedad en su Art. 544 como el derecho de gozar y disponer de los bienes de la manera más absoluta, y nuestro Código Civil lo define en su Art. 568 de manera más limitada al establecer que "Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario".¹⁴⁸

Lo que obliga a tomar en cuenta que la naturaleza jurídica que se le da a la función social dentro de la Constitución, es de principio constitucional¹⁴⁹, que se encuentra disperso en distintas disposiciones de las cuales se extrae que “la propiedad privada desde su concepción constitucional no es un derecho subjetivo y abstracto, que otorga una especie de absoluta y libre disposición de los bienes, sino es un producto de la misma naturaleza de la

¹⁴⁶ Abelardo Torre, introducción al estudio del derecho, (Argentina: Lexis Nexis, 2003), 543.

¹⁴⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, referencia: 16-2005, (EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

¹⁴⁸ Ibidem, 811.

¹⁴⁹ la función social genera un mandato de optimización: deberá realizarse en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 25 de junio del 2009).

actividad humana en sociedad, al mismo tiempo que el bien le reporta utilidad y beneficios a su titular, este deberá soportar determinadas cargas y obligaciones a fin de posibilitar una utilidad colectiva que los mismos bienes le reportan”.¹⁵⁰

En Conclusión, se ha establecido que la autonomía de la voluntad esta presente en la forma que se ha configurado el derecho a suceder en la constitución y por consiguiente en la legislación salvadoreña, hasta ahora se ha optado por un sistema de libre testamentifacción que permite al testador disponer de sus bienes según sea su voluntad, aun cuando su voluntad pueda conllevar consciente o inconscientemente a excluir a un hijo no reconocido del derecho a alimentos, y también de los otros derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a sus padres, los mismos no puede ser reclamados, salvo el derecho a alimentos caídos, los restantes derechos de los que el hijo se vio privado por los años que vivió sin su padre, están excluido de gozar de cualquier beneficio o compensación proveniente de la masa sucesora, únicamente supeditado a reclamar alimentos para el futuro, si es que aún está en necesidad, dicho conflicto puede solucionarse con una legitima de bienes que deban ser entregados a los hijos no reconocidos, y que la misma legitima se constituya como un acervo especial independiente, que puede ser reclamado mediante la reivindicación, en cualquier momento a los herederos, siempre que no haya prescrito, ello fundado en los postulados del constituyente, respetando que opto por un sistema de libre testamentifacción, que obedeciera a principios liberales que imperaban ideológicamente en la época, no obstante aprovechando los limites configurados por el mismo como el derecho a la propiedad privada en función social, agregando que esa función social se extiende además a la protección social de la familia.

¹⁵⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008, ibídem. En la misma sentencia la Sala aclara diciendo *“la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a los valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir”*.

CAPÍTULO 3:

LA PROTECCIÓN DE CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA, FILIACIÓN Y DERECHOS DE LOS HIJOS

3.1 Concepto de familia

Al ser la familia un grupo primario por excelencia, cada sujeto llega a este conglomerado no por decisión personal, sino por nacimiento en donde debe aceptar las normativas internas que en ella se establecen. Conjuntamente a esto, es en la vida de la familia donde el individuo logra sociabilizarse, en otros términos, se convierte en parte de la sociedad ya que al ingresar en ella aporta con elementos aprendidos en su hogar tales como valores, costumbres.¹⁵¹

Puede decirse que: *“la familia es su primera y más natural forma de organización colectiva, la que otorga a los hombres su sentido de pertenencia a un grupo, les genera lealtades y les establece jerarquías”*¹⁵², otra definición podría ser *“La unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia”*¹⁵³

3.1.1 Concepto de familia moderna y familia tradicional

Dicha deconstrucción nos lleva a plantear, que la familia ha ido evolucionando en su organización, en el desarrollo de los procesos interactivos y en su capacidad de adaptación a los cambios evolutivos; todos estos cambios en los tiempos actuales nos llevan a colegir que la familia es categoría histórica – dialéctica ya que es una institución cambiante, dinámica, en constante movimiento, que no tiene situaciones acabadas o absolutizadas, sino que es relativa y acorde a las características específicas de cada sociedad en un contexto temporo-espacial concreto que ejercen influencia en la estructura familiar.

Se debe aceptar que no todos los conceptos que puedan brindarse de familia serán adecuados para describir la familia moderna, pues la familia tradicional ha experimentado

¹⁵¹ Marinés Suales, Mediando en sistemas familiares, (Editorial Paidós: España, 2002), 163. al hablar de la historia de la familia, divide la “historia en tres grandes periodos: culturas solidarias, culturas patriarcales y decadencia del patriarcado.

¹⁵² Cristina Puga, Hacia La Sociología, (México: PEARSON, 2002), 32.

¹⁵³ Patricia Arés, *Psicología de la familia: una aproximación a su estudio*, (La Habana: Felix Barela, 2002), 18.

una crisis en tiempos recientes, sin embargo, que ese modelo de familia contemporánea, no es más que una construcción social que se consolida en un momento determinado: la familia nuclear burguesa en torno a la que se elabora todo un imaginario que acaba por englobar a la familia en sí. Esta familia, que se consolidó a principios del siglo XIX, representaba en su momento la modernidad de la revolución industrial frente a la actividad agrícola, de lo urbano frente a lo rural y, sobre todo, reflejaba el comportamiento de una determinada clase social, la burguesa, que proyectó en el mundo familiar sus concepciones a través de códigos éticos y sociales.¹⁵⁴

En El Salvador la cantidad de familias que están integradas por un solo progenitor y sus hijos o hijo, se ha incrementado durante los últimos años, debido a la proliferación de la familia moderna donde el padre trabaja en horarios extendidos, o esta ausente en el hogar por diversos motivos¹⁵⁵. Todos estos ingredientes han desembocado en una reorganización de la estructura de convivencia tradicional, con el correspondiente nuevo reparto de roles y las tareas convencionalmente aparejadas a ellos, generándose distintas variables dentro del propio concepto de “familia tradicional”, además, de que nuevas fórmulas de convivencia continuarán aflorando en las próximas décadas.

Por otro lado, las familias monoparentales, los hogares unipersonales y parejas sin hijos/as, han experimentado aumentos en el tiempo de 2.3 puntos porcentuales, 2.9 puntos porcentuales y 3 puntos porcentuales, respectivamente. Si bien se observa una disminución de la proporción global de familias extensas o extendidas, al realizar un análisis de los tipos de familias que conforman esta macro-categoría, es posible determinar que esta tendencia se dio a expensas de una disminución de la proporción de familias extensas con y sin hijos (biparentales extensas con y sin hijos). En contraste, entre los años 1992 y 2012, se observa un aumento del porcentaje de familias monoparentales extensas con y sin hijos de alrededor de 6 puntos porcentuales y 3 puntos porcentuales, respectivamente.¹⁵⁶

Si bien no ha existido una reforma legal a tal efecto, la Jurisprudencia ha ido abriendo camino ofreciendo respuestas más ajustadas a esta “reestructuración dentro del modelo de familia convencional”, así como al deseo expreso de tantos padres de poder ejercer la

¹⁵⁴ David Kertzer, y Marzio Barbagli, *La vida familiar desde la Revolución francesa hasta la Primera Guerra Mundial/1789-1913, Historia de la familia europea, volumen. 2* (Barcelona: editorial Paidós Ibérica, 2002), 398. “La respetabilidad requería que se exhibiera lo que se tenía (por ejemplo, el domingo las mejores ropas y los mejores muebles), así como mantener un ritual y un comportamiento (la comida en familia, ir a la Iglesia, el paseo dominical). La mujer casada que no realizaba un trabajo remunerado personificaba su respetabilidad con su competencia doméstica. Se sentía orgullosa de la casa y de la familia y adquiría autoestima demostrando que era capaz de llevar la economía de la familia, cuidar debidamente de sus hijos y cerciorarse de que asistían regularmente a clases”

¹⁵⁵ FUSADES, Una mirada a las familias salvadoreñas: sus transformaciones y desafíos desde la óptica de las políticas sociales con enfoque de niñez, (El Salvador: FUSADES, 2015), 22.

¹⁵⁶ Ibidem.

paternidad de forma plena, y con todas sus consecuencias, no limitándose a ser “padre-visita” o “padre-cajero”.¹⁵⁷

Estos cambios y modificaciones son la constatación de una pluralidad de modos de vida, concepciones y configuraciones inéditas de formas identitarias, aún no legitimadas y carentes de recursos para expresarse y hacer se reconocer¹⁵⁸. “Uno de los hechos socioculturales más destacado en las tres últimas décadas por la mayoría de los científicos sociales españoles es la importancia y radicalidad de las transformaciones que se están produciendo en el ámbito del parentesco en general, y en la institución familiar en particular, dando lugar a diversas y plurales formas de relación y configuraciones familiares”.¹⁵⁹

Hasta hora la relación filial entre padres e hijos estaba vinculada a la relación conyugal esposo/esposa, pero, a partir de los matrimonios o uniones de hecho de separados/as y divorciados/as con hijos no comunes denominadas familias reconstituidas, la pareja conyugal no tiene por qué coincidir con la pareja progenitora (padres biológicos)”.

3.2 Constitucionalización del derecho de la familia

El simple hecho de existir dice "nos coloca en el centro de una familia a la que pertenecemos, de la cual formamos parte. Sean cualesquiera las circunstancias que han acompañado el nacimiento de un hombre, éste tiene un padre y una madre, y el hecho de que aquél, en ciertas circunstancias, no sea conocido o ésta, aunque conocida, no actúe como tal, sólo expresa el desconocimiento o negación de esta exigencia radical de adscribirnos a la familia a la que, quíerose o no, se pertenece por el hecho de haber nacido, y el incumplimiento de los deberes que impone la creación de la misma."¹⁶⁰

"Es, pues la familia una realidad ético-social que no se basa en la voluntad, la cual sólo interviene en el momento de su constitución mediante la unión matrimonial o extramatrimonial; pero se es hijo, hermano o pariente sin que uno se lo haya propuesto”. De la familia pueden darse una serie de conceptos, bastándonos para nuestro fin el sociológico y el jurídico. "Según el primero, ella es un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación. De acuerdo al segundo, es el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual, la procreación o la adopción".¹⁶¹

¹⁵⁷ Susanna Antequera Medina, "Derecho de Familia 2020", (España: Tirant lo Blanch, 2020), 17.

¹⁵⁸ Soares, Mediando en sistemas familiares, 168.

¹⁵⁹ Medina, "Derecho de Familia 2020", 22.

¹⁶⁰ Fabiola Lathrop, "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno", Estudios Constitucionales, año 15, Numero 1, (2017), 329.

¹⁶¹ Ibidem.

La constitucionalización del derecho puede ser entendida como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente "impregnado" de normas constitucionales, este proceso implica dos cosas. De un lado, la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las divisiones en que tradicionalmente se separa el derecho, para dotarlos de la protección que entrega la norma fundamental.

De otro lado, importaría la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluidos sus tribunales y particulares. En esta luz, la interpretación del texto constitucional presupone su fuerza vinculante y corresponde a un enfoque inclinado por una lectura extensiva de la Constitución y que hace posible extraer de ella "innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política".¹⁶²

Queda en evidencia la importancia de la justicia constitucional en el proceso de constitucionalización del derecho, a tal punto de ser considerada como una de las condiciones de su verificación. A su vez, y llevado al ámbito del derecho de familia, particularmente en el ámbito latinoamericano, se ha sostenido que el proceso de constitucionalización se sustenta en tres elementos comunes.

Una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar; la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar) y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional¹⁶³. El desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea este difuso, concentrado o mixto), como en el caso de El Salvador que el tribunal Constitucional denominado sala de lo constitucional, ejerce el control concentrado.

El proceso de constitucionalización del derecho familiar puede ser visto como la mera coincidencia entre el derecho constitucional y el derecho familiar, cada vez que el primero dicta (limita, precisa) nuevas direcciones para la regulación familiar. Como ha sugerido esta narrativa no logra capturar la relación dialógica entre el derecho de familia y el derecho constitucional. Con ello, se deja de apreciar cómo el derecho de familia y el derecho constitucional a menudo ocupan el mismo espacio, contribuyen a comprender los mismos

¹⁶² Ramon Domínguez Águila, "La constitucionalización del Derecho", 20 años de la Constitución Chilena, (Chile: Cono Sur, 2001), 37.

¹⁶³ Lathrop, "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno", 331.

problemas e interactúan de maneras mutuamente constitutivas. En especial, una lectura demasiado vertical de la relación entre derecho constitucional y derecho familiar obscurece las maneras en las que el derecho de familia ejerce una influencia sobre el derecho constitucional: el derecho de familia configura el terreno en el que ocurre la adjudicación constitucional, estructura el conflicto constitucional y puede, en ocasiones, reorientar el razonamiento constitucional.¹⁶⁴

3.2.1 El reconocimiento del derecho a la familia en las constituciones salvadoreñas

La Constitución Federal de 1921, en su título "Trabajo y Cooperación Social" reconocía algunos derechos de índole familiar, así para el caso garantizaba la investigación de la paternidad con el objeto de que los hijos nacidos fuera del matrimonio puedan obtener los medios necesarios para su educación física, moral e intelectual, Art. 69; establecía la creación de un Centro Técnico bajo el nombre de "Institutos de Reformas Sociales", entre cuyas atribuciones tenía la de "proteger el matrimonio y la familia, como base y fundamento de la sociedad y organizar el patrimonio de familia", Art. 171 letra c.

“Artículo 171.- Se establecerá un Centro técnico bajo el nombre de «Instituto de Reformas Sociales» cuyas atribuciones y deberes serán los siguientes: c) Proteger el matrimonio y la familia, como base y fundamento de la sociedad y organizar el patrimonio de familia (Homestead)”¹⁶⁵

La Constitución de 1841, se refería a la familia cuando establecía que todo salvadoreño tenía derecho a estar al abrigo de las inquisiciones, pesquisas y apremios, en su persona, familia etc, Art. 77; la de 1864, al reconocer derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas y los cuales tenían por bases la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público, Art. 76, ambos principios se conservaron en las Constituciones posteriores. Fue hasta la Constitución de 1939 cuando se introdujo un capítulo relativo a la familia y el trabajo. Se reconoció ésta como la base fundamental de la Nación y la cual debía ser protegida especialmente por el Estado, Art. 60 y se estableció además el Bien de Familia.

“artículo 60 La familia, como base fundamental de la Nación, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia”¹⁶⁶

¹⁶⁴ David Fabio Esborraz, "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", Revista de Derecho Privado, Número 29, (2015), 15.

¹⁶⁵ Constitución Política de la Republica Federal Centroamericana, (EL Salvador: Asamblea Nacional Constituyente, 1921), artículo 171.

¹⁶⁶ Constitución de la Republica de El Salvador, derogada, (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1939), artículo 60.

Art. 61, dejando en ambos casos su regulación a una ley secundaria. La reforma de 1944 a la Constitución de 1939 determinó en su Art. 49, que los padres de familia tenían los mismos deberes para con sus hijos, independientemente de si provenían de matrimonio o no. La Constitución de 1945, prohibía toda especie de vinculaciones a excepción de los fideicomisos y del Bien de Familia, Art. 5.

*“Artículo 59 Los padres de familia tienen los mismos deberes para con sus hijos, ya provengan estos de matrimonio, o de uniones simplemente naturales”.*¹⁶⁷

En las Constituciones de 1950 y 1962, la familia, constituyó un capítulo, dentro del Título "Régimen de los Derechos Sociales", formado por los Arts. 180 y 181; 179 y 180 respectivamente. Consideraron a la familia como la base fundamental de la sociedad, la cual debía ser protegida especialmente por el Estado.

*“Art. 180.-La familia, como base fundamental de la sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges”.*¹⁶⁸

*"Esta institución, verdadera célula de la sociedad, merece especial protección. La familia legalmente constituida, es el ideal que persigue el legislador"*¹⁶⁹, expresaron los Redactores del Proyecto de la Constitución de 1950. Además, reconocieron al matrimonio como el fundamento legal de la familia y el cual descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Establecieron la igualdad de derechos en relación a la educación, asistencia y protección, entre los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos y que no debía consignarse en las actas del registro civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, como tampoco se expresara en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres, la investigación de la paternidad adquirió rango constitucional.¹⁷⁰

3.3 La familia como base fundamental de la sociedad en la constitución salvadoreña

Nuestra Constitución recoge la protección de la familia, sus miembros e instituciones en la Sección Primera del Capítulo II del Título II, Arts. del 32 al 36.

¹⁶⁷ Reforma a la constitución política de la republica de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Nacional Constituyente, 1944), artículo 59.

¹⁶⁸ Constitución Política de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1950), artículo 180.

¹⁶⁹ Asamblea Constituyente, Informe Único, (El Salvador: lo misión de Estudio del proyecto de Constitución, Exposición de Motivos de la Constitución, 1983), 50.

¹⁷⁰ Ibidem.

El art. 32 Cn. reconoce que "*la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria (...) para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico*"¹⁷¹. Asimismo, la mencionada disposición constitucional considera que "el fundamento legal de la familia es el matrimonio", el cual deberá ser fomentado por el Estado.

La familia, como grupo social primario, tiene su origen –según establece la doctrina sobre Derecho de Familia– en los datos biológicos de la unión sexual y de la procreación. Estas circunstancias permanentes del vivir humano las toma en cuenta el legislador y establece con respecto a las mismas una multiplicidad de normas que, en su conjunto, configuran el Derecho de Familia.¹⁷²

La Sala ha efectuado una interpretación amplia del art. 32 Cn. No solo ha determinado el derecho a la protección familiar, sino que también ha derivado el derecho implícito de toda persona a constituir y a formar parte de una familia, el cual posee manifestaciones más específicas como, *por ejemplo, el derecho a la conservación del vínculo familiar, sin que concurran injerencias arbitrarias por parte del Estado o de los particulares.*¹⁷³

Este último derecho implica que la protección constitucional a la familia se refiere no solo a mantener los vínculos de consanguinidad, jurídicos o situaciones de facto entre los miembros de un grupo familiar, sino también a preservar las relaciones de afecto, mantener la convivencia continua, solidaridad, respeto, comprensión, protección y asistencia mutua que consolidan el núcleo familiar, en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes.¹⁷⁴

En lo relativo al derecho a la protección familiar, la jurisprudencia salvadoreña, indicó que el *derecho a la protección familiar* es aquel en virtud del cual el Estado debe asegurar a todas las personas el disfrute de una convivencia digna con su núcleo familiar, independientemente de la forma que este adopte y *eliminar toda forma de obstrucción arbitraria a este derecho por parte de cualquier entidad pública o privada*. Dicho derecho se encuentra reconocido en el artículo 32 inciso 1° de la Cn., el cual establece que la familia es la base fundamental de la sociedad y *tendrá la protección del Estado*, imponiendo a este último la obligación de *dictar*

¹⁷¹ Constitución de la República, (El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983), artículo 32.

¹⁷² Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad, referencia: 2-95, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000).

¹⁷³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 264-2010, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010).

¹⁷⁴ Sala De Lo Constitucional, sentencia de habeas corpus, referencia: 94-2020, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021).

*la legislación necesaria y crear los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.*¹⁷⁵

La obligación del Estado de proteger a la familia proviene de la fundamentalidad que la Constitución le reconoce a dicha institución. Ese carácter fundamental tiene su origen en la composición de la familia, en el sentido de que, si la persona humana es el origen y el fin de la actividad del estado (artículo 1 inciso 1° de la Cn.), entonces una agrupación de personas unidas por rasgos biológicos y afectivos que se establecen de forma permanente en una sociedad merece una especial protección.

Además de la función natural de la familia –la procreación–, se identifica en esta *una función económica o de subsistencia*, consistente en el aseguramiento por parte del grupo familiar de los elementos básicos –vivienda y alimento– para asegurar su permanencia y estabilidad.¹⁷⁶

Precisamente, tomando en cuenta la concepción constitucional de la familia, según la jurisprudencia, se sostuvo que la familia, como grupo social primario, tiene su origen –según establece la doctrina del Derecho de Familia– en los datos biológicos de la unión sexual y de la procreación. Estas circunstancias permanentes del vivir humano las toma en cuenta el legislador y establece con respecto a las mismas una multiplicidad de normas que, en su conjunto, configuran el Derecho de Familia.¹⁷⁷

Ahora bien, además de la función natural de la familia –la procreación–, se pueden identificar otras dos funciones esenciales: (i) *una moral o afectiva*, que implica el establecimiento de lazos sentimentales entre sus miembros de modo que se crea una identidad de pertenencia, conservación y apoyo recíproco; y (ii) *una económica o de subsistencia*, consistente en el aseguramiento por parte del grupo familiar de los elementos básicos –vivienda y alimento– para asegurar su permanencia y estabilidad. Es por las funciones sociales y jurídicas que cumple la familia dentro de la sociedad que requiere de una protección reforzada del Estado, a través de instrumentos jurídicos, políticas públicas y, en general, de su propio actuar.¹⁷⁸

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* y *Fornerón e Hija vs. Argentina* dijo que "el

¹⁷⁵ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 623-2015, El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

¹⁷⁶ Sala de lo Constitucional, sentencia de amparo, referencia: 193-2020, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020).

¹⁷⁷ Sala de lo Constitucional, sentencia de amparo, referencia: Inc. 2-95, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000).

¹⁷⁸ Ibidem.

derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.¹⁷⁹

Entonces, el derecho a la protección familiar puede definirse como *aquel en virtud del cual el Estado debe asegurar a todas las personas el disfrute de una convivencia digna con su núcleo familiar, independientemente de la forma que este adopte, y eliminar toda forma de obstrucción arbitraria a este derecho por parte de cualquier entidad pública o privada.*¹⁸⁰

Por tanto, toda limitación arbitraria a este derecho es inconstitucional. Lo anterior implica un deber de abstención por parte del Estado, en el sentido de no injerencia, y obligaciones positivas o prestacionales, es decir, de realizar todo lo que esté a su alcance para fomentar la protección familiar y la conservación de la familia como base fundamental de la sociedad.

En esa línea de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* sostuvo que "el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8 del Convenio Europeo".¹⁸¹

Es por las funciones sociales y jurídicas que cumple la familia dentro de la sociedad que *requiere de una protección reforzada del Estado, mediante instrumentos jurídicos, políticas públicas y, en general, de su propio actuar.* Lo anterior implica, por una parte, un deber de abstención o de no injerencia del Estado y, por otro, "*la existencia de obligaciones positivas o prestacionales de realizar todo lo que se encuentre al alcance de este para fomentar la protección familiar y la conservación de la familia como base fundamental de la sociedad*".¹⁸²

¹⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo y costas, *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia y Fornerón e Hija vs. Argentina*, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

¹⁸⁰ Sala de lo Constitucional, sentencia definitiva de amparo, referencia: 623-2015, (El Salvador: Corte Suprema Justicia, 2017).

¹⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo y costas, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

¹⁸² Sala de lo Constitucional, sentencia de amparo, referencia: 193-2020, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020).

3.4 El parentesco y la filiación

Por otra parte, el art. 33 Cn. establece un mandato al legislador de regular las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos; así también, establece el mismo mandato respecto de las "relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer", es decir lo que la doctrina ha denominado unión no matrimonial lícita o concubinato. De conformidad con lo antes expuesto, la Constitución establece la obligación de regular las relaciones resultantes del matrimonio y de la unión de hecho o concubinato. Ahora bien, se advierte también que es obligación del legislador regular tanto las relaciones de la pareja como la de los padres con sus hijos.

En cuanto al tema de los hijos o filiación, la doctrina distingue tres formas distintas: filiación matrimonial –también llamada legítima–, que es el vínculo surgido entre el hijo y sus progenitores unidos en matrimonio; filiación extramatrimonial, la cual surge por el reconocimiento voluntario del padre o por la imputación de paternidad mediante sentencia ejecutoriada, siempre que los progenitores no se encuentren unidos en matrimonio; y filiación civil o adoptiva, la cual se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo.¹⁸³

Como puede observarse, cada uno de estos vínculos se constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas deben ser iguales para todos los sujetos, es decir que no debe haber discriminación para los hijos ni diferentes calidades entre ellos ya que lo único diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación.

Esta intención de equiparación de los hijos, obedece a que la procreación que surge fuera del marco matrimonial ha sido una realidad a la que se ha enfrentado siempre cualquier sistema jurídico, siendo que los diferentes órdenes normativos han asumido frente a los hijos extramatrimoniales diversas actitudes, que van desde la plena aceptación de los mismos sin ningún distingo con los nacidos de matrimonio, hasta el rechazo total y condenatorio, haciéndolos víctimas de la negación de todo tipo de derechos, y marcándoles con denominaciones infamantes.¹⁸⁴

Nuestro ordenamiento jurídico, por su parte, reconoce la igualdad jurídica entre los hijos, ya que el art. 36 Cn. prescribe que "los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los

¹⁸³ Elvira Villalobos de González, Manual de derecho de familia, (México: Triant lo Blanch, 2014), 49.

¹⁸⁴ Esperanza Castellanos Ruiz, La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional, (España: Tirant lo Blanch, 2021), 69.

adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad. No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres...".

De conformidad con lo anterior, se advierte que la Constitución no manda al legislador que se establezca un régimen jurídico especial para los hijos extramatrimoniales; lejos de ello, prescribe una igualdad jurídica de éstos frente a los hijos matrimoniales o de uniones de hecho lícitas. En consecuencia, puede concluirse que al establecer la igualdad jurídica entre los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, debe entenderse que la regulación aplicable a la filiación matrimonial se extiende a la filiación extramatrimonial, ya sea que se trate de hijos resultantes de uniones no matrimoniales lícitas como de uniones no matrimoniales ilícitas.¹⁸⁵

3.4.1 Tipos de parentesco

El parentesco es la relación que existe dos o más personas que pertenecen a una misma familia. El Derecho contempla no en pocas ocasiones el parentesco, pues son numerosas las normas jurídicas que requieren conocer con exactitud cuál es la línea y el grado de parentesco entre las personas, tanto al objeto de otorgar derechos como de establecer prohibiciones.¹⁸⁶

En el Derecho de Familia el parentesco se considera especialmente en materia de prohibiciones matrimoniales. La relación de parentesco es regulada el Código de Familia en sus artículos 2 y 127, cuando dice "Parentesco es la relación de familia que existe entre dos o más personas y puede ser por consanguinidad, afinidad o por adopción".¹⁸⁷

a) Parentesco por consanguineidad. Este parentesco vincula a las personas que descienden unas de otras de forma directa (bisabuelos, abuelos, padres, nietos, etc.) o que tienen un antepasado común (hermanos, primos, tíos, etc.). En el primer caso se habla de parentesco consanguíneo en línea recta. Cuando dos o más personas tienen un antepasado común el parentesco que les une es también, evidentemente, consanguíneo, pero en línea colateral.¹⁸⁸

b) Parentesco adoptivo. La ley otorga el mismo valor al parentesco adoptivo, el cual es el que surge entre las personas por razón de la adopción, que al parentesco por consanguineidad. No

¹⁸⁵ Sala de lo Constitucional, sentencia de inconstitucionalidad, referencia: 2-95, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000).

¹⁸⁶ González, Manual de derecho de familia, 52.

¹⁸⁷ Código de Familia, artículo 127.

¹⁸⁸ Miguel Carbonell, Sentencias esenciales. Tomo I. Derecho de familia, (España: Tirant lo Blanch, 2021), 13.

existe ninguna distinción en cuanto a los efectos jurídicos ni tampoco se utiliza este tipo de parentesco en las relaciones de carácter público. En realidad, no nos encontramos ante una clase de parentesco propiamente dicha, sino más bien ante una idea que hace referencia al origen de la persona.¹⁸⁹

c) Parentesco por afinidad. Este tipo de parentesco se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro (cuñados, suegros, yerno o nuera). Regulando el código de familia en su artículo 129, “*Parentesco por afinidad es el existente entre uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro*”, otorgando esta calidad también a los consanguíneos de los convivientes cuando dice “También existe parentesco por afinidad entre uno de los convivientes y los consanguíneos del otro.”¹⁹⁰, además el Código Civil lo menciona en su artículo 1007 diciendo que “No podrán ser testigos en un testamento solemne, otorgado en El Salvador: Los herederos ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad...”¹⁹¹

3.4 Derechos de los hijos frente a sus padres

En materia de derechos humanos resulta fundamental la promoción de los derechos humanos y en particular aquellos que corresponden a la familia, lo que lleva implícito la protección del goce y ejercicio de los derechos de los integrantes de la misma en su interacción diaria.

Situaciones como la violencia, la desprotección y los problemas derivados de reglas o manejos inadecuados de los medios de comunicación, constituyen actos que vulneran los derechos y la protección de niñas, niños y adolescentes, en particular en el ámbito de la familia.¹⁹²

Resulta fundamental, entonces, abordar estas problemáticas desde la perspectiva de la cultura de los derechos humanos, de tal forma que se logren comprender, transformar y garantizar las relaciones y la interacción de los miembros de la familia tanto al interior de la misma como socialmente.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Álvaro Vidal Olivares, Estudio de Derecho de familia V, (España: Tirant lo Blanch, 2021), 459.

¹⁹¹ Código Civil, artículo 1007.

¹⁹² Marta Santos Pais, "El derecho de nacimiento: el derecho a tener derechos", *Innocenti Digest*, Italia, núm. 9, (2002), 135.

Resulta de gran importancia la concurrencia que debe de haber entre la familia, el Estado y la sociedad en la protección del goce y ejercicio de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el entorno familiar, así como en la asunción y cumplimiento de los deberes y obligaciones que tienen éstos para con la infancia.¹⁹³

El art. 34 de la Constitución establece que todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado, y será éste el que creará las instituciones para la protección de la infancia.

Asimismo, el art. 35 de la Constitución, en su inciso primero señala que: "El estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de estos a la educación a y a la asistencia...". De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 19 refiere que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y el Estado".¹⁹⁴

Desde esa perspectiva, en los arts. 7 y 20 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, respectivamente se indica que corresponde a los padres y representantes de los menores de edad con el apoyo del Estado, velar por la protección y el bienestar de aquellos, y se reconocen una serie derechos para los mencionados sujetos, entre ellos está que deben tener alimentación adecuada para su nutrición, una vida digna y el derecho a la recreación y sano esparcimiento.

Asimismo, en la Convención sobre los Derechos del Niño, ley de la República al haber sido ratificada por nuestro país, se establece la protección que el Estado debe de brindar a los menores, para garantizar su integridad personal, la salud, la educación, entre otros derechos; arts. 19, 24, 28, 29 y 34.

Con relación a lo anterior, los arts. 211, 213 y 214 del Código de Familia, también disponen, respectivamente, que tanto 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, considerando las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo para el cuidado de este.

¹⁹³ Rodríguez Jiménez, Sonia, *Sustracción internacional de menores por sus propios padres: su destipificación en México*, UNAM, revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, (2012), 2-4.

¹⁹⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Habeas Corpus, referencia: 296-2017, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

Se señala además que ambos padres dirigirán la formación de sus hijos dentro de los cánones de moralidad, solidaridad humana y respeto a sus semejantes; fomentarán en ellos la unidad de la familia y su responsabilidad como hijos, futuros padres y ciudadanos, así como el aspecto religioso, estableciéndose como un deber el educarlos y facilitarles el acceso al sistema educativo.”¹⁹⁵

La Convención, desde su preámbulo, hace referencia a la familia como núcleo fundamental de formación y desarrollo personal, emocional y social en un ambiente de amor y acogimiento en tanto los niños, las niñas y los adolescentes maduran y adquieren la mayoría de edad.

Así las cosas, en los párrafos quinto y sexto del preámbulo la Convención señala:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

De igual forma en su noveno párrafo establece la necesidad que existe de proteger en todas las formas posibles, incluyendo la legal, a niños, niñas y adolescentes en virtud de que no son capaces de cuidarse y proveerse por sí mismos y ahí encontramos una mancuerna perfecta con las declaraciones previas en las que la familia y su protección, como lo señala también el artículo 35 constitucional, resultan primordiales para establecer, reconocer y garantizar los derechos, las obligaciones, los deberes y la protección de los integrantes de la familia, primordialmente la protección de los niños, las niñas y los adolescentes.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Sonia, *Sustracción internacional de menores por sus propios padres: su destipificación en México*, 5.

¹⁹⁶ Romero Picón, Yuri, "Interpretación etnográfica y social sobre la sustracción interparental de menores: enfoque desde la antropología jurídica", *Universitas Humanística*, núm. 64, Colombia, (2007), 115.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Encontramos que en los artículos 2.1 y 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace referencia, a modo de excepción, a cualquier situación que, por actos de integrantes de la familia, específicamente los ascendientes, pudiera tener como consecuencia, el desconocimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes o el castigo o la discriminación de los mismos. En estos casos, los niños, las niñas y los adolescentes verían sus derechos humanos vulnerados como consecuencia de actos o manifestaciones de terceros, y si bien no habla del niño en la familia, en cambio sí lo hace del entorno familiar y de las consecuencias de éste en la vida y desarrollo de la infancia.¹⁹⁷

Artículo 2 Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.¹⁹⁸

Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Más adelante se hace referencia a la intervención de órganos como los tribunales, los que tendrán que aplicar el principio del interés superior de la infancia. Si bien se trata de una disposición general y no existe una referencia específica en cuanto a la familia, es cierto, como se verá más adelante, que en las controversias civiles del orden familiar deberá tomarse en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes en aquello que incumba a los derechos que tienen con relación a sus ascendientes conforme a la legislación familiar.¹⁹⁹

En la Convención sobre los Derechos del Niño se establecen derechos específicos que se encuentran regulados en la legislación secundaria en materia civil o familiar:

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ González Perret, Diana, "La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (2002), 4.

¹⁹⁹ Ibidem.

1. El derecho a ser registrado.
2. El derecho a la identidad.
3. El derecho a tener una familia.
4. El derecho de convivencia: guarda y custodia y derecho de visita.
5. Evitar la sustracción nacional o internacional.
6. El derecho del niño a ser escuchado.
7. Crianza: deberes y obligaciones de los integrantes de la familia.
8. Violencia familiar y el derecho a corregir: protección.
9. Otras formas del derecho a tener una familia: la adopción.

La figura jurídica de los “del derecho a alimentos de los hijos”, regulados en el Código De Familia, Libro Tercero de las Relaciones Paterno Filiales, Título I Derechos y Deberes de los Hijos, Capítulo Único, que establece una serie de derechos a favor de los hijos, cuando el artículo 203 dice: “*Son derechos de los hijos: 3º) Recibir de sus padres: **crianza**, educación, protección, asistencia y seguridad*”, la crianza es un concepto mas amplio, que se explica mediante una interpretación sistemática del Código de Familia, cuando según el artículo 211, bajo el acápite de “CRIANZA”, indicando que al crianza constituye como la obligación del “*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*”, como puede observarse parte de los derechos de los hijos, es la crianza, y esta conlleva el derecho de los hijos a recibir alimentos, siendo el concepto de alimentos el descrito en el artículo 247 del Código de Familia:

*“Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario”.*²⁰⁰

Es indudable que la familia es el lugar más adecuado para el desarrollo integral del ser humano, es responsabilidad de los miembros de la familia, especialmente de los padres cuando existen, crear condiciones para el desenvolvimiento de la personalidad de los hijos, y es este deber al que se refiere la norma al exigirlo en forma prioritaria puesto que su función es la de procurar la efectividad de los derechos de los hijos, siendo este mandato prioridad absoluta y sin dilaciones.²⁰¹

²⁰⁰ Código de Familia,

²⁰¹ María de Montserrat Pérez Contreras, "El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación", Boletín mexicano de derecho comparado, vol.46 no.138, (2013), 1618.

3.5 El derecho de los hijos a recibir alimentos

Cuando se habla de alimentos, debe entenderse no en su uso común como una sustancia nutritiva para el organismo, sino como el derecho que, en este caso concreto, tiene el menor para obtener de sus ascendientes u otros parientes obligados, conforme a la ley, aquello que es indispensable no sólo para sobrevivir sino para desarrollarse y vivir con dignidad y calidad de vida.²⁰²

El Código de Familia los define como: “*Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario*”.²⁰³

La doctrina ha definido a los alimentos como aquel que tiene todo individuo para obtener todo aquello que le es necesario para vivir... plenamente. Así, pues, no es el derecho alimentario la posibilidad que tiene una persona para percibir alimentos propiamente dichos, significa mucho más; incluye lo necesario para estar bien nutrido, vestirse, tener un techo, recibir educación y asistencia médica.²⁰⁴

Sobre la obligación alimenticia, cabe citar los Arts. 18 de la Convención sobre los Derechos de Niño y 211 C. F., los que, sobre la base del principio de solidaridad familiar, prescriben que corresponde al padre y a la madre criar a sus hijos con esmero y proveerlos de todo lo necesario para el normal desarrollo de su personalidad.

Se consideran parte integral de los alimentos no solo el sustento del organismo, sino además los insumos necesarios para la salud, razón por la cual es necesario que ambos padres contribuyan a satisfacerlos, es por eso que consideramos que siendo de vital importancia la salud de y, ese gasto médico quedó incorporado en la cuota, pero existen gastos extraordinarios en ese rubro por enfermedades graves que requieren hospitalización que no están comprendidas en la cuota alimenticia, para lo cual, teniendo mayor capacidad económica, en ese sentido se establecerá la proporción en que cada padre contribuirá en ese gasto extraordinario que eventualmente pueda presentarse.²⁰⁵

²⁰² Fabiola Lathrop Gómez, Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N° 32, (2017), 143.

²⁰³ Código de Familia, artículo 247.

²⁰⁴ Flor Tortolero de Salazar, El derecho alimentario del menor, (Venezuela: Editorial Vadell Hermanos Editores, 1995), 17.

²⁰⁵ Cámara de Familia, San Salvador, sentencia definitiva, Referencia: 164- A-2004, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005).

La obligación alimenticia; para muchos la base reside en el parentesco, para otros en el derecho natural que la misma naturaleza establece o inspira a todos los hombres; existe también el criterio argumentado en principios de la equidad, morales o religiosos, los cuales originaron el derecho de alimentos; asimismo se dice que el derecho a la vida del alimentario, el interés público, la solidaridad o la ley misma que se hace necesario para reglamentar una obligación moral.²⁰⁶

Doctrinariamente y por su extensión los alimentos se clasifican en congruos y necesarios; los primeros son aquellos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo que corresponde a su estilo o forma de vida; los segundos son aquellos que se dan al alimentario simplemente para su subsistencia.²⁰⁷

Dicha clasificación que se encontraba presente en el Código Civil, desaparece de nuestro sistema normativo; de tal suerte que el Código de Familia, en su Art. 247 Código de Familia establece que los alimentos son prestaciones que permiten satisfacer necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario Art. 247 Código de Familia.

Los alimentos deben ser *proporcionales* a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos. En el caso de algunas legislaciones latinoamericanas como el caso de México la cuantía de éstos será determinada por convenio o por sentencia y deberán tener un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que quien debe dar los alimentos demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción, caso en el cual el aumento en la cuantía de los alimentos se hará conforme al aumento real comprobado que hubiera habido en los ingresos del deudor alimentario.²⁰⁸

Si fueran varios los que deben pagar los alimentos, el juez determinará la proporción que corresponde aportar a cada uno tomando como base el haber o posibilidades de cada uno de los deudores alimentarios. En caso de que sólo uno de los deudores tuviera posibilidades de

²⁰⁶ Mirna Eugenia Prieto Sandoval Y Guadalupe Del Carmen Zavala Hernández, "El incumplimiento de la obligación alimenticia en los menores por parte de las personas obligadas según lo establecido en el artículo 248 del código de familia y la falta de eficacia de la procuraduría general de la republica que garantice su cumplimiento en el periodo 2000- 2005", (tesis de grado, Universidad de El Salvador,2008), 44.

²⁰⁷ Anita Buitrago, *Manual de Derecho de Familia*, (El Salvador: Centro de información jurídica, 1996), 688.

²⁰⁸ María de Montserrat Pérez Contreras, "La legislación vigente en materia de obligaciones alimentarias en el marco de la familia para el caso de menores en el distrito federal, revista de derecho privado", numero 1, (2002), 9.

pagar los alimentos, sobre éste recaerá toda la obligación, asimismo si sólo algunos pudieran cubrir la deuda alimentaria, el juez podrá repartir el importe de los mismos entre ellos.²⁰⁹

De igual forma en nuestra legislación existe proporcionalidad, dado que el Art. 254 del Código de Familia prescribe el Principio de Proporcionalidad, que atiende el juzgador para el establecimiento de las cuotas alimenticias de manera objetiva, y que al fijarlas debe tener en cuenta los ingresos o la capacidad económica del obligado y las necesidades de los niños o niñas y adolescentes, pero a su vez, estimándose la suma con la que contribuirá el otro progenitor, es decir, que debe existir una justa relación entre ambos elementos de capacidad y necesidad de tal forma que la cuota que se establezca sea la necesaria para cubrir los gastos de manutención de los hijos, en todos los rubros a que se ha hecho referencia. En ocasiones solo se fijará a uno de los progenitores por falta de capacidad económica o ingresos del otro, pero cuando ambos progenitores posean capacidad económica se les establecerá a ambos, atendiendo la proporcionalidad de sus ingresos.²¹⁰

Para el caso de los hijos no reconocidos en las sucesiones testamentarias, debe valorarse la exigibilidad de alimentos, que deben pagarse con la masa sucesoral dejada por el causante, según lo dispone 1141 del código civil, la duda vendría de si es posible exigir los alimentos que se debían pagar cuando el testador aun vivía, sobre ello aclara la jurisprudencia se ha pronunciado aclarando En ese sentido las disposiciones (Arts. 253 y 255 C.F. y 139 literal a) L.Pr.F.) son claras al señalar que los alimentos se deben desde la interposición de la demanda, sin perjuicio de que los alimentos provisionales se decreten desde la admisión de la demanda cuando se ofrezca fundamento razonable para ello, dichas normas a criterio de esta Cámara se complementan entre sí, no resultando contradictorias como en algún momento se sostuvo por algunos sectores doctrinarios; ya que efectivamente los alimentos provisionales pueden decretarse ab initio con los elementos que laminarmente aporte el actor, por lo que es posible -tal como ha acontecido en autos- que la cuota que provisionalmente se establezca no se equipare a la que de forma definitiva se fije en la sentencia al recabarse todos los medios de prueba ofrecidos y los que oficiosamente se ordenen; en este caso siendo que los alimentos se deben desde la interposición de la demanda, se deberá establecer en la sentencia el monto adeudado descontando del monto definitivo las sumas que en concepto de alimentos provisionales fueron pagadas oportunamente.²¹¹

Bajo ese orden de ideas independientemente de que se hayan establecido alimentos provisionales, los alimentos se deben desde la interposición de la demanda en el monto que finalmente se fijen como definitivos en la sentencia, tal como lo dispone el Art. 253 C.F.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador, sentencia definitiva, referencia: 148-A-2016, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

²¹¹ Cámara de Familia, San Salvador, sentencia definitiva, referencia: 210-A2006, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007).

En primer lugar, se debe dejar claro que el titular del derecho de alimentos es el hijo menor del testador reconocedor y que, por tanto, a él corresponderá la acción para reclamarlos. No obstante, por su minoría de edad, será su representante legal (normalmente la madre) quien esté legitimada, en nombre del niño, para solicitar la cuota alimenticia debida que, de aprobarse, se consideraría deuda de la herencia. La reclamación de alimentos por hijos menores, entendiéndose que debería de prevalecer el interés superior del menor frente a ella, pues esta limitación libera al progenitor del cumplimiento de un deber constitucional del que es beneficiario directo el hijo, por lo menos, durante toda su minoría de edad.²¹²

La reclamación de alimentos de hijos menores se ha planteado mayoritariamente en dos escenarios: por un lado, en el marco de procedimientos de divorcio, en donde no será infrecuente que entre la efectiva separación de los cónyuges y la interposición de la demanda medie un período de tiempo más o menos largo que muchas veces acarreará el cuidado de los hijos comunes por uno solo de ellos.

Por otra parte, también será frecuente en procesos de reclamación de filiación. Mientras que en el primer caso el hecho de carecer el pronunciamiento de efectos retroactivos podría llevar en ocasiones a situaciones injustas –dependiendo de si anteriormente se han establecido o no medidas provisionales que prevean alimentos desde la efectiva separación–, en el segundo, la doctrina señala que podría tener más justificación la negación de estos efectos respecto de un periodo en el que el progenitor tal vez ignoraba la relación de filiación, sin existir un flagrante incumplimiento del deber de asistencia a los hijos menores de los que se desconoce la paternidad. No obstante, en estos casos de reclamación de filiación, en nuestra opinión sí deberían de concederse efectos retroactivos –más adelante veremos con qué límites– a la petición de alimentos.²¹³

²¹² Amunátegui Rodríguez, “La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 CC (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)”, *Derecho privado y constitución*, núm. 29, (2015), 13.

²¹³ Bercovitz Rodríguez Cano, “Un voto particular interesante en materia de alimentos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, (2015), 16. En el caso salvadoreño es evidente que el padre conocía de la obligación alimentaria que debía asignar a su hijo cuando este lo reconoce como su hijo en el testamento, pero no asigna cuota de alimentos dentro del mismo, pues se plasma en testamento. Pero cuando, aun sabiéndose padre de una criatura, tal hecho se niega, y es con posterioridad al nacimiento cuando se determina la filiación (normalmente tras un periplo judicial en el que la madre ha solicitado la determinación de la paternidad), el retraso en el cumplimiento de su obligación alimenticia como padre no puede de ninguna manera justificarse. En el caso que da lugar un precedente judicial de Supremo Tribunal Español, en la sentencia del 7 de julio con número de referencia: RJ 2003/4330, donde se declara la paternidad de un individuo sobre su hijo cuando este contaba ya con 17 años. La madre del menor, que desde su nacimiento había estado reclamando extrajudicialmente alimentos a quien era padre de su hijo, aun sin reconocer, finalmente interpone demanda de paternidad a la vez que solicita una pensión alimenticia para el menor. De esta resolución, varios aspectos han de ser destacados: el primero, que pone en evidencia la situación de indefensión de aquellas madres que se ven solas ante el nacimiento del niño, prometiendo el padre que lo reconocerá cuando se pueda hacer cargo de él, situación en la que aquí entendemos que debería de actuar el Ministerio Fiscal como defensor de

Pero como ya se dijo, no es esta situación la del reconocimiento de un hijo en testamento. Aquí estaríamos ante un tercer escenario, en el que la filiación se ha establecido tardíamente y en donde además queda patente el conocimiento que tenía el progenitor sobre la existencia de su hijo obre la idea de protección de aquella persona que pudiera ignorar que era deudora de alimentos, a sensu contrario entendemos que el padre reconocedor carecerá de tal protección, pues el reconocimiento de filiación implica tener consciencia de que, como padre, tenía obligaciones para con su hijo, por lo que el retraso en el cumplimiento de la obligación alimenticia solo a él es imputable.²¹⁴

Cuestión diferente será que la madre hubiese podido reclamar antes los alimentos debidos, pero pueden ser muchas las razones que justifiquen una presentación tardía de la demanda y en todo caso estamos hablando de un derecho constitucional del hijo menor, no de un derecho potestativo de la madre.²¹⁵

Además denota que el hecho que los alimentos necesitados y no pagados durante toda la vida de un hijo que hubiera nacido fuera del matrimonio no podrían ser reclamados posterior a la muerte del padre, dirigiendo una demanda contra los herederos, pero si es posible reclamar los alimentos desde el momento que se interpuso la demanda, respecto de los restantes derechos de los hijos que no tiene que ver con los alimentos pero si con la ausencia del padre en la crianza del menor no puede reclamarse compensación alguna a los herederos según lo dicho por el Código de Familia, y el Código Civil, claro ello no obsta que puedan ser reclamados como daños de carácter moral según lo establece el artículo 8 de la Ley de Reparación del Daño Moral, de conformidad a los artículos por una vía independiente del proceso de familia por exigencia de alimentos.

3.6 El Conflicto entre el derecho a la protección de la familia y la libre testamentifacción

Tradicionalmente, los conflictos normativos se han resuelto mediante la aplicación de los clásicos criterios de solución de antinomias, jerarquía, cronología y especialidad²¹⁶. Pero ¿qué ocurre cuando las normas en colisión pertenecen al mismo cuerpo normativo como sería el caso de la constitución.

los intereses del menor, ex artículos 148.III, y 158.1º del Código Civil Español, El segundo, que, de seguir a la jurisprudencia mayoritaria, los alimentos se concederán, como pronto, a partir de la interposición de la demanda. Decimos «como pronto» porque el tercer aspecto a destacar es que, en esta resolución, donde los alimentos se concedieron desde la fecha de firmeza de la resolución, es decir, cuatro años después de la interposición de la demanda, cuando el menor estaba a punto de alcanzar la mayoría de edad.

²¹⁴ Adriana Krasnow, El socio afectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Revista de Derecho Valdivia, volumen XXXII N° 1, (2019), 71.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ José Albino Tinetti, “Los fundamentos del valor normativo de la Constitución”, Revista de Ciencias Jurídicas No. 2, PRJ, San Salvador, (1992), 198.

Este es el caso de las llamadas antinomias en concreto que se observan en la plataforma de aplicación de los derechos fundamentales, cuyo sistema no se compadece con la jerarquización abstracta de aquellos. Obligados a abandonar un razonamiento subjuntivo, en el presente trabajo se plantean las bases teóricas del problema, para posteriormente trazar los principales caracteres del test de proporcionalidad o juicio de ponderación, técnica que se viene erigiendo en las jurisdicciones constitucionales como la más depurada forma de resolver la mentada cuestión en favor de la razonabilidad jurídica.²¹⁷

Una antinomia normativa (o colisión o contradicción entre normas jurídicas) se advierte cuando dentro de un mismo sistema jurídico “se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas...”, vale decir, cuando un mismo presupuesto de hecho soporta orientaciones incompatibles que no pueden lograrse simultáneamente. Por ejemplo “una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena.”²¹⁸

Si la resolución de conflictos e incertidumbres jurídicas de orden constitucional se puede ejecutar a través de principios, bajo la pauta unívoca de que un solo principio pueda resolver la controversia, la dificultad parece concluir allí. Sin embargo, ¿qué sucede si, invocado un principio, éste no resulta suficiente para resolver el conflicto, o si bien invocado un principio, éste parece entrar en colisión con otros principios, igualmente de rango constitucional? En dicho caso, nos veremos precisados a aplicar técnicas o procedimientos más complejos, como la ponderación y la proporcionalidad, cuya aplicación jurisprudencial viene ya desarrollando el Tribunal Constitucional en sendas decisiones, constituyendo las mismas doctrinas jurisprudenciales

3.6 La Solución mediante la ponderación como técnica interpretativa constitucional

Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo, subsunción del hecho, consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional.

²¹⁷ Enrique Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*, (Madrid: Tecnos, 1999), 44.

²¹⁸ Luis Prieto Sanchís, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 175.

Uno de los temas fundamentales y de actualidad respecto a la teoría del Derecho, y en especial a la teoría de la Constitución, es precisamente el de la interpretación constitucional ello es así, porque con tal actividad, se marcan las pautas de actuación de los poderes públicos y se definen los ámbitos de los Derechos Fundamentales y de las Garantías Constitucionales, a partir del "control" idea inseparable al concepto de Constitución la labor de "concreción" que le corresponde a los distintos Órganos del Estado, en el ejercicio de sus distintas atribuciones y competencias.²¹⁹

Debe aclararse que dado que en pro del correcto entendimiento de la interpretación Constitucional, es necesario hacer la diferencia entre Hermenéutica Jurídica e Interpretación, siendo la primera el estudio científico de principios y métodos de interpretación, y la última una aplicación de la primera, así guardan entre sí una relación de género a especie, así Linares Quintara explica que *“La Hermenéutica Jurídica, es la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y sistematización de los principios y métodos interpretativos y la interpretación es la aplicación de la Hermenéutica. Esta descubre y fija los principios que rigen a la interpretación”*.²²⁰

La Sala de lo Constitucional opina que en cuanto a la interpretación de las leyes reguladoras de la seguridad social, conclusiones que, en términos generales, resultan aplicables las pautas que rigen la interpretación constitucional de los derechos fundamentales, entre las cuales ha mencionado: *“(a) Principio de unidad del ordenamiento: la interpretación debe estar orientada a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico; (b) Principio de concordancia práctica: se trata de disipar la tensión que pueda existir entre dos normas constitucionales, mediante la ponderación de valores o bienes constitucionales protegidos; (c) Principio de corrección funcional: pretende no contradecir la distribución de funciones, atribuciones y competencias entre los órganos del Estado”*.²²¹

“(d) Fuerza normativa: la interpretación nunca debe restarle fuerza normativa a la Constitución; (e) Principio pro libértate: la interpretación debe ser la más favorable para el ejercicio de los derechos; (f) Interpretación extensiva: la interpretación debe favorecer el ejercicio pleno del derecho; (g) Interpretación no programática: la interpretación siempre debe conceder aplicabilidad directa a las disposiciones constitucionales, a menos que se trate de un mandato al legislador; (h) Axiología de la interpretación: la interpretación debe responder a los valores constitucionales que informan y caracterizan el ordenamiento

²¹⁹ Tinetti, “Los fundamentos del valor normativo de la Constitución”, 199.

²²⁰ Beltran Galindo, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I, (El Salvador: Centro de Investigación Y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial, 1992), 211

²²¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, referencia: 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005, (El Salvador: Corte Suprema Justicia, 2008).

*jurídico; (i) Intervención mínima o principio de menor lesividad²²²: la interpretación debe atender a las consecuencias sociales y buscar la solución menos lesiva al bien común”.*²²³

Además, según la jurisprudencia se ha afirmado que los derechos fundamentales “*adquieren la calidad de principios informadores o normas estructurales del ordenamiento jurídico (...) y, por ello, las disposiciones constitucionales han de interpretarse en función de ellas posibilitando la maximización de su contenido*”²²⁴. Si ello es exigible para las disposiciones constitucionales que no consagran derechos fundamentales, con mayor razón este criterio interpretativo debe ser aplicable a las que sí lo hacen, como a las infraconstitucionales que desarrollan sus contenidos.

Siendo consistentes en la doctrina al afirmar que el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.²²⁵

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción.²²⁶

Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima" el principio con mayor peso. Los conflictos de

²²² Ibidem.

²²³ A esta puede agregarse un criterio interpretativo mencionado por la doctrina y que deriva del principio de supremacía constitucional, a este se le denomina “Principio de la fuerza normativa de la Constitución: Aunque la interpretación constitucional pueda ser muy flexible, la Constitución es norma jurídica y no puede acabar perdiendo por la vía de interpretación su fuerza normativa. La Constitución es fundamentalmente límite del ejercicio del poder, pero tienen que continuar siéndolo, pues en caso contrario se 'desnaturalizaría' el texto constitucional por la vía de la interpretación”.

²²⁴ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, referencia: Inc. 3-92, (El Salvador: Corte Suprema Justicia, 1992).

²²⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (España: Centro de estudios constitucionales, 1994), 86.

²²⁶ Ibidem, 89.

reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios (como solo puede entrar en colisión principios válidos) tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso, que puede dirimirse la dimensión del peso mediante el método especial interpretativo de ponderación.²²⁷

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales. Al respecto debemos precisar, conforme señala Carlos Bernal Pulido “Que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario”.²²⁸

Algunos doctrinarios afirman que: *“los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. (...) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación”*.²²⁹

En relación a los límites de la ponderación, debemos señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete.²³⁰

La propuesta doctrinal entonces involucra objetivamente que el intérprete constitucional aprecie una colisión de derechos y que uno de ellos prevalezca sobre el otro.

Desarrolla una posición contraria, formulando una crítica frontal a lo que él denomina una posición conflictivista (aludiendo a la ponderación). Señala que: *“Concebir a los derechos fundamentales como realidades contrapuestas, trae como consecuencia la existencia de unos derechos de primera categoría y otros de segunda(...) Si las posiciones conflictivistas*

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Carlos Bernal Pulido, *“La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”*, Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel, (2005), 87. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/23416>

²²⁹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, (Barcelona: editorial Ariel, 1984), 31.

²³⁰ Ibidem.

*termina por afectar, vulnerar o lesionar derechos reconocidos en la Constitución, ¿ cómo queda entonces el principio de unidad de la Constitución?(...) El asunto se agrava cuando nos percatamos que la norma constitucional cuya vulneración se intenta justificar, es una norma ius-fundamental”.*²³¹

Como propuesta, a tenor de la crítica formulada, desarrolla la posición de la exigibilidad de una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, basándose en dos elementos centrales: la unidad y coherencia del hombre como base del entendimiento de los derechos y el principio de unidad de la Constitución como favorecedor de una interpretación armoniosa.²³²

Sin perjuicio de lo expuesto y de lo razonable que resulta una posición armonizadora, consideramos que el desarrollo jurisprudencial promovido por el Tribunal Constitucional alemán y el peruano, ha venido marcando una posición orientadora basada en el desarrollo de las técnicas de ponderación y proporcionalidad, como métodos con una base aplicativa jurisprudencial. Sin duda, el desarrollo jurisprudencial de la teoría armonizadora podría eventualmente superar la previsión de ponderación que adopta el intérprete constitucional hoy y ahora, más ello requerirá, estimamos, cierto tiempo prudencial.²³³

El ponderar en el derecho constitucional conduce a tantos problemas, que no es posible enumerarlos aquí. Me limitaré a dos objeciones formuladas por los doctrinarios como Habermas. La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales.²³⁴

Él opina que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “primacía estricta” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”. Pero junto con lo anterior se derrumbaría un muro de fuego: Si en caso de colisión todas las razones pudieran aceptar el carácter de argumentos de fijación de objetivos, entonces caería todo muro de fuego que, con una concepción deontológica de las normas y principios del derecho, se hubiera instalado en el discurso jurídico.²³⁵

El peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales tiene al lado el de los “juicios irracionales”. Según Habermas no hay “parámetros racionales” para ponderar: Porque hacen

²³¹ Luis Castillo Córdova, *“Comentarios al Código Procesal Constitucional”*, Tomo I, (España: editorial Palestra, 2006), 245.

²³² *Ibidem*, 246.

²³³ Markus Gonzales Beifuss, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (Navarra: editorial Thomson, 2003), 15.

²³⁴ *Ibidem*, 16.

²³⁵ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), 45-47.

falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios.²³⁶

La segunda objeción se trata de un problema conceptual. Habermas afirma que, con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. Es cierto que de una ponderación de bienes o de valores los juicios deben poder “resultar o resultar en”, pero semejante ponderación jamás nos podría “justificar”, tener por correcto el juicio: Entonces, la sentencia es en sí misma un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta.²³⁷

Asimismo, esta segunda objeción debe al menos tomarse tan en serio como la primera. Ella desemboca en la tesis de que el precio de la ponderación es la pérdida de la categoría de la corrección; si esto fuera cierto, se habría asestado un decisivo golpe a la teoría ponderativa. El derecho está necesariamente vinculado a una pretensión de corrección; 16 si la ponderación resultara incompatible con la corrección y la justificación, no habría lugar para ella en el derecho; y el desarrollo del derecho constitucional alemán de los últimos cincuenta años sería en esencia el despliegue de un error. ¿Es la ponderación irracional en sí? ¿Es incapaz la teoría ponderativa de evitar la inmólación de los derechos individuales? ¿Realmente el ponderar significa tener que despedirnos de la corrección y la justificación, y con ellas de la razón? Apenas es posible contestar estas preguntas sin saber qué es la ponderación; para saberlo se tiene que conocer su estructura, y un vistazo a la práctica material del ponderar es útil para ello.²³⁸

La Constitución Salvadoreña no contiene una formulación expresa de los criterios que autorizan al legislador a imponer límites externos a los derechos fundamentales, según la jurisprudencia las restricciones formuladas por el legislador al derecho general de libertad consagrado en los arts. 2 inc. 1º y 8 de la constitución, y ello puede hacerse extensivo a todos los derechos fundamentales– sólo pueden imponerse para asegurar “la convivencia social, en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el

²³⁶ Ibidem, 48.

²³⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, (Madrid: Editoria Trota, 2010), 312.

²³⁸ Robert Alexy, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 11, (2009), 10.

bien común”; en relación con los cuales se formuló en la misma sentencia unas someras consideraciones.²³⁹

Una vez aclarado el carácter expansivo del elenco de declaraciones que se pueden realizar en testamento, que pueden ser desde el reconocimiento de deudas, disposición de los bienes, hasta el reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio. Conviene centrarnos en el tema que aquí nos preocupa, a saber, el reconocimiento de filiación no matrimonial en testamento. La filiación y la sucesión son dos aspectos del derecho civil íntimamente conexos. No en vano la filiación, cuando existe, se configura como la causa de mayor límite a la libertad de testar.

En lo que respecta al tema de investigación del presente capítulo, el método de ponderación como una manifestación interpretativa del principio de concordancia práctica constitucional, sería una opción viable para solucionar los conflictos que se presenten entre el derecho a la familia y el derecho a la libre testamentación, siendo ambos de rango constitucional y expresados en la leyes secundarias, utilizando el método del peso, o el método de proporcionalidad, para diferir en cada caso concreto porque derecho fundamental debería inclinarse la balanza, en lugar de oponer una reforma al Código Civil o Código de Familia, pudiendo optarse por utilizar además la responsabilidad por daño moral, como mecanismo una indemnización por la vulneración de los derechos de los hijos no reconocidos, cuando el padre aún vivía, dirigiendo la acción por daño moral contra los herederos, y logrando obtener así una justa parte de los bienes de su padre.

En conclusión, habiéndose definido en capítulos anteriores lo que debe entenderse por libre testamentación, y aclarado en el presente capítulo lo que se entiende por “familia”, y la obligación jurídica de proteger a la familia por parte del estado, obligando y disponiendo normas que garanticen los derechos de los hijos frente a sus padres, y como la protección de la familia es un límite a libre testamentación cuando se parte de la idea que la misma deriva del derecho a la libre disposición de los bienes, que a su vez ambas descansan en el principio constitucional de la Autonomía de la Voluntad, debiendo decidirse para cada caso concreto mediante criterios interpretativos constitucionales, como sería la ponderación, cual es el límite que debe respetarse entre estos dos derechos, y procurando la armonía social, y garantizando el derecho a disponer libremente de los bienes en lo que no se oponga al interés social.

²³⁹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia definitiva, referencia: Inc. 17-95, (El Salvador: Corte Suprema Justicia, 1995).

APÍTULO 4:

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL CON LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES, EN EL TRATO QUE SE DA A LOS DERECHOS DE LOS HIJOS NO RECONOCIDOS EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EXPRESADA EN EL TESTAMENTO.

4.1 Los Derechos Sociales

4.1.1 El concepto de Derechos Sociales

Los derechos sociales participan del mismo destino de su género próximo, los derechos subjetivos. Los derechos subjetivos son producto de un proceso de creciente abstracción y desontologización del pensamiento jurídico. Inicialmente concebidos de manera sustancial y iusnaturalista como ámbitos de autodeterminación en el que el sujeto se desata de las obligaciones asociativas, con el paso del tiempo se ha arribado a un concepto formal que permite entenderlos como posiciones normativas de sujetos jurídicos. Como derechos subjetivos pueden, a su vez, adoptar la modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales, dependiendo de las decisiones políticas y de doctrina jurídica imperante en cada sistema jurídico.²⁴⁰

Según el actual entendimiento, los derechos sociales no son meras aspiraciones políticas que usurpan indebidamente el ropaje de los derechos subjetivos, al ridiculizar el derecho humano a vacaciones pagadas en cabeza del trabajador. No existe un cielo de los conceptos jurídicos donde esté predeterminado ontológicamente qué puede contar como un derecho subjetivo y qué no. El lenguaje y la institucionalidad de los derechos son creación humana y dependen de los usos y prácticas jurídicas. Su eficaz funcionamiento requiere de la capacidad de idear instituciones y procedimientos que permitan hacer realidad tal constructo conceptual.²⁴¹

Luigi Ferrajoli en su magistral ponencia²⁴² sobre derechos fundamentales manifiesta tres puntos esenciales: i) El desempleo no puede ser considerado un efecto de la falta de voluntad de trabajar, es una falla estructural. ii) Los derechos sociales son siempre la primera inversión económica, sin garantía de educación o salud no existe productividad individual por lo que no existe productividad colectiva. iii) Los países como Francia o Alemania comparados con otros de Europa son más ricos por que han garantizado un *minum vital* a sus ciudadanos.

²⁴⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 90.

²⁴¹ Rodolfo Arango Rivadeneira, *Derechos sociales* Enciclopedia de filosofía y Teoría del Derecho, Volumen 2, (2015), 1678.

²⁴² Luigi ferrajoli, "la democracia a través de los derechos" (Conferencia, biblioteca del poder legislativo, Montevideo Uruguay, viernes 10 de abril de 2015.

En la Filosofía del derecho se conceptualiza que el derecho social no es solo La idea del Derecho social no es simplemente la idea de un Derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata, en realidad de una nueva forma estilística del Derecho, en general. El Derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el Derecho²⁴³. En la ciencia jurídica la jurisprudencia del tribunal constitucional de El Salvador los ha definido como:

*“satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación. Para los órganos públicos, e incluso para los particulares, el reconocimiento de estas expectativas en constituciones y tratados internacionales comporta obligaciones positivas y negativas –de hacer y de no hacer–, ligadas a su satisfacción. En la medida en que los bienes que protegen tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de los derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas. Pero, incumbe de manera especial a los miembros más desaventajados de la sociedad, cuyo acceso a los recursos suele ser residual y, pocas veces, inexistente”.*²⁴⁴

4.2 Naturaleza jurídica de los derechos sociales

Se sabe que la afirmación de un derecho tiene como reverso la imposición de uno o varios deberes. Ligado a la idea del coste económico se suele plantear también el argumento de que los derechos civiles son meros derechos de abstención, mientras que los derechos sociales lo son de prestación. Los primeros impondrían deberes negativos, deberes de no hacer, tanto al Estado como a los particulares, mientras que los segundos impondrían deberes de hacer teniendo como único destinatario de esta obligación positiva a los poderes públicos.²⁴⁵

Algunos derechos de libertad; cuando éstos se encuentren amenazados, los ciudadanos salvadoreños se ven obligados a desarrollar una acción positiva para defenderlos. Y también el deber de pagar impuestos se deriva de estos derechos, ya que hacen posible el mantenimiento de las obligaciones positivas que afectan al Estado, porque sin tal pago esas prestaciones no serían posibles. De la misma forma el Estado tiene deberes positivos derivados de las libertades, ¿cómo podrían explicarse las subvenciones que el Estado otorga a

²⁴³ Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (México: Fondo de Cultura Económica, México, 1978), 157. El autor utiliza la expresión “formas estilísticas” para referirse a las formas principales que presenta el Derecho. La primera conceptualización respecto al Derecho Social la publica este autor en 1930, en su artículo “Del Derecho individualista al Derecho social”.

²⁴⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia definitiva, referencia: 8-2015AC, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

²⁴⁵ Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, (Madrid: Tecnos, 1998), 207.

las iglesias si no como una exigencia de la libertad religiosa? Lo mismo ocurre con los derechos políticos. Conllevan prestaciones positivas para el Estado que ha de organizar los comicios electorales que tienen un considerable coste económico, y para los particulares, cuando se ven obligados a ser miembros de una mesa electoral.²⁴⁶

Conllevan deberes de abstención porque ni el Estado ni los particulares pueden llevar a cabo ninguna acción que limite o vulnere el normal desarrollo de unas elecciones o que impidan el ejercicio de los derechos políticos. Como se ve, todos los derechos despliegan un haz de deberes de distinto signo tanto para el Estado como para los particulares. Las obligaciones variarán y algunas serán más inmediatas y otras menos, pero el signo de los deberes dependerá del contexto en que el derecho en cada caso esté jugando. Esto también pone de manifiesto que no es cierta la identificación que muchas veces suele hacerse entre derechos sociales y derechos de prestación.²⁴⁷

Tampoco todas las dotaciones que ofrece el Estado proceden del reconocimiento de derechos sociales: el Estado subvenciona medios de comunicación o la asistencia letrada (por el derecho de defensa técnica que es un derecho social) son ejemplos de derechos prestacionales no sociales. Por tanto, si no es cierta la identidad entre derechos sociales y derechos de prestación, tampoco lo es que el criterio de distinción entre derechos de libertad y derechos sociales sea precisamente el de las prestaciones porque, de hecho, las acciones positivas a las que se ve obligado el Estado provienen también de los derechos de libertad

4.2.1 El carácter normativo de los Derechos Sociales

El debate sobre los derechos sociales, sea en el discurso político como también en el ámbito jurídico, no es pacífico. Diversas posturas establecen o cuestionan el carácter de fundamentales de los derechos sociales. En este último sentido, se ha destacado por posiciones doctrinales constitucionalistas mayoritarias que los derechos comentados corresponden a disposiciones programáticas, mandatos de optimización, derechos debilitados u otros adjetivos que implican cuestionamientos a la funda mentalidad de los derechos

²⁴⁶ Víctor Abramovich, y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, (Madrid, Trotta, 2002), 27.

²⁴⁷ *Ibidem*, 28. Los derechos despliegan un continuum de deberes: “habrá algunos derechos que, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia o de la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional más o menos arbitraria”.

sociales, principalmente cuando son comparados con las libertades y derechos civiles y políticos.²⁴⁸

El principal argumento de las teorías tradicionales radica en el concepto de derecho subjetivo que utilizan para determinar la noción de derechos fundamentales. Tales consideraciones corresponden a la particular lógica que poseen ciertos sectores sobre la Constitución, los cuales sostienen que la tarea primordial de la norma fundamental es limitar al poder político y consagrar únicamente los derechos provenientes del constitucionalismo liberal. Cualquiera otra noción que no se encuentre en armonía con lo sostenido precedentemente es considerada como infra constitucional por parte de esta concepción constitucional.²⁴⁹

Cuando se dice que los derechos sociales son derechos subjetivos, se refiere que los derechos subjetivos son posiciones o relaciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a la persona. Gracias a que aceptamos el lenguaje y la práctica relacional de los derechos nos es posible hacer exigencias mutuas que respaldamos institucionalmente con el fin de asegurar su cumplimiento.²⁵⁰

Tener una posición normativa es estar en relación con otros, relación respaldada institucionalmente. La afirmación de que se tiene una determinada posición normativa frente a otros presupone la posibilidad de justificar la vinculación de otros sujetos a dicha posición. Un trasfondo normativo, fruto de la interacción y las experiencias humanas, es una realidad innegable, aún si tal realidad ha sido socialmente construida.²⁵¹

Las razones esgrimidas para apuntalar o justificar una determinada posición normativa, para ser efectivas, deben cumplir con criterios de validez del sistema normativo vigente y ser suficientes para vencer a las razones o argumentos contrarios que niegan una tal relación. El anterior andamiaje discursivo ha sido instituido socialmente con una intencionalidad: la de

²⁴⁸ Martínez Estay, "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", en Revista Estudios Constitucionales, Volumen 8, Numero 2, (2010), 125-126.

²⁴⁹ Es interesante destacar la reflexión que formula Francisco Ansuátegui, quien citando a Norberto Bobbio y a Carlos Santiago Nino sostiene que nos encontramos con cuestionamientos más bien ideológicos que teóricos por parte de los principales detractores de que los derechos sociales sean considerados como derechos fundamentales (liberalismo conservador según Nino), lo que implica una confusión en tres órdenes de idea, a saber: (i) el carácter natural y espontáneo del mercado; (ii) que la autonomía personal está constituida únicamente por condiciones negativas; y (iii) las confusiones que se originan entre las condiciones normativas y materiales de la libertad. Ansuátegui Roig, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en Revista Derecho del Estado, Vol. 24, (2010), 49.

²⁵⁰ Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, (Bogotá: Legis, 2012), 304.

²⁵¹ Ibidem.

evitar el daño (*nemin ladere*), principio de conducta que procura la paz y la convivencia plena de significado.²⁵²

El carácter ideal de tal construcción exige, además, un reconocimiento de las relaciones normativas en la práctica, primordialmente por vía de procedimientos institucionales llamados a coordinar diversos niveles de corresponsabilidad entre personas y grupos sociales. En relación con su diferencia específica, los derechos sociales son derechos subjetivos de prestación positiva fáctica del Estado. A diferencia de los derechos negativos o de abstención, los derechos prestacionales tienen como objeto un hacer positivo de la parte obligada.²⁵³

Todo derecho presenta dimensiones tanto negativas como positivas. No obstante, para efectos doctrinales es importante enfatizar que, tratándose de derechos sociales, la prestación positiva sobresale respecto de la dimensión negativa y presenta especiales problemas metodológicos que deben ser expresamente abordados y resueltos para asegurar su realización práctica.²⁵⁴

Las prestaciones pueden ser, a su vez, de carácter normativo o fáctico. En el primer caso se trata de derecho de organización o procedimiento, como por ejemplo el debido proceso o el derecho de petición. Por su parte, los derechos a prestaciones positivas fácticas no requieren de la expedición de una normatividad que enmarque el hacer positivo del obligado. El derecho a recibir alimento, salud, educación o trabajo tiene como contraprestación las acciones de proveer bienes o servicios más o menos intensivos en un marco normativo que posibilite su satisfacción. Importante aquí es anotar que, por lo general, los derechos abstractos de prestaciones positivas fácticas no tienen como destinatarios de las obligaciones correlativas a personas particulares.²⁵⁵

4.3 Los Derechos Sociales son Derechos Humanos

Los derechos económicos, sociales y culturales se refieren a aspectos fundamentales en la vida de las personas, que tienen que ver con el desarrollo de condiciones básicas de la dignidad humana como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Dentro de estos se encuentran derechos como la educación, la vivienda, la alimentación, la salud y el trabajo, entre otros. Estos derechos podemos identificarlos en nuestra vida cotidiana a partir del reconocimiento de aquellas condiciones fundamentales que nos hacen falta o requerimos para vivir de manera plena, es decir, aquellas condiciones que cuando se cumplen le permiten al

²⁵² John Searle, *La construcción de la realidad social*, (Barcelona: Paidós, 1997), 23.

²⁵³ Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 30.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* 419.

ser humano su realización en condiciones dignas. Esto reviste a los derechos económicos, sociales y culturales del carácter de derechos humanos.²⁵⁶

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, y de carácter progresivo. Son universales porque cobijan (pertenecen) a todos los seres humanos en igual medida, y se aplican a todas las personas sin importar la edad, la raza, el género, la religión o la nacionalidad. Son indivisibles e interdependientes porque tales derechos no se pueden fraccionar, o priorizar unos frente a otros, dado que el cumplimiento del proyecto de vida de las personas implica la realización de todos los derechos en su conjunto. Además, apunta a que como los derechos están intrínsecamente relacionados, la realización de cada uno de ellos es indispensable para el pleno goce de los demás derechos.²⁵⁷

No obstante, el reconocimiento formal de Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos fue objeto de largas disputas. A pesar de que provienen de tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (PIDESC) (1966), y de normas promulgadas por organismos como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), su reconocimiento formal se vio enmarcado en una fuerte pugna ideológica y política en la época de la guerra Fría, circunstancia que dividió a los derechos en tres categorías y jerarquizó a unos sobre otros

4.4 Protección de Los derechos sociales en la legislación salvadoreña.

Tradicionalmente, los derechos sociales se conciben con un contenido eminentemente prestacional, como expectativas ligadas a la satisfacción de necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación. Para los poderes públicos, e incluso para los particulares, el reconocimiento de estas expectativas en constituciones y tratados internacionales comporta obligaciones positivas y negativas, de hacer y de no hacer, ligadas a la satisfacción de las mismas. En reiteración de esta idea, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que por el esquema normativo de los derechos fundamentales –particularmente el de los derechos económicos, sociales y culturales–, estos se reconocen como estructuras complejas que, por un lado, demandan de los poderes públicos tanto acciones positivas como de abstención, según se desprende de los propios términos en que están regulados y sus modos de ejercicio.²⁵⁸

²⁵⁶ Areli Sandoval Terán, *Los derechos económicos, sociales y culturales una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*, (México: Equipo Pueblo, 2001), 10.

²⁵⁷ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción*, (Madrid: Trotta, 2007), 26-28.

²⁵⁸ Sala de lo Constitucional, sentencia definitiva, referencia: Inc. 53-2005(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013). En la referida sentencia se continúa diciendo sobre los derechos fundamentales “*En efecto, el basamento de lo afirmado gravita en que los derechos fundamentales, además de erigirse en límites frente a la*

por otro, que tienen eficacia horizontal, es decir, la posibilidad que sean oponibles no solo frente al Estado, sino también frente a sujetos privados que estén en condiciones de poder afectarlos, lo cual adquiere relevancia al considerar que ciertos agentes privados tienen cada vez mayor poder económico, ideológico y organizacional y que, por tanto, están en situación de transgredir derechos, sobre todo aquellos vinculados con el acceso a recursos destinados a la satisfacción de necesidades humanas básicas.²⁵⁹

La jurisprudencia menciona que la constitución no solo contiene derechos sino también mandatos, que requieren actuaciones concretas del Estado, estas disposiciones son obligaciones constitucionales. Ahora bien, en la medida en que son reconocidos en las constituciones, los denominados “derechos sociales” gozan de mecanismos de protección entre ellos los de índole jurisdiccional. Cuando la Constitución ordena la promoción prestacional de un derecho mediante emisión de una legislación, los poderes públicos que posean potestades normativas están obligados a establecer las condiciones para llevar a cabo dicha promoción y aseguramiento. De ahí que cuando su abstención implique o involucre la ausencia de garantías para una modalidad de ejercicio de un derecho fundamental, esta sala puede constatar la existencia de una omisión inconstitucional.²⁶⁰

Al respecto, este tribunal explicó que la Ley Suprema contiene una serie de mandatos u órdenes que requieren actuaciones concretas de los órganos públicos, las cuales no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, sino que son verdaderos mandatos jurídicos que obligan al emisor a conectarles con otras de desarrollo infra constitucional para perfeccionar su plenitud aplicativa”.²⁶¹

Para armonizar la naturaleza de derecho con la de deber u obligación que tienen tales categorías subjetivas, puede entenderse que la persona tiene primariamente el derecho subjetivo, consagrado en la Constitución; sin embargo, el titular no puede optar entre ejercer o no tal derecho, pues tal derecho se convierte en un deber constitucional.²⁶²

ley, constituyen el objeto de regulación de ésta. De ahí la idea de que el legislador puede ser una amenaza para los derechos fundamentales, al tiempo que puede ser una garantía de estos mediante la reserva de ley”

²⁵⁹ Sala de lo Constitucional, sentencia definitiva, referencia: 117-2015AC, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018).

²⁶⁰ Sala de lo Constitucional, sentencia definitiva, referencia: Incs. 37-2004, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011). Resolución semejante se encuentra en las sentencias: Sala de lo Constitucional, sentencia definitiva, referencia: Incs. 53-2012, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). Donde la sala de agrega que “Y es que, la obligación de progresividad que tienen los poderes públicos en la promoción de los derechos fundamentales, impone a estos el compromiso de desarrollar su contenido en el tiempo y a hacerlo de manera gradual, de acuerdo con los contextos históricos, culturales y jurídicos. Dicha obligación no constituye una habilitación abierta en el tiempo que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la protección o garantía de un derecho.”

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, referencia: 524-98, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000).

El que un derecho se constituya simultáneamente en deber u obligación constitucional no implica la negación del contenido de tal derecho, sino que tal circunstancia atiende a valoraciones que hace el poder constituyente en cuanto a que tales derechos no responden sólo a intereses del titular, sino también al interés comunitario que exige la protección de tales derechos subjetivos.²⁶³

Dentro del conjunto de derechos fundamentales, algunos de ellos comparten una naturaleza dual: por una parte, son derechos subjetivos, o sea posibilidades de hacer o de omitir lícitamente algo; pero por otra, son deberes jurídicos, o sea conductas de imperativo cumplimiento para los que se encuentran en tal situación jurídica.²⁶⁴

"En ese sentido, el esquema tradicional de los derechos sociales merece una reconstrucción en la que aparezcan como derechos que pueden verse desde una perspectiva garantista y democrático-participativa. La primera, parte de la constatación de que, si bien el Derecho suele expresar el interés de los sujetos más fuertes, también debe operar como un instrumento al servicio de los sujetos más débiles. Así ocurre en el constitucionalismo actual, cuya lógica interna propugna, como condición para la ampliación de la libertad, la limitación y vinculación de todo poder, sea público o privado.²⁶⁵

La sola existencia de esta concepción garantista, desde luego, no asegura la automática satisfacción de los derechos, pero posibilita la articulación de un discurso crítico, jurídico además de político, capaz de deslegitimar las múltiples formas de poder arbitrario que, en diferentes escalas, bloquean la posibilidad de asegurar a las generaciones presentes y futuras la satisfacción de sus necesidades básicas y, con ello, el goce de su libertad.²⁶⁶

De acuerdo con la segunda perspectiva, también llamada democrático-deliberativa, la democracia aparecería como un proceso siempre abierto, y no como régimen acabado al que pueda accederse de una vez y para siempre. De lo que se trataría, por consiguiente, es de inscribir la garantía de los derechos en un proceso de constante democratización tanto del

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Sala de lo Constitucional, Sentencia definitiva, referencia: 8-2015AC, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). En esa línea de ideas la Sala afirma: "De igual forma, se ha expresado que *"...esta diferencia se debe a que, por su naturaleza, las garantías institucionales son limitadas, pues existen solo dentro del Estado y se refieren a instituciones jurídicamente reconocidas, que, como tales, se encuentran siempre circunscritas y delimitadas al servicio de ciertos fines, mientras que los derechos fundamentales se basan, en principio, en la idea de esferas de libertad ... Lo anterior tiene dos consecuencias específicas: en cuanto a los márgenes de disponibilidad normativa, el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales, pues en los primeros las limitaciones se admiten [solo] en la medida que otros derechos fundamentales lo demanden, mientras que en las garantías mencionadas el legislador tiene mayor libertad para configurar su contenido, al no existir uno predeterminado"*

²⁶⁶ Ibidem.

marco institucional como de la esfera no institucional. Ello supondría examinar la calidad de la información, la publicidad y los argumentos ofrecidos por las instituciones en sus actuaciones y evaluar su capacidad para dar expresión, por vías adecuadas, a los diferentes reclamos sociales, comenzando por los de las clases y grupos vulnerables.²⁶⁷

4.4.1 Preponderancia de la protección de los Derechos Individuales y vulneración de los Derechos Sociales.

En la Constitución de 1983 actualmente vigente se tuvo a bien configurar la Familia como base fundamental de la Sociedad, consolidando la idea del enorme auge que tuvieron en ese momento histórico los derechos sociales. Así, el artículo 32 le otorga a la familia la protección del Estado, y manda al Legislador a dictar Leyes a favor de esta, que en contraste con el artículo 271 obligo al Órgano Legislativo a suprimir las disposiciones sobre la familia en el Código Civil, y dictar una ley nueva de carácter social que se adaptara a la nueva realidad fáctica (el Código de Familia); aparejado a esto se abandona toda idea de la sucesión legitimaria, o acervos imaginarios, y se opta una configuración de la libre testamentifacción según el artículo 22 de la Constitución.

Sobre la protección del derecho a la familia cuando en lo que respecta a la confrontación con el derecho a la libre testamentifacción, se ha pronunciado a jurisprudencia que debe dársele preponderancia a los derechos sociales, cuando dice: frente a la contraposición entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, ha adquirido fuerza la idea de que todos los derechos fundamentales presentan, unos más que otros, dimensiones *negativas y positivas de libertad*.

Por ello, dan lugar tanto a obligaciones de hacer como de abstenerse; que imponen deberes no solo a los poderes públicos, sino también a aquellos sujetos privados en condiciones de afectarlos; que demandan prestaciones onerosas, que pueden adoptar carácter individual o colectivo y que, en todo caso, resultan ser indivisibles e interdependientes. En ese sentido, según este esquema, las disposiciones constitucionales que tipifican derechos "sociales" (o que enfatizan la dimensión prestacional de los derechos fundamentales) se deben interpretar a fin de maximizarlas, para no debilitar la eficacia normativa de unos derechos a los que, después de todo, se ha otorgado rango constitucional.²⁶⁸

Esto cobra sentido en la medida en que se tome en cuenta que, no obstante la clasificación de los derechos en individuales y sociales es de tipo material –los primeros hacen énfasis en aquellos atributos o facultades que las personas ejercen individualmente y se relacionan más

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Sala de lo Constitucional, Sentencia definitiva, referencia: Inc. 53-2005, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

con su esfera privada; los segundos son aquellos que las personas ejercen en concurrencia con otras personas en los diferentes ámbitos de la sociabilidad: familiar, laboral, social en general todos los derechos fundamentales gozan de supremacía y no pueden ser desconocidos o vulnerados por ninguna autoridad ni por los particulares. En tal sentido, los derechos sociales no solo contienen principios rectores que actúan como derechos de configuración legislativa cuyo sentido depende del desarrollo y actualización que le otorga la respectiva legislación, tal como lo sostenía la clásica teoría de los derechos de libertad, sino que, además, son derivados directamente de la Constitución, sin que los poderes públicos o privados puedan desconocerlos, ni por acción ni por omisión.²⁶⁹

El capítulo II del título II de la Constitución se denomina "Derechos Sociales". Este se compone de cuatro secciones, denominadas: familia; trabajo y seguridad social; educación, ciencia y cultura; y salud pública y asistencia social. El art. 42 inc. 2 Constitución se encuentra adscrito a la sección segunda del capítulo II ya mencionado, es decir, a la sección correspondiente al trabajo y seguridad social. Sobre esta sección, el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución expresó que "*el artículo 182 de la Constitución de 1962 enumeró una serie de principios en los cuales se fundamentaría el Código de Trabajo. Estos principios son ahora derechos de los trabajadores consagrados en la legislación secundaria, por lo que la Comisión decidió elevarlos al rango constitucional como tales, a efecto de que no puedan ser fácilmente suprimidos o disminuidos en el futuro*".²⁷⁰

En tanto que están positivados en la Constitución, los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales y constituyen, al igual que los de tipo individual, facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes. Y por dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando de la supremacía y la protección reforzada de la que goza la Constitución.²⁷¹

²⁶⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia definitiva, referencia: Inc. 26-2006, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007).

²⁷⁰ Sala de lo Constitucional, Sentencia definitiva, referencia: Inc. 26-2008, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009). "*Llámeselos derechos del hombre, humanos o fundamentales, esta Sala entiende que son "las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su 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 la que goza la Constitución"*.

²⁷¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia definitiva, referencia: Inc. 31-2004, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008). En consecuencia, además de su carácter de derechos fundamentales, adquieren la calidad de principios informadores o normas estructurales del ordenamiento jurídico.

El derecho internacional de los derechos humanos también ha influido en el desarrollo y reconocimiento de los derechos sociales. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 22 que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Además, reconoce distintos derechos sociales como el derecho al trabajo (artículo. 23.1), al descanso, jornada de trabajo limitada y vacaciones (artículo. 24), a un nivel de vida adecuado (artículo. 25.1), entre otros. También existe el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁷²

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está constituido por un total de treinta y un artículos, y en él se reconocen los siguientes derechos socioeconómicos: el derecho al trabajo (artículo. 6), el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo. 7), la libertad de fundar sindicatos y afiliarse a ellos y el derecho de huelga (artículo. 8), el derecho a la seguridad social y a la asistencia social (artículo. 9), la protección y asistencia a la familia (artículo. 10), derecho a un nivel de vida adecuado y a medios de subsistencia, incluso alimentación, vestido y vivienda (artículo. 11), derecho a la salud física y mental (artículo. 12), derecho a la educación y formación profesional (artículos. 13 y 14), y el derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico (artículo. 15). Además, su artículo 2.1 prescribe que *"cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"*.²⁷³

4.5 Trato de los Derechos Sociales en los Tratados Internacionales.

Sería coartar el sentido que tienen los derechos fundamentales de la persona humana el limitarlos a la persona en su calidad de individuo, sin considerar como de igual relevancia sus derechos apreciados en su aspecto social. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, así ha sido reitera sería coartar el sentido que tienen los derechos fundamentales

²⁷² Sala de lo Constitucional, Sentencia definitiva, referencia: 8-2015AC, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

²⁷³ El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Estados Unidos: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1973), artículo 2.1.

de la persona humana el limitarlos a la persona en su calidad de individuo, sin considerar como de igual relevancia sus derechos apreciados en su aspecto social.²⁷⁴

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, así ha sido reiteradamente estimada en gran número de declaraciones, convenciones y resoluciones internacionales, y así apela a nuestra sana razón. Es una preocupación constante de la comunidad internacional el que la familia reciba la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Cabe preguntarse cuál es el consenso internacional con respecto a la familia, ya que es sabido que distintas materias varían en cuanto a ser consideradas como esenciales dependiendo del antecedente cultural, si se es de Occidente o de Oriente.²⁷⁵

Durante la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo quedó clara la manifiesta preocupación de la comunidad internacional entera por el tema de la familia, estimándolo esencial para cada nación. La posición de países culturalmente muy disímiles al nuestro demostró en muchas ocasiones una mayor coherencia que la posición de países con los que nos debíamos sentir más identificados.²⁷⁶

El secretario general de Naciones Unidas ha señalado el surgimiento de varios puntos de consenso internacional en relación con la familia. La comunidad internacional reconoce que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad. Afirmó, además, que “la familia es el reflejo más completo de los puntos fuertes y débiles del bienestar social y de desarrollo y, como tal, ofrece un enfoque singularmente comprensivo para las cuestiones sociales. La familia, como unidad básica de la vida social, es el principal agente del desarrollo sostenible en todos los niveles de la sociedad y aporta una contribución decisiva para el éxito de ese proceso. A la luz de estas palabras, cabe reconocer la profunda significación social que cualquier política que atañe a la familia tiene sobre la sociedad toda, sin olvidar que al tratarse de la familia y de sus derechos se está tratando del área de los derechos fundamentales del hombre.”²⁷⁷

La Declaración Universal de Derechos Humanos, junto con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, son considerados la “Carta Magna” en materia de derechos fundamentales de la persona humana. En conjunto, proporcionan un listado de derechos

²⁷⁴ Antonio Serra, *Los Derechos Humanos*, (Madrid: Tecnos, 1984), 11.

²⁷⁵ Butros Butros-Ghali, Informe del secretario general sobre los avances en la preparación del año Internacional de la Familia, Cuadragésimo Octavo Periodo de sesiones, tema 110 del programa provisional Asamblea General de la Naciones Unidas, (Estados 19 de agosto de 1993).

²⁷⁶ Cristina Errazuriz, “Sobre la protección internacional de la familia, *Revista Chilena de Derecho*”, Volumen 11 Numero 2, 1(1994), 365.

²⁷⁷ *Ibidem*, 166.

fundamentales pertenecientes no al individuo sino también a la familia, su solo texto sirve para redactar un discurso sobre la protección que tiene derecho a recibir la familia en el ámbito internacional. Los derechos enumerados son inherentes a la familia en cuanto tal, son referentes a su dignidad intrínseca, sin su protección la familia sufre el peligro de ser destruida.²⁷⁸

La Declaración Universal de Derechos Humanos es un enunciado de principios, cuya fuerza obligatoria aún se discute en el plano internacional. Si bien al momento de su redacción no pretendía ser un instrumento de obligatoriedad jurídica, al pasar de los años su aceptación ha llegado a convertirla en un instrumento cuya fuerza moral es indiscutida y que, para ciertos sectores, constituye sin lugar a dudas una fuente positiva de costumbre internacional.

Los Pactos, por el contrario, son verdaderas convenciones abiertas a la adhesión y ratificación de los Estados. De tal manera, ellos si crean verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados que los han firmado y ratificado. Estos documentos constituyen fuente de costumbre internacional, por lo menos de costumbre en formación, como tal su obligatoriedad jurídica se extiende a Estados que no son partes de estos instrumentos.

En el preámbulo de estos documentos queda de inmediato patente la importancia fundamental de la familia humana. La primera frase del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: “...a libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”²⁷⁹. Los preámbulos de los Pactos comienzan de modo muy similar, demostrando así que el objeto claro y preciso de protección de estos instrumentos es justamente la persona humana, pero no individualmente, sino que, dentro de un contexto, dentro de una familia. El examen de estos instrumentos demuestra que ellos reconocen lo que cada uno tiene claro en su fuero interno, el que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

4.5.1 La protección los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la familia y las obligaciones alimentarias de los padres en el derecho internacional.

Previo a la explicación del acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia. La Corte, en la decisión “Condición Jurídica y Derechos

²⁷⁸ Ibidem, 167.

²⁷⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, (Francia: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), preámbulo.

Humanos del Niño”, citando una la Corte Europea de Derechos Humanos²⁸⁰, sostiene que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

La Corte Interamericana además “estima que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”. En otra de sus decisiones, la Corte Interamericana, de modo más específico, ha constatado que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” a la vez que rechaza “una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia la “familia tradicional”.

La Convención Americana reconoce los derechos vinculados a la familia y a la vida familiar libre de injerencias ilegítimas en dos preceptos de su articulado, de modo diferenciado. Por un lado, la Convención Americana en el artículo 17.1 reconoce el derecho a la protección a la familia y el artículo 11.2 reconoce el derecho a una vida familiar libre de injerencias ilegítimas, del cual se desprende una obligación de respeto, interdicando las injerencias arbitrarias o ilegítimas al derecho a la vida familiar.²⁸¹

En los mismos términos, el artículo VI de la Declaración reconoce el derecho a la familia y el artículo V reconoce la protección de la vida familiar contra ataques abusivos. La preeminencia que el derecho internacional de los derechos humanos le otorga a la familia como vínculo interpersonal y medio natural para el desarrollo personal integral de todos sus integrantes, y en particular de los niños por su propia condición. Asimismo, se expondrá la estrecha relación existente entre el derecho del niño a la familia y la realización de sus derechos y, por tanto, con el artículo 19 de la CADH.

Al final de la sección se hará una referencia general a las características que toda intervención en el ámbito de la vida familiar debe tener a los efectos de no constituir una injerencia ilegítima a la vida familiar, incompatible con la Convención y la Declaración Americanas. Los principios y las garantías que han de regir en las intervenciones que limiten el contenido del derecho a la familia y la vida familiar, para que sean acordes con la Convención y la Declaración Americanas, serán posteriormente desarrollados de modo pormenorizado en

²⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

²⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo y reparaciones, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, (Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006), párrafo 154.

apartados sucesivos de este informe. En una sección posterior, se analizará en profundidad el contenido del artículo 17.1 de la Convención, en particular en lo tocante a las obligaciones de carácter prestacional que del mismo se derivan para los Estados.²⁸²

Además, la Corte se ha pronunciado para subrayar la obligación de los Estados de adoptar acciones positivas para asegurar la vigencia de los derechos de la niñez, y que ello deberá realizarse otorgándole una preeminencia a la protección y asistencia a la familia, inclusive a través de medidas de carácter económico y social, de modo que pueda cumplir cabalmente con sus responsabilidades²⁸³: (...) se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. (...) Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.²⁸⁴

En la misma decisión, la Corte ha vinculado estas obligaciones estatales que se acaban de señalar con lo establecido en el artículo 4 de la CDN, al indicar que: [e]l pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el

²⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

²⁸³ Es más, la Corte considera la posible existencia de injerencias arbitrarias contra el derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 de la Convención, en la imposición de una determinada visión de familia a la luz del 17.1: *“En efecto, esta Corte considera que la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención”*, como el Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, *“El Tribunal constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”*, La Comisión utiliza el término familia en consonancia con la jurisprudencia del sistema interamericano, esto es, en sentido amplio que se describe al inicio del presente subtítulo.

²⁸⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 88 y punto resolutivo 8. En un sentido similar ver Comentario General No. 17, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989), párrafo 3.

acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles.²⁸⁵

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.²⁸⁶

En adición, en la referida decisión judicial, la Corte vinculó el artículo 4 de la Convención Americana y el derecho a una “vida digna”, con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y con los derechos a la salud, la alimentación, la educación, a un medio ambiente sano y a los beneficios de la cultura, reconocidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT, por tratarse en el caso de una comunidad indígena.²⁸⁷

4.5.2 Mecanismo de protección de los derechos de los niños en el Derecho Internacional

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia “UNICEF”, por sus siglas en inglés, creado en 1946, es el organismo por la ONU para la protección de los niños. Su misión es promover los derechos de éstos y procurarles atención en diversas áreas. Existen, no obstante, otros organismos de las Naciones Unidas que también tienen la misión de proveer asistencia a los niños desde su ámbito específico de competencia.

²⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

²⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fondo reparaciones y costas, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos 2005), párrafo 162.

²⁸⁷ Ibidem. adicionalmente pueden consultarse los párrs. 168, 175, 176 y 221. En el caso de referencia, el Estado había ratificado el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo. En este caso Comunidad Yakye Axa Vs Paraguay, la Comisión alegó que el Estado “tiene el deber de garantizar las condiciones necesarias para la consecución de una vida digna, un deber que es subrayado por el compromiso recogido en el artículo 26 de la Convención Americana, de adoptar medidas apropiadas para alcanzar la completa realización de los derechos sociales. Sin embargo, a través de la omisión en sus políticas de salud el Estado disminuyó el goce de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de las condiciones mínimas en el campo sanitario, alimenticio y habitacional”.

Así, tenemos por ejemplo que: la Organización Mundial de la Salud, tiene programas de vacunación y de promoción de la lactancia materna, que ejecuta coordinadamente con UNICEF; el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, trabaja para disminuir la mortalidad infantil, la pobreza y el hambre; el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, desarrolla programas promover el respeto de los derechos de los niños refugiados, en particular para lograr la reunificación de los niños separados de sus familias, para prevenir la explotación sexual y el reclutamiento militar de los niños refugiados y para lograr el acceso de éstos a la educación. En el ámbito regional americano existe el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos.²⁸⁸

Los derechos de los menores también pueden ser exigidos a través de Comités creados por diferentes convenciones internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Comité contra la Tortura, que supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Especialmente importante es el Comité sobre Derechos del Niños, que supervisa la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Otro método de protección lo encontramos en programas y representantes especiales creados desde la ONU a través de sus agencias o de sus órganos principales. En el primer sentido tenemos el Programa Internacional para la erradicación del trabajo infantil, constituido en 1993 por la Organización Internacional del Trabajo, y en el segundo a la Oficina del Representante Especial del secretario general para la cuestión de los niños y conflictos armados, actualmente en funciones, creada en 1996.²⁸⁹

Finalmente, se puede citar diversos foros, conferencias, cumbres y encuentros internacionales en los que se discuten los problemas de los menores y se proponen estrategias de solución coordinadas entre los Estados que participan en ellas. De especial importancia fue la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, realizada en la ciudad de Nueva York, en el año de 1990. Desde el ámbito de la sociedad civil, se han creado Organizaciones No Gubernamentales, tanto en el nivel nacional como en el regional y en el internacional, que tienen como objetivo promover y defender los derechos de los niños y/o procurar su bienestar en determinada área. Casa Alianza es un ejemplo de las creadas en el nivel regional.²⁹⁰

Las ONG que funciona con fondos internacionales tiene programas en México y Centro América de atención inmediata hacia sus beneficiarios los niños de la calle y además es muy activa en relación con la defensa jurídica de éstos. Su labor ha sido particularmente importante en el ámbito del sistema interamericano de protección a los derechos humanos,

²⁸⁸ Eva Leticia Orduña, “Los derechos de los niños desde el derecho internacional”, Revista de la facultad de derecho de México, Tomo LXXI, Número 279, (2021), 289.

²⁸⁹ Ibidem.

²⁹⁰ Ibidem. 289.

debido a que presenta denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y participa dentro de los juicios entablados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.6 Perspectiva en el cumplimiento de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en distintas legislaciones.

4.6.1 La protección de los derechos de los niños en la legislación brasileña

Los niños han tenido un escaso valor histórico, la dimensión que se transforma por la conquista internacional de la Convención de los Derechos del Niño (CDN/ONU, 1989). En este momento, la infancia adquiere presencialidad como grupo social y, aunque con diversidad, se presenta una nueva forma de ver a los niños, niñas y adolescentes. La Convención de los Derechos del Niño provoca un mayor reconocimiento de los niños como portadores de unos derechos específicos, englobados en la protección y la autodeterminación.²⁹¹

Evidentemente, no se trata solo de un discurso moral, sino también jurídico. Sobre la base de esta idea, se demandan políticas estatales abiertas a todos los niños, en igualdad de condiciones para el ejercicio de sus derechos. La Convención de los Derechos del Niño suscitó, casi de forma unánime, este compromiso jurídico de aplicarla. También otros tratados, protocolos facultativos y acuerdos internacionales relacionados con el bienestar de la infancia y adolescencia fueron asumidos por los gobiernos, incorporando a sus legislaciones internas el ejercicio efectivo y la protección de los derechos de los niños. Sin embargo, se corrobora que:

*“No sólo se evidencia una carencia en su difusión, ya que sus normas suelen ser desconocidas incluso por los agentes que deben aplicarlas, como abogados o jueces, sino porque su incorporación a las leyes, políticas y programas de infancia, resulta todavía deficiente, parcial y fragmentaria”.*²⁹²

Esta teoría coincide, de alguna manera, con la existencia de “diferentes formas, opuestas, de entender e interpretar los derechos de los niños como derechos humanos”. Claramente, el niño continúa en una posición limitada en el mundo, resultado de las diversas concepciones sobre la infancia y adolescencia y la percepción que los gobiernos tienen sobre el interés superior del niño.²⁹³

²⁹¹ **Lloyd de Mause, Historia de la infancia, (Madrid: Alianza, 1994), 14.** Buenaventura Delgado, Historia de la infancia, (Barcelona: Ariel, 1998),9.

²⁹² Carlos Villagrasa, “Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal, Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, volumen 49, (2015), 17-4.

²⁹³ Lourdes Gaitán, Los derechos humanos de los niños: ciudadanía más allá de las “3Ps”. Sociedad e Infancias, volumen 2, (2018), 19.

Los derechos del niño, como derechos humanos, son universales, para todos los niños por igual; e indivisibles, se encuentran vinculados entre sí y no pueden priorizarse unos sobre otros; aunque la realización de su disfrute está siendo progresiva. Estas características fueron señaladas por la Declaración de Viena, del documento de gran importancia por su refuerzo de la defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños (salud, educación, vivienda, protección, etc.) se complementan con sus derechos civiles y políticos (nombre y nacionalidad, libertad de expresión, acceso a la información, etc.); todos ellos recogidos en la Convención de los Derechos del Niño.²⁹⁴

Sin duda, la Convención de los Derechos del Niño se convirtió en un texto de referencia dirigido a la supervivencia y al desarrollo holístico de la infancia y de la adolescencia, reconociendo su interrelación con los derechos de los niños y mostrando a la infancia como una categoría social propia. Ahora bien, la relevancia social otorgada a los derechos de los niños, consecuencia de la consideración del niño como persona, en cada realidad geográfica y momento histórico, ha afectado a la respuesta de los gobiernos; políticas de infancia orientadas por las características sociales, culturales y morales de cada país.

De esta manera, los marcos legales y normativos, tanto nacionales como supranacionales, fueron mejorando y las agendas políticas se han ido posicionando del lado de los derechos del niño. Aunque, en la mayoría de las ocasiones, se trata de políticas arbitrarias, que generan relaciones desiguales; y paternalistas, centradas en la protección del niño, por su condición de niño y sus atributos de ‘inmaduro’ o ‘incompleto’ y, además, con una marcada orientación a la atención de la infancia en riesgo o en desamparo.

Este modelo, vigente aún hoy en día, aunque identifica al niño como titular de derechos, y suscribe el principio del interés superior del niño de la Convención de los Derechos del Niño (art. 3.1), no reconoce su capacidad para ejercerlos ni pone en marcha estrategias para abordarlos. Por lo tanto, puede afirmarse que se trata de políticas públicas y prácticas institucionales que, por un lado, dificultan la generación de sociedades igualitarias y, por otro, frenan el cambio en las concepciones sociales que los adultos tienen sobre la infancia.²⁹⁵

Este principio y derecho de la Convención de los Derechos del Niño, el interés superior del menor de edad, impregnado de imprecisión, sigue entendiéndose bajo un esquema proteccionista basado en lo que los adultos racionalmente creen que es mejor para el niño; sin tener en cuenta su voluntad, principio orientador y de interpretación que también forma parte de la Convención de los Derechos del Niño. Es a lo que se denomina “privatización de la

²⁹⁴ **Ibidem.**

²⁹⁵ Ferrán Casas, *Infancia: perspectivas psicosociales*, (Barcelona: Paidós Ibérica, 1998), 22.

infancia”, creando, en algunas ocasiones, un espejismo de participación ciudadana de los niños, niñas y adolescentes.²⁹⁶

La interpretación del significado del interés superior del niño, principio rector de la Convención de los Derechos del Niño, y la posibilidad de generar medidas para garantizarlo, sigue siendo un desafío. Conviene que se trata de un principio que pretende ejercer una fiscalización sobre las posiciones tradicionales de autoritarismo y paternalismo; sin embargo, la Convención de los Derechos del Niño no incorpora ejemplos para su aplicación práctica. Lo que constituye una dificultad para las legislaciones internas de los países; de manera que este concepto jurídico indeterminado, así nombrado, es objeto de múltiples análisis desde diferentes campos científicos.²⁹⁷

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, órgano internacional que supervisa la aplicación de la Convención, en la Observación General n° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, avanza en su interpretación y afirma que se trata de un concepto de triple contenido: un derecho sustantivo, que “se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño”, un principio interpretativo y una norma de procedimiento, que “deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño”. También establece que, para concretar el interés superior de niño en cada caso, para darle contenido, ha de tenerse en cuenta la propia opinión del niño o del grupo de niños, entre otros elementos. Desde el punto de vista jurídico, parece que la ambigüedad va siendo menor; aun así, para las entidades responsables de tomar decisiones para el bienestar del niño sigue siendo un principio de difícil explicación y delimitación, que siempre se ve condicionado por las circunstancias particulares de cada niño.

Uno de los autores que profundiza en esta idea es quien se interroga sobre cuál es el mejor interés del niño, ya que el señalado en la Convención de los Derechos del Niño puede no coincidir con la visión que los niños tienen de sus intereses y derechos. Sostiene que, “si queremos identificar y comprender el interés de los niños en toda esta diversidad, debemos tomar en cuenta sus situaciones y autopercepciones”. Esta relación entre participación e interés superior del niño es la expresión de la ciudadanía del niño; representa el pleno ejercicio de sus derechos, el empoderamiento del niño; pero, según reconoce el art. 39 de la Observación General n° 14, nunca debe entrar en conflicto con los derechos de otras personas.²⁹⁸

²⁹⁶ Alejandro Cussiánovich, “Historia del pensamiento social sobre la infancia”, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, (2003), 25.

²⁹⁷ **Ibidem.**

²⁹⁸ Manfred Liebel, “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”. *Revistas anuales de la Cátedra Francisco Suárez*, (2015), 49.

El deber de los gobiernos de responder al interés superior del niño, así como al resto de los derechos de la Convención de los Derechos del Niño, está consiguiendo grandes avances en el respeto por la infancia y adolescencia. A medida que la percepción asistencialista de atención y protección a la infancia y adolescencia va cambiando, y también algunas de las ideas preconcebidas sobre el lugar que ocupa el niño en la sociedad, sus necesidades e intereses se van incorporando paulatinamente a las agendas públicas.

Sin embargo, a pesar de esta incorporación paulatina de los derechos de los niños en las agendas políticas, desafiando su negación por la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño, no se ha llegado a asumir plenamente la perspectiva liberacionista, aquella que considera al niño como un ser con cualidades y capacidad para tomar decisiones. Se presenta una tensión entre un discurso de ciudadanía y una concepción tradicional que asume a niñas, niños y adolescentes como objetos de las políticas, como receptores pasivos de servicios y acciones, decididas por adultos que sí son competentes para hacerlo.²⁹⁹

4.6.2 EL cumplimiento en la protección de los derechos de los niños en la legislación de la Unión Europea

La mayor parte de la legislación europea sobre los derechos del niño hasta la fecha ha sido elaborada por la Unión Europea y el Consejo de Europa. Aparte de las Naciones Unidas, otras instituciones internacionales, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, han adoptado también importantes instrumentos que siguen informando la evolución de la legislación europea. Pese a tratarse de marcos internacionales que tradicionalmente han operado paralelamente, cada vez son más los vínculos que se tejen entre ambos. Especialmente intensa es la cooperación interinstitucional entre el Unión Europea y la Consejo de Europa.³⁰⁰

En el pasado, los derechos de los niños evolucionaron dentro de la Unión Europea de manera fragmentaria y asimétrica. Tradicionalmente, la legislación europea sobre niños se orientaba principalmente a abordar cuestiones concretas relacionadas con los niños en el marco de iniciativas políticas y económicas de mayor calado, por ejemplo, en el ámbito de la protección del consumidor y la libre circulación de personas.

- a) La introducción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- b) La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009.

²⁹⁹ Ernesto Durán, "De menor a ciudadano: tránsitos en un entorno mancodiano". (Brasil: Editora Universidad de Federal da Paraíba, 2018), 8-55. Disponible en: [http:// 150.165.218.7/ sistema/press5 /index.php/UFPB/catalog/ view/128/48/520-1](http://150.165.218.7/sistema/press5/index.php/UFPB/catalog/view/128/48/520-1).

³⁰⁰ Por ejemplo: la Directiva 2009/48/CE, (Unión Europea: Parlamento Europeo, 2009).

- c) la adopción de la Comunicación de la Comisión Europea sobre un lugar especial para el niño en la acción exterior de la Unión Europea, y las Directrices del Consejo de la UE para la promoción y la protección de los derechos del niño.³⁰¹

La Unión Europea cuenta además con el Comité Europeo de Derechos Sociales, que está integrado por 15 expertos independientes e imparciales que resuelven sobre la conformidad de la legislación y las prácticas nacionales con la Carta de los Derechos Sociales, bien a través del procedimiento de reclamaciones colectivas, bien a través de los procedimientos nacionales de notificación. Las organizaciones nacionales e internacionales autorizadas pueden presentar reclamaciones colectivas contra los Estados que sean parte de la Carta Social Europea y hayan aceptado el procedimiento de reclamaciones.

Hasta la fecha, las reclamaciones trataban sobre la posible vulneración por los Estados de los derechos del niño, en virtud de la CSE, en cuestiones como a explotación económica, la integridad física, los derechos sanitarios de los niños inmigrantes y el acceso a la educación de los niños con discapacidad.³⁰²

En virtud del Derecho de la Unión Europea y del Consejo de la Unión Europea, el derecho al respeto de la vida familiar no es absoluto, estando sujeto a varias limitaciones. Estas limitaciones, como aclara la nota explicativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, son las mismas que las de la disposición correspondiente del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en concreto, el artículo 8, apartado 2³⁰³ es decir: en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.³⁰⁴

También en los países miembros de la unión europea se legisla a favor del derecho de los niños niñas y adolescentes a ser criado por sus padres, el derecho del niño a conocer la identidad de sus progenitores y a ser cuidado por estos son dos elementos claves del derecho del niño al respeto de su vida familiar y son, en cierta medida, interdependientes: el derecho del niño a conocer a sus padres se garantiza mediante los cuidados parentales. En ocasiones,

³⁰¹ Child Rights International Network, comité europeo de los derechos sociales, accesado el día 7 de julio de 2021. www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ECSR/ECSRdefault_en.asp

³⁰² Ibidem.

³⁰³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Unión Europea: Consejo de Europa, 1950) art. 8.

³⁰⁴ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, (Unión Europea: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, 2007), 17- 35.

no obstante, estos derechos se encuentran diferenciados; por ejemplo, en el caso de los niños adoptados o nacidos consecuencia de una procreación médicamente asistida. En este caso, el derecho guarda mayor relación con el derecho del niño a la identidad personal, en concreto al conocimiento de sus progenitores biológicos, y, por tanto. Esta sección se centra en el segundo de estos derechos: el derecho del niño a ser cuidado por sus progenitores.

En virtud del Derecho del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resaltado que el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece principalmente el deber del Estado de no intervenir en la vida familiar. No obstante, los Estados tienen también la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para apoyar a los padres y las familias y proteger a los niños frente a posibles abusos.³⁰⁵

Sólo debe separarse a los niños de sus padres en circunstancias excepcionales. En estos casos, debe hacerse todo lo posible por mantener las relaciones personales y, en caso pertinente, «reconstruir» la familia. Los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación al adoptar la decisión inicial de separar al niño de sus padres.³⁰⁶

No obstante, es preciso un examen más estricto en relación con otras limitaciones, como las que afectan al derecho de visita de los padres, y las salvaguardas jurídicas concebidas para garantizar la protección efectiva de los derechos de los padres y los hijos al respeto de su vida familiar. Estas otras limitaciones implican el riesgo de que las relaciones familiares entre un niño y uno o ambos padres se vean restringidas efectivamente. Del mismo modo, en relación con la separación de la madre de su hijo recién nacido, los motivos alegados por el Estado han de ser extraordinariamente concluyentes.³⁰⁷

4.6.2.1 El cumplimiento en la protección de los derechos económicos sociales y culturales de los niños en la legislación de la Unión Europea.

En virtud del Derecho de la Unión Europea, los derechos Carta Social Europea han sido incluidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la par que los derechos civiles y políticos. Ahora bien, el artículo 52 de la Carta distingue entre derechos y principios, limitándose estos últimos por el modo en que pueden «invocarse ante un juez. En virtud del Derecho del Consejo de Europa, el Comité Europeo de Derechos Sociales

³⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia definitiva, referencia: nº 28775/12 (Francia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2012).

³⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia definitiva, referencia: nº 4547/10, Y.C. contra Reino Unido, (Francia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2012), apartado 137.

³⁰⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia definitiva, referencia: nº 25702/94, K. y T. contra Finlandia, (Francia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2001), apartado 168.

señala que, cuando la realización de un derecho sea excepcionalmente compleja y particularmente onerosa, se valorará su realización progresiva con arreglo a tres criterios: deberán adoptarse medidas para alcanzar los objetivos de la Carta dentro de un plazo razonable, con progreso cuantificable y hasta cierto punto haciendo máximo uso de los recursos disponibles. También introduce una ordenación por prioridades, en el sentido de que recuerda a los Estados que las opciones elegidas tendrán repercusiones para los grupos con especiales vulnerabilidades y otras personas afectadas.³⁰⁸

En virtud del Derecho de la Unión Europea, los derechos Carta Social Europea han sido incluidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la par que los derechos civiles y políticos. Ahora bien, el artículo 52 de la Carta distingue entre derechos y principios, limitándose estos últimos por el modo en que pueden «invocarse ante un juez». En virtud del Derecho del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, señala que, cuando la realización de un derecho sea «excepcionalmente compleja y particularmente onerosa, se valorará su realización progresiva con arreglo a tres criterios: deberán adoptarse medidas para «alcanzar los objetivos de la Carta dentro de un plazo razonable, con progreso cuantificable y hasta cierto punto haciendo máximo uso de los recursos disponibles.

También introduce una ordenación por prioridades, en el sentido de que recuerda a los Estados que las opciones elegidas tendrán repercusiones para los grupos con especiales vulnerabilidades y otras personas afectadas, dentro de los cuales puede enumerarse:

1. Derecho a la educación
2. Derecho a la salud
3. Derecho a la vivienda
4. Derecho a un nivel de vida adecuado
5. Derecho a la seguridad social

Sobre estos últimos vale aclarar que, En virtud del Derecho de la Unión Europea, el artículo 34, apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales establece que la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales, en los casos correspondientes a las ramas tradicionales de la seguridad social (la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como la pérdida de empleo). Las prestaciones se extienden a todas las personas que residen y circulan legalmente en la Unión Europea, el derecho a la asistencia social tiene por objeto garantizar una existencia decente para quienes carecen de recursos suficientes y luchar contra la exclusión social y la pobreza. Todos estos aspectos están definidos conformes a las

³⁰⁸ Comité Europeo de Derechos Sociales, sentencia definitiva, referencia: nº 13/2002, (Francia: International Association Autism Europe, 2003), apartado 53.

modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales (artículo 34, apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que, si los nacionales de un Estado miembro sólo están obligados a residir en él para tener acceso a una prestación de crianza de los hijos, los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea no pueden tener que presentar un permiso de residencia formal para acceder a las mismas prestaciones. La denegación del permiso parental a ciertos grupos de personas, como las mujeres que se convierten en madres en virtud de un acuerdo de gestación subrogada, es discriminatoria. Lo mismo ocurre con los funcionarios civiles de sexo masculino a quienes se deniega el permiso parental cuando su esposa no trabaja o ejerce una profesión, a menos que a causa de enfermedad o lesiones graves la esposa no pueda atender las necesidades relacionadas con la crianza del niño.³⁰⁹

De la misma forma, los Estados miembros deben establecer un régimen de permiso parental en caso de nacimiento de gemelos que garantice que los padres reciban un trato adaptado a sus necesidades. Ello puede lograrse basando la duración del permiso parental en el número de hijos nacidos y velando por la implantación de otras medidas como la asistencia material o financiera.³¹⁰

Claro está que a nivel latinoamericano hace falta mucho por alcanzar, en materia de protección de los derechos sociales, no por lo escaso de los recursos económicos, porque Brasil es conocido por contar con una gran cantidad de recursos económicos y naturales, sin embargo el cumplimiento en la protección de los derechos de los niños es paupérrimo, concluyendo que los recursos no limitan en el respeto y promoción de los derechos de los niños, sino más bien la implementación de políticas públicas, y programas efectivos de protección, que deben ir de la mano con las leyes, de lo contrario las leyes son simple papel, no más que letras durmientes.

4.6.3 El cumplimiento de los convenios y tratados que establecen derechos a favor de los niños niñas y adolescentes en la legislación salvadoreña.

A veintinueve años de la adopción de los acuerdos estipulados en la convención de los derechos del niño, podría decirse que en un inicio se intentaron compensar los efectos de la historia violenta del país durante las últimas décadas, la esperanza porque pusieron fin al conflicto armado que desangró a nuestro país y representaron el nuevo consenso sobre un

³⁰⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia definitiva, referencia: C-363/12, Z, contra A Government department y the Board of management of a community school, (Luxemburgo: Unión Europea, 2014).

³¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia definitiva, referencia: C-222/14, Konstantinos Maïstrellis contra Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaiomaton, (Luxemburgo: Unión Europea, 53).

modelo de Estado, democrático y al servicio de la persona humana. Como Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos cumpla mi deber con la historia, la sociedad salvadoreña y la comunidad internacional de pronunciarme sobre el nivel de realización del nuevo modelo de Estado y lo hago en esta ocasión desde la perspectiva de los derechos de la infancia y la adolescencia.

La alteración o pérdida del nombre y la filiación (y en algunos casos también la nacionalidad) de un niño o niña desaparecidos repercutió tanto en la salud mental como en la vida legal de las víctimas. Estas consecuencias aún hoy prevalecen como padecimientos aunados a la desaparición forzada. En cuanto a las implicaciones legales relacionadas al derecho al nombre, la filiación y a la nacionalidad, Pro-Búsqueda constató la existencia de violaciones a tales derechos de las víctimas. Según información de ProBúsqueda, para el apoyo psicológico de las familias afectadas, dicha ONG dispone de una unidad de atención profesional que ofrece asistencia psicosocial para orientarles cómo afrontar el reencuentro familiar.

Durante dos mil siete se emitió un informe de cumplimiento de dichos derechos a favor de los menores de cuyas conclusiones se destaca:

“La precariedad de la situación de los derechos de la niñez no guarda relación con la vigencia en el país de la Convención sobre los Derechos del Niño ni con la expectativa que al respecto generaron los Acuerdos de Paz. Normas, instituciones y sobre todo prácticas estatales, cómo ha quedado demostrado en este informe, no se han acomodado a los estándares de los derechos de la niñez ni a una situación de desarrollo democrático. El derecho a la identidad de los niños y niñas es vulnerado en El Salvador por las siguientes razones: a) no se asegura el registro universal de los nacimientos de niños y niñas, b) no se asegura el principio de subsidiariedad de las adopciones extranjeras, c) no se protege ni se preserva la cultura de la niñez indígena, y d) el Estado no asume como asunto de interés público el restablecimiento de la identidad de los niños y niñas desaparecidos a consecuencia del conflicto armado. ... El Estado salvadoreño no asume las obligaciones que le corresponden en el ámbito del Derecho Humano a la Educación. Esta omisión redundante en una educación deficitaria en calidad y cobertura y que presenta serios problemas de accesibilidad por razones económicas especialmente para los niños, niñas y adolescentes del área rural. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la adopción de medidas contra la tortura y el maltrato en los Centros de Reeducación y Hogares de Atención Integral, es un derecho cuyo desarrollo normativo a todas luces es insuficiente y por tanto su eficacia pende del arbitrio de las autoridades de estos Centros.”³¹¹

³¹¹ Beatrice Alamanni de Carrillo, Segundo Informe sobre los Derechos de la Niñez en El Salvador, (El Salvador: Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, 2007), 102-104.

Ahora a varios años de emitido este informe, se recalca nuevamente en “informe sobre el estado de situación de los derechos de la niñez y la adolescencia en el salvador 2019”, con el sub título de Avances y desafíos para el Sistema Nacional de Protección Integral, en dicho informe se destaca la importancia de la protección del estado en los primeros años de vida del niño, a esto se le denomina “primera infancia”, la Primera Infancia es la etapa de la vida en la que se construyen las bases para el desarrollo integral de niñas y niños, la atención integral en este período se fundamenta en el enfoque de derechos humanos, la multidimensionalidad del desarrollo y la responsabilidad compartida de todos los actores gubernamentales y no gubernamentales en la provisión de servicios y atenciones.³¹².

En septiembre de 2018, el Estado salvadoreño rindió la defensa del quinto y sexto informe de país ante el Comité de los Derechos del Niño , destacándose entre los avances, la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones; los avances logrados en materia de políticas para aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como la aprobación de la Ley General de Juventud (2012), la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia (2013-2023) y el plan “El Salvador Educado” (2016-2026), así como las reformas legales relativas a la edad para contraer matrimonio; y, la reducción de las tasas de mortalidad y el crecimiento en la cobertura de los servicios de salud pública a nivel local. Los indicadores presentados sobre el contexto económico y social descrito en el segundo apartado de este informe y los avances de país en la adopción de marcos normativos y programáticos que garantizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes dan cuenta de los esfuerzos que el Estado salvadoreño y el Sistema de Protección Integral han realizado durante los últimos ocho años.

El Estado salvadoreño cuenta con una serie de instrumentos de políticas públicas de mediano y largo plazo, con un enfoque de desarrollo integral, considerando en su intervención programática una visión holística y multidimensional del desarrollo humano que coloca a las personas como centro y sujeto primordial de su desarrollo. Este es el caso de la Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2013-2023, La estrategia Nacional Intersectorial para la Prevención del Embarazo en Adolescentes 2017-2027, la Estrategia Nacional de Desarrollo Integral de la Primera Infancia 2018-2018, y el Plan El Salvador Educado 2016-2026, entre otros. Los instrumentos referidos ya definen acciones estratégicas que deben ser priorizadas e implementadas para garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes. Para ello es prioritario garantizar las asignaciones presupuestarias (recursos financieros, humanos y organizacionales) para ampliar la cobertura y fortalecer servicios y programas en salud,

³¹² Noelia Laínez Zelaya, informe sobre el estado de situación de los derechos de la niñez y la adolescencia en el salvador 2019, Avances y desafíos para el Sistema Nacional de Protección Integral, (El Salvador: Consejo Nacional De La Niñez y De La Adolescencia, 2019), 44.

educación, nutrición, fortalecimiento a la familia, la prevención y protección frente a la violencia de las niñas, niños y adolescentes, entre los principales.³¹³

El país ha avanzado en forma progresiva en la instalación del Sistema de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, sin embargo, aún no se cuenta con los recursos necesarios para la implementación de programas específicos de protección especial para víctimas y sobrevivientes de la violencia, de igual manera, programas de reparación y restitución que respondan a las particularidades de la población.

El Salvador ha realizado una serie de esfuerzos encaminados a asegurar el efectivo respeto y garantía del derecho de acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes; no obstante, los componentes administrativo y judicial han reflejado desde su instalación, que las amenazas y vulneraciones a los derechos de la niñez y adolescencia sigue siendo una deuda pendiente. La necesidad de un cambio progresivo en los patrones de crianza aplicando el enfoque de disciplina positiva (no violenta, enfocada a obtener soluciones y respetuosa de Niños Niñas y Adolescentes), se hace palpable ante la evidencia existente en el Sistema de Información de Denuncias de Juntas de Protección sobre amenazas y vulneraciones al derecho a la integridad personal de niñas, niños y adolescentes.³¹⁴

Entre las recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, se destacan dos:

a) El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, tomando en consideración el alto número de homicidios, especialmente en niños y adolescentes hombres, aunado a la escasa información sobre los investigaciones y procedimientos judiciales de los mismos, así como la falta de medidas para eliminar y controlar el acceso a las armas, el establecimiento de entornos seguros y acogedores, y el fortalecimiento de las capacidades del personal dedicado a la prevención de la violencia.³¹⁵

b) Nivel de vida, La prevalencia de la pobreza y la extrema pobreza, las disparidades entre las zonas urbanas y rurales y el mayor nivel de pobreza de los hogares con hijos dan pie a que el Comité inste al Estado salvadoreño a dar prioridad a la adopción de medidas para mejorar el nivel de vida de Niños Niñas y Adolescentes, con especial atención en la vivienda, el agua, la alimentación y el saneamiento, así como a la ayuda específica a las familias rurales para mejorar su nivel de vida; además, recomienda efectuar consultas con Niños Niñas y

³¹³ Examen de los informes III y IV presentados por el Estado salvadoreño, (El Salvador: Comité de los Derechos del Niño, 2010) observación 18,59,69. Este deberá incrementar considerablemente la asignación de recursos al sector de salud y educación.

³¹⁴ Zelaya, informe sobre el estado de situación de los derechos de la niñez y la adolescencia en el salvador 2019, 49.

³¹⁵ Ibidem. 110.

Adolescentes, familias y organizaciones de la sociedad civil con el objetivo de fortalecer las medidas de políticas diseñadas para la reducción de la pobreza infantil.³¹⁶

En conclusión en las señaladas recomendaciones cobran relevancia si se considera que el tema del derecho de los niños, a ser criados por sus padres, recibiendo de estos, educación, salud, sustento y una formación moral, es parte de su derecho a la vida, y más que eso, es parte de su derecho a la calidad de vida, dado que el informe más que señalar causas, en sus conclusiones, señala nada más que efectos, que son consecuencias de las formas modernas de familia (que se señalaron el sub tema relativo a la familia tradicional y moderna), donde los padres son solo de visita, o meros espectadores de la crianza de los niños, por ello la legislación actual que prescribe en el artículo 1141 del código Civil la obligación del testador de disponer una cuota de alimentos, dicha disposición era funcional o efectiva para modelos familiares tradicionales donde podía darse que los padres tuvieran una familia externa a la familia con la cual conviven maritalmente dentro de una relación matrimonial, contrario a lo que sucede ahora en día donde no se contrae matrimonio y los padres son simples proveedores que visitan ocasionalmente a sus hijos, siendo estos criados por la madre, o muchas veces no saben que tiene hijos en común con una ex pareja.³¹⁷

Además se concluye que según los tratados internacionales y la Constitución de El Salvador, los derechos sociales son derechos fundamentales, al mismo nivel que los derechos civiles y políticos, con igual exigibilidad, y que requieren acciones positivas del legislador para garantizarlos a la población salvadoreña, y que desde el año 2007 al 2019 han habido mejoras en el respeto en los derechos sociales e individuales de los niños, niñas y adolescentes, pero debe considerarse una reforma legislativa, a los derechos sociales para garantizar la igualdad de condiciones ante vulneraciones de los derechos sociales de los hijos como el derecho a la familia, y lo que este conlleva, como el derecho a recibir alimentos, frente a derechos individuales de los padres, como lo sería la libre disposición de los bienes.

Que estos derechos como ya se ha visto no son de libre ejecución legislativa, sino que deben simbolizar un avance progresivo, en la medida en que se adaptan a los ya mencionados “modelos modernos de familia”, una de estas adaptaciones bien podría ser la reforma legislativa en lo relativo a la exigibilidad de los alimentos y demás derechos a los herederos presuntivos o declarados del padre respecto del hijo no reconocido, que no haya figurado en el testamento, mediante una compensación económica aun cuando este reclamo se realizara 20 años después, o cuando el hijo hubiere alcanzado la mayoría de edad.

³¹⁶ *ibidem*, 111.

³¹⁷ Teresa Castro Martín, "Maternidad sin matrimonio en América Latina: Análisis comparativo a partir de datos censales", Notas de población CEPAL, N° 93, (2010), 73.

CONCLUSIONES

Posterior al desarrollo investigativo que ha conllevado el presente trabajo, con un desarrollo y análisis de los capítulos concernientes al tema de “la autonomía de la voluntad expuesta en el testamento, frente a la exclusión del derecho a suceder de los hijos no reconocidos en la legislación salvadoreña”, se llega a la conclusión que se han cumplido los objetivos de investigación, de la manera siguiente:

1. Se han identificado los límites y alcances del principio de la autonomía de la voluntad, quedando sentado que el referido principio tiene límites precisos como el orden público, la moral y las buenas costumbres, como limitantes constitucionalmente establecidas, además cuando la autonomía de la voluntad se manifiesta en derechos concretos como la libre disposición de los bienes, se vería limitada mediante otras instituciones como la función social de la propiedad privada.
2. Se ha determinado la forma de suceder en El Salvador, como un sistema de libre testamentifacción, así mismo su evolución y desarrollo en legislativo, determinado además que la autonomía de la voluntad está presente en la forma que se ha configurado el derecho a suceder en la constitución y por consiguiente en la legislación salvadoreña, hasta ahora se ha optado por un sistema de libre testamentifacción que permite al testador disponer de sus bienes según sea su voluntad, aun cuando su voluntad pueda conllevar consciente o inconscientemente a excluir a un hijo no reconocido del derecho a alimentos, y también de los otros derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a sus padres.
3. Se ha analizado cuál es el alcance de la protección constitucional de la familia, manifestada en los derechos concedidos a los hijos frente a sus padres, especialmente el derecho de alimentos, en contraste con la protección constitucional de la autonomía de la voluntad manifestada en el testamento, y donde se concluye que existe la obligación jurídica de proteger a la familia por parte del Estado, disponiendo normas que garanticen los derechos de los hijos frente a sus padres, y como la protección de la familia, se constituye como un verdadero límite a libre testamentifacción cuando se parte de la idea que la misma deriva del derecho a la libre disposición de los bienes, que a su vez ambas descasan en el principio constitucional de la Autonomía de la Voluntad, debiendo decidirse para cada caso concreto mediante criterios interpretativos constitucionales, como sería la ponderación, cual es el límite que debe respetarse entre estos dos derechos, y procurando la armonía social, y garantizando el derecho a disponer libremente de los bienes en lo que no se oponga al interés social.

4. Se ha comparado la protección de los derechos sociales, en contraste con los derechos civiles y políticos, en la Legislación nacional e internacional, concluyendo que tanto en los tratados internacionales como en la Constitución de El Salvador, los derechos sociales son derechos fundamentales, al mismo nivel que los derechos civiles y políticos, con igual exigibilidad, y que requieren acciones positivas del legislador para garantizarlos a la población salvadoreña, y que desde el año 2007 al 2019 han habido mejoras en el respeto en los derechos sociales e individuales de los niños, niñas y adolescentes, pero debe considerarse una reforma legislativa ya sea en el código civil o en el código de familia respecto a las obligaciones alimenticias en la sucesión testamentaria, de manera tal que se encuentre un equilibrio entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos (específicamente para el caso del derecho a recibir alimentos frente al derecho a la libre testamentifacción).

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Abramovich Víctor, y Curtis Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.

Alamanni de Carrillo, Beatrice. Segundo Informe sobre los Derechos de la Niñez en El Salvador. El Salvador: Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos, 2007.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de estudios constitucionales, 1994.

Álvarez, Lasarte. "Capítulo 16. La sucesión intestada", Principios de Derecho Civil, tomo 7. Madrid: Trivium, 2001.

Anita Buitrago. *Manual de Derecho de Familia*. El Salvador: Centro de información jurídica, 1996.

Antequera Medina, Susanna. "Derecho de Familia 2020". España: Tirant lo Blanch, 2020.

Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2012.

Arés, Patricia. *Psicología de la familia: una aproximación a su estudio*. La Habana: Felix Barela, 2002.

Arnau Moya, Federico. *Lecciones de derecho civil I*. Castelló: Universitat Jaume 2009.

Asamblea Constituyente, Informe Único. El Salvador: lo misión de Estudio del proyecto de Constitución, Exposición de Motivos de la Constitución, 1983.

Azerrad de Volcoff et al, Clases de Derecho Civil, Parte General: Persona - Acto jurídico - Responsabilidad civil. Córdoba: Advocatus, 1996.

Barba Martínez, Gregorio Peces. Positivismos y moral interna del derecho. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Barea, jordano. Comentario al Código Civil. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

Belluscio, Claudio. Prestación Alimentaria, Régimen Jurídico. Aspectos Legales, Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticos. Argentina: editorial Universidad, 2006.

Borda, Guillermo. *Tratado de derecho civil: parte general I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.

Butros Butros-Ghali, Informe del secretario general sobre los avances en la preparación del año Internacional de la Familia, Cuadragésimo Octavo Periodo de sesiones, tema 110 del programa provisional Asamblea General de la Naciones Unidas. Estados 19 de agosto de 1993.

Capdevilla, Bosch. “Comentario al art. 1006 del Código Civil”, en Código Civil comentado, Vol. II. Madrid: Civitas, 2011.

Carbonell, Miguel. Sentencias esenciales. Tomo I. Derecho de familia. España: Tirant lo Blanch, 2021.

Casas, Infancia Ferrán. perspectivas psicosociales. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

Castellanos Ruiz, Esperanza. La competencia de los tribunales en el derecho de familia internacional. España: Tirant lo Blanch, 2021.

Castillo Córdova, Luis. “*Comentarios al Código Procesal Constitucional*”, Tomo I. España: editorial Palestra, 2006.

David Kertzer, y Marzio Barbagli. *La vida familiar desde la Revolución francesa hasta la Primera Guerra Mundial/1789-1913, Historia de la familia europea, volumen. 2*. Barcelona: editorial Paidós Ibérica, 2002.

de Mause, Lloyd. Historia de la infancia. Madrid: Alianza, 1994.

Delgado, Buenaventura. Historia de la infancia. Barcelona: Ariel, 1998.

Domínguez Águila, Ramon. "La constitucionalización del Derecho", 20 años de la Constitución Chilena. Chile: Cono Sur, 2001.

Durán, Ernesto. “De menor a ciudadano: tránsitos en un entorno mancodiano”. Brasil: Editora Universidad de Federal da Paraíba, 2018. Disponible en: [http:// 150.165.218.7/sistema/press5 /index.php/UFPB/catalog/ view/128/48/520-1](http://150.165.218.7/sistema/press5/index.php/UFPB/catalog/view/128/48/520-1).

Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: editorial Ariel, 1984.

Errazuriz, Alfredo Barroz. Cursos de Derecho Civil. Chile: Editorial Nacimiento, 1932.

Examen de los informes III y IV presentados por el Estado salvadoreño. El Salvador: Comité de los Derechos del Niño, 2010.

Fernández Pérez, Ana. *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2017.

FUSADES, Una mirada a las familias salvadoreñas: sus transformaciones y desafíos desde la óptica de las políticas sociales con enfoque de niñez. El Salvador: FUSADES, 2015.

Galindo, Beltrán. *Manual de derecho constitucional tomo II*. El Salvador: Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia, 1999.

García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México, quincuagésima octava edición, Porrúa, 2005.

Gimbernat Ordeig, Enrique. *Concepto y método de la Ciencia del Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1999.

Gobbi Aixa Triay, Florencia. “El principio de la autonomía de la voluntad en las contrataciones”. Trabajo de investigación, Universidad Nacional de Cuyo, 2015.

Gonzales Beifuss, Markus. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Navarra: editorial Thomson, 2003.

Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio. Derecho constitucional salvadoreño. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1989.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editoria Trota, 2010.

Hernández Valle, Rubén. los principios constitucionales. Costa Rica: Corte Suprema de Justicia escuela judicial, 1992.

Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Humberto Morales, José. Apuntes de Filosofía del Derecho. El Salvador: Aequus, 2014.

Joaquín Llambías, Jorge. Tratado de Derecho Civil, Parte General, tomo I. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1984.

Laínez Zelaya, Noelia. informe sobre el estado de situación de los derechos de la niñez y la adolescencia en el salvador 2019, Avances y desafíos para el Sistema Nacional de Protección Integral. El Salvador: Consejo Nacional De La Niñez y De La Adolescencia, 2019.

Laro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo 13. Chile: Editorial Jurídica, 1979.

Luño, Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998.

Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Ediciones jurídicas europa-america, 1979.

MorineauI Duarte, Marta. *Introducción al Common Law*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

Navarro Albiña, René D. *Acto jurídico*. Chile: Universidad de Atacama 2009.

Novoa Monreal, Eduardo. Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros; caso de los productos exportados. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.

Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

Prieto Sanchís, Luis. “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”. Madrid: Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Puga, Cristina. Hacia La Sociología. México: Pearson, 2002.

- Puyalto Franco, María José. Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos. España: Dykinson, 2006.
- Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- Rebullida, Sancho. *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de sucesiones*. Barcelona: editorial Bosch, 1981.
- Roca Trias, Encarna. Una reflexión sobre la libertad de testar. Madrid: Liber Amicorum, 2014.
- Romero Carrillo, Roberto. *Nociones de derecho hereditario*. El Salvador: Editorial Centroamérica, 1988.
- San Vicente Parada, Aida del Carmen. “El principio de autonomía de la voluntad”, *teoría del derecho*. boletín sin número de publicación.
- Sandoval Terán, Areli. *Los derechos económicos, sociales y culturales una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*. México: Equipo Pueblo, 2001.
- Sastre Muncunill, Luis Roca. Derecho de sucesiones Tomo I: Sucesión 'mortis causa'. Herencia. Testamento. Sustituciones. España: editorial Bosh, 1995.
- Searle, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- Serra, Antonio. *Los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Soro Russell, Oliver. *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Madrid: Editorial Reus 2016.
- Suares, Marinés. Mediando en sistemas familiares. Editorial Paidós: España, 2002.
- Torre, Abelardo. introducción al estudio del derecho. Argentina: Lexis Nexis, 2003.
- Tortolero de Salazar, Flor. El derecho alimentario del menor. Venezuela: Editorial Vadell Hermanos Editores, 1995.
- UNICEF, Informe de Situación de la Niñez y Adolescencia en El Salvador. El Salvador: Fondo de las Naciones Unidas para la Infanci, 2014. https://www.unicef.org/elsalvador/sites/unicef.org.elsalvador/files/2018-12/Analisis_de_Situacion_de_la_Infancia_El_Salvador_UNICEF_2014.pdf
- Vallet de Goytisolo, Juan. Estudios de derecho sucesorio. Madrid: Montecorvo, 1987.
- Vaquer Aloy, Antoni. *la libertad de testar y sus límites*, (Madrid. Marcial Pons, 2018).
- Vidal Olivares, Álvaro. Estudio de Derecho de familia V, (España: Tirant lo Blanch, 2021), 459.

Villalobos de González, Elvira. Manual de derecho de familia. México: Triant lo Blanch, 2014.

Vodanovic, Antonio. *Manual de derecho civil, segundo volumen de las partes preliminar y general*. Santiago de Chile: 2001.

Vodanovic Haklicka, Antonio. Manual de derecho civil. Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2001.

Zannoni, Eduardo. Derecho de Familia, Tomo I. Argentina: Editorial Astrea, 2002.

TESIS

Artemio, Llanos Medina. el principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones. tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 1994.

Carrasco León, Diego Alonso. Análisis de los límites jurídicos a la libre disposición testamentaria, tesis Universidad Peruana De Ciencias Aplicadas, 2019.

Cubias Mejía, Wendy Lissette. “*el pago de las deudas hereditarias en el derecho sucesorio salvadoreño*”. El Salvador: Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2007.

Estrada Flores, Isis del Carmen. “*Libertad de Testar, Legítima y solidaridad internacional: legítimas alimentarias e el derecho comparado*”. Tesis Doctoral del programa: Construcción Europea: Aspectos Jurídicos y Económicos, Universidad de Lleida, España, 2015.

Llanos Medina, Artemio. “El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones”. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, Universidad de Chile, 1944.

López Jiménez, José María. Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2015.

Mateluna Silva, Cristian Eduardo. de la autonomía de la voluntad como fuente del derecho aplicable a los contratos internacionales: ¿mito o realidad? Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, 2016.

Mirna Eugenia Prieto Sandoval Y Guadalupe Del Carmen Zavala Hernández. "El incumplimiento de la obligación alimenticia en los menores por parte de las personas obligadas según lo establecido en el artículo 248 del código de familia y la falta de eficacia de la procuraduría general de la república que garantice su cumplimiento en el periodo 2000-2005". tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2008.

Peñate Sánchez, Melvin Mauricio. “*Los límites a la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña*”. tesis para optar al grado Maestro Judicial, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2013.

Peñate Sánchez, Melvin Mauricio. “Los límites de la autonomía de la voluntad en la contratación civil salvadoreña”. tesis de maestría, Universidad de El Salvador, 2013.

Torres Cobo, Luis Esteban. “La interpretación de los contratos a la luz de la constitucionalización del derecho privado”. tesis de grado, Universidad de San Francisco de Quito, 2013.

LEGISLACIÓN

Código Civil. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1860.

Código de Familia. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1994.

Constitución de la Republica de El Salvador, derogada. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1939.

Constitución de la Republica. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1983.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador: Asamblea Constituyente, 1950.

Constitución Política de la República Federal Centroamericana. EL Salvador: Asamblea Nacional Constituyente, 1921.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Francia: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948. preámbulo.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estados Unidos: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1973.

Reforma a la constitución política de la república de El Salvador. El Salvador: Asamblea Nacional Constituyente, 1944.

DERECHO COMPARADO

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Unión Europea: Consejo de Europa, 1950.

Directiva 2009/48/CE. Unión Europea: Parlamento Europeo, 2009.

Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales. Unión Europea: Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, 2007.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia definitiva. referencia: C-363/12, Z, contra A Government department y the Board of management of a community school. Luxemburgo: Unión Europea, 2014.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. sentencia definitiva, referencia: C-222/14, Konstantinos Maïstrellis contra Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaiomaton. Luxemburgo: Unión Europea.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. sentencia definitiva, referencia: nº 28775/12. Francia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. sentencia definitiva, referencia: nº 4547/10, Y.C. contra Reino Unido, (Francia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. sentencia definitiva, referencia: nº 25702/94, K. y T. contra Finlandia. Francia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2001.

JURISPRUDENCIA

Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador. Sentencia definitiva, referencia: 148-A-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

Cámara De Familia De La Sección Del Centro. San Salvador, sentencia definitiva, referencia: 3-IH-06. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007.

Cámara de Familia. San Salvador, sentencia definitiva, Referencia: 164- A-2004. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005.

Cámara de Familia. San Salvador, sentencia definitiva, referencia: 210-A2006. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007.

Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia definitiva, Referencia: 67-3°CM-16-A. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.

Comité Europeo de Derechos Sociales. Sentencia definitiva, referencia: nº 13/2002. Francia: International Association Autism Europe, 2003.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 88 y punto resolutivo 8.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/02. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo reparaciones y costas, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo y costas, *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia y Fornerón e Hija vs. Argentina*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo y costas. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Costa Rica*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo y reparaciones, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.

Sala de lo Civil. Sección Única, sentencia definitiva, Referencia: Tol 295861. España: Poder Judicial, 2003.

Sala de lo Civil. Sentencia Definitiva, referencia: 1261-2000. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000.

Sala de Lo Civil. sentencia definitiva, regencia: 1347-2021. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia: 16-2005. EL Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia: Inc. 3-92. El Salvador: Corte Suprema Justicia, 1992.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia: Inc. 17-95, (El Salvador: Corte Suprema Justicia, 1995.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia definitiva, referencia: 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005. El Salvador: Corte Suprema Justicia, 2008.

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 10-87 AC, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia 1989).

Sala de lo Constitucional. Sentencia de amparo, referencia: 193-2020. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 264-2010. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, referencia: 524-98 El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 623-2015. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de amparo, referencia: Inc. 2-95. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000.

Sala De Lo Constitucional. Sentencia de habeas corpus, referencia: 94-2020. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2021.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Habeas Corpus, referencia: 296-2017. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 25 de junio del 2009.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de inconstitucionalidad*, Referencia: 26-2008. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad, referencia: 16-2005. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de inconstitucionalidad, referencia: 2-95. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva de amparo, referencia: 623-2015. El Salvador: Corte Suprema Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: 117-2015AC. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala De Lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: 78-2006. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: 8-2015AC. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: Inc. 57-2005. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: Inc. 53-2005. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: Inc. 53-2005. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: Inc. 26-2006. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: Inc. 26-2008. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: Inc. 31-2004. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: Incs. 37-2004. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva, referencia: Incs. 53-2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

Alexy, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 11, (2009):3-26.

Arango Rivadeneira, Rodolfo. Derechos sociales Enciclopedia de filosofía y Teoría del Derecho, Volumen 2, (2015):1660-1678.

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. “La autonomía de la voluntad y derecho comercial”, Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas”, n.78 (1987):6-18. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/488324>

Bernal Pulido, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel, (2005): 87. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/23416>

Bobbio, Norberto. "Igualdad y libertad, Derechos" y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, Año nº 1, Nº 2, (1994):640-651.

Castro Martín, Teresa. "Maternidad sin matrimonio en América Latina: Análisis comparativo a partir de datos censales". Notas de población CEPAL, N° 93, (2010):60-74.

Cerra, Pablo. “De la Autonomía de voluntad: noción, limitaciones y vigencias”. *Advocatus*, No. 29 (2017): 160-183.

Cussiánovich, Alejandro. “Historia del pensamiento social sobre la infancia”, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, (2003): 9- 25

de Castro Bravo, Federico. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, Anuario de derecho civil, núm. 4 (1982): 1011- 1023.

de Lama Aymá, Alejandra. "Principios de Derecho sucesorio europeo libertad de testar y protección de la familia", Revista de Derecho Privado, marzo, (2016), 31-57.

Erazuriz, Cristina. “Sobre la protección internacional de la familia, Revista Chilena de Derecho”, Volumen 21 Numero 2, 1(1994): 15-45.

Esborraz, David Fabio. "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones". Revista de Derecho Privado, Número 29, (2015): 1-17

Estay, Martínez. “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”. en Revista Estudios Constitucionales, Volumen 8, Numero 2, (2010): 125-135.

ferrajoli, Luigi. “la democracia a través de los derechos”. Conferencia, biblioteca del poder legislativo, Montevideo Uruguay, viernes 10 de abril de 2015.

Gaitán, Lourdes. Los derechos humanos de los niños: ciudadanía más allá de las “3Ps”. Sociedad e Infancias, volumen 2, (2018): 2- 19.

García Rubio, María Paz. "La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de sucesiones". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 91, N° 750, (2015):2450-2463.

García, Albaladejo. "La sucesión iure transmisiones". *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 5, Numero 3, (1952): 899- 922.

González Perret, Diana. "La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, (2002): 1- 15.

Guzmán Brito, Alejandro. "*La doble naturaleza de deuda hereditaria y asignación hereditaria forzosa de los alimentos debidos por ley a ciertas personas*", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 2, (2008):305-332.

Jahanbegloo, Ramin. "Dos conceptos de libertad". *Revista de Occidente*, N° 338, (2009):8-19.

Jiménez, Rodríguez. Sonia, *Sustracción internacional de menores por sus propios padres: su destipificación en México*, UNAM, revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, (2012), 2-4.

José Albino Tinetti, "Los fundamentos del valor normativo de la Constitución", *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 2, PRJ, San Salvador, (1992), 198.

Katiuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm.6 (2012): 1-33

Krasnow, Adriana. El socio afectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Derecho Valdivia*, volumen XXXII N° 1, (2019): 60-71.

Lathrop Gómez, Fabiola. Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 32, (2017):130- 143.

Lathrop, Fabiola. "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno", *Estudios Constitucionales*, año 15, Numero 1, (2017): 310- 329.

Leticia Orduña, Eva. "Los derechos de los niños desde el derecho internacional". *Revista de la facultad de derecho de México*, Tomo LXXI, Número 279, (2021):260- 289.

Liebel, Manfred. "Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades". *Revistas anuales de la Cátedra Francisco Suárez*, (2015): 40-50.

Lledó Yagüe, Francisco y Monje Balmaseda, Oscar. "Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar". *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Volumen 1 (2014): 650-693.

Luz Karime, Ángel. "Autonomía de la voluntad, ¿Decadencia o auge?", *verba Iuris*, 36, (2016): 60-76.

Magariños Blanco, Victorio. "La libertad de testar Una reforma necesaria". *Revista de Derecho Privado*, septiembre octubre de (2005):19- 30.

Molano, Eduardo. "El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas". *artículo sim título*, (2007).440- 442.

Orlandi, Olga. "*Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad*". en *Revista Derecho Privado*, año II, núm. 6, (2015), 202

Parra Lucán, María Angeles. "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio". *Anuario da Facultad e de derecho da Universidad de la Coruña*, Nº 13, (2009):470- 481.

Pérez Contreras, María de Montserrat. "El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol.46 no.138. (2013):1602-1618.

Pérez Contreras, María de Montserrat. "La legislación vigente en materia de obligaciones alimentarias en el marco de la familia para el caso de menores en el distrito federal. revista de derecho privado", numero 1, (2002):8-19.

Picón, Yuri, Romero. "Interpretación etnográfica y social sobre la sustracción interparental de menores: enfoque desde la antropología jurídica". *Universitas Humanística*, núm. 64, Colombia, (2007):105-115.

Rodríguez Cano, Bercovitz. "Un voto particular interesante en materia de alimentos". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, (2015): 3- 19.

Rodríguez, Amunátegui. "La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 CC (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)", *Derecho privado y constitución*, núm. 29, (2015): 2-15.

Roig, Ansuátegui. "Argumentos para una teoría de los derechos sociales". *Revista Derecho del Estado*, Vol. 24, (2010), 49.

Santos Pais, Marta. "El derecho de nacimiento: el derecho a tener derechos". *Innocenti Digest*, Italia, núm. 9, (2002):128-135.

Ugarte Vial, Jorge. "Protección de la legítima contra los legados de cuerpo cierto". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 Nº 2, (2007):240- 252.

Villagrasa, Carlos. "Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*", volumen 49, (2015): 17-34.

SITIOS WEB

Child Rights International Network. Comité europeo de los derechos sociales. accesado el día 7 de julio de 2021. www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ECSR/ECSRdefault_en.asp

Comentario General No. 17, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 24 - Derechos del niño, 35° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989), párrafo 3.