

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2008
PLAN DE ESTUDIOS 1993



“LA EFECTIVIDAD O FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL ARTICULO 46 DEL
CODIGO DE FAMILIA EN CUANTO A LA PROTECCION A LA VIVIENDA
FAMILIAR”

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

PRESENTAN:

ALBEÑO RODRIGUEZ, EVELYN YANIRA
CORTEZ MELCHOR, SANDRA MARLENE
FLORES RODRIGUEZ, EDWIN ERNESTO

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. JUAN JOEL HERNÁNDEZ RIVERA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DE 2009

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

MASTER MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENES
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNANDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICENCIADO JUAN JOEL HERNANDEZ RIVERA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN

AGRADECIMIENTOS

A Dios todopoderoso y la santísima virgen Maria por darme sabiduría y perseverancia para terminar una meta mas en mi vida.

Un especial agradecimiento a mi esposo **MELVIN GADIEL PORTILLO VANEGAS**, por su amor, apoyo incondicional para que pudiera culminar mis estudios.

A mis hijos: **MARIA LUCIA PORTILLO ALBEÑO Y OCTAVIO ENRIQUE** por ser fuentes de inspiración y motivación para culminar mi carrera universitaria.

A mi madre **VILMA VICTORIA ALBEÑO** ,por traerme a este mundo.
Y demás familiares.

A mis compañeros de tesis: Edwin Ernesto Flores Rodríguez y Sandra Marlene Melchor por la comprensión y tolerancia.

EVELYN YANIRA ALBEÑO RODRIGUEZ

AGRADECIMIENTOS

A DIOS por darme la sabiduría e inteligencia, para terminar una meta mas en mi vida, como lo es la culminación de mi carrera profesional, además de la fortaleza de superar cualquier obstáculo, y no detenerme en conseguir mis sueños, por ser el conductor de mi vida y en quien tengo puesta toda mi confianza.

A MI MADRE. Ana Zoila Melchor Zepeda, por ser la amiga incondicional, que me dio las fuerzas necesarias para terminar mis estudios, dándome su apoyo, su tiempo, su sacrificio, y sobre todo los consejos tan valiosos que me han ayudado a crecer como persona.

A MIS HERMANAS: Alejandra Beatriz Cortez Melchor, y Mariela Guadalupe Cortez Melchor, por ser las razones de mi esfuerzo para culminar mi carrera universitaria, y brindarme su apoyo en todo momento.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS: Por la comprensión, esfuerzo y dedicación que ambos mostraron en el desarrollo del presente trabajo.

A todos los amigos que siempre estuvieron dispuestos en colaborarme en cualquier momento que necesite de su ayuda, aportándome así un granito de arena para que yo pudiera lograr esta meta. MUCHAS GRACIAS!

DIOS LOS BENDIGA

SANDRA MARLENE CORTEZ MELCHOR

AGRADECIMIENTOS

La culminación de mis estudios es el resultado de un propósito de superación personal, en la que puse toda mi voluntad, dedicación, esfuerzo y sacrificio.

A DIOS TODO PODEROSO Que con su infinita bondad me iluminó el sendero y dio absoluta firmeza, permitiéndome recoger el fruto anhelado, gracias señor por esa brillante luz que pusiste en mi camino, por lo que te reconozco como mi único salvador personal.

A MIS PADRES. Doris Ester Rodríguez y Juventino Flores, por su sacrificio, esfuerzo y consejo desde mi primer día de estudio hasta la culminación profesional.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS: con todo respeto, estimación por el sacrificio y esfuerzo que cada una mostro para lograr en forma satisfactoria la culminación de nuestro trabajo, por su alto grado de compañerismo apoyo y dedicación para culminar nuestro objetivo.

EDWIN ERNESTO FLORES RODRIGUEZ

INDICE

| | |
|--------------|---|
| INTRODUCCION | i |
|--------------|---|

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO A LA VIVIENDA FAMILIAR

| | |
|---|----|
| 1.1. LA FAMILIA: EVOLUCION HISTORICA, FUNCIONES Y NATURALEZA JURIDICA | 1 |
| 1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS A NIVEL INTERNACIONAL | 9 |
| 1.3 ANTECEDENTES HISTORICOS A NIVEL NACIONAL. | 15 |

CAPITULO II

ASPECTOS DOCTRINARIOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

| | |
|--|----|
| 2.1 CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR | 17 |
| 2.2 GENERALIDADES SOBRE LA PROTECCION A LA VIVIENDA FAMILIAR | 24 |
| 2.3 LA RAZON DEL SER DEL PRECEPTO | 27 |
| 2.4 EL DERECHO HUMANO A LA PROTECCION A LA VIVIENDA FAMILIAR | 28 |

CAPITULO III

INSTRUMENTOS JURIDICOS NACIONALES E INTERNACIONALES RELACIONADOS A LA PROTECCION A LA VIVIENDA FAMILIAR

| | | |
|-------|---|----|
| 3.1 | NORMATIVA NACIONAL | 29 |
| 3.1.2 | CODIGO CIVIL | 35 |
| 3.1.3 | CODIGO DE FAMILIA | 37 |
| 3.1.4 | LEY PROCESAL DE FAMILIA | 39 |
| 3.2 | NORMATIVA INTERNACIONAL | 40 |
| 3.2.1 | DECLARACION UNIVERSAL SOBRE DERECHOS HUMANOS. | 40 |
| 3.2.2 | PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES | 42 |
| 3.2.3 | DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE | 43 |
| 3.2.4 | CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS | 43 |

CAPITULO IV

LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR

| | | |
|-------|--|----|
| 4.1 | ANALISIS DE LA INSTITUCION | 46 |
| 4.1.1 | CONCEPTO | 46 |
| 4.1.2 | CARACTERISTICAS | 46 |
| 4.1.3 | NATURALEZA JURIDICA | 49 |
| 4.1.4 | FINALIDAD | 49 |
| 4.2 | PRESUPUESTOS PARA LA CONSTITUCION DE LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR | 50 |
| 4.3 | CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROTECCION PARA LA VIVIENDA FAMILIAR | 54 |
| 4.4 | FAMILIAS EN CRISIS | 56 |

| | |
|---|----|
| 4.5 EFECTOS DE LA AFECTACION DE UN INMUEBLE A VIVIENDA FAMILIAR | 66 |
| 4.6 DESAFECTACION DE LA VIVIENDA FAMILIAR | 68 |
| 4.7 OBSTACULOS QUE AFRONTA ESTA INSTITUCION | 72 |
| 4.7.1 EN CUANTO A LA VOLUNTAD DE LOS TITULARES | 73 |
| 4.7.2 EN EL PROCEDIMIENTO | 75 |

CAPITULO V

PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | |
|---------------------|-----|
| 6.1 CONCLUSIONES | 96 |
| 6.2 RECOMENDACIONES | 99 |
| BIBLIOGRAFÍA | 101 |

INTRODUCCION

La protección a la vivienda familiar regulada en el Artículo 46 del Código de Familia es una institución relativamente nueva debido a que su resurgimiento se debe a la creación de este código en el año de 1994, el cual retoma y regula esta institución con aportes nuevos como los requisitos, características y finalidad que esta debe cumplir.

Al hablar de resurgimiento nos referimos a que esta institución ya existía bajo el nombre de BIEN DE FAMILIA, la cual contaba con una Ley propia denominada Ley sobre el bien de familia, la cual fue creada en el año de 1933. En esta ley que constaba de 16 artículos desarrollaba de manera amplia la figura en mención pero el Código de Familia viene a derogarla y cabe recalcar que ahora solamente es regulada mediante un solo artículo.

Es por tal razón que esta institución jurídica constituye el eje central del presente trabajo de investigación, con el objetivo de conocer la efectividad o falta de cumplimiento de la misma, a quince años de vigencia del Código de Familia.

Además con la realización de la presente investigación se persigue como propósitos generales determinar los efectos jurídicos que derivan de la constitución del derecho de habitación de la vivienda familiar, como lo son la limitación al derecho de propiedad del dueño del inmueble, la oponibilidad del derecho frente a terceros, así como también analizar la eficacia que en la práctica tiene el Art.46 del Código de Familia, al solicitar esta protección, la

cual debe reunir requisitos como: No estar en proindivisión con terceros, ni gravado con derechos reales o personales que deban respetarse.

El documento contiene el informe final, organizado en seis capítulos, los cuales se encuentran estructurados de la siguiente forma:

CAPITULO I, EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA VIVIENDA FAMILIAR, se hace referencia a los aspectos fundamentales como lo es la familia, su evolución histórica, y antecedentes históricos de este derecho tanto a nivel nacional como internacional.

CAPITULO II, ASPECTOS DOCTRINARIOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR, comprende el concepto de vivienda familiar, y las generalidades del tema incluyendo la razón del ser de este derecho.

CAPITULO III, INSTRUMENTOS JURIDICOS NACIONALES E INTERNACIONALES RELACIONADOS A LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR, en el cual se ha referido a toda la normativa que de una u otra forma son la base de la creación de esta institución jurídica, y se expone de manera especial iniciando con el ordenamiento nacional para luego enfocarse a los instrumentos jurídicos internacionales.

CAPITULO IV, PROTECCION A LA VIVIENDA FAMILIAR, este encierra toda la información recopilada en cuanto al tema específico, haciendo un breve análisis de esta institución, dando conceptos, características, naturaleza jurídica, entre otros y exponiendo los obstáculos que en la realidad afronta la misma.

CAPITULO V, PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO, en este se ha sintetizado la información obtenida luego de haber realizado la investigación de campo, y al mismo tiempo se hace un análisis a los resultados en cuanto al cumplimiento de la institución jurídica en estudio, con la realidad nacional.

CAPITULO VI, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, Contiene nuestra aportación a la realidad que se vive en torno a la institución jurídica estudiada, esto en base a los resultados obtenidos de la investigación de campo realizada.

CAPITULO I.

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO A LA VIVIENDA FAMILIAR

1.1. LA FAMILIA: EVOLUCION HISTORICA, FUNCIONES Y NATURALEZA JURIDICA.

El conocimiento de la historia de la familia como núcleo primario anterior y superior al Estado permite la comprensión del papel que el hombre ha desempeñado a través del desarrollo y evolución de la humanidad; el hombre necesita asociarse para sobrevivir, y esa necesidad hace unirse a un hombre y una mujer de donde surge la procreación y la relación entre padres e hijos y es lo que se denomina la familia. La familia siempre ha sido considerada como la célula básica de la sociedad, por lo tanto, la sociedad genéricamente debe entenderse como una gran familia, como la unión o agrupación de numerosas familias. Si retrocedemos un poco en el tiempo, en lo relativo a la prehistoria de la humanidad, veremos que ésta ha venido atravesando por una serie de evoluciones, siguiendo la tesis de Federico Engels, el proceso cultural de la humanidad ha pasado por tres etapas principales: El salvajismo, la barbarie y la civilización¹.

En el período del salvajismo predomina la apropiación de los productos naturales, tal como se encuentra en el medio ambiente, la mano del hombre no interviene para la formación de éstos. En esta misma etapa la especie humana tiene un sistema de vida que corresponde al desarrollo embrionario de su cerebro, como también a la etapa de la “Promiscuidad”, es

¹ Núñez Castillo, Adolfo. Derecho de familia. Legislación Colombiana. Pp. 95

decir que en esta etapa, hay libertad sexual absoluta. En esta etapa se dio la primera forma de gobierno familiar “el matriarcado”.

El período de la Barbarie, es el de la ganadería, la agricultura y adquisición de métodos de creación más activo de los productos naturales por medio del trabajo humano, también se caracterizó en cuanto al sistema de vida, es decir, surgen así agrupaciones humanas concentradas en viviendas rudimentarias, como “bohíos y chozas” y con auténticas instituciones que las diferencian unas de otras conocidas con los nombres de gens, patria, clan y tribu. El asentamiento del hombre en la vivienda deja atrás al nomadismo, ya que la humanidad deja de peregrinar por los valles siguiendo el curso de los ríos, y busca su refugio en los campos que le permitan cuidar sus rebaños y cultivar los vegetales; se forman entonces las aldeas y caseríos como consecuencia del incremento de la alfarería; en esta etapa se presenta la evolución de la familia monogámica, y esta última es la etapa de la civilización cuando el hombre aprende a elaborar productos artificiales, tomando de la naturaleza la materia prima para poner en práctica la industria y el arte.

Conforme el hombre fue formando sus grupos familiares, ha habido un proceso o mejor dicho una evolución conociéndose como tipos de familia las siguientes: Consanguínea, Punalúa, Sindiásmica y Monogámica².

En la familia consanguínea, las líneas de parentesco o descendencia vienen de una pareja y los descendientes de ésta son entre sí hermanos y hermanas y por eso maridos y mujeres unos de otros. Este tipo de familia ha desaparecido, pero el sistema de parentesco que existe en Hawai expresa grados de parentesco consanguíneo que sólo ha podido surgir de esta forma de familia.

² Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. Pp. 3-8

La familia Punalúa, es un tipo clásico de una formación familiar, que tiene una serie de variaciones y su rasgo característico esencial es la comunidad recíproca de hombres y mujeres en el seno de un determinado círculo de familia, el matrimonio es por grupos, la descendencia se demuestra por la línea materna, reconociendo por ello sólo la filiación femenina. A las relaciones de herencia se les llama “derecho materno”, pero al nivel que se encontraba este estado de sociedad, aún no existía derecho en el sentido jurídico de la palabra, se forma un círculo cerrado de parientes consanguíneos por línea femenina y no pueden casarse unos con otros, pues ahí se van formando las Gens y las relaciones familiares se consolidan cada vez más por medio de instituciones comunes de orden social y religioso.

Existían ciertas complicaciones que a diario hacían más imposibles las uniones por grupos, las cuales fueron sustituidas por la familia Sindiásmica, en ésta el régimen del matrimonio por grupos, se formaba por parejas conyugales unidas por un tiempo más o menos largo; entre sus numerosas esposas el hombre tenía a una de ellas como jefa del grupo, y por ello la poligamia y la infidelidad ocasional era un derecho para el hombre mientras duraba la vida en común; existía la más estricta fidelidad por parte de la mujer y su adulterio se castigaba cruelmente, siendo esto motivo de rompimiento del vínculo conyugal y los hijos pertenecían a la madre. Es acá donde el matrimonio introduce en la familia un nuevo elemento y es que junto a la verdadera madre había un verdadero padre, el hombre proporcionaba los alimentos, pero los hijos no podían heredar de su padre porque la descendencia se contaba por la línea femenina y quien heredaba era la gens del hombre. Este es un primer paso al avance del hombre en el grupo familiar basado en relaciones individuales y exclusivas, hacia la monogamia, la cual se implanta en la mayor parte del mundo civilizado.

En la Edad Media la familia se va convirtiendo en factor económico de producción, y tenía como fin primordial bastarse a sí mismo, pero también producir bienes y servicios para negociar. Es la misma etapa de la historia de la producción y la manufactura en el taller familiar, surgiendo así familias de agricultores, artesanos, herreros, etc. En esta época la familia alcanza su organización actual basada en la relación monogámica; característico es, la figura autoritaria del padre, el cual se constituye en el centro de todas las actividades familiares. El “pater familias” era el jefe supremo de la familia el único “sui juris”, es decir, el representante jurídico de la gens romana, también lo era el sacerdote de los dioses familiares, el jefe militar, político y económico, el legislador y juez supremo de la esposa, hijos, nietos, nueras, suegros y tuvo su apogeo en Roma, durante la República, durante el imperio y aún en su decadencia.

La doctrina cristiana sostiene la indisolubilidad del vínculo matrimonial, este se sustentaba en el respeto mutuo que debe existir entre los cónyuges, así como la tutela del esposo sobre la esposa e hijos, ejerce su influencia en el medioevo. La familia se manifiesta como un organismo de ética muy elevado constituyéndose en un núcleo social fuertemente unido.

Con la Revolución Francesa de 1789 se dio un retroceso en materia familiar, porque se suspendió el carácter religioso del matrimonio y se concibió a éste como un contrato. En esta época el principio de libertad fue el que permitió la disolución del matrimonio y el principio de igualdad, permitiendo distinguir que había una familia natural y una legítima.

En los primeros siglos de la Edad Moderna van evolucionando las ideas y estructuras, por ejemplo en el siglo XVII el movimiento filosófico de la ilustración concreta la composición del grupo familiar a los padres y los hijos, mantienen la independencia de éstos y defienden la conveniencia del

divorcio. Otro movimiento fuerte que influyó fue “La Reforma”, movimiento que afirma la autoridad del poder civil en el tema del matrimonio. El individualismo fruto de la Revolución Francesa tuvo una influencia muy grande en la estructura familiar, se impone el matrimonio civil y el divorcio. Se observa aunque a lo largo del tiempo una evolución hacia una mayor igualdad y libertad del individuo en sus relaciones personales y deja el cumplimiento de aquellos deberes que se forman en la religión y la moral, a la conciencia de la persona, sin acudir a intervención judicial.

FUNCIONES DE LA FAMILIA.

La familia considerada como un grupo social irreducible, natural y necesario para la vida del ser humano, desempeña dentro de la sociedad ciertas funciones primordiales que son: la regulación de las relaciones sexuales; la reproducción de la especie; la económica; la educación y la afectiva.

Decimos que la familia es la reguladora de las relaciones sexuales porque en ella se crea un sentido de responsabilidad y estabilidad a través de la institución del matrimonio que supone una serie de obligaciones y derechos recíprocos que son amparados por la ley, aun así, como sabemos existen en nuestra realidad familias que son productos de uniones de hecho, a estas uniones la ley de familia también les da cierta protección en especial a los hijos menores de edad; pero en definitiva sigue siendo un medio que regula las relaciones existentes entre cónyuges y convivientes que han decidido hacer vida en común.

Muy íntimamente ligada a esta función encontramos que la familia también es considerada como reproductora de la especie humana, debido a que la procreación es un efecto biológico y natural de la unión de un hombre y una mujer; lo cual es necesario para la perpetuidad de la especie, sin

embargo encontramos casos en que existen familias sin que haya procreación, tal como sucede en aquellas parejas que no pueden tener hijos y hacen uso de la adopción, saliéndonos por ello de los parámetros normales, por ese motivo más que una función de la familia se considera a la reproducción como fuente de la misma.

Con relación a la función económica, la familia actúa como productora de bienes y servicios y como unidad de consumo. Para Sara Montero Duhalt, el aspecto productivo se da en la zona rural y el de consumo en el medio urbano; creemos que esto no es del todo cierto, sino que ambos aspectos se dan alternativamente tanto en lo rural como en lo urbano porque la familia como ente productivo no sólo produce bienes sino que también aporta servicios a la comunidad, y se convierte en un ente de consumo desde que necesita de productos no elaborados por ella para poder subsistir; dentro de la familia se adquieren las normas éticas y morales básicas y se moldea el carácter del individuo, lo que influye de gran manera en su personalidad y la forma como éste se desenvolverá en un futuro dentro de la sociedad, por lo cual la función educativa es quizás la más importante de la familia, al concebirse como un preámbulo de la preparación del hombre para que pueda desenvolverse por sí mismo y prosiga correctamente con el ciclo de vida y la perpetuación de la especie.

La familia tiene también una función afectiva, ella es la que proporciona en forma natural al ser humano, el afecto que es imprescindible para el equilibrio mental y emocional de la persona; esto es más importante en los primeros años de vida del individuo, por ser el tiempo en que se desarrollan los sentimientos más profundos que se originan de las relaciones padres-hijos-hermanos-.

Claro está que para que esta función se concrete es necesario que la familia esté bien integrada, rodeada de un ambiente de paz, armonía y seguridad, de no ser así los efectos que se causarían serían dañinos y contraproducentes.

NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA.

Ha sido muy difícil definir la naturaleza jurídica de la familia. Al respecto encontramos tres tesis de diferentes autores que han pretendido hacer un estudio detenido sobre este punto:

- 1- La tesis de la personalidad jurídica de la familia;
- 2- La tesis de la familia como organismo jurídico;
- 3- La tesis de la familia como institución.

La primera tesis, ha sido desarrollada por Savatier, para él, la familia es una persona moral o jurídica que es susceptible de atribuírsele derechos de carácter patrimonial como el de la propiedad del bien de familia, las cargas matrimoniales; y derechos de carácter extra patrimonial tales como el derecho al apellido o nombre patronímico de la familia, los derechos emergentes de la patria potestad. Con relación a esto Zannoni es de la opinión que el interés personal de cada uno de los miembros de la familia, debe ceder al interés grupal de ella, si se quiere mantener su unidad, ya que únicamente valorizando su interés familiar como forma de proteger el interés personal de sus miembros se puede lograr el bienestar de ésta.

Sin embargo, el hecho de que se acepte que la familia tenga un interés prioritario, no significa que ésta tenga personalidad jurídica; la principal característica de la personalidad es la capacidad de adquirir

derechos y contraer obligaciones y es muy evidente que la familia como ente que representa un todo social, no tiene esas facultades ni adquiere personería diferente a la de sus integrantes.

El autor de la segunda teoría es el profesor italiano Antonio Cicu quien afirma: “La familia es un agregado de formación natural y necesario que en ese carácter se coloca frente al Estado pero es anterior y superior a él”. Para Antonio Cicu la familia no es una persona jurídica sino un organismo jurídico similar al Estado pues hay relaciones de interdependencia entre los sujetos y subordinación de ellos al Estado que son las mismas que se dan en la familia, con la variante que la subordinación es con respecto al interés familiar, el cual se cumple en base a la asignación que hace la ley a cada miembro de la familia. Esta teoría no ha sido aceptada debido a que deshumaniza la perspectiva histórica y social de la familia.

La tercera tesis planteada es la más aceptable y seguida por otros autores, aunque se le critica porque el término institución es impreciso; y prefieren denominar a la familia como institución social natural y aún jurídica. La teoría de las instituciones fue creada en Francia por Maurice Hauriou, quien sostiene que institución: es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de los individuos, tales como la familia, la propiedad o el Estado en particular, y que no pueden ser destruidos ni por la legislación, es un idea objetiva transformada en una obra social y que sujeta así, a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas.

Para Zannoni, Díaz de Guijarro y Guastavino, la familia es una institución social, pues para reconocer su naturaleza jurídica, es necesario remontarnos a su concepto sociológico, o naturaleza eminentemente social. Consideramos esta tesis más ajustada que las anteriores, pues es sobre la

base de la estructura social, que el Estado organiza sus mecanismos jurídicos de control de la familia e impone a sus miembros los derechos y obligaciones necesarios para su bienestar y desarrollo.

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS A NIVEL INTERNACIONAL

El Homestead en los estados Unidos desciende directamente del "Town chips" o reparto anual de terrenos colectivos de una comunidad política o municipio. Dos tipos de Homestead son conocidos: el domicilio casa o habitación y el rural. El fundamento de este patrimonio rural radica en la protección judicial que al jefe de familia se le preste, para que los acreedores no puedan disponer de tal patrimonio, esencial para la sobrevivencia de la familia.

El Homestead puede ser de dos tipos: el urbano y el rural. Tanto en la forma de constituirse como en su funcionamiento el homestead es el mismo: la protección al núcleo familiar dotándolo de un hogar o de un terreno cultivable o de otros instrumentos de trabajo que no pueden ser embargados ni enajenados.

En la región centroamericana con gran sentido anticipatorio los constituyentes federales de 1921 en el artículo 171, de la constitución política de la república de Centroamérica expresaron: "Se establecerá un centro técnico bajo el nombre de Instituto de Reformas Sociales, cuyas atribuciones y deberes serán los siguientes: Proteger el matrimonio y la familia, como bases y fundamento de la sociedad y organizar el patrimonio de la familia"

Canadá adopta la institución del patrimonio, familiar, por ley desde 1878

notificada en 1886 y en 1893 Australia la incluye en su ley de Colonización de 1895, cuando el gobierno repartió grandes extensiones de terrenos para cultivo y fundación de hogar, con derecho a la adquisición del dominio al cabo de cinco años.

En Rusia el patrimonio familiar estaba ordenado por el artículo 10 de la constitución de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, cuyo texto decía " La ley Protege la propiedad personal de los ciudadanos sobre los ingresos y ahorros, frutos de su trabajo sobre su casa vivienda y su economía domestica auxiliar, sobre los objetos de mobiliarios de uso cotidiano, así como los objetos de uso y comodidad personal.

En Francia la ley del doce de Abril de 1894 reformada mas tarde en 1905 y el 5 de diciembre 1922, la legislación anterior tenia como finalidad asegurar la estabilidad de la familia mediante la institución de un patrimonio familiar inembargable,

En Alemania la constitución de 1919 previo en su artículo 155 la obligación del Estado de dar a todo alemán un patrimonio y una morada sana y a todas las familia alemanas un pequeño patrimonio que subvenga a sus necesidades.

En España el fuero de castilla crea el patrimonio familiar a favor de los campesinos y los constituían: La casa, la huerta y la Hera, bienes que eran inembargables así como las armasel caballo y la acemila (mula o asno). En el derecho foral español surgió en numerosas regiones el patrimonio familiar con las mismas características señaladas en el citado fuero.

En el Derecho Positivo Argentino se observa una tendencia tuitiva a la protección del patrimonio familiar, que se encuentra consagrado por diversas

normas de distinto rango; La constitución Nacional Argentina a través de su artículo 14 bis establece de manera programática " La protección Integral de la familia ; La defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna, lo que se instrumenta en la ley 14394 que determina en su artículo 34 que toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble de su propiedad cuyo valor no exceda del sustento y necesidades de la familia. Este bien de familia no es susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción registral.

En relación a la vital seguridad que requieren los componentes del núcleo familiar de tener los elementos materiales necesarios para subsistir, los sistemas jurídicos de diversas épocas y latitudes, han creado medidas e Instituciones que responden a esta preocupación. El patrimonio de familia es una de ellas.

México tiene como antecedente precortesiano del patrimonio familiar, las parcelas que se adscribían a las familias que habitaban en los barrios (calpulli), y cuya extensión era proporcionada a las necesidades de cada una de ellas.

En su estudio de la Legislación Mexicana, la escritora Sara Montero Duhalt, expone: "La familia considerada como el grupo social irreductible, natural y necesario para la vida del ser humano, ha sido siempre objeto de interés de los legisladores y al respecto se han creado normas jurídicas que contemplan mas el interés del grupo familiar, que el particular de cada uno de los miembros que lo componen. Han surgido en base a ello, instituciones de derecho familiar que llevan la finalidad de proteger, tanto al núcleo mismo de la familia, como aisladamente a sus componentes mas necesitados de tal protección, cual son los menores de edad, y los incapacitados".

Costa Rica protege el patrimonio familiar al establecer en el artículo 65 de la constitución, que el estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador".

En la constitución de la República de Honduras, también se reconoce esta institución ya que establece el derecho de los hondureños a una vivienda digna. Y la obligación del Estado a formular y ejecutar programas de vivienda de interés social. En el mismo sentido aparece regulado en la constitución de Nicaragua y de Panamá.³

Algunas legislaciones regulan como patrimonio de familia además de la casa y la parcela, los bienes muebles de uso ordinario de la casa, los aperos y otros instrumentos de labranza y la pequeña industria o el taller familiar.

De nuestras raíces hispánicas se mencionan el fuero viejo de Castilla que instituyó el patrimonio de familia favor de los campesinos, y lo constituían la casa, la huerta, y la era. Bienes que eran inembargables, así como las armas, caballos, esta característica del fuero viejo de Castilla son semejantes a los del derecho foral Español.

Puede citarse como antecedente de la institución de la madrugada en Bulgaria y el MIR de la Rusia zarista, configurado por bienes familiares ajenos a la potestad del jefe de la familia, quienes no podían venderlo ni gravarlo. El antecedente inmediato para nuestro derecho debe verse en el HOMESTEAD de los Estados Unidos, derivado a su vez del derecho Escocés. El HOMESTEAD fue instituido por ABRAHAM LINCOLN en 1862 y lentamente ha ido introduciéndose a otras legislaciones, sufriendo diversas

³ Fernández Domingo Jesús Ignacio. Vivienda y Familia: presente y futuro de una simbiosis. X Congreso Internacional de Derecho de familia. Argentina. 1998, PP 244y 245

variantes, según el país donde se aplica: tenía como instrumentos para lograr su fin la constitución del hogar para sí y para su familia, excluido absolutamente de su patrimonio y de la prenda común de sus acreedores.

Lamentablemente esta ley fundamental de avanzada tuvo una existencia muy corta pero ha orientado en forma determinante el constitucionalismo de la región: en el caso de El Salvador con una clara influencia de la Constitución federal a partir de 1939, el bien de familia es acogido en el texto de todas las constituciones que se han decretado a partir de esa fecha, como medio de tutela del patrimonio familiar.

Sobre la Institución de la protección a la vivienda familiar ha habido autores que dedicaron su tiempo en la investigación, entre ellos esta: Sara Montero Duhalt, quien en su libro “Derecho de Familia”, ha estudiado y escrito lo siguiente: Concepto del Bien de Familia: “Una casa y una parcela cultivable declarados inembargables, inalienables e ingravable por estar afectados al fin de la protección familiar, constituido por el miembro de la familia que tiene a su cargo la obligación de alimentos”.

Sus características son: no hay transmisión de propiedad, el bien queda afectado al fin de protección de la vivienda familiar, se declara inalienable, inembargable e ingravable, temporal sujeto a cuantía máxima, constituido mediante procedimiento legal, sólo un patrimonio por familia y un inmueble ubicado en el domicilio del constituyente.

Sostiene que el bien de familia tiene diferentes clases: Voluntario, con bienes propios del constituyente; voluntario con bienes adquiridos del Estado y forzoso, a petición de los acreedores alimentarios ante el Juez de lo Familiar.

La constitución del Bien de Familia según la autora, tiene como consecuencias: La obligación de habitar la casa y de cultivar la parcela, saca al inmueble temporalmente del comercio y es nulo si se constituye en fraude de acreedores.

El bien de familia dice, disminuye por gran necesidad, por notoria utilidad y cuando rebasa en mas del cien por ciento del valor máximo de la cuantía, y se extingue cuando se extingue la obligación alimentaria, por no habitar la casa o no cultivar la parcela, por gran necesidad, por notoria utilidad, por expropiación y por nulidad o rescisión de la venta del bien al titular constituyente.

Una de las instituciones, es la fundamental: la obligación alimentaria que en forma recíproca, se establece entre todos los componentes del grupo familiar: cónyuges, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado.

De todas las personas que componen en un momento dado una familia, solamente uno, o alguno de ellos, tienen la capacidad económica de proveer de alimento al resto del grupo.

La satisfacción de las necesidades familiares, que son múltiples, requieren del esfuerzo de las personas a quienes compete, las que están capacitadas para ello-y la provisión por su parte de las cantidades y bienes necesarios. Los bienes de las personas son, en este aspecto, los resultados objetivos y económica se encuentran dentro del comercio, expuestos a los riesgos del mismo.

La vida económica se paralizaría si las personas no pudieran responder de sus obligaciones futuras con la disposición de sus propios bienes. La seguridad de las relaciones civiles y mercantiles, se basan en el viejo principio de que las personas responden de sus obligaciones con el total de sus bienes.

La institución del bien de familia tuvo su origen en los países Anglosajones, donde también alcanzó su mayor desarrollo. En Alemania, tanto la Ley de Brunswick, del 19 de abril de 1918, como la constitución de Weimar en el Art. 155, aluden expresamente a través de una larga tramitación parlamentaria, dándole al concepto de familia un sentido amplio. En algunos lugares de los Estados Unidos de América como en el Estado de Florida, existe una Ley similar al Bien de Familia conocida como “Joint Tenancy”, que quiere decir tenencia conjunta.

1.3 ANTECEDENTES HISTORICOS A NIVEL NACIONAL.

En el Salvador el bien de familia aparece formalmente en la legislación Secundaria en el año de 1933 aunque es a partir del año 1939 que el bien de familia es acogido en el texto de todas las constituciones que se han decretado desde esa fecha, como medio de tutela del patrimonio familiar.⁴

La protección de la vivienda familiar se regula en el capítulo II régimen Patrimonial del Matrimonio, Art. 46 del Código de Familia, "Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de

⁴ Comisión revisora de la Legislación Salvadoreña “Exposición de motivos del ante proyecto de Código de Familia. PP451

derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos conyugues so pena de nulidad.

Cuando no pudiere obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el juez a petición del otro, podrá autorizar la destitución la enajenación la constitución de derechos reales o personales o la sustitución según el caso atendiendo al interés de la familia.

Este artículo contempla una de las reglas que integran el llamado régimen patrimonial primario, que son las disposiciones legales aplicables a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal, por constituir normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico-matrimonial.

Como se sabe el bien de familia aparece formalmente en la legislación secundaria Salvadoreña en el año de 1933, aunque tiempo atrás algún esfuerzo se hizo en pro de su implantación. No obstante el bien de familia es una institución de cimera importancia, y que tuvo mas de 50 años de vigencia, su estatuto legal tuvo poca aplicación y su influencia escasamente se hizo sentir en la vida nacional.

Como causal determinante de su poca aplicación se mencionan: La determinación que si la ley de los límites máximos de los valores a los inmuebles sometidos a su afectación, valores que si alguna actualización tuvieron en su época en la actualidad no son acorde también se señala como motivo, la obligación que establecía la ley de constituirlo con conocimiento de causa, lo cual representaba un tramite tedioso y largo.

De todas las formas el derecho de habitación tipificado en el Código de Familia supuestamente remozada, por lo cual definitivamente tenemos que remitirnos a este ultimo para comprender su naturaleza intrínseca y su forma de aplicación.

CAPITULO II

ASPECTOS DOCTRINARIOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

2.1 CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

La definición del término vivienda ha sido ampliamente debatida tanto en los círculos académicos como entre los encargados de implementar las políticas públicas. Las ideas van desde los cuestionamientos a las implicaciones éticas y morales de lo que se debe considerar “vivienda digna” hasta las de carácter operativo, que se refieren a cómo registrar el inmueble llamado vivienda. Dentro de esta gama de ideas se encuentran diversos puntos intermedios sobre los aspectos funcionales que debe cubrir la casa-habitación.

Para entender la manera en que puede protegerse la vivienda familiar, es necesario tener una idea de lo que es vivienda familiar, porque en ella recaerá el derecho que se establece a favor de la familia. Debido a ello nos atrevemos a citar algunas definiciones:

En el caso de los académicos la discusión se torna más ética, fundamentándose en las funciones que debe cubrir una vivienda adecuada:

protección, saneamiento, bienestar, independencia, posibilidad de inserción social y territorial pero principalmente en términos de seguridad patrimonial.

Por su parte, los expertos internacionales parecen inclinarse por un término más operativo como es el de “vivienda adecuada”. Una vivienda adecuada “significa algo más que tener un techo bajo el cual guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación ventilación suficiente, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un desplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

Finalmente, en términos de registro y de evaluación, la definición más extendida es la del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México, (INEGI) que señala: “Vivienda. Espacio delimitado normalmente por paredes y techos de cualquier material, con entrada independiente, que se utiliza para vivir, esto es, dormir, preparar los alimentos, comer y protegerse del ambiente”. Ésta es una definición técnica que no alcanza a abarcar las dimensiones social y ética del concepto vivienda.

Según Manuel Osorio el término “Vivienda familiar”, lo define como: “Habitación, casa, morada y domicilio”⁵

“Recinto o espacio comprendido dentro de ciertos límites, que constituye el centro de la vida de una familia, con carácter habitual, con vocación de permanencia e intencionada”⁶

En este orden de ideas a continuación hacemos referencia a las definiciones que son brindadas por la Doctrina y el Derecho Positivo.

A) Doctrinal

La norma positiva no ofrece un concepto claro y unívoco de vivienda familiar. No puede decirse que ayude a la elaboración de dicho concepto la variedad de denominaciones empleadas por el legislador para referirse a una misma y única realidad. Ciñéndonos a la legislación civil salvadoreña, se utilizan términos tan variados como “residencia común”, “hogar”, “inmueble que sirve de habitación a la familia”, “vivienda familiar”, “hogar conyugal”, etc.⁷

El examen de tal variedad de vocablos en el contexto legislativo en que son empleados por el ordenamiento jurídico permite esbozar tal concepto, por vía inductiva.

Entre los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por definirla vivienda familiar, merece la pena citar su consideración como asentamiento o ubicación del ente pluripersonal que constituye la familia, al servicio de ésta e

⁵ Osorio Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales”, Edit. HELIASTA S.R.L., Viamonte Argentina, 1962

⁶ “Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho”, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997

⁷ CAMPOS PEREZ, JAIME MAURICIO, “La función Pública del Notariado y la Protección de la vivienda familiar”

independiente del origen o titularidad del inmueble sustrato de la vivienda⁸

La sentencia del Tribunal Supremo de España (STSE) de 31 de diciembre de 1994 se refiere a ella como “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”. Y la STSE de 16 de diciembre de 1996 dice que la “vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”.

Este punto de partida permite llegar a una concepción de la vivienda familiar como patrimonio al servicio de la familia como colectividad, así como que se deroguen las normas generales en materia de propiedad (por ejemplo, en el condicionamiento que afecta al titular a la hora de disponer libremente de la vivienda que sea de su propiedad.

Precisamente es la consideración de un interés colectivo que trasciende de las propias personas que constituyen la familia lo que justifica una modificación del derecho de propiedad en lo relativo a la disponibilidad de la vivienda⁹

Se ha dicho también que por vivienda familiar se entiende aquel edificio o construcción destinado a ser habitado por un conjunto de personas que forman una familia. O aquella superficie terrestre que reuniendo los

⁸ Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona (España) 15 de septiembre de 1989

⁹ Juan Peces, La naturaleza Jurídica de la Atribución de la Vivienda Familiar en los Casos de Crisis Matrimonial; Ponencia presentada en el seminario de Formación de Jueces y Magistrados sobre vivienda, Plan estatal, 1992, del Consejo General del Poder Judicial de España.

requisitos esenciales de habitabilidad y poseída en virtud de algún título jurídico, sirve para dar cumplimiento a los fines individuales y familiares¹⁰

Algún autor¹¹ opina que es preciso que, para que merezca la consideración legal de vivienda familiar, debe reunir un mínimo de habitabilidad y dignidad, por lo que no deben considerarse incluidos dentro de la noción de vivienda familiar las chabolas, chozas, edificios en ruinas, etc. Sin embargo, este criterio, al igual que el que restringe el concepto a “superficie terrestre”, puede pecar en ocasiones de alejado de la realidad o, más concretamente, de algunas realidades hoy existentes, lo que se compadece mal con la llamada interpretación sociológica del Derecho, que aboga por la interpretación y la aplicación de las leyes de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Puede suceder que en determinados lugares el lugar en el que la familia se desenvuelve y en el que transcurre su vida cotidiana como tal familia, el que sirve de habitación a sus miembros, no sea una superficie terrestre, sino una embarcación que, precisamente por su funcionalidad actual como vivienda familiar, habrá de ser objeto de la atención legal y judicial (piénsese en un caso de divorcio, en que el juez deberá decidir qué cónyuge puede permanecer en la embarcación que ha venido siendo el albergue de la familia). En estos casos, en que tendrían cabida los mecanismos de protección que se activan en los casos de ruptura, no sería posible la prevista para los supuestos de normalidad, concretada en el artículo 46 CF, que se refiere de forma muy precisa al “inmueble que sirve de habitación a la familia”.

Exponente legal de dicho criterio es el artículo 3.1 del Código Civil

¹⁰ Serrano Gómez, “ La Vivienda Familiar en la crisis matrimonial Ed. Tecnos Madrid 1999.

¹¹ Serrano Gómez obra citada.

español: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” para que el lugar pueda ser conceptuado como vivienda familiar, con los efectos legales que conlleva, considero que conduce a confundirlo deseable con la realidad existente en algunos casos. Además de que la expresión “condiciones dignas” es en cierto modo un concepto jurídico indeterminado que habrá en cada caso de ser puesto en relación con el contexto social, no debe olvidarse que el que la vivienda de la familia sea más o menos precaria, o adolezca de pocas o muchas carencias no puede ser motivo para negarle dicha consideración y privar a los miembros más desfavorecidos de la familia de la protección legalmente prevista y precisamente en un medio social de escasos recursos económicos en que mayores sean los riesgos.

A fin de no restringir en exceso el concepto y con ello el ámbito de tutela legal, como también para procurar que no se proyecte la misma sobre lo que no ha de ser su objeto, podemos definir la vivienda familiar, de forma breve y sintética, como el lugar, susceptible de servir de cobijo, destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad¹². O, con mayor simplicidad, como el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar¹³

Del conjunto de opiniones doctrinales encontramos la siguiente conclusión: “Un lugar susceptible de servir de cobijo, destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad”¹⁴

¹² Baena Ruiz, La Vivienda Familiar Ponencia en el Seminario Vivienda Plan estatal 1992.

¹³ Herrera Garcia, Comentario al Código Civil Ministerio de justicia Madrid, 1993

¹⁴ “Vivienda familiar”, pag. 157

B) Derecho positivo

El breve y sencillo concepto que acaba de darse de vivienda familiar es perfectamente predicable del Derecho positivo Salvadoreño.

Por una parte, es compatible con la variedad de expresiones que el legislador utiliza para referirse a una misma realidad, como antes hemos visto (“residencia común”, “hogar”, etc.). De otro lado, es lo suficientemente amplio para abarcar las muy diversas realidades que pueden darse en la sociedad, en función de su grado de desarrollo o nivel de vida.

Vivienda familiar es tanto la que es habitada por un matrimonio, como la que ocupa una unión no matrimonial o de hecho, con o sin hijos, pues basta para la existencia de familia el matrimonio o la unión no matrimonial, sin que se exija la existencia de hijos (Art. 2 CF). El apoyo legal de esta protección independiente de la existencia o no de matrimonio se encuentra en el ya citado artículo 32 de la Constitución Salvadoreña, que asegura que la falta de matrimonio “no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”, así como en los artículos 2 y 3 del Código de Familia, que incluyen en el concepto de familia la unión no matrimonial (Art. 2) que, por lo tanto, es beneficiaria de la acción protectora del Estado.

A ambas formas de familia se presta la protección: es decir ya sea familia matrimonial o la producida por la unión no matrimonial.

Cuando no se ha producido la ruptura, en virtud de lo que dispone el Art. 46 CF respecto del matrimonio y el Art. 120 CF al hacer esta protección extensiva a la unión de hecho no matrimonial.

En situaciones de crisis, el ordenamiento jurídico articula mecanismos legales, tanto si se trata de matrimonio (Arts. 108 y 111CF), como de unión no matrimonial (Art. 124 CF).

Y de esta manera entenderemos por VIVIENDA FAMILIAR: La casa o morada que sirve de habitación a un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos de la filiación, ya sean estos ascendientes, descendientes, colaterales por afinidad o por adopción que se relacionan conjuntamente y que tienen su origen en una pareja que se unen en matrimonio, o en base a una unión de hecho.

La vivienda habitualmente se encuentra en una edificación o en parte de ella, sea urbana o rústica, pero también puede hallarse en cualquier otro recinto dedicado a la finalidad citada y con las exclusiones mencionadas. Cuando de determinación legal se trata, comprende en su destino aquellos elementos que están dirigidos al cumplimiento de sus objetivos.

2.2 GENERALIDADES SOBRE LA PROTECCION A LA VIVIENDA FAMILIAR

Según el art. 46 CF, la protección de la vivienda familiar se da por medio de una figura estrictamente civil como lo es el derecho de habitación el cual está íntimamente ligado al derecho de uso, por lo cual es necesario explicar la forma como estos derechos se desarrollan, tanto desde el punto de vista legal, como doctrinario.

La vivienda tiene una importancia trascendental porque se proyecta sobre tres ordenes esenciales: la vida afectiva-es centro de vida, depósito de

recuerdos, centro de aspiraciones, receptáculo de objetos de uso, de distracción, de aficiones y gustos-, la vida económica –colectora de ahorros y causante de deudas (plazos de adquisición, hipotecas...)- y la vida social, con especial incidencia en el desarrollo, formación y educación de la prole. En el orden económico, de tanta importancia, la vivienda frecuentemente ha representado y sigue representando un enorme esfuerzo para su adquisición y mantenimiento.

La familia media vive en una casa de costo superior a sus medios. Se entrapa para largos años y cuando le sobreviene la ruptura de su grupo familiar, casi siempre solo tiene dos cosas a repartir: la casa y la hipoteca. En los litigios consecuentes a estas crisis, el uso del domicilio es un estandarte a alcanzar. Incluso podemos afirmar sin reparos, que muchas discusiones sobre la custodia de los hijos, encubren, tristemente, el objetivo de quedar en la vivienda por ellos.

Debemos señalar que la vivienda como objeto de derechos tiene una enorme singularidad. Además de que su ocupación puede deberse a diferentes títulos-derechos reales, como la propiedad, el usufructo o la habitación; derechos personales derivados de contratos como el arrendamiento o el subarriendo, o el comodato; o situaciones posesorias como el precario-en la vivienda tienen pleno derecho a estar en ella, a permanecer en su interior y desarrollar su vida íntima, otras personas distintas de los titulares del derecho a ocuparla. Tal es el caso del cónyuge cuando fijan los consortes de común acuerdo su domicilio familiar en una vivienda, como consecuencia de lo cual, aunque fuera de la titularidad exclusiva de un esposo, el otro tendría un pleno y eficaz derecho a permanecer en ella. De ahí deriva la posibilidad de disponer de este uso en la separación, divorcio o nulidad.

Pero no solo tiene este derecho el cónyuge, sino que también lo tienen todos los que habitan en la casa, que viven en ella legítimamente. Claro está que es preciso distinguir de los demás el caso de los hijos menores sujetos a patria potestad.

Se considera que sobre la vivienda familiar puede haber tres situaciones diferentes en cuanto al derecho a su ocupación:

- a) La que deriva del título, sea éste un derecho real (propiedad, usufructo o habitación), sean un derecho personal (arrendamiento, subarriendo o comodato),

- b) La que trae causa del titular en la que éste conserva y ejerce su derecho de ocupación, pero legitima la vivencia de otro u otros en la misma vivienda. Se trata de los casos ya contemplados en que por razón de cierto parentesco (matrimonio y patria potestad), por ejercicio de un derecho de opción (hijos mayores de edad con derecho de alimentos) o por autorización discrecional (servicio doméstico y otros parientes o allegados), determinadas personas comparten con el titular la ocupación de la morada. Existe, pues, un derecho de éstos a vivir en la casa, pero deriva del correspondiente al titular, de forma que si éste pierde o transfiere su derecho, cesa el de los mismos. Además su facultad coexiste con la del titular, de forma que consiste en vivir en el domicilio del titular y con él.

- c) La que deriva de una resolución judicial, bien aprobatoria de un convenio regulador de una separación o divorcio, o bien recaída en un procedimiento matrimonial contencioso: la llamada atribución judicial del uso de la vivienda familiar.

2.3 LA RAZON DEL SER DEL PRECEPTO

Ya se ha confirmado que en la Constitución subyace la idea de la protección de la vivienda familiar, que habrá de ser desarrollada por leyes ordinarias.

Esa protección puede ser desarrollada con distintas finalidades, unas veces a fin de disminuir las cargas tributarias, otras a fin de facilitar el acceso a la vivienda familiar con ventajas crediticias, etc. Pero por lo que aquí interesa, y desde el campo del derecho civil, la citada protección se traduce en la caracterización del derecho a la vivienda familiar como un derecho autónomo que lo diferencia de cualquier otro derecho, que recaigan sobre una vivienda no familiar.

Se entiende que la caracterización de derecho a la vivienda familiar como un derecho autónomo conlleva que quede afectado o limitado el derecho privado de uno de los cónyuges sobre la vivienda para aunarlo con la necesidad de satisfacer el derecho de la familia a tener una vivienda. Se trata de conferir relevancia a los intereses transindividuales protegidos por la Constitución en relación con la familia, y por tanto, con la vivienda familiar.

La manifestación de esa autonomía del derecho a la vivienda familiar, que puede provocar que el derecho individual de un cónyuge sobre ella ceda o se debilite en alguna de sus manifestaciones en aras de intereses familiares transindividuales, tiene su sede, cuando de situaciones normales del matrimonio se trata.

Se trata de salvar el alojamiento del matrimonio de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de él, o lo que es lo mismo,

de impedir que un cónyuge pueda, por sí dejar al otro en la calle, aunque sea el dueño de la habitación.

2.4 EL DERECHO HUMANO A LA PROTECCION A LA VIVIENDA FAMILIAR

Los instrumentos Internacionales se constituyen en ley de la República cuando han sido ratificados de conformidad con el artículo 144 Cn y en relación a la Protección a la vivienda Familiar tenemos los siguientes:

El primero de los considerando de la Declaración Universal de los Derechos Humanos determina que la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables, de todos los miembros de la familia humana. El artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos regula en su numeral 1 que toda persona tiene derecho a la propiedad y la contempla ya sea en forma individual o colectivamente. El numeral II contempla en cuanto que no podrá privarse a nadie en forma arbitraria de su propiedad.

Si tomamos a los seres humanos como parte integrante de su grupo familiar, consideramos que el artículo 25 regula los derechos de contar con un nivel de vida adecuado que le asegura, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Es importante reconocer que la vivienda es un derecho del cual el ser humano debe gozar para lograr el desarrollo integral, tanto personal como el de su grupo familiar.

CAPITULO III

INSTRUMENTOS JURIDICOS NACIONALES E INTERNACIONALES RELACIONADOS A LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR

3.1 NORMATIVA NACIONAL

3.1.1 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

El ordenamiento jurídico dispensa una amplia protección a la vivienda familiar, en consonancia con la importancia que la norma fundamental concede a la protección y bienestar de la familia, con independencia de que su base sea el matrimonio o una unión no matrimonial, como con claridad se desprende del artículo 32 de la Constitución (“La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”).

Dicha protección, acorde con la importancia que se otorga a la vivienda en el artículo 119 de la Constitución, se activa tanto en situaciones de normalidad, armonía y concordia de la familia, como cuando entra en crisis y se ve abocada a la ruptura.

En el primer caso, se establecen por el legislador garantías que, por un lado, tienden a que no se frustre la utilidad de la vivienda como albergue familiar por la acción perjudicial y carente del obligado consenso de uno de

los cónyuges y, por otro, a evitar que en un momento determinado se vea dificultado el uso como tal de la vivienda familiar por el ejercicio por terceros de derechos que puedan afectar a dicha utilización.

En el segundo, producida la ruptura de los progenitores que son el eje y núcleo familiar o, en caso de matrimonio o unión sin hijos, de quienes constituyen la familia como tal, se prevé el uso de la vivienda que fue familiar por uno de aquellos, ante la imposibilidad por la falta de armonía, de que continúe el uso conjunto.

La Constitución de la República de El Salvador, declara el interés social de la vivienda y le impone al Estado la obligación de construirlas, procurando que cada familia o el mayor número de ellas sea propietaria de una, (art. 119 Cn).

En el ordenamiento jurídico salvadoreño los primeros derecho de índole familiar se reconocieron a partir de la Constitución Federal de 1921, en su Título “Trabajo y Cooperación Social” en el cual se 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 Cn). Asimismo establecía la creación de un Centro Técnico denominado “Instituto 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 la familia (homestead), art. 171 letra C¹⁵

¹⁵ Bertrand Galindo, Francisco y otros. Manual de Derecho Constitucional. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia, 2ª Edición, San Salvador, 1996, p 954.

También las Constituciones de 1941 y 1864 se referían a la familia al reconocer derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas las cuales tenían por base a la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público. Pero 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, la cual debía ser protegida especialmente por el Estado (art. 60); y se estableció el Bien de Familiar (art. 61) dejando en ambos casos su regulación a una ley secundaria.

La Constitución de 1945 prohibía toda especie de vinculaciones a excepción de los fideicomisos y el bien de familia (art. 5).

La Constitución de 1950, removió la totalidad de las instituciones jurídicas salvadoreñas que venían defendidas por las anteriores Constituciones. La nueva carta fundamental de corte capitalista-reformista tenía por fin, encausar al Estado hacia normas acordes al proceso moderno de desarrollo dentro del sistema capitalista.

Los aspectos nuevos fundamentales de cambio, fueron en materia de territorio nacional, de las personas jurídicas, doble nacionalidad, régimen legal de los empleados públicos, régimen económico (aceptando al liberalismo económico, lo restringía al establecer que debe responder esencialmente a principios de justicia social y reconocer y garantizar la propiedad privada en función social).

En cuanto a la familia, constituyó un Capítulo dentro del Título “Régimen de los Derechos Sociales” en los artículos 180 y 181, constituyendo un extraordinario avance de las ideas sociales e intervencionistas del Estado.

La Constitución de 1962, es la misma de 1950 con innovaciones innecesarias para el sistema constitucional, pues únicamente obedecía a la motivación política del gobierno de esa época. Así en cuanto a la familia la regulación es idéntica en ambas (Arts. 179 y 180); considerando igualmente a la familia como la base fundamental de la sociedad, la cual debió ser protegida especialmente por el Estado.

Además reconoció al matrimonio como el fundamento legal de la familia, el cual descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Estableció la igualdad de derechos en relación a la educación, asistencia y protección entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos y que no debía considerarse en las actas del registro civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación del menor como tampoco se expresara en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. La investigación de la paternidad adquirió rango constitucional.

Todas estas Constituciones se vinculan con los sucesos histórico-políticos que les han dado origen; la época en que se dictan estuvo influenciada por las ideas institucionales y democráticas que proclamó la Revolución Francesa¹⁶, con lo cual podríamos considerar que al establecerse en ellas la obligación del Estado de proteger a la familia como la base fundamental de la sociedad, queda comprendido el deber del mismo de tomar las medidas necesarias para proteger la vivienda familiar como el espacio físico en donde los miembros de la familia se desarrollan íntegramente.

¹⁶ Dr. Carías Delgado, Leonel. Ponencia "Estudio Comparativo del Régimen Económico Social Salvadoreño en la Constitución de 1886-1950-1962"

Sin embargo la protección de la familia tomó auge hasta la Constitución de 1983 que en su preámbulo hace referencia a la idea de la existencia de valores constitucionales, señalando que los mismos son producto de una clara herencia humanista derivada de los valores y principios democráticos del Derecho Internacional.

Así las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos o Fundamentales, suelen hacer mención a conceptos que bien podrían ser identificados como principios que deben orientar la comunidad mundial. Para verificar esta aseveración basta echar un vistazo a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su preámbulo se puede leer:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres .y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto mas amplio de libertad.”

En la actualidad, la mayoría de Constituciones escritas hacen alusión a valores tales como la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona humana, logrando con ello un mayor énfasis en la necesidad de su

protección internacional, informando la constitución y todo el orden jurídico de un Estado.

Estos valores y principios son los que el constituyente de 1983, concreto en los artículos 1 y 2 de la constitución de los cuales el primero señala como los tres grandes valores La Justicia, La seguridad Jurídica y el Bien Común, y en consecuencia en el inciso 2º del mismo artículo 1 dispone “Es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud la cultura, el bienestar económico y la justicia Social.

A su vez el artículo 2 de la Constitución e 1983 que es el artículo 163 de la Constitución de 1950 establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo, auténticos supra principios que forman el basamento último, nuclear e irreducible de todo el ordenamiento jurídico.

Estos principios de principios como los denomina el profesor Álvaro Magaña, son además reforzados en materia de su cumplimiento mediante el artículo 246 de la Constitución, el cual establece que los principios derechos y obligaciones consagradas dentro de la constitución no pueden ser alterados por leyes secundarias.

No obstante lo antes expuesto a nivel jurisprudencial es decir, a partir de la interpretación que se le hace a la constitución por parte de aquellos encargados de garantizar su cumplimiento, la idea de la aplicación de estos valores constitucionales en la resolución de casos concretos, no tuvo durante mucho tiempo una praxis sistematizada y coherente con el significado de los valores.

La interpretación que de la constitución se efectuó en El Salvador, debido quizás a una larga tradición, que recogía y aplicaba únicamente los métodos “clásicos” de interpretación de la norma que a un hoy parecen consagrados en el Código Civil en los artículos 19 al 23, y dentro de los cuales se hace alusión a la idea de la aplicación de valores para la solución de casos concretos, implicó que la idea de esos valores no fuera asumida con seriedad por parte del interprete, aun en cuanto en algunos casos se a hecho mención en decisiones judiciales de términos como justicia, Libertad e Igualdad, pero no con sistematización y seguimiento.

Será quizá hasta ya entrada la década de los '90, cuando la jurisprudencia constitucional salvadoreña comienza a mencionar la existencia dentro de la constitución de valores y principios que guían y fundamentan todo el ordenamiento jurídico, lo cual produce una pluralidad de efectos, entre los cuales despunta la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución y crear las leyes secundarias que desarrollan sus instituciones, como lo es el Código de Familia en 1994.

3.1.2 CODIGO CIVIL

Dentro de la legislación secundaria salvadoreña, el Código Civil, no regula directamente sobre la Protección a la vivienda familiar, pero al ser ésta efectiva, hace que el bien familiar que sirve de vivienda familiar para el grupo, se vuelva inalienable e inembargable, y es ahí donde si tiene relación, ya que mediante lo dispuesto en Código Civil en el articulado que se desarrolla posteriormente, se puede conocer sobre las obligaciones en general y sobre los contratos. Decimos que es ahí donde se da la relación, pues se deberá

entender como inalienable, aquello que no puede disponer de un bien, por la prohibición existente de no poder vender en todo o en parte, ni hipotecarlo, etc.

En el libro cuarto “De las obligaciones y de los contratos”, Título I, el Código Civil nos presenta cómo la Ley concibe el contrato y lo define en el artículo 1309 cuando dice: “Que un contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Lo anterior es la regla general aplicable a todo tipo de contrato, esto quiere decir, que al poner de manifiesto su voluntad las personas otorgantes de la constitución de la protección a la vivienda familiar, están realizando un contrato del cual emanan obligaciones de no hacer, como lo son las de no enajenación, ni constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación al grupo familiar.

El código civil hace una clasificación de los contratos en sus artículos del 1310 al 1325, y establece que cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrate obligación alguna, será unilateral; y bilateral, cuando ambas partes se obligan, recíprocamente. Lo anterior es aplicable a la figura jurídica que estudiamos, así como tomamos también de la clasificación de los contratos, otro de los aspectos que consideramos es donde se enmarca la constitución de la Protección de la vivienda familiar como lo es la solemnidad, ya que según lo regula el Código de Familia, deberá cumplir ciertas formalidades de las que hablaremos posteriormente.

Es conveniente tomar de las regulaciones establecidas en el Código Civil, lo que contempla en su libro Cuarto, Título II, “De los actos y declaraciones de voluntad”, específicamente en el artículo 1316, cuando

expresa los requisitos exigidos para que una persona se obligue a otra por acto o declaración de voluntad, siendo estos: 1) Ser legalmente capaz; 2) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3) Que no recaiga sobre objeto ilícito; 4) Que tenga causa lícita.

Regula también que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin ministerio o la autoridad de otra.

Establece el Código de Familia que se necesita del consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia, de no ser así, será penado con nulidad. Sobre esto, el Código Civil establece cuáles son los vicios que puede adolecer el consentimiento, siendo éstos: el error, la fuerza y el dolo, contemplados y desarrollados en los artículos 1323 al 1330.

Sobre la pena de nulidad, regula el Código Civil, que todo acto o contrato será nulo cuando falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad del estado de las partes. Todo sobre la nulidad, está contemplado en los artículos 1551 al 1568 del Código Civil.

3.1.3 CODIGO DE FAMILIA

Se reconoce en el Código de Familia la igualdad de derechos, la eliminación de todo tipo de discriminación, la protección especial y perentoria de las personas de la tercera edad.

Se ha dicho que la familia como base fundamental de la sociedad, tiene como una de sus necesidades principales el contar con la seguridad de

una vivienda que permita el desarrollo integral de sus miembros, y sobre esto, el Código de Familia ya no contempla a la figura jurídica del Bien de Familia, pero si regula aunque muy escuetamente sobre la facultad de constituir la protección de la vivienda familiar, y consideramos conveniente transcribir el artículo cuarenta y seis que establece que: Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.

La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en Escritura Publica o en acta ante el Procurador General de la República o los Procuradores auxiliares departamentales, instrumentos que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondientes.

Cuando no pudiere obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el Juez, a petición del otro, podrá autorizar la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la sustitución, según el caso, atendiendo al interés de la familia.

Son dos los artículos que regulan sobre la figura jurídica en estudio, el artículo 46 y el artículo ciento veinte del Código de Familia, que determina que también será aplicable al inmueble que sirve de habitación a los convivientes, y a su familia, lo que dispone el artículo cuarenta y seis C.F. Lo anterior va encaminado a proteger a la familia constituida bajo unión no matrimonial.

No existen en el Código de Familia, además de los artículos ya citados, otros que permitan desarrollar ampliamente la Institución de la

Protección a la vivienda familiar, y esto es desarrollado en nuestro trabajo en el Capítulo V.

3.1.4 LEY PROCESAL DE FAMILIA

Hemos analizado sobre este aspecto, que la Ley Procesal de Familia en su contenido hace una aplicación general para todo tipo de proceso, teniendo que acoplarse cada Institución regulada en el Código de Familia a la forma en él establecida, esto quiere decir que no existe un proceso jurídico especial para aplicar la protección a la vivienda familiar, provocando esto muchas limitaciones para la eficacia de la misma. Será demostrado en el Capítulo V, de nuestro trabajo que como ya hemos expresado, la Ley Procesal de Familia regula en forma general el proceso. Y, a pesar de ello consideramos que conveniente es manifestar que según el artículo 75 de dicha ley, se regula sobre la aplicación de medidas cautelares como acto previo al proceso, las cuales operan por regla general a petición de parte, bajo la responsabilidad del solicitante, y regula además, que éstas cesarán de pleno derecho si la demanda formal no es presentada dentro de los diez días siguientes para que las cosas regresen al estado en el que se encontraban antes de que las decretara.

Citamos lo anterior y nos encontramos que tal disposición legal es aplicable a la figura de la protección de la vivienda familiar, ya que inicialmente, el Juez a petición de parte, ordena anotar preventivamente el inmueble que sirve de vivienda al grupo familiar. Esto afronta en la realidad diversas facultades, las que se desarrollaran posteriormente. Las medidas cautelares son desarrolladas en los artículos 79-80 y 81 de la Ley Procesal de Familia.

Ahora bien, cuando esta Ley norma sobre las relaciones personales y patrimoniales, en su artículo 130, literal g), establece como una medida de protección, la prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos. Basado esto en la existencia de una demanda por incumplimiento del deber de respeto entre cónyuges o convivientes, y será decretada dicha medida de protección una vez que sea admitida tal demanda. Lo anterior, según el artículo 129 de la Ley Procesal de Familia. Hemos considerado a bien el relacionar las disposiciones de la Ley Procesal de Familia, ya que aunque generales, son aplicables a la figura jurídica en estudio.

3.2 NORMATIVA INTERNACIONAL

Los instrumentos Internacionales se constituyen en ley de la República cuando han sido ratificados de conformidad con el artículo 144 Cn y en relación a la Protección a la vivienda Familiar tenemos los siguientes:

3.2.1 DECLARACION UNIVERSAL SOBRE DERECHOS HUMANOS.

En el marco de la Legislación internacional sobre los Derechos Humanos, nos referiremos en primer lugar a lo contemplado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), su resolución 217 A (III), de diez de diciembre de 1948.

El primero de los considerandos de la Declaración determina que “La libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Partiendo de este, podemos encontrar que uno de los derechos del ser humano es el derecho a la propiedad.

El artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, regula en su numeral I, que toda persona tiene derecho a la propiedad; y la contempla ya sea en forma individual o colectivamente. El numeral II, complementa, en cuanto que no podrá privarse a nadie en forma arbitraria de su propiedad.

Tomando al ser humano como parte integrante de su grupo familiar, consideremos, que dirigido al tema que nos ocupa, el artículo 25, regula los derechos de contar con un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, etc.

Importante es reconocer que la vivienda es un derecho del cual el ser humano debe gozar para lograr el desarrollo integral, tanto personal como el de su grupo familiar, así lo regulan nuestras leyes como también lo contempla la Legislación internacional en materia de derechos humanos.

3.2.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Otro de los documentos a nivel internacional, es el Pacto Universal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en resolución 2200 A (XVI), del dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, ratificado por El Salvador, según Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno del veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, publicado en el Diario Oficial número 218 del veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

Basándose en los principios que se rigen en la Carta de las Naciones Unidas, este pacto considera que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en él, y en su artículo 10 número I, establece: “debe conceder a la familiar, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”

Otro de los derechos reconocidos en el pacto es el de contar con un nivel adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

3.2.3 DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

Habiendo sido aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Bogotá, Colombia en 1948, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre fundamentales del ser humano. Así encontramos que: en su artículo 2 reconoce el derecho de igualdad ante la ley sin distinción de ninguna índole, garantizando en el artículo 5 la protección de la ley contra los ataques abusivos a la vida familiar, se consagra el derecho de toda persona, a constituir una familia y recibir protección para ella, (art.6) se protege a la persona humana a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a alimentación, vivienda, vestido, asistencia medica.

Además y relacionado a nuestro problema de investigación, el artículo XXIII, considera que: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, y se contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

3.2.4 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Llamado Pacto de San José, y firmado en la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, fue suscrita en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos viene a sumarse a los documentos de carácter internacional en materia de Derechos Humanos que han sido suscritos y

ratificados por El Salvador y que por ende son aplicables en nuestro país, su fecha de ratificación, según Decreto Legislativo número 5 fue el quince de junio de mil novecientos sesenta y ocho y publicado en el Diario Oficial número 113 del diecinueve de julio de mil novecientos setenta y ocho.

Así vemos que el derecho a la propiedad privada, vienen a ser considerado un derecho de toda persona, expresando en el artículo 21 numero 1, que: “Toda persona, tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Igual de importante es lo establecido en el numeral 2, cuando dice: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la Ley”.

En este documento de carácter internacional, viene enmarcado algo muy importante y aplicable a la figura jurídica en estudio, y aunque no en forma directa, nos referimos a la correlación entre deberes y derechos, cuando en el artículo 32, establece en el numeral primero: “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”, y en numeral segundo dice: “Los deberes de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Hemos tratado de citar los aspectos relacionados con nuestro tema de investigación, o sea la Protección a la vivienda familiar, buscando determinar si partiendo de lo regulado en materia de Derechos Humanos, se violenta o no el derecho de libre disposición de los bienes al tratar de proteger la vivienda que sirve de habitación para un grupo familiar y nos damos cuenta que en cada uno de los instrumento de carácter internacional que hemos

relacionado, se busca determinar y regular en los derecho humanos individuales del hombre, pero se antepone el bienestar común ante el interés particular.

CAPITULO IV

LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR

4. 1 ANALISIS DE LA INSTITUCION

4.1.1 CONCEPTO

Entendemos por Protección de la Vivienda Familiar “la figura legal que ampara a la familia en la tenencia de una casa o habitación a través de la constitución del derecho de habitación que puede ser atendiendo a la voluntad del miembro titular del derecho, voluntario o forzoso, adquiriendo el inmueble así afectado, salvo excepciones legales, las características de inalienable, inembargables y no sujeto a gravamen, con el propósito de restringir su disponibilidad ante la mala administración o negligencia del propietario y la susceptible ejecución de sus acreedores”.

Anteriormente se estableció que la protección de la vivienda familiar se constituye por medio del derecho de habitación, institución del Código Civil que retomada en el Código de Familia se reviste de características que van acordes con los principios rectores del Derecho de Familia, principalmente con el principio de protección a la familia, los menores y personas de la tercera edad.

4.1.2 CARACTERISTICAS

Del concepto que hemos planteado, y sin alejarnos del espíritu del legislador, podemos determinar las siguientes características:

- A. Protege la tenencia de una casa o habitación que sirve de albergue a una familia. La tenencia de vivienda es una de las necesidades elementales del ser humano y del grupo familiar, pues le permite la satisfacción de necesidades materiales y biológicas como: albergue, defensa contra las inclemencias del tiempo, conservación de la salud física y mental, etc.; necesidades personalísimas como la intimidad, bienestar, seguridad; y en última instancia necesidades sociales y ambientales vinculadas a la forma de vida contemporánea. Esta variedad de fines, que por medio de la vivienda pueden alcanzarse es reconocida tanto constitucionalmente como por la ley secundaria.
- B. Se concreta por medio de la constitución del derecho de habitación sobre el inmueble que sirve de habitación al grupo familiar. Ya la ley especifica la forma de su constitución: por escritura pública ante Notario, o acta ante el Procurador General de la República. Con relación a la voluntad del propietario, puede constituirse voluntaria o forzosamente por medio de decreto judicial, en este último caso tiene que seguirse un proceso familiar en donde el Juez fallará, tomado en cuenta el “interés de la familiar”.
- C. Adquiere las características de inalienable, inembargable e ingravable, lo cual implica que el inmueble afectado no puede ser susceptible de transmisión a ningún título, sino sólo cuando ambos cónyuges o convivientes así lo dispongan, o cuando se pruebe ante el Juez de Familia una emergente necesidad. Tampoco es posible que sea embargado, en el entendido que una vez inscrito el derecho sobre el

inmueble queda excluido de cualquier ejecución que los acreedores intenten persiguiendo los bienes del deudor.

Es de hacer notar que para que adquiera esta característica el derecho tiene que estar inscrito en el Registro de la Propiedad donde se encuentre ubicado el inmueble, por lo contrario, el contrato de constitución o el título, no tiene validez alguna para terceros.

El inmueble no puede gravarse con derechos reales o personales debido a que, desde la constitución del derecho de habitación, el mismo sale fuera del comercio porque se le ha dado una función exclusiva, como es que sirva de habitación a la familia, y la misma ley ha hecho esa prohibición con el propósito de asegurar este beneficio, el cual tiene también las excepciones dadas para la inalienabilidad.

D. Restringe la disponibilidad del inmueble. Esta característica se origina en base a la función protectora que el Estado le debe a la familia. En efecto, el propietario o titular del derecho no puede disponer libremente: no puede vender, permutar, donar, etc., sin el consentimiento del cónyuge o conviviente afectado, o en su caso sin la autorización del Juez competente, quedando en esta forma su dominio supeditado a la voluntad o decisión de éstos, y a la conveniencia o interés de todo el grupo familiar.

En la práctica, esto es muy útil cuando existe una mala administración o negligencia del propietario en cuanto a su patrimonio, o cuando se quiere frenar en parte la actitud dilapidadora del mismo, al no importarle la suerte y seguridad de su grupo familiar.

4.1.3 NATURALEZA JURIDICA

Al igual que el uso y el usufructo, el derecho de habitación es un derecho real, pues recae sobre un bien inmueble determinado Art. 813 C.C.

Si retomamos algunas de las características que hemos citado, como por ejemplo, que el inmueble adquiere los beneficios de inalienable, inembargable e ingravable, y que la libre disposición del dueño de la casa queda supeditada y limitada al interés de la familia, podemos afirmar que la naturaleza jurídica del derecho de habitación constituido sobre un inmueble que sirve de albergue a la familiar, es de un patrimonio de afectación.

Esto porque el constituyente del derecho afecta una parte o la totalidad de su patrimonio, dependiendo si este consta de una sola casa o varios inmuebles, a fin de asegurar a sus acreedores alimentarios, que en este caso son las personas que dependen económicamente de él, la necesaria habitación para su desarrollo integral.

4.1.4 FINALIDAD

Respecto de la protección de la vivienda familiar podemos citar dos finalidades importantes como:

En general se persigue la consolidación, el bienestar económico y social de la familiar. El Estado en su empeño de lograr la realización integral de la persona humana, debe buscar no solo el fortalecimiento moral y espiritual de

la familia, sino también su mejoramiento económico como lo manda el inc. 1 del Art. 32 Cn

Dentro de ese bienestar económico y social se encuentra comprendida la satisfacción de sus necesidades elementales, siendo la vivienda una de ellas. El disfrute de una vivienda digna es un derecho constitucional, así lo declara la Constitución de la República de El Salvador en el Art. 119, al prescribir de interés social la construcción de viviendas; sin embargo, el esfuerzo estatal para que el mayor número de familias sean propietarias de una vivienda, no debe consistir en una mera dotación de un techo, sino también en la promulgación de medidas para proteger el uso de ese derecho, siendo la figura del Art. 46 C.F., una forma de conseguirlo.

En nuestro medio, es la práctica que algunas parejas casadas o no adquieran con el esfuerzo de ambos una vivienda para la familia, pero la compraventa se otorga generalmente solo a favor del marido. En otros casos, siendo uno solo el propietario, este enajena o grava el inmueble que sirve de asiento a su grupo dejándolo en desamparo. Esto es muy común en el caso de las separaciones de hecho y aún el divorcio. Por tal motivo la institución en estudio, tiende, valga la redundancia, a proteger a ese grupo familiar, asegurándole la habitación que necesita.

4.2 PRESUPUESTOS PARA LA CONSTITUCION DE LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La protección de la vivienda familiar se concretiza por medio de la constitución del derecho de habitación sobre la vivienda que sirve de asiento a la familia, reuniendo además los siguientes presupuestos:

1. El bien que se pretende afectar debe ser el inmueble habitado por la familia.

Bien inmueble que comprende no solamente el asiento físico de la familia sino todos los bienes que cumplen la función de proteger a la familia en cuanto a su necesidad de vivienda y de alimentos como sucede con los bienes muebles de uso doméstico de acuerdo al nivel de vida de la familia.

Respecto al concepto de familia como presupuesto base para la afectación del bien inmueble habitable se deduce que se puede constituir el derecho de habitación estableciendo como beneficiarios a los cónyuges o convivientes y los hijos que viven en un mismo techo, tomando el Art. 46 C.F. el concepto de familia nuclear; mientras que el art. 2 C.F. define a la familia como “el grupo social permanente constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco”, refiriéndose entonces a la familia extensiva, la cual a la luz del art. 46 C.F. quedaría desprotegida a su derecho a la protección de su vivienda.

Aunque no puede negarse que tiende también a la protección de la vivienda familiar, en cuanto procura la subsistencia del arrendamiento en beneficio de los miembros de la unidad familiar, pese a la muerte del titular del contrato, no nos ocupamos aquí del contenido del artículo 27 de la Ley de Inquilinato: “No se extinguirá el contrato de arrendamiento por la muerte del arrendatario. Se entenderá, en tal caso, que el contrato continúa con sus herederos, y si no hubiere herederos declarados, con su cónyuge, compañero de vida, ascendientes o descendientes que con aquél hayan habitado el inmueble. El arrendamiento continuará en las mismas condiciones vigentes a la fecha del fallecimiento”.

Se pretende armonizar la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a los miembros de la unidad familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre el inmueble.

2. Existencia de una pareja legal o de hecho

El Código de Familia nos da una definición descriptiva del matrimonio “es la unión legal de un hombre y una mujer con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida”, haciendo referencia a una relación jurídica que surge entre quienes se unen en matrimonio con la finalidad de crear una comunidad de vida permanente, que satisfaga tanto sus necesidades espirituales como materiales.

Nuestro legislador fomenta y protege el matrimonio como base legal de la familia, tanto en la norma constitucional como en la legislación secundaria, así tenemos en los arts. 32 inc. 2º, y 33 Cn, que establecen en su orden “El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges”.

El Estado fomentará el matrimonio pero la falta de este no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia. La Ley regula las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre si y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”

La unión no matrimonial o unión de hecho a la que hemos hecho referencia, requiere de una declaración judicial que compruebe su existencia tal y como lo señala el art. 123 inc. 1º C.F. que dice: “para el goce de los derechos que contiene la unión no matrimonial se requiere de declaración judicial previa de su existencia. Dicha declaración procederá al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión”.

3. Existencia de un bien inmueble habitable de propiedad de uno de los miembros de la pareja.

La exigencia de que el bien inmueble habitable sea propiedad de solamente uno de los miembros de la pareja implica la ausencia de copropiedad, que no tendría razón de ser establecer el gravamen porque no se puede disponer del bien sin el consentimiento del otro; estando encaminada la constitución del gravamen a la necesidad de proteger al que no es titular del inmueble del ejercicio abusivo del propietario en desmedro del bienestar familiar.

4. Ausencia de gravamen sobre el bien inmueble a afectar.

El bien destinado a vivienda familiar no puede estar gravado con derechos reales o personales debido a que al constituirse el derecho de habitación sobre el mismo este queda excluido del comercio y es oponible frente a terceros evitando con ello que el titular del inmueble defraude a su familia o a los acreedores que persigan sus bienes.

4.3 CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROTECCION PARA LA VIVIENDA FAMILIAR

Al hacer el enunciado parecerá que se está poniendo en duda el que la protección para la vivienda familiar sea constitucional. Siendo la Constitución de la República nuestra Carta Magna y el instrumento base de toda nuestra legislación secundaria, no podemos ignorar lo preceptuado en la misma en el art. 246 que textualmente establece: “los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio”.

La constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado.

Por lo tanto, el art. 46 C.F. que regula la figura de la protección para la vivienda familiar puede constituirse de dos maneras:

VOLUNTARIA: Que es cuando ambos cónyuges o convivientes, en su caso (art. 46 y 120 C.F.) están de acuerdo y recurren ante un Notario o ante el Procurador General de la República o los Procuradores Auxiliares Departamentales para su otorgamiento.

FORZOSA: Cuando uno de los cónyuges o conviviente no está de acuerdo y el otro recurre ante el juez (Art. 46 inc. último C.F.), quien ordenará dicha constitución.

Una vez constituido el derecho, establece el inciso primero del Art. 46 C.F., que ningún cónyuge podrá enajenar o constituir derechos reales o

personales sin el consentimiento del otro, salvo autorización del Juez de Familia, quien fallará atendiendo los intereses familiares del grupo.

De lo planteado anteriormente podemos establecer que constituir el derecho de habitación sobre la vivienda familiar de forma voluntaria no da lugar a poner en duda su constitucionalidad, pues se cuenta expresamente con el libre consentimiento de los cónyuges o convivientes; no así cuando se constituye por orden judicial por considerar algunos entendidos en la materia que riñe con algunos derechos consagrados constitucionalmente como lo es el Derecho de Propiedad (Art. 22 Cn) el cual se refiere al derecho que tiene el cónyuge o conviviente propietario del inmueble destinado para la vivienda a disponer libremente de sus bienes, es decir, que regula la facultad que tenemos de decidir que haremos con las cosas que son nuestras: usarlas, venderlas, alquilarlas, regalarlas, etc.

Este derecho de propiedad está desarrollado a partir del art. 568 inciso primero del código civil, el cual establece: “Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar, disponer de ella, sin más limitaciones que la establecidas por la ley o por la voluntad del propietario”.

Siendo estas restricciones o limitaciones las siguientes:

Restricciones que se derivan del respeto debido a los derechos de otra persona no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno.

Restricciones establecidas por la voluntad del propietario

Restricciones impuestas por la ley.

4.4 FAMILIAS EN CRISIS

La familia en crisis tanto la que tiene su base en el vínculo no matrimonial, como aquella cuyo sustrato es una unión no matrimonial o, como también se le denomina, para matrimonial, no se concibe como un ente inmutable, esto es, que no pueda estar sujeto a crisis que produzcan la disgregación de su núcleo, constituido por la pareja en torno a la cual se fue conformando, y hagan inevitable una nueva configuración de su entorno vital o, por lo menos, algunas importantes modificaciones en dicho entorno.

En este contexto de crisis y de búsqueda de un nuevo ámbito en el que pueda desenvolverse la familia, tal como queda tras aquella, un aspecto fundamental viene constituido por la búsqueda del acierto en la decisión que se tome en relación con la vivienda que, mientras aquella permaneció cohesionada, le sirvió de abrigo y desarrollo. La crisis aboca a la separación física de la pareja que constituye la familia y, cuando hay hijos, ha dado lugar a su desarrollo y, con ello, debe buscarse cuál ha de ser la utilidad de la vivienda familiar, que ya no podrá servir de albergue a todos los miembros de la familia y que forzosamente deberá adjudicarse a alguno de ellos, lo que conllevará la marcha del otro en discordia.

El ordenamiento jurídico no sólo arbitra mecanismos de protección de la vivienda familiar en situaciones de normalidad, sino también cuando se produce la crisis que da lugar a su fractura. En estas circunstancias, la protección ha de entenderse como la búsqueda de la utilidad y el destino que más provechosos han de ser para el desarrollo de la familia y, muy especialmente, para el de sus miembros más necesitados de tutela y cuidado.

A) Derecho positivo

Varios son los preceptos que, en el derecho positivo salvadoreño, se ocupan de la protección de la vivienda familiar en los casos de crisis:

a. En los casos de divorcio de mutuo acuerdo, el artículo 108.clausula cuarta del Código de Familia prevé que los cónyuges convengan a quien de ellos corresponderá el uso de la vivienda.

b. Cuando se trata de divorcio contencioso es el juez, según el tercer párrafo del artículo 111 CF, quien toma la decisión acerca de la adjudicación de la vivienda familiar, aunque creo que no se debe excluir la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo a este respecto.

c. Aunque no lo diga expresamente el texto legal, hemos de entender que en los casos de sentencia de nulidad es el juez quien debe pronunciarse sobre el uso de la que fue vivienda familiar. Se deduce del contenido de artículo 100 CF, que dispone que en el proceso sobre nulidad matrimonial se aplicaran las reglas en el CF para los casos de divorcio en lo concerniente a los alimentos de los hijos “y demás efectos”, entre los que se comprende la decisión sobre el uso de la vivienda.

d. El artículo 124 numeral quinto CF, al regular el proceso de declaración de la unión no matrimonial se refiere, entre los extremos sobre los que debe pronunciarse la sentencia, a la decisión sobre a quién corresponderá el uso de la “vivienda y menaje familiares”.

e. Las medidas cautelares que se pueden adoptar en un proceso matrimonial pueden también referirse a la vivienda y así se constata en el artículo 124.a) de la Ley Procesal de Familia.

f. También en sede procesal, aunque en un procedimiento de carácter especial, como es el provocado por el incumplimiento del deber de respeto entre cónyuges o convivientes, puede decidirse sobre el uso de la vivienda familiar, en el caso de que se acuerde como medida de protección “La exclusión del hogar del infractor, Independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo (Art. 130.literal c LPF).

g. Tiene igualmente carácter excepcional, por la naturaleza de las circunstancias en que se adopta, la decisión judicial que, en virtud de la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar y con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar las diferentes formas de violencia intrafamiliar, ordene salir del domicilio común al agresor (7.literal e, LVIF).

No nos referiremos a continuación a las decisiones sobre la vivienda familiar que tienen un carácter excepcional (medidas de protección), o meramente provisional y accesorio (medidas cautelares), sino a las que se adoptan en el seno de un procedimiento matrimonial al regular una crisis familiar, como decisión de carácter principal y cierta vocación de pervivencia en el tiempo, con independencia de que a la postre y por diversas circunstancias sea mayor o menor su duración.

Puede afirmarse que en la disciplina legal relativa a la adjudicación de la vivienda familiar en los casos de crisis destaca, sin merma de su importancia, que la decisión del juez se toma en defecto de convenio entre las partes, de suerte que solamente cuando no llegan a un acuerdo al respecto debe resolver la discrepancia el tribunal. No sin motivo se ha puesto

de relieve el carácter de subsidiariedad de las resoluciones judiciales, por cuanto el juez solamente resuelve en defecto de acuerdo entre los cónyuges¹⁷

Esta preferencia que se otorga al pacto de las partes es evidente en los casos de divorcio por mutuo acuerdo (Art. 108.4 CF), lo que es inevitable, pues en otro caso se tornaría contencioso. Pero también puede predicarse del divorcio contencioso: la referencia en el tercer párrafo del artículo 111 CF a la decisión judicial sobre la vivienda no puede abstraerse de la que en el primero se hace a los acuerdos sobre guarda, alimentos y visitas de los hijos, ya que si se admite el convenio sobre aspectos tan capitales no hay motivo para excluir de dicha posibilidad otro que no es de mayor importancia.

Tampoco hay razón para descartar la posibilidad de que se llegue a un acuerdo en los procesos sobre declaración de unión no matrimonial, aunque nada diga al respecto el artículo 124 CF. El acuerdo puede incluso alcanzarse durante el proceso, en la llamada fase conciliatoria (Art. 103 LPF).

B) Criterios

La legislación positiva salvadoreña no establece de forma determinante, al disciplinar uno de los aspectos más conflictivos del Derecho de Familia, cuáles han de ser los criterios que deben servir de pauta al juez para adoptar la decisión sobre la adjudicación de la vivienda familiar, cuando no lleguen a un acuerdo los cónyuges.

Sin embargo, no es difícil llegar a la conclusión, pese a esta carencia,

¹⁷ Santos Bruiz Obra citada.

de que en ésta, como en todas las decisiones que afecten a la familia con hijos, el criterio rector ha de ser el interés de los mismos, muy especialmente si son menores. Se revela como finalidad esencial el mantenimiento de las mismas condiciones existentes antes de la ruptura, pretendiendo conseguir que, en la medida de lo que las circunstancias permitan, la quiebra afecte lo menos posible a los hijos de la pareja en crisis.

El artículo 96 del Código Civil español fija como criterios rectores de la decisión el bien de los hijos o, en defecto de ellos, el interés más necesitado de protección. de la pareja, lo determinante es el bienestar de los hijos, lo que nos conduce a que la atribución se hace, no tanto en beneficio de uno de los cónyuges, sino en el de los hijos, aunque indirectamente se vea favorecido aquel al que se le haya confiado la guarda y custodia de los mismos, porque se habrá de adjudicar el uso al cónyuge o integrante de la pareja rota a cuya guarda y cuidado queden los hijos comunes, pues son los intereses de éstos los más necesitados de protección.

Se trata de tener en cuenta que en toda medida que afecte a los hijos rige el principio del "favor filii" o "favor minoris". Así se evidencia en que en el divorcio de mutuo acuerdo, el convenio de los cónyuges se somete a la calificación del juez, que lo aprueba "si los acuerdos adoptados no vulneran los derechos de los hijos", y en que el segundo párrafo del artículo 111 CF permite al juez tomar respecto de los hijos la decisión que estime adecuada, pese a existir acuerdo entre los cónyuges, si éste es "atentatorio al interés de los hijos". Este criterio favorable a los intereses del menor ha venido a ser sancionado por Declaraciones y Convenios Internacionales, como la Declaración de los derechos del niño en virtud del Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de

diciembre de 1966, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, hecho también en Nueva York en la fecha indicada, y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución de 20 de noviembre de 1989, en las que el interés del menor es una constante, afirmándose en el Convenio de la O.N.U., que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.

Cabe plantearse a continuación si el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar será de aplicación si existen hijos, pero éstos son mayores de edad, aunque todavía necesitados de asistencia familiar. Aunque con menor rigor, puede hacerse extensible aquella norma rectora a estos casos, pues es bien sabido que la mayoría de edad no determina la independencia o la autonomía económica de los hijos, en período de formación o de búsqueda de empleo y todavía necesitados del apoyo de sus padres.

Cuando el matrimonio o la pareja no matrimonial no tienen hijos a su cargo, la pauta rectora ha de ser el interés más necesitado de protección, lo que hace directamente referencia a la mayor o menor capacidad de cada uno de los miembros de la pareja que se rompe para hacer frente a la necesidad de buscar una vivienda nueva. En definitiva, no habiendo hijos, el uso de la vivienda deberá atribuirse al más desvalido, que por ello será titular del interés más necesitado de protección.

C) Naturaleza Jurídica de la adjudicación

Se discutió en sede doctrinal acerca de la naturaleza del derecho al uso de la vivienda familiar, cuestionándose si se trata de un derecho real o personal. Como no puede ser menos, los problemas se plantean cuando la vivienda cuyo uso se atribuye a uno de los integrantes de la pareja rota

pertenece a ambos y, sobre todo, cuando es de titularidad exclusiva de uno de ellos y el uso se ha atribuido al otro.

La tesis de que se trata de un derecho real se apoya en que atribuye un poder directo e inmediato sobre la cosa y en que se trata de un derecho ejercitable frente a terceros. Aunque en el seno de esta línea son diferentes las posturas, desde quienes lo configuran como un derecho de ocupación o de uso, o de habitación, a quienes piensan que se trata de una situación especial, "sui generis".

Otra corriente considera este derecho de goce como un derecho meramente personal, que no trasciende más allá de los procesos de familia y que, por consiguiente, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas, no constituye más que una simple facultad cuyos efectos se reducen al propio proceso matrimonial.

Las consecuencias de configurar a este derecho como personal o real son diametralmente distintas, básicamente porque éste se puede oponer a terceros y el personal no. Puede afirmarse el dominio de los sectores doctrinales que consideran este derecho como un derecho real, pero como un derecho real "sui generis" cuyo contenido será el que venga fijado en la Sentencia. Debe por ello recalcar la importancia de la Sentencia en cuanto a la delimitación del contenido y duración del derecho, pues los términos de la decisión judicial determinarán el contenido en cada caso del derecho al uso de la vivienda familiar.

Ha de tenerse en cuenta que el derecho a la vivienda del cónyuge no titular, deriva de la consideración de la relación familiar anterior, de la convivencia del grupo familiar en esa misma vivienda de la que el otro

cónyuge era titular, por lo que el derecho a la vivienda que conserva el cónyuge no titular prevalece en relación al derecho sobre la vivienda que corresponde al cónyuge titular¹⁸

Por lo menos, puede hablarse de un derecho real limitado o peculiar, teniendo en cuenta que dicha configuración solamente es posible cuando tenga naturaleza real el título en virtud del cual la familia en armonía venía ocupando la vivienda, pues no sería admisible que en virtud de la decisión judicial de atribución naciera un derecho real sobre la vivienda que la familia venía ocupando en virtud de un contrato de arrendamiento, que es derecho personal. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 31 de diciembre de 1994, la protección de la vivienda familiar se produce a través del derecho que la familia tiene al uso y la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y si sólo proteger el que la familia ya tenía.

Puede hablarse, en definitiva, de un derecho real peculiar, sobre cosa ajena, sin que terceras personas, ni siquiera el titular de la vivienda, puedan menoscabar ese goce¹⁹. El titular del derecho de uso, cónyuge o miembro de la pareja no titular de la vivienda, es un poseedor legítimo, por lo que puede hacer valer tal condición.

D) Duración

La adjudicación a uno de los cónyuges o miembros de la pareja del uso de la que fue vivienda familiar no tiene necesariamente que ser para

¹⁸ Herrera García, Algunas consideraciones sobre la Protección de la Vivienda Familiar en el Código Civil, Estudios de Derecho Civil, en Libro Homenaje a José Beltrán de Heredia y Castaño, 1984

¹⁹ Serrano Gómez, Obra citada.

siempre ó vitalicia, especialmente en aquellos casos en que la propiedad de la misma es compartida ó su titularidad corresponde en exclusiva a uno solo de aquellos.

Puede fijarse en la sentencia el plazo durante el que se atribuye el uso, lo que tal vez sea aconsejable en aquellos casos en que los hijos cuyo cuidado ha determinado la atribución sean mayores de edad o estén próximos a serlo. También, con arreglo a las circunstancias, en los supuestos de falta de hijos por cuyo interés velar.

También puede suceder que en la sentencia no se establezca plazo alguno. En estos casos, se tratará de una adjudicación por tiempo indefinido, en el más estricto sentido de la palabra, en cuanto que indefinido significa falta de definición o precisión y, tratándose de tiempo, falta de término del mismo. Pero este carácter indefinido no puede, ni debe, confundirse con que la atribución sea a perpetuidad o de por vida o, en definitiva, de carácter vitalicio.

Quiere decir, simplemente, que dicha falta de concreción del día final no impide que, habiendo estado motivada la decisión judicial por las circunstancias vigentes cuando la misma se adoptó y siendo éstas contingentes, las alteraciones de las mismas pueden motivar que se ponga fin al tiempo de ocupación, lo que nos lleva a la posibilidad de modificar el sentido de la atribución del uso.

Por lo tanto, no es necesario que en la sentencia se precise plazo durante el que se concede el uso de la vivienda familiar, precisamente porque puede ser modificada por una posterior alteración de las circunstancias. Las Sentencias matrimoniales no son estáticas sino

dinámicas, pudiendo ser modificadas de producirse alteraciones sustanciales de la situación de hecho que el Juez tuvo en cuenta a la hora de pronunciarse, lo que bien puede afectar a la vivienda.

E) Modificación

Como se acaba de decir, las decisiones que en un proceso matrimonial (ó de declaración de la unión no matrimonial) se adoptan por el juez con el carácter de complementarias o accesorias a la básica (de disolución del matrimonio o declaración de la unión extramatrimonial) están condicionadas por las circunstancias existentes en su momento. Y, por supuesto, lo está la relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar, determinada por el interés de los hijos o, la falta de ellos, por el más necesitado de protección. Pero, siendo tales circunstancias contingentes y sujetas a alteraciones, debe plantearse la posibilidad de que las modificaciones de tales circunstancias den lugar a la del sentido de la decisión judicial tomada sobre la vivienda.

El Código de Familia recoge expresamente esta posibilidad de modificación de las medidas complementarias en los artículos 110y 112. Dispone el Art. 110 CF que, en los casos de convenio entre los cónyuges, si se produjera alteración sustancial de las circunstancias bajo las que fue aprobado, podrá modificarse por otro acuerdo, o judicialmente. Y dice el Art. 112 CF que los acuerdos de los cónyuges o las resoluciones prescritas por el juez en la sentencia de divorcio, podrán ser modificados judicialmente si cambiaran sustancialmente las circunstancias que fundamentaron el fallo.

Se admite, por lo tanto, la modificación de dichas medidas. Pero para ello se exige un cambio sustancial de las circunstancias. Por lo tanto, la

alteración de las circunstancias entonces vigentes y que determinaron la atribución de la vivienda a uno de los miembros de la pareja pueda dar lugar a que se dicte una nueva resolución judicial que, en consonancia con el cambio de circunstancias, modifique la situación creada a partir del acuerdo de adjudicación a uno de los cónyuges.

Ello será posible cuando la situación existente al fijarse tales medidas y anterior al correspondiente acuerdo judicial, con posterioridad al mismo haya sufrido tales cambios –que no basta que sean de cualquier entidad, sino que deben ser sustanciales- que razones de justicia, tenidas en cuenta por el legislador, impongan la modificación de la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda, adecuando su contenido a las alteraciones devenidas con posterioridad, que en el correspondiente procedimiento de modificación serán los hechos constitutivos y en los que fundamente su pretensión quien solicite el cambio.

4.5 EFECTOS DE LA AFECTACION DE UN INMUEBLE A VIVIENDA FAMILIAR

El inmueble afectado a vivienda familiar no podrá ser enajenado o gravado sin el consentimiento de los dos cónyuges o convivientes, tampoco podrán constituirse derechos reales ni personales porque la esencia de la afectación radica en la utilización permanente del inmueble para la vivienda de la familia.

Todos los negocios jurídicos que se realicen con desconocimiento de la afectación a vivienda familiar legalmente constituida, quedaran viciados de nulidad absoluta, al tenor del art. 46 inc. 1º parte final C.F., salvo que medie

autorización judicial para su desafectación, enajenación, constitución de derechos reales o personales o sustitución, atendiendo el interés de la familia.

La afectación del inmueble a vivienda familiar produce efectos aún entre los cónyuges y convivientes en cuanto que se origina una situación de posesión de la vivienda familiar, gozando los dos de la posesión y teniendo uno frente al otro la facultad de usar acciones en defensa de su posesión; cualquiera de ellos sea o no titular de la vivienda, podrá enervar la pretensión de uso exclusivo que, frente a él oponga su consorte o instar la reclamación y recuperación de la posesión de la vivienda familiar cuando se haya visto efectivamente privado de la misma por éste. Cabe también hacer referencia a la responsabilidad en que incurren ambos cónyuges o convivientes con respecto a la utilización de la misma, que perjudique las posibilidades de actuación de su consorte o provoque en ella algún daño o menoscabo.

En cuando a esto parece evidente la responsabilidad del cónyuge no titular, toda vez que la vivienda familiar es un bien ajeno; pero también lo es la del cónyuge titular, por más que el bien lesionado sea propio, puesto que, aun siéndolo, su uso no es privativo o exclusivo sino común.

En cuanto a los efectos que produce la protección de la vivienda familiar frente a terceros, podemos decir que no se agota con el mero reconocimiento de su protección ante una actuación lesiva de estos, sino también se pone de manifiesto en la obligación o no de respetarla.

Conviene aclarar que tercero lo es, con carácter general, todo aquel que, ajeno a la relación conyugal y una vez constituida esta ostenta una legitimación posesoria sobre la vivienda familiar distinta de la que le corresponda a los cónyuges.

El cónyuge o titular a quien se le atribuye la habitación de la vivienda no puede evitar que los acreedores del titular embarguen y subasten el inmueble si no está inscrito sobre el inmueble el gravamen de destinación a vivienda familiar.

Frente a la disposición del inmueble por parte del titular del mismo, sin el consentimiento del no titular; este puede ejercer las acciones de nulidad sobre el negocio jurídico realizado, así como oponer su derecho a los acreedores cuyos créditos nacieron con posterioridad a la inscripción del derecho atribuido judicialmente, pues la prenda común de los acreedores a esta época ya estaba disminuida, situación que ellos conocieron o debieron conocer dada la publicidad registral.

4. 6 DESAFECTACION DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Para el levantamiento de la afectación a vivienda familiar podemos mencionar los siguientes supuestos:

a. Por voluntad de los cónyuges o convivientes

En cualquier momento de común acuerdo, los cónyuges o convivientes podrán levantar la afectación a vivienda familiar, para lo cual deberán suscribir la correspondiente escritura pública y registrarla.

Punto que merece especial comentario en cuanto a la protección de la habitación familiar, ya que basta el solo consentimiento del cónyuge o conviviente no titular para que el inmueble destinado a habitación familiar sea desgravado, no siendo este el método mas recomendable para la protección

del bien que sirve de asiento a la familia dada la facilidad con que podría obtenerse ese consentimiento. En la legislación comparada la indisponibilidad relativa del bien de familia o patrimonio familiar se asegura mediante el establecimiento de otros requisitos más formales que impliquen un estudio de la necesidad de disposición del bien, en el que interviene casi siempre un ente público especializado o los tribunales.

b. Por decisión judicial

Procede el levantamiento por decisión judicial de conformidad a lo dispuesto en el Art. 46 inciso ultimo del Código de Familia, a solicitud de uno de los cónyuges o convivientes que compruebe la necesidad o conveniencia de la desafectación en la que pueden mediar las siguientes causas:

- Que la familia habite otro inmueble
- Que exista prueba de que habrá otra vivienda habitable por la familia
- Que se suspenda o prive de la patria potestad al cónyuge o conviviente no titular del bien
- Que se declare judicialmente la ausencia del cónyuge o conviviente no titular del bien
- Que se declare la interdicción judicial del cónyuge no titular
- Por justo motivo apreciado por el Juez, quien en base a su sana crítica y en el interés superior de la familia hará una valoración objetiva de los motivos que justifiquen la desafectación del inmueble.

El Art. 56 de la Ley Procesal de Familia, establece que el Juez apreciará según las reglas de la sana crítica, la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

La doctrina dice que las reglas de la sana crítica son las reglas de la

sana lógica²⁰, siendo no muy explícita esta afirmación, pero basándonos en la jurisprudencia podemos decir que “no es más que el sentido común, la experiencia de la vida, la perspicacia moral de un hombre y reposado”.

Esta facultad del juez de libre apreciación no significa en ningún momento que el Juez pueda tomar decisiones arbitrarias contradiciendo el espíritu de la ley, ya que esta solamente opera en caso de que surjan problemas de interpretación o de lagunas de ley, tal como sucede en el caso de la Protección de la Vivienda Familiar, en el que existen algunos puntos que se contradicen con la esencia misma del derecho de familia, donde el Juez para decretar la destinación, sustitución o enajenación del inmueble donde habita la familia debe auxiliarse del principio del interés familiar, concepto demasiado amplio que solo interpretado por el Juez puede ser objetivo y preciso, orientándolo a la satisfacción de la necesidad prioritaria de la familia en general y no a un interés particular de uno de sus miembros, tales como:

- Constituir el derecho de habitación en contra de la voluntad del propietario del inmueble.
- La prohibición de constituir el derecho de habitación cuando el inmueble esta gravado, cuando en la realidad la mayoría de familias salvadoreñas adquieren sus viviendas mediante instituciones de financiamiento gravando el mismo inmueble, con lo cual la familia no puede proteger su vivienda con ese beneficio. De igual forma en la actualidad las instituciones bancarias al otorgar un crédito hipotecario exigen la comparecencia de la esposa del comprador para que de

²⁰ Couture, J. Eduardo. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Folio, Montevideo, p.269.

común acuerdo manifiesten su deseo de no constituir la afectación a vivienda familiar sobre el bien inmueble, previendo la lesión a sus intereses, si en un futuro el legislador permitiera la destinación del inmueble gravado a vivienda familiar.

- La destinación de un solo inmueble a vivienda familiar, dejando en su caso, fuera aquel inmueble donde puede estar establecido un negocio o empresa que representa la única fuente de sustento para la familia.
- La duración del tiempo en que dicho inmueble estará afectado. El Juez de familia ante la falta de un plazo en el cual se constituye la afectación de la vivienda y la necesidad de proteger a los miembros más desvalidos de la familia y al mismo tiempo respetar los derechos del titular del mismo. La protección de la vivienda familiar en el supuesto planteado parte del imperativo de lograr el adecuado equilibrio entre el interés individual del dueño del inmueble y la situación psíquico física de los integrantes de la familia como la de los menores de edad o discapacitados, señalando en el caso de los menores el plazo en tanto estos no alcancen la mayoría de edad o persistan las circunstancias que legitimaron la afectación.
- Por decreto de expropiación del bien inmueble. La expropiación es un acto unilateral por el cual el Estado priva de la propiedad de un bien al titular del derecho sobre el mismo, con fines de utilidad pública o interés general, legalmente comprobado y, mediante una justa y previa indemnización; en todos los ordenamientos jurídicos se regula esta fórmula por virtud de la cual se hace freno a posibles colisiones de un interés privado y de un interés público, fijando el procedimiento por

virtud del cual se transfiere unilateralmente, por modo coactivo una cosa y se le adscribe al patrimonio de una empresa de interés público, bien que transforma el derecho del dueño a la cosa en el derecho a su equivalente económico, ello debido a que en una ordenación racional de valores, el provecho de un particular debe sujetarse y acomodarse al interés general o de la comunidad.

4. 7 OBSTACULOS QUE AFRONTA ESTA INSTITUCION

Tan importante es el que la familia tenga la tranquilidad de contar con una vivienda segura, por ello el Estado con miras de proveer al grupo un hogar que sea la base patrimonial necesaria para esa tranquilidad y su desarrollo, incorpora al Código de Familia la nueva figura de la Protección a la vivienda familiar la nueva figura pero cuando en nuestro estudio hacemos una comparación entre la normativa familiar y la realidad salvadoreña encontramos que dicha institución no esta dando los resultados esperados, ya que enfrenta una serie de situaciones que no permiten una eficaz aplicación de la misma en beneficio de grupo familiar. Hemos llamado en este trabajo “obstáculos “ a las causas que hacen ineficaz la protección de la vivienda familiar, y para poder determinarlos , dirigiremos nuestro estudio por medio de entrevistas a los funcionarios y empleados judiciales que son los encargados de aplicar la legislación familiar, también a funcionario de instituciones que en alguna medida realizan función de protección a la familia, como lo son la Procuraduría General de la República; La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y la Secretaria Nacional de la familia.

No podíamos dejar de lado un aspecto como es el análisis del conocimiento que tiene la población sobre la existencia del derecho de proteger la vivienda familiar, para ello realizamos una encuesta en base a la guía que será anexada posteriormente.

4.7.1 En cuanto a la voluntad de los titulares

El precepto fundamental que procura la protección de la vivienda familiar, cuando la familia no ha sufrido una crisis que conduce inevitablemente a su ruptura (aunque puedan existir desacuerdos entre los cónyuges o convivientes respecto a la enajenación o gravamen de la vivienda), es el artículo 46 del Código de Familia.

Dispone dicho Art. 46 CF:

“Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.

Cuando no pudiere obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el juez, a petición del otro, podrá autorizar la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la sustitución, según el caso, atendiendo al interés de la familia.”

La exigencia clara del consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación y la constitución de derechos sobre la vivienda familiar es expresión del principio de igualdad, con independencia de que se trate de

hombre o mujer, proclamado en el artículo 3 de la Constitución y en los artículos 4 y 36 CF. Es también una norma inspirada en el deber de colaboración que tienen entre sí los cónyuges, plasmado en el citado artículo 36 CF.

La ley procura evitar abusos de uno de los cónyuges que puedan perjudicar al otro y, muy especialmente, a la familia considerada como tal. Podría pensarse que se trata de una restricción del derecho de propiedad, en cuanto exige el consentimiento de ambos cónyuges, con independencia de que pueda la titularidad dominical corresponderá uno solo de ellos. Lo que sucede, en realidad, es que el legislador ha considerado que es valor prioritario la protección del interés familiar, que predomina sobre el privativo o particular de un cónyuge²¹

El doble consentimiento se requiere cualquiera que sea el régimen económico matrimonial y quien quiera que sea el titular del inmueble y el derecho en cuya virtud se tenga el inmueble que constituye la vivienda familiar. Se trata de una norma imperativa, cuyo incumplimiento será sancionado con la anulación del negocio de enajenación o gravamen llevado a cabo por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. En todo caso, se procura evitar que se produzca una situación en que la falta de acuerdo de uno de los cónyuges impida un negocio que puede ser beneficioso para la familia. Para ello, prevé el último párrafo del artículo 46 CF que en tales casos y a petición del cónyuge que pretenda llevar a cabo el acto de transmisión o gravamen, decida el juez, atendiendo siempre al interés superior de la familia.

²¹ Serrano Gomez, Obra citada.

4.7.2 En el procedimiento

La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, instrumentos que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad raíz e Hipoteca correspondiente.

No se podrá destinar más de un inmueble a dicha habitación; este no deberá estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deban respetarse. La sustitución del inmueble afectado también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y en la forma prevista en el inciso precedente.

Puede resultar polémica la interpretación del segundo párrafo del artículo 46 CF, que se refiere a la que llama “constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar”, el cual dice que deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, debiendo dichos instrumentos inscribirse en el Registro de la Propiedad raíz e Hipoteca correspondiente.

El artículo 46 CF equivale, en su aspecto fundamental de exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos dispositivos o de gravamen sobre la vivienda familiar, al artículo 1320 del Código Civil español.

El texto legal puede dar lugar al equívoco de entender que la

consideración como vivienda familiar del inmueble ocupado por la familia requiere necesariamente su constitución formal como tal, mediante el otorgamiento de escritura pública o acta y su posterior inscripción, de suerte que en otro caso no puede dispensarse la protección legal a que nos venimos refiriendo.

No creemos que esta interpretación restrictiva sea la correcta. Ciertamente, puede venir propiciada por una redacción legal no muy afortunada. Pero limitar la aplicación de los instrumentos legales articulados para la protección de la vivienda familiar a los casos en que se haya procedido previamente a su formal constitución como tal no se ajusta y es poco acorde con la finalidad protectora de la legislación y contradice las proclamas contenidas en la Constitución acerca de la protección de la familia, para cuya realización es fundamental que pueda disponer de una vivienda digna y de los recursos legales adecuados para su tutela. Si, como dice el artículo 8 CF, la interpretación y la aplicación de sus preceptos debe hacerse en armonía con sus principios rectores, no debe supeditarse la efectividad de los mecanismos legales protectores de la vivienda familiar a la especial constitución de un derecho de habitación sobre el inmueble para destinarlo a dicho fin, sino que debe ser suficiente la real utilización de la vivienda con dicha función de cobijo de la familia.

En este sentido, es acertada la tesis de quien sostiene –al parecer, contra la opinión dominante en El Salvador- que la vivienda familiar se constituye como tal “por la sola convivencia del grupo familiar en ella, sin necesidad de ninguna formalidad especial”²²

²² Santos Bruiz, Criterios judiciales en la Adjudicación del uso de la Vivienda y Aguas familiares III simposium de Derecho Matrimonial y de Familia, Universidad de Navarra, España 1984

Entenderlo de otro modo y exigir que con carácter previo a la dispensa de la protección de los párrafos primero y último del artículo 46 CF se lleve a cabo la constitución expresa del derecho de habitación para destinarlo a vivienda familiar, de suerte que en otro caso no se dispense la protección, puede suponer una sacralización indebida de dicho párrafo segundo y dar lugar a que el instrumento jurídico pensado para garantizar la protección se convierta en obstáculo para la real efectividad de la misma. Una cosa es que, mientras no se modifique el artículo 46 CF, la formal constitución puede reforzar la protección y otra muy distinta, que debe rechazarse, que su ausencia prive de la protección que la ley garantiza.

Por lo tanto, la protección prevista en el ordenamiento jurídico solamente debería quedar supeditada a la acreditación, en cada caso que se someta al conocimiento de los tribunales, de que la vivienda a la que se refiera el proceso o respecto de la que se ejercite alguna pretensión inherente a la protección legalmente prevista tiene efectivamente la condición de familiar, porque es realmente utilizada como tal.

CAPITULO V

PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Al momento de realizar la investigación de campo lo hicimos con el fin de recopilar la información correspondiente sobre ciertos puntos, que hasta cierto grado servirán para lograr los objetivos específicos de este trabajo. Así mismo confirmar o eliminar la certeza de las hipótesis planteadas al iniciar la investigación. Utilizamos la encuesta y la entrevista por ser instrumentos más idóneos para lograr nuestros objetivos, y dividimos la muestra en tres sectores: a) Personas que aplican en su diario vivir el Derecho en materia de familia, b) Personas que poseen conocimientos jurídicos y prácticos en materia de familiar, y c) Población usuaria.

a) Personas que aplican en su diario vivir el Derecho en materia de familia.
(JUECES DE FAMILIA DE SAN SALVADOR, CAMARA DE FAMILIA)

- JUECES DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA DE SAN SALVADOR

En este apartado se analizaran las entrevistas realizadas a los Jueces de los Juzgados 1º, 2º y 4º de Familia de San Salvador, excluyendo el Juzgado 3º de Familia, debido a la poca disposición de brindarnos su ayuda en ningún momento nos facilitó una audiencia para poder realizarle la entrevista y tener acceso a su conocimiento sobre el tema. Es de esta manera que obtuvimos los siguientes resultados en esta entrevista:

1. ¿Ha recibido demandas de protección para la vivienda familiar? En caso de ser afirmativa su respuesta ¿Diga de que género ha recibido mayor número de demandas?

A esta pregunta todos los Jueces fueron unánimes en responder que la mayoría de demandas provienen del género femenino. Ello debido a nuestra realidad social, por los roles tradicionales que desempeñan el hombre y la mujer en la familia. Normalmente quien aparece como titular de un inmueble es el hombre, de ahí que quien pide la protección sea la mujer; lo cual coincide con el informe de la Organización de las Naciones Unidas que menciona que las mujeres son propietarias del uno por ciento de los inmuebles en todo el mundo.

2. ¿Cree usted que la mayoría de la población Salvadoreña conoce sobre la figura de la Protección a la Vivienda familiar?

Todos los jueces entrevistados coincidieron en responder negativamente, debido a que consideran que esta figura por el solo hecho de no ser utilizada es porque se desconoce, y así mismo la población usuaria en ningún momento sabría que fin persigue la protección a la vivienda familiar. Y uno de los jueces entrevistado nos manifestaba que la población de litigantes o abogados no conocen en su totalidad esta institución.

No esta demás manifestar que la mayoría de veces esta figura es utilizada como accesoria en una demanda de Divorcio, y es por ello que se pierde la finalidad principal a esta figura jurídica de mucha importancia en nuestro medio.

3. ¿Cuáles son los obstáculos que existen al momento de demandar la protección a la vivienda familiar?

Uno de los Jueces respondió afirmando que no existe ningún obstáculo al momento de realizar esta clase de demandas.

Mientras que los dos restantes nos hacen mención de los siguientes: La limitante que esta gravado el inmueble. Y otro sería el que establece el artículo 46 C.F. cuando esta el inmueble en proindivisión con terceros.

Cabe manifestar que la mayoría de personas hoy en día adquieren su vivienda constituyendo créditos hipotecarios a favor de los bancos o de instituciones como el Fondo Social Para la Vivienda, y en este sentido es que la limitante es hasta cierto punto establecida por el mismo Art. 46 C.F., al decir que el inmueble no esté gravado porque esto no responde a nuestra realidad social. Así que tal como tenemos la disposición esos inmuebles no pueden ser protegidos, de manera que en ese sentido el legislador refleja un desconocimiento de la realidad del país, o expresan que la redacción del artículo obedece a salvaguardar los derechos reales constituidos a favor de las financieras que antes que verse afectados por la falta de ganancias en el cumplimiento de las obligación optarían por no otorgar esta clase de créditos, afectando con ello a la mayoría de la población.

4. ¿Qué porcentaje de demandas han sido favorables al demandante, si existen estas demandas?

En esta interrogante los tres jueces han sido unánimes al responder que alrededor de un 60% a 75% de demandas son favorables a la parte demandante. Y aun más en manifestar que el factor influyente para que sea este número, es debido a los obstáculos que en la pregunta anterior nos manifestaban.

5. ¿La sentencia de la protección a la vivienda familiar adquiere la calidad de cosa juzgada en sentido material?

Los tres jueces entrevistados manifestaron que la sentencia no adquiere calidad de cosa juzgada en sentido material debido a que puede ser modificada en futuro. Explicándonos un caso concreto, que cuando los hijos de este núcleo familiar han cumplido la mayoría de edad y son independientes, ya no se ven en la necesidad de conservar protegida la vivienda familiar para su uso. Y es uno de los casos por los cuales la sentencia podría ser modificada y por ello no adquiere calidad de cosa juzgada en sentido material.

6. ¿Cuáles son las causas sociales de la protección de la vivienda familiar?

A esta respuesta nos manifestaron que la causa social primordial es la necesidad de que el grupo familiar tiene de gozar de una vivienda para su uso y goce.

7. ¿Considera que existen contradicciones entre el Derecho Privado con la protección a la vivienda familiar? ¿Si existe mencione algunas?

Pues uno de los jueces que respondió esta interrogante dice que la contradicción es aparente, este va orientado a las facultades que da el derecho de dominio de propiedad a las personas, de alguna manera con la protección a la vivienda familiar, se esta limitando esa facultad mas que todo la de disposición del inmueble, es aparente porque no se esta discutiendo la titularidad de la propiedad, si las personas no se ubican en los supuestos que se establecen legalmente el va poder disponer de la vivienda con la limitación

desde luego que debe contar con la avenencia de su conyuge o conviviente. En síntesis no se le esta vedando al propietario para que pueda disponer del inmueble.

En realidad la protección a la vivienda familiar viene a constituir una limitante al Derecho Privado de Propiedad individual, y cuando se goza de tal derecho, el cónyuge o sobreviviente favorecido vela porque esta condición se le alargue por conveniencia, pero el titular tiene el derecho también de solicitarle al juez que declare la finalización de la protección a la vivienda familiar cuando ya los supuestos por los cuales se genero hayan finalizado, y el juez lo puede declarar aun sin el consentimiento de la otra persona.

8. ¿Desde su punto de vista cual es la finalidad que persigue la figura de la protección a la vivienda familiar?

Los jueces entrevistados nos hicieron llegar a dos finalidades que persigue esta figura, las cuáles son:

- Asegurar el techo para el grupo familiar especialmente para los hijos.
- Proteger el lugar donde se asienta la familia

Siendo el derecho a una vivienda digna uno de los derechos primordiales regulado en nuestra Constitución, y por ende en nuestra legislación secundaria es relevante darle la importancia que se merece.

9. ¿Para cuanto tiempo queda protegida la vivienda familiar después del fallo del juez?

En cuanto a esta pregunta todos los entrevistados coinciden en que depende de cada caso concreto, tanto podría ser de acuerdo a las condiciones en las que se encuentre el grupo familiar, como hasta que los hijos cumplan mayoría de edad en su caso, o hasta cuando termine la

autoridad parental, en otros casos cuando los hijos del grupo familiar concluyen su profesión y pueden valerse por si mismos.

En cuanto a esta respuesta podemos decir que en estos casos si se violenta el derecho de propiedad , porque como nos lo expresaron ellos resuelven según la sana crítica aplicada a cada caso concreto, y muchas veces no estipulan el plazo, lo cual si constituye una verdadera violación al derecho de propiedad del titular del inmueble.

10. ¿Qué elementos considera el juez para establecer el tiempo de la protección a la vivienda familiar?

Los elementos mencionados en la respuesta anterior fue la respuesta de los jueces incluyendo uno de ellos la Posibilidad económica del demandado en cada caso concreto.

11. ¿Cuál es el fundamento legal para establecer el plazo de la protección a la vivienda familiar?

Todos los jueces respondieron unánimemente esta interrogante, diciendo que no existe ningún fundamento legal para el establecimiento del plazo, debido a que la ley no lo prevé, y como se ha dicho anteriormente dependerá de cada caso en concreto.

Queda claro con esta respuesta que esta institución jurídica cuenta con muchos vacíos legales en su regulación, y media vez estos no sean superados siempre encontraremos obstáculos que no permiten el total cumplimiento de esta institución.

12. Que factores inciden para que una resolución sea en sentido negativo para el demandante?

Asimismo en esta pregunta los jueces coinciden en que las demandas resueltas en sentido negativo es debido a la falta de elementos probatorios de la situación en la que se encuentra la vivienda, y cuando no se puede individualizar.

Podemos manifestar que aquí queda revelada nuevamente la realidad de los obstáculos para llevar a cabo la Protección de la Vivienda Familiar, como lo son los gravámenes y la proindivisión con los que pudiera contar el inmueble, porque serán requisitos que el demandante no puede cumplir al momento de su realizar la respectiva demanda.

13. ¿Cree que la ley de Bancos es un obstáculo para el código de familia en cuanto a la figura de la protección a la vivienda familiar?

Dos de los jueces responden que en realidad la Ley de Bancos viene a contrarrestar el derecho de acceder a una vivienda digna debido a que prevalecerá para ellos el derecho de propiedad que estos poseen sobre los inmuebles, dejando de lado el Código de Familia.

Mientras que el Juez restante respondió que el problema concreto es el Art. 46 C.F., en su redacción y listado de requisitos que son obligatorios cumplirlos para que se resuelva a su favor

14. ¿Cuáles son las ventajas que existen con la protección a la vivienda familiar para el demandante, si las hay?

Por unanimidad los tres jueces han respondido que la ventaja que existe es la Seguridad y estabilidad que se le brinda a la familia, protegiendo la vivienda.

15. ¿Una vez declarada la protección a la vivienda familiar ¿quien es el encargado de verificar su cumplimiento?

Dos de los jueces entrevistados respondieron que el Juez debe asegurarse del fiel cumplimiento de la Sentencia, o a través del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas.

- ENTREVISTA REALIZADA AL MAGISTRADO DE LA CAMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR

Con el afán de recabar más información en cuanto a la práctica o no de esta institución, se entrevistó al Magistrado de la Cámara de Familia, realizándole la siguiente entrevista:

¿Ha conocido algún Recurso de Apelación en cuanto a la protección a la vivienda familiar?

Al leer el artículo en todo su contexto los expertos querían establecer que la familia tiene derecho a la vivienda la cual esta regulado en la constitución como principio constitucional.

En el anteproyecto del código de familia se desarrollaba en bien de familia.

¿Que quiere decir protección a la vivienda familiar?

La vivienda se protege de varias formas:

a) Durante la convivencia pacifica tranquila sin problemas en donde las partes elaboran acta ante notario o procurador y establece que bien se

designa como protección a la vivienda. El inmueble que será asignado se manda a inscribir en el registro de la propiedad

b) La forzosa o como medida cautelar la cual al final de la sentencia se puede quitar o no.

¿De que sexo ha recibido mas el Recurso de Apelación en cuanto a la protección a la vivienda familiar?

Quizás del hombre porque se opone a dar la casa a la mujer.

¿Cuántos recursos han sido resueltos en sentido positivo para el demandante?

No hay cuantificación lo que si recuerdo es que se han resuelto en ambos sentidos accediendo a la casa otro revocando es decir que no procede el recurso cuando pertenece a terceros

¿Cuáles son los requisitos de admisión del Recurso de Apelación en cuanto a la protección a la vivienda familiar?

Los mismos de todo recurso de apelación. Requisitos formales: tiene que ser planteada en la forma establecida por la ley debe ser por escrito y el plazo es de cinco días, y si es interlocutoria que puede darse en el curso del proceso sin haber llegado a la sentencia o en audiencia Preliminar se pueden haber dictado las medidas de uso de la vivienda.

En la audiencia de sentencia no siempre se dicta la sentencia el que apela debe estar legitimado, porque se han dado casos por ejemplo que el que apela es la suegra pero en el proceso de divorcio no es parte.

¿Cuál es el plazo que se otorga para la protección a la vivienda familiar una vez quede firme la sentencia?

Eso ha quedado abierto generalmente lo debaten y le ponen plazo por lo general en la sentencia dice cuando los hijos dejan de necesitar de esa protección.

Por lo general se colocan el plazo hasta que los hijos llegan a la mayoría de edad o si les gusta seguir estudiando con provecho de tanto tiempo o hayan adquirido un título universitario.

No existe plazo y mas que el plazo es por la necesidad y las características de cada caso en concreto.

¿Cuál es la base legal para estipular el plazo de la protección a la vivienda familiar?

No hay en la ley ni siquiera en la doctrina

¿La sentencia de la protección a la vivienda familiar adquiere la calidad de cosa juzgada en sentido material?

La sentencia no es firme absolutamente no hay una norma que expresamente lo diga veamos el artículo 83 de la ley procesal de familia

¿Considera que hay contradicción entre el Derecho Privado y la figura de la protección a la vivienda familiar?

Cuando la constitución dice que se reconoce la propiedad privada en función social es la vivienda de la familia en primer lugar la que se encuentra en función social.

Lo que sucede es que existe un desfase entre el código civil de 1880 con los avances del derecho y las tendencias o paradigmas de estas nuevas

sociedades, si no se corrigen la realidad se encargara de corregirlas mediante los estallidos sociales.

Nos quejamos de las maras y la delincuencia; pero es producto de la irresponsabilidad de algunos padres y madres a un del Estado y la misma sociedad.

El código civil no esta a tono con las nuevas tendencias del derecho.

¿Que finalidad persigue la figura de la protección a la vivienda familiar?

Es dar una estabilidad y seguridad jurídica al grupo familiar de estar seguros del lugar donde se convive como grupo familiar como parte de un Estado.

¿Cree que la figura de la protección a la vivienda familiar esta acorde con la realidad social salvadoreña?

No por las razones que les explique anteriormente

b) Personas que poseen conocimientos jurídicos y prácticos en materia de familiar (ABOGADOS DE PGR y SOCORRO JURIDICO DE LA UES)

Para profundizar acerca del conocimiento que sobre este tema poseen los abogados por tener experiencia en esta rama del derecho, optamos por encuestar a los abogados de la Unidad de Familia de la Procuraduría General de la República y a los del Socorro Jurídico de la UES, Obteniendo así los siguientes resultados:

UNIDAD DE FAMILIA DE LA PGR

1. En cuanto a las preguntas ¿Ha interpuesto demandas de Protección a la vivienda familiar?, y ¿De que sexo ha recibido mayor numero de solicitudes para realizar este tipo de demandas? Un 80% de los abogados encuestados respondió que efectivamente han realizado este tipo de demandas, mientras que un 20% respondió negativamente.

Y un 90% respondió que es el sexo femenino el que mas se avoca a esa unidad para realizar este tipo de demandas, esto debido a que la mayoría de las madres de familia son las que buscan la estabilidad tanto para ellas como para sus hijos.

2. Al preguntar ¿Qué porcentaje de demandas es resuelta a favor del demandante? Obtuvimos que solamente un 60% es resuelto a favor de la parte demandante y el 40% son resueltas a favor del demandado. Pues cada caso en particular difiere de otro, y al momento de resolver el Juez se basa en la sana crítica. Y si las resoluciones no son a favor de la parte demandante muchas veces es por no cumplir con los requisitos que conlleva la petición que se ha realizado.

3. La pregunta anterior nos llevó a otra mas profunda sobre el tema ¿Cree que existen obstáculos al momento de demandar la protección a la Vivienda Familiar? Y si considera que hay mencione algunos de ellos.

Un 70% de los encuestados respondió existen obstáculos y un 30% respondió que NO SABE/ NO RESPONDE.

Y los obstáculos que nos mencionaron, fueron los siguientes:

Que convivan bajo cualquier Régimen Matrimonia previamente establecido en la ley respectiva

Que el inmueble se encuentre libre de gravámenes (lo cual hoy en día es muy difícil obtener). Por que al encontrarse gravado el inmueble, no se pronunciará el Juez.

La ley es demasiado rigurosa en cuanto a los requisitos exigidos para demandar la Protección a la Vivienda Familiar

El desconocimiento total de la figura y de sus finalidades.

La mayoría de obstáculos que nos expresaron están enfocados a los requisitos que establece el Art. 46 C.F., por lo que puede deducir que el problema que afronta esta Institución es su misma redacción en la Ley.

4. Cuando preguntamos si ¿Considera que existen contradicciones entre el Derecho Privado con la protección a la Vivienda Familiar?

Un 30% considera que si, un 20% considera que No, y el resto No respondió
Las personas que respondieron que si fundamentaban su respuesta diciendo que el Derecho Privado es el causante, de que sobre los inmuebles se establezcan gravámenes y que se convierta en limitante para que lleve a cabo una efectiva protección

5. Se pregunto ¿Cuál es la finalidad que persigue la figura de la protección a la vivienda familiar, desde la perspectiva personas?

De todas las respuestas obtenidas se concluyo en dos:

Proteger a la familia con un 70%

Seguridad y estabilidad con un 30%

6. Y ¿Existen ventajas con la protección a la vivienda familiar? Las respuestas obtenidas fueron:

* Seguridad Jurídica a la familia, * Protección al grupo familiar y Garantizar la vivienda

UNIDAD DE FAMILIA DEL SOCORRO JURIDICO DE LA UES

Por ser una unidad pequeña solo cuenta con dos personas encargadas de los procesos en materia de familia. A quienes procedimos a realizarles la entrevista correspondiente.

1. De igual forma se les consultó si ¿habían recibido demandas de protección a la vivienda familiar, y si la respuesta fuese afirmativa que dijeran de que sexo habían recibido mayor número de demandas? A esta interrogante nos informaban de que si han recibido esta clase de demandas y en su mayoría del sexo femenino

2. Al interrogarles que opinaban sobre si la población salvadoreña conoce sobre la figura de la Protección a la vivienda familiar?

Nos respondieron de que NO, y coinciden que se debe a la falta de divulgación de la figura.

3. Así mismo les interrogamos ¿Si consideran que hay obstáculos al momento de demandar la protección a la vivienda familiar?

Uno de ellos respondió que no, porque se ha establecido un proceso claro y por lo tanto no puede haber obstáculos; mientras que la otra persona respondió que SI por motivos de orden técnico, cultural y hasta jurídicos.

4. Con las preguntas realizadas también buscábamos conocer la perspectiva que los entrevistados poseen sobre la finalidad que persigue la figura de la protección a la vivienda familiar. A lo que ambos coincidieron que la finalidad primordial de esta institución jurídica es la Protección del Grupo Familiar y el derecho a una vivienda digna para ellos.

5. Les consultamos cual es el fundamento legal para establecer la Protección a la Vivienda Familiar. Los dos entrevistados de esta unidad nos expresaron que no existe fundamento legal alguno para establecer el plazo, sino más bien son los jueces que por medio de la sana crítica y dependiendo de cada caso lo establecen.

6. La pregunta anterior nos condujo a consultar ¿cuales son esos elementos que toma en cuenta el Juez para determinar el plazo?

Sus respuestas fueron que según cada el caso de mérito se toma en cuenta la edad de los hijos que existen en el grupo familiar, y el acuerdo de las partes.

7. Y realizamos una pregunta para aclarar quien es el ente encargado de verificar el fiel cumplimiento a la resolución en la que declara el Juez la Protección a la vivienda familiar. Obteniendo de esta manera la siguiente respuesta: Que no existe ningún ente encargado, mas que las partes involucradas, uno velará porque el plazo se cumpla hasta su finalización y el otro para que su derecho al ejercicio de la propiedad privada no se le violente.

c) Población usuaria.

Los resultados obtenidos de las encuestas realizadas a este sector fue el siguiente:

La primera parte de la encuesta está enfocada a determinar los datos generales de las personas, para tener una visión de la población usuaria que serviría de muestra en nuestro estudio. De lo que obtuvimos un 55% fue del sexo femenino y un 45% fue del sexo masculino. El estado civil de un total de 100% resulto que el 60% están casados, un 18% solteros, un 8% son convivientes, un 6% viven en Unión Libre, otro 6% Divorciados y un 2% son viudos; así mismo que el 8% solamente cuenta con educación básica, el

24% Bachillerato, y el 68% cuenta con Educación Superior. Y un 16% habitan en una vivienda alquilada, y un 84% habitan en vivienda propia.

De los porcentajes anteriores puede deducirse que la población que sirvió de muestra en esta investigación es de diferente nivel de vida, educativa y cultural, esto para tener un amplio enfoque en los diversos sectores de la población.

Con respecto a las preguntas: ¿Ha escuchado sobre Protección a la Vivienda Familiar?, ¿Qué ha escuchado sobre esto?, ¿Sabía que tiene derecho a pedir la Protección a la vivienda familiar?, y ¿Conoce del trámite para pedir la Protección a la Vivienda familiar? Un 60% de la población usuaria dijo desconocer completamente sobre esta figura, y solamente un 40% respondió haber escuchado (no conocer) sobre esto, y que sabían sobre el derecho que les faculta pedir la Protección a la vivienda familiar; pero de estos un 8% conocen del trámite que se realiza, mientras que un 32% desconocen el trámite respectivo.

Es importante detallar lo que la población usuaria dijo haber escuchado sobre este tema: Un 8% dijo que era el Acceso a una vivienda, 2% que se hace en Escritura Pública, y se establece para un año, un 14% respondió que sirve para asegurar una propiedad para el beneficio de la familia, el 6% que es un régimen de protección familiar, un 2% lo definió como gravámenes, otro 2% que había escuchado el Art. 46 del CF que establece los requisitos, un 2% que era un Trámite, otro 2% que consiste en la Vigilancia de las colonias, y el 2% restante que consiste en los Seguros que se cancelan por daños en las viviendas.

De lo cual podemos deducir que la institución de la Protección a la vivienda familiar después de 15 años de vigencia del Código de Familia, es aún desconocida, siendo un derecho de la familiar en general, esto debido a que un 60% dijo no haber escuchado nada sobre esta figura, mientras que el 40% dijo haber escuchado sobre esta Institución tienen una idea equivocada y aún errónea de lo que esto significa, es más crítica la situación, al manifestar que dentro de este 40% están incluidos muchos profesionales del derecho que aún no tienen bien definida esta Institución.

Al momento de cuestionarles si estarían dispuestos a dar su consentimiento para Proteger su vivienda como vivienda familiar, un 74% respondió afirmativamente, mientras que un 20% negativamente y un 6% no respondió esta interrogante. De los que contestaron negativamente un 12% dijo no saber para que hacerlo, y un 8% porque consideran que la propiedad que poseen sobre sus bienes son absolutos.

Da la idea que hoy en día hay concientización en cuanto a la necesidad de que la familia debe gozar de un techo digno y seguro, pero aún existe la minoría que sobrepone su derecho de propiedad sobre cualquier otro derecho individual a favor de la familia.

Seguidamente se les cuestionó si consideraban importante proteger los bienes de la familia, y decir que clase de bienes. A lo cual un 98% de la población respondió afirmativamente, mientras que un 2% no responde la interrogante.

Del 98% que respondió de manera positiva, un 44% considera que la vivienda, un 4% los vehículos, otro 4% las Empresas, un 28% Los

bienes inmuebles, un 6% los bienes materiales, el 10% los Patrimoniales, y un 2% La salud.

Esto viene a reafirmar que la población no tiene una noción clara de lo primordial de la protección a la vivienda familiar, lo cual los lleva a pensar en que la protección debe ser para cualquier bien ya sea mueble o inmueble.

Finalmente se les preguntó según su forma de pensar ¿Qué es lo que se pretende con la Protección a la vivienda familiar? A lo que un 32% respondió que la familia tenga una vivienda, un 28% que se busca seguridad, 12% Estabilidad, un 10% Bienestar para los hijos, un 2% que ninguno de los cónyuges venda el inmueble, otro 4% protegerlas contra robo o eventos naturales, y un 12% no responde o no sabe.

Es así como se confirma que la Institución de la Protección a la vivienda familiar no es conocida completamente por la población y debido a ello la poca o nada utilización de la misma, por no tener en forma clara cual es la finalidad u objetivo principal de esta figura

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

Al desarrollar nuestra investigación en torno al derecho de Protección a la vivienda familiar concluimos:

1. El Estado está en la obligación según el Art. 32 Cn de dar protección a la familia y de procurar el bienestar de las mismas, como institución determinante en la formación y desarrollo del ser humano, y por lo tanto debe crear normas e Instituciones que procuren dotar a las familias de los elementos indispensables para su desarrollo como lo es la vivienda.

La Vivienda Familiar constituye un elemento en el bienestar de la familia porque es ahí donde esta tiene su asiento y los individuos desarrollan todas sus capacidades psicofísicas, sociales, y afectivas; es por ello que se considera a la familia como la primera escuela que tiene todo ser humano; sin embargo el interés del Estado no debe agotarse en la mera regulación de la protección de la vivienda familiar, sino que debe tomar las providencias necesarias para el eficaz cumplimiento de las normas, y actuación de los Órganos Públicos para promover el bienestar de la familia.

2. En nuestro Código de Familia el Art. 46 regula como se va a constituir el derecho de habitación en la vivienda familiar en aras de proteger el patrimonio de la familia, sin embargo, en el mismo artículo se establecen limitantes que impiden una real protección para el grupo familiar como por ejemplo que el inmueble no esté en proindivisión ni gravado con derechos

reales o personales, requisitos que constituyen obstáculos para proteger la vivienda, ya que debido a la situación económica del país en donde la mayoría de la población carece de recursos para adquirir una vivienda sin financiamiento, se ven en la necesidad de recurrir a préstamos con garantía hipotecaria para su adquisición, reduciéndose en gran parte el número de familias que pudieran beneficiarse con la protección de la vivienda, requisito que a su vez es el más señalado por los jueces y magistrados de familia como el principal limitante del Artículo 46 Fm, para establecer una verdadera protección a la vivienda familiar.

3. “Nadie puede alegar ignorancia de la ley”, así se encuentra regulado en el Art. 2 del Código Civil pero esto solamente queda en teoría, porque cuando llegamos a la práctica nos quedo de manifiesto el total desconocimiento de la institución de la Protección a la vivienda familiar, y no solamente en la población usuaria, sino también en las personas conocedoras de la ley como lo son abogados litigantes en área de familia, hasta el punto de confundir esta institución con seguridad privada de las colonias, seguro de vivienda, como solamente un gravamen, etc.. Es así que existe un grave problema porque si aun los estudiosos del derecho desconocen esta institución de que manera podrán asesorar a la población usuaria, y aun mas como podrán hacer uso de la misma, si no tienen conocimiento alguno de la finalidad de la misma.

4. La afectación del inmueble como vivienda familiar por decisión judicial no constituye una violación al derecho de propiedad del dueño del inmueble, porque en ningún momento se encuentra en discusión la titularidad del inmueble, sino que solamente se afecta temporalmente el derecho de este a disponer libremente de sus bienes en aras de un fin superior como lo es la protección a la vivienda familiar; sin embargo la no determinación del plazo

por parte del Juez da lugar a violar el derecho de propiedad y de seguridad jurídica del titular del inmueble, pues no se puede entender que el gravamen sea indefinido y llegar al punto que las condiciones que en su momento dieron lugar a la protección a la vivienda familiar por decisión judicial ya hayan desaparecido, y el inmueble aun se encuentre afectado, restringiendo al titular el uso, goce y disfrute del inmueble que es de su propiedad.

5. Una de las funciones de la familia es la de proteger al grupo familiar y es responsabilidad de ambos cónyuges asegurarse de que estos cuenten con una vivienda estable, pero es solamente la mujer quien se muestra con mayor interés en cumplirlo, siendo las que en su mayoría acuden a demandar la Protección a la vivienda familiar, debido a que en el mayor numero de casos es el hombre el titular del inmueble y quien toma una actitud de hasta cierto punto de egoísmo al no consentir esta protección, interesado solamente en proteger su derecho individual de propiedad.

Y en algunos casos el hombre es el titular del inmueble y es quien abandona la familia, dejándola en total desamparo, dando muestras que los deberes que como cónyuges aceptaron al momento de contraer matrimonio los pasan desapercibidos, y sin darles mayor importancia.

6. Que si bien es cierto, que existe una ley que protege el derecho de la vivienda y ésta es aplicada, no siempre va a ser efectiva, debido a que el artículo 46 del Código de Familia que regula la Protección a la vivienda familiar, no está acorde con la realidad salvadoreña actual.

Por otra parte no hay fuentes legales que determinen el plazo para establecer la Protección a la vivienda familiar, y es el Juez haciendo uso de la Sana crítica el encargado de determinarlo, pero en algunos casos este funcionario no lo estipula en sus resoluciones, cometiendo así una violación clara al derecho de propiedad del titular del inmueble, y todo esto sucede

como consecuencia del vacío legal existente al momento de regular esta institución jurídica.

6.2 RECOMENDACIONES

Con la investigación realizada y las conclusiones del presente trabajo podemos expresar las siguientes recomendaciones:

- Que se creen los mecanismos necesarios para que las familias salvadoreñas tengan conciencia de la necesidad para su desarrollo integral de una protección verdadera de la vivienda familiar. Pudiendo de esa manera darle cumplimiento a nuestra Ley Primara LA CONSTITUCIÓN, que establece como derecho fundamental el de tener una vivienda digna.

- Consideramos que se debe reformar el Art. 46 C.F. a fin de fomentar la protección a la vivienda familiar y esté acorde con la realidad socioeconómica de las familias salvadoreñas, en cuanto a los requisitos especialmente el de que el inmueble no se encuentre gravado y mas bien sea permitida en esta situación la Protección a la Vivienda Familiar; y de esta manera se logrará darle fiel cumplimiento al mandato constitucional del fomento y protección de la vivienda para un mayor numero de familias salvadoreñas

A las instituciones encargadas de velar por el fiel cumplimiento de los derechos de la familia:

Promover políticas sociales que hagan realidad el principio integral de la familia, dando a conocer a la población salvadoreña mediante talleres o seminarios la existencia de figuras tan importantes como la Protección a la vivienda familiar.

Que se establezcan jornadas de estudio o seminarios con el fin de analizar a partir de los conocimientos que se tienen y la experiencia, la aplicación del Art. 46 del Código de Familia, los supuestos que no se han regulado en la norma, y así se puedan proponer soluciones mediante un proyecto de reforma, para que sirva como iniciativa de Ley.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

ÁLVARO VELLOSO. **“El Juez sus Deberes y Facultades”**. 1ª edición Ediciones Depalma, Argentina 1982.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **“Curso de Derecho de Familia, Matrimonio y Régimen Económico”**. Tomo I, 1ª. Edición, Editorial CIVITAS, S.A, España 1988.

BELLUSCIO, AUGUSTO CESAR. **“Manual de Derecho de Familia”**. Tomo I y II, 1ª edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1993.

BERTRAND GALINDO, FRANCISCO Y OTROS. **“Manual de Derecho Constitucional”**. Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, 2ª. edición, San Salvador, 1996.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. **“Diccionario Jurídico Elemental”**. Editorial Heliasta S.R.L. Viamonte, Argentina, 1969.

CENTRO DE INFORMACIÓN JURÍDICA. **“Exposición de Motivos de Código de Familia”**. Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador. 1990.

COUTURE, EDUARDO J. **“Elementos de Derecho Procesal Civil”**. 2ª. edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1982.

CLARO SOLAR, LUIS. “**Compendio de Derecho Civil**”, Tomo III, 2ª edición, Editorial Jurídica, Chile, 1995.

ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO. “**La Vivienda Familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español**”. 1ª edición, España 1989.

LAFONT PIANETTA, PEDRO. “**Derecho de Familia. Unión Marital de Hecho**”. 1ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia 1992.

LINARES QUINTANA, SEGUNDO V. “**Reglas para la Interpretación Constitucional**”. Tomo V. 1ª. Edición, Editorial Plus Ultra, Argentina 1987.

MÉNDEZ COSTA, MARIA JOSEFA Y D'ANTONIO, DANIEL HUGO. “**Derecho de Familia**”. Tomo III y IV. 1ª edición, Editorial Rubinzal – Culzoni, Argentina, 1990.

MEZA BARRO. “**Manual de Derecho de Familia**”. Tomo I – II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Argentina, 1990.

MONTERO DUHALT, SARA. “**Derecho de Familia**”. 1ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1984.

MONTOYA MEDINA. “**Jurisdicción de Familia. Jurisprudencia**”. 3ª. Edición actualizada, Ediciones Jurídica Radar, Colombia 1994.

OSORIO, MANUEL, “**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**”. Editorial Heliasta S.R.L. Viamonte, Argentina 1992.

SIERRA RINCÓN, NÉSTOR ANTONIO. **“Procesos ante los Jueces de Familia”**. 1ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1991.

SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. **“Derecho Matrimonial”**. 2ª edición, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1992.

ZANNONI, EDUARDO A. Y OTROS. **“Derecho de Familia”**. Tomo I. sin año de edición, Editorial Astrea, Argentina., 1994

TESIS

CHAVEZ BELTRAN, JOSE LUIS **“La eficacia de la protección a la vivienda familiar a partir de la vigencia del Código de familia”**, Universidad de El Salvador, Noviembre 1995.

ORANTES MARTINEZ, MARIO FERNANDO, **“La protección de la vivienda familiar en el Código de Familia”**, Universidad de El Salvador, Diciembre 1995.

AMILCAR ARMANDO PEÑA **“Las medidas cautelares para la protección de los Derechos en la Familia”**. AÑO 1995

AVILA RODRIGUEZ, LUIS ALONSO y otros, **“Problema de la vivienda en El Salvador, las Leyes, Normas y reglamentos como limitantes en su resolución”** Trabajo de Graduación, Universidad de El Salvador, 1990.

CERNA CARRANZA, MIGUEL ANGEL. **“Bases para un Código de Familia en El Salvador”**. Universidad Doctor José Matías Delgado. Diciembre 1986.

CHÁVEZ BELTRÁN, JOSÉ LUIS. **“La Eficacia De La Protección a la Vivienda Familiar a partir de la vigencia del Código de Familia”**
Universidad de El Salvador, Noviembre 1995.

ORANTES MARTÍNEZ, MARIO FERNANDO, **“La Protección de la Vivienda Familiar en el Código de Familia”**. Universidad de El Salvador, Diciembre 1995.

OTRAS FUENTES:

FARAONI, FABIÁN EDUARDO Y OTROS. **“Alcance de la Protección en el Régimen Económico de la Familia”**. X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Argentina 1998.

FERNÁNDEZ DOMINGO, JESÚS IGNACIO. **“Vivienda y Familia: Presente y Futuro de una Simbiosis”**. X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Argentina, 1998.

SÁNCHEZ MÁRQUEZ, RICARDO. **“El Patrimonio Familiar”**. X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Argentina, 1998.

LEGISLACION:

Constitución de la República de El Salvador 1983

Código de Familia.

Código Civil

Ley Procesal de Familia.

Ley de Expropiación y Ocupación de Bienes por el Estado

Normas Internacionales Básicas sobre Derechos Humanos, Consejo

Nacional de la Judicatura, 1998.

DOCUMENTALES

ECA (ESTUDIOS CENTRAMERICANOS) **Crisis en el sector vivienda en El Salvador**, Numero Monográfico

ANEXOS

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION
GUIA DE ENTREVISTAS PARA LOS JUECES DE FAMILIA DE SAN
SALVADOR



Estimado Licenciado(a):

La investigación que estamos realizando tiene como fin conocer “La efectividad o falta de cumplimiento del artículo 46 del Código de Familia en cuanto a la protección a la vivienda familiar”.

Las respuestas que aquí nos brinde serán de mucha importancia para poder cumplir con los objetivos de nuestra investigación, por lo que de la manera mas atenta les suplicamos su colaboración y la mayor objetividad posible, agradeciendo de antemano su tiempo prestado.

FECHA: _____

NOMBRE: _____

TRIBUNAL: _____

INDICACIONES

Lea detenidamente el Art. 46 C. F. que a continuación se transcribe y responda con letra clara las interrogantes planteadas.

Art. 46 “Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.

La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los Procuradores Auxiliares Departamentales, instrumento que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad, Raíz e Hipotecas correspondiente. No se podrá destinar mas de un inmueble a dicha habitación, esta no deberá estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deben respetarse. La sustitución del inmueble afectado también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y en la forma prevista en el inciso precedente.

Quando no pudiera obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el Juez a petición del otro, podrá autorizar la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la sustitución, según el caso atendiendo el interés de la familia.”

1. ¿Cuántos años tiene de laborar en este Juzgado como Juez?

2. ¿Ha recibo casos de petición de protección a la vivienda familiar?

SI

NO

3. ¿De cual sexo ha recibido mayor numero de demandas sobre la protección a la vivienda familiar?

FEMENINO

MASCULINO

4. ¿Qué porcentaje de demandas han sido favorables al demandante?

5. ¿Qué factores influyen para el cumplimiento de la protección a la vivienda familiar?

6. ¿Cuáles son las causas jurídicas de la Protección a la vivienda familiar?

7. ¿Cuáles son las causas sociales de la protección de la vivienda familiar?

8. ¿Considera que existen contradicciones entre el Derecho Privado con la protección a la vivienda familiar? ¿Si existe mencione algunas?

9. Cree usted que la mayoría de la población salvadoreña conoce sobre la figura de la protección a la vivienda familiar?

SI

NO

10. ¿Cuáles son los obstáculos que existen al momento de demandar la protección a la vivienda familiar? _____

11. ¿Desde su punto de vista cual es la finalidad que persigue la figura a la protección de la vivienda familiar?

12. ¿Cuál es el plazo que se estipula para la protección de la vivienda familiar?

13. ¿Considera que el derecho de propiedad influye en la protección de la vivienda familiar?

SI

NO

14. ¿Que factores inciden para que una resolución sea en sentido negativo?

15. ¿Cree que la Ley de Banco se contradice con el Código de Familia en cuanto a la protección de la vivienda familiar? Si contesta afirmativo decir ¿porque?

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION.



Estimado Licenciado(a):

La investigación que estamos realizando tiene como fin conocer “La efectividad o falta de cumplimiento del artículo 46 del Código de Familia en cuanto a la protección a la vivienda familiar”.

Las respuestas que aquí nos brinde serán de mucha importancia para poder cumplir con los objetivos de nuestra investigación, por lo que de la manera mas atenta les suplicamos su colaboración y la mayor objetividad posible, agradeciendo de antemano su tiempo prestado.

Fecha: _____

Nombre: _____

Procuraduría General de la República de _____ Unidad

INDICACIONES

Lea detenidamente el Art. 46 C. F. que a continuación se transcribe y responda con letra clara las interrogantes planteadas.

Art. 46 “Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.

La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los Procuradores Auxiliares Departamentales, instrumento que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad, Raíz e Hipotecas correspondiente. No se podrá destinar mas de un inmueble a dicha habitación, esta no deberá estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deben respetarse. La sustitución del inmueble afectado también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y en la forma prevista en el inciso precedente.

Quando no pudiera obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el Juez a petición del otro, podrá autorizar la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la sustitución, según el caso atendiendo el interés de la familia.”

1. ¿Cuántos años tiene de laborar en esta Unidad como Abogado?

2. ¿Ha interpuesto demandas de Protección a la vivienda familiar?

SI

NO

3. ¿De cual sexo ha recibido mayor numero de solicitudes de asistencia jurídica para demandar la protección a la vivienda familiar?

FEMENINO

MASCULINO

4. ¿Qué porcentaje de demandas le han sido resueltas a favor de la parte demandante?

1. ¿Cree que existen obstáculos al momento de demandar la Protección a la Vivienda Familiar?

SI

NO

2. Si su respuesta fue afirmativa en la interrogante anterior, mencione algunos de los obstáculos en la que basa su respuesta

3. ¿Cuáles son las causas sociales de la protección de la vivienda familiar?

4. ¿Considera que existen contradicciones entre el Derecho Privado con la protección a la vivienda familiar? ¿Si existe mencione algunas?

5. ¿Cree usted que la mayoría de la población salvadoreña conoce sobre la figura de la protección a la vivienda familiar?

6. ¿Desde su punto de vista cual es la finalidad que persigue la figura a la protección de la vivienda familiar?

7. ¿Cómo parte demandante que plazo se le pide al juez para la protección de la vivienda familiar?

8. ¿Considera que el derecho de propiedad influye en la protección de la vivienda familiar?

9. ¿Existen ventajas con la protección a la vivienda familiar? Si las hay mencione algunas.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION



CUESTIONARIO SOBRE LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR

Instrucciones: marque con una x la respuesta adecuada.

1) Sexo : Masculino Femenino

2) Estado Civil :

| | | | |
|---------|--------------------------|-------------|--------------------------|
| Soltero | <input type="checkbox"/> | Divorciado | <input type="checkbox"/> |
| Casado | <input type="checkbox"/> | Conviviente | <input type="checkbox"/> |
| Viudo | <input type="checkbox"/> | Unión Libre | <input type="checkbox"/> |

3) Estudios Realizados:

| | | | |
|-------------------------|--------------------------|--------------------|--------------------------|
| Sin educación académica | <input type="checkbox"/> | Educación Superior | <input type="checkbox"/> |
| Educación básica | <input type="checkbox"/> | Otros estudios | <input type="checkbox"/> |
| Bachillerato | <input type="checkbox"/> | | |

4) Tipo de vivienda que habita

| | | | |
|--------|--------------------------|-----------|--------------------------|
| Propia | <input type="checkbox"/> | Alquilada | <input type="checkbox"/> |
|--------|--------------------------|-----------|--------------------------|

5) ¿Ha escuchado sobre Protección a la Vivienda familiar?

| | | | |
|----|--------------------------|----|--------------------------|
| SI | <input type="checkbox"/> | NO | <input type="checkbox"/> |
|----|--------------------------|----|--------------------------|

6) ¿Qué ha escuchado sobre esto?

7) ¿Sabe que tiene derecho a pedir la protección a la vivienda familiar?

| | | | |
|----|--------------------------|----|--------------------------|
| SI | <input type="checkbox"/> | NO | <input type="checkbox"/> |
|----|--------------------------|----|--------------------------|

8) ¿Si la vivienda familiar es de su propiedad estaría dispuesto(a) a dar su consentimiento para constituir la como vivienda familiar para su protección?

| | | | |
|----|--------------------------|----|--------------------------|
| SI | <input type="checkbox"/> | NO | <input type="checkbox"/> |
|----|--------------------------|----|--------------------------|

9) De contestar de manera negativa decir ¿porque?

10) ¿Considera importante proteger los bienes de la familia?

SI

NO

11) Si contesta de manera positiva decir que clase de bienes

12) ¿Qué es lo que se busca con la protección a la vivienda familiar?

13) ¿Conoce del trámite que se debe realizar para pedir la protección a la vivienda familiar?

SI

NO

14) ¿Considera importante la protección a la vivienda familiar? ¿Porque?