

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2009
PLAN DE ESTUDIOS 1993**



LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS MORALES A LA MADRE DEL HIJO NO RECONOCIDO, EN LA ZONA METROPOLITANA DE SAN SALVADOR DURANTE LOS AÑOS 2005 - 2008.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

RIVAS MEJIA, AMANDA JAQUELIN.
RODRÍGUEZ SERRANO, GRACIA MARIA.
SALINAS RUBIO, CAROLINA AMALIA.

LICDA. SANDRA CAROLINA RENDON RIVERA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2009

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARÍA GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADA SANDRA CAROLINA RENDON RIVERA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Dios a la Santísima Virgen María y al Espíritu Santo:

Por guiar siempre mi camino y estar a mi lado a cada momento de mi vida y de esa misma forma haberme permitido terminar mis estudios con éxito.

A mi madre:

Por ser el pilar que me ha sostenido siempre y que me ha ayudado con su esfuerzo y sacrificio a culminar mis estudios

A Mi Queridísima Abuela:

Quien desde mi infancia ha estado a mi lado forjando valores y principios en mi vida y quien me ha enseñado a nunca darme por vencida ante cualquier circunstancia de la vida.

A mi Bisabuela:

Quien siempre me inspiro a luchar por lo que quisiera e infundio en mi un espíritu de lucha y entrega ante los sueños y las metas y quien aun antes de morir nunca se dio por vencida.

A Mi Hermano:

Por estar conmigo y apoyarme en mi carrera.

A Mi Hermana Bethy:

Por ser mi ángel y apoyo siempre, por enseñarme a crecer y creer en nuestros sueños y enseñarme a afrontar los cambios en nuestras vidas, por estar conmigo en cualquier circunstancia y por iniciar este camino juntas y nunca separarnos y por su apoyo incondicional.

A Mis Compañeras De Tesis Gracia María Y Carolina

Por brindarme su amistad y cariño y guiarme en los momentos indicados apoyarme y comprenderme. Gracias por permitirme compartir este proyecto junto a ustedes y por darme el gran regalo de compartir a su lado muchas experiencias muy bonitas y sobre todo por haber constituido esta amistad tan solida que no se rompe.

A la Lic. Sandra Carolina Rendon:

Por habernos guiado y asesorado en todo el desarrollo de la investigación, por sus consejos y la disponibilidad que siempre tuvo para atender nuestras necesidades.

A Mis Amigos Renato, Puebla Y Jessica:

Por compartir a su lado tantos momentos de alegría y felicidad a largo de toda nuestra carrera y por regalarme la dicha de encontrarlos en mi camino.

A las peques:

Por compartir conmigo su sueño de Fabrica de Sonrisas el cual nos ha enseñado a que Dios es quien va tejiendo el hilo de nuestros sueños y que nos ha utiliza como instrumentos para llevar su amor a diferentes lugares.

AMANDA JAQUELIN RIVAS MEJIA

A Dios Todopoderoso:

Por el amor y grandes bendiciones que me ha dado, como el regalo de otorgarme una familia maravillosa así como amistades invaluable; y por acompañarme en cada instante de mi vida, siendo mi refugio y soporte; en toda una vida no podría terminar de hablar de tu bondad y fidelidad.

A la Santísima Virgen María:

Al interceder siempre ante nuestras necesidades y a la vez por que con mano materna nos guía en nuestro camino; siendo además un ejemplo a seguir con sus innumerables virtudes.

A mis padres, Ricardo Rodríguez y Estela de Rodríguez

Por su amor y apoyo incondicional en todos los aspectos de mi vida desempeñando un papel intachable como padres, protegiéndome, aconsejándome, inculcándome valores e impulsándome a ser mejor persona. ¡Son una bendición incalculable!

A mis hermanas:

Por estar siempre a mi lado apoyándome y aconsejándome, además de regalarme momentos felices e inolvidables; las amo muchísimo y me siento verdaderamente orgullosa de la relación que gracias a nuestros padres hemos construido.

A mi pequeño Andrés:

Por ser mi chispa de alegría diaria y ayudarme a ser mejor persona, al enseñarme el hermoso milagro de la vida apreciando cada detalle que papito Dios nos regala cada segundo.

A mis amigos/as:

Al haberme regalado grandes momentos, llenando de alegría mis días y haciendo que en los momentos de adversidad la carga sea menor. ¡Gracias por su apoyo, que Dios los/as bendiga!

A mis queridos Renato y Puebla

A quienes tengo un cariño especial, pues hemos vivido juntos todo este camino de formación profesional, compartiendo experiencias maravillosas y valorando siempre los aspectos positivos de cada situación de manera tal que disfrutamos tanto las dificultades como las dichas. Deseo de todo corazón que Dios los bendiga y nos permita seguir siendo tan buenos amigos.

A mis compañeras de tesis Amanda Rivas y Carolina Salinas:

Por permitirme conocer más de ustedes a lo largo de este proceso tan importante en nuestras vidas pues esta experiencia ha contribuido a que nuestra relación de amistad se estreche. Ha sido un honor trabajar con ustedes, pues aprendí de sus virtudes por lo que las valoro aun más y las considero un tesoro en mi camino.

A nuestra asesora de tesis, Licenciada Sandra Carolina Rendón:

Por sus sabios y oportunos consejos, además de su colaboración y disponibilidad para la culminación exitosa de nuestro trabajo de investigación.

Gracia María Rodríguez Serrano.

A Dios, al Espíritu Santo y a la Virgen María.

Que todo el camino estuvieron a mi lado ayudándome en el desarrollo de esta investigación, ya que sin ellos no lo hubiera podido lograr.

A mi Papá Edwin Flavio Salinas Castellanos.

Que fue una inspiración para mí en toda mi carrera y siempre tenía la palabra indicada para incentivar me a dar lo mejor de mí como estudiante, meta que actualmente gracias a su apoyo moral y económico he logrado cumplir.

A mi mamá Ligia Amalia Rubio.

Que fue un gran apoyo al darme en los momentos más necesarios el consejo oportuno o las palabras de aliento que necesitaba en el transcurso de mi carrera, la cual he logrado terminar gracias a su apoyo incondicional.

A mis hermanos Salvador y Francisco.

Que siempre me ayudaron en lo que pudieron, y me dieron un ejemplo a seguir.

A mis compañeras de tesis Gracia María y Amanda Jaquelin.

Que Gracias a Dios iniciamos en esta investigación como amigas y pudimos terminarla siendo aun mas amigas y conociéndonos mas con nuestros defectos y virtudes, pero sobre todo sabiendo que nuestra amistad perdurará sin importar que obstáculos atravesemos en un futuro.

A mis amigos y amigas.

Que sin ellos esta experiencia en la Universidad no seria completa, ya que son una parte muy importante de mi vida no solo estudiantil sino también personal, los quiero mucho y siempre serán mis amigos.

A mi asesora de tesis Lic. Sandra Carolina Rendón.

Que por su apoyo, interés y dedicación en nuestra investigación, aun con sus múltiples responsabilidades siempre encontró tiempo para nosotras, por lo cual pudimos realizar un buen trabajo, y que al final de dicha tesis, no solo encontramos en ella una asesora sino también una amiga.

CAROLINA AMALIA SALINAS RUBIO.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.	iii
CAPITULO I	1
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	1
1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	1
1.2. PLANTEAMIENTO, ENUNCIADO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	3
1.2.1. Planteamiento del problema.....	3
1.2.2. Enunciado del problema.	5
1.2.3. Delimitación de la investigación.....	5
1.3. OBJETIVOS.....	6
1.3.1. Objetivo general	6
1.3.2. Objetivos específicos.....	6
1.4. SISTEMA DE HIPÓTESIS	6
1.4.1. Hipótesis general.....	6
1.4.2. Hipótesis específicas	6
1.4.3. Operacionalización de hipótesis.	7
1.5 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.	9
1.5.1. Población, muestra y unidades de análisis.....	9
1.5.2. Nivel y Tipo de Investigación.....	10
1.5.3 Técnicas e instrumentos.	12
CAPITULO II.....	13
MARCO HISTÓRICO	13
2.1 ANTECEDENTES MEDIATOS.....	13
2.1.1 Edad antigua.....	13

2.1.2 Edad Media	22
2.1.3 Edad Contemporánea.....	23
2.2 ANTECEDENTES INMEDIATOS.....	26
2.2.1 Constitución de 1824	26
2.2.2 Constitución de 1950	26
2.2.3. Constitución de 1962.....	27
2.2.4. Código Civil de 1860.....	27
CAPITULO III	29
MARCO CONCEPTUAL	29
3.1 Conceptualización General.....	29
3.2 Aspectos esenciales sobre daño moral	30
3.2.1 Concepciones negativas	32
3.2.2 Concepciones positivas.....	33
3.3 Requisitos que debe cumplir el daño moral	35
3.3.1 El daño moral debe ser cierto	35
3.3.2 El daño moral debe de ser personal	36
3.3.3 El daño moral debe de ser consecuencia de una lesión	36
3.4 Diferenciación entre Daño Material y Daño Moral e Indemnización de Daños Morales.....	37
3.4.1 ¿Qué es daño material o patrimonial?.....	37
3.4.2 ¿Qué es daño moral?	38
3.4.3 ¿Qué es la indemnización?	39
3.5 Aspectos esenciales sobre Indemnización.	40
3.5.1 Conceptualización General.....	40
3.5.2 Naturaleza jurídica de la indemnización	43
3.5.3 Finalidad de la indemnización	44

3.5.4 Funciones de la reparación del daño moral	44
3.5.5 Doctrinas que niegan la reparación del daño moral	45
3.5.6 Doctrinas que aceptan la indemnización del daño moral	47
3.6 Sujetos que integran la relación jurídica que nace del daño moral	49
3.7 Titularidad de la acción.....	49
3.7.1 Legitimación Activa.	49
3.7.2 Legitimación Pasiva	50
3.8 Valoración del daño moral	51
3.8.1 Valoración de la prueba de daño moral.....	54
3.9 Cuantificación Judicial de la indemnización del daño moral.	60
CAPÍTULO IV.....	62
MARCO NORMATIVO	62
4.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA	63
4.2 TRATADOS INTERNACIONALES.	64
4.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos.....	65
4.2.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	65
4.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	66
4.2.4 Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales	67
4.2.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José ..	68
4.2.6 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	69
4.2.7 Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para	69
4.2.8 Convención de los Derechos del Niño.....	70
4.3 CÓDIGO DE FAMILIA	72
4.4 LEY PROCESAL DE FAMILIA	76

4.5 CÓDIGO CIVIL.....	78
4.6 CÓDIGO PENAL.....	79
4.7 LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.....	81
4.8 LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL.....	82
4.9 LEY TRANSITORIA DEL REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR Y LOS REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.....	83
4.10 Líneas Jurisprudenciales, Jurisprudencia y Doctrina referente al Daño Moral.....	84
CAPITULO V.....	100
ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	100
5.1 ENTREVISTA A PSICÓLOGOS QUE CONFORMAN EL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO ADJUNTOS A LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE SAN SALVADOR.....	101
5.2 ANÁLISIS DE ENTREVISTA REALIZADA A LOS PROCURADORES ADJUNTOS A LOS JUZGADOS DE FAMILIA.....	112
5.3. ANÁLISIS DE ENTREVISTA REALIZADA A LOS JUECES DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA.....	124
CAPITULO VI.....	137
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	137
6.1 CONCLUSIONES.....	137
6.2 RECOMENDACIONES.....	139
BIBLIOGRAFÍA.....	143

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que continuación se presenta pretende desarrollar aspectos esenciales acerca de la indemnización de daños morales a la madre del hijo no reconocido; encaminado a crear un nuevo conocimiento, generando ideas nuevas, producto del razonamiento objetivo; con el propósito de dejar un precedente escrito del tema en estudio, al haber generado interés en los legisladores por contemplarla en la normativa familiar.

Dentro de los objetivos que persigue ésta investigación es establecer los parámetros necesarios para hacer efectiva la figura de la indemnización por daños morales a la madre del hijo no reconocido, luego de examinar los obstáculos a los que se enfrenta la madre para tal efectividad.

En el artículo 2 inciso 3° de la Constitución de la República se establece la indemnización conforme a la ley, por daños de carácter moral; sin embargo, en el país sigue existiendo una actitud negativa e irresponsable por parte de algunos padres para reconocer a sus hijos (as), es así como nace la necesidad de iniciar judicialmente un proceso de declaratoria judicial de la paternidad. En este sentido, se busca por medio de dicho proceso la reivindicación de los derechos vulnerados y la indemnización por los daños morales ocasionados tanto al hijo no reconocido como a la madre de éste.

Esta investigación se encuentra compuesta en un primer punto por la Justificación que analiza la factibilidad, conveniencia y utilidad de la investigación a realizar; seguido por los antecedentes de la problemática, que nos facilitará la mejor comprensión de la situación actual de dicha

investigación; posteriormente se determina el planteamiento y la delimitación de la misma, orientando de manera específica el curso de el estudio a realizar; logrando identificar así mismo los objetivos que se persiguen.

En seguida se desarrolla el Marco Histórico donde se plantean los antecedentes históricos sobre la paternidad y el resarcimiento de daños morales, su evolución y desarrollo; por otra parte consta del Marco Teórico Conceptual que nos permite ampliar la descripción y análisis del problema planteado, relacionando el mismo con las teorías ya existentes; luego se elabora una relación entre los aspectos del tema abordados en los marcos anteriores, con la legislación nacional e internacional pertinente, iniciando con el análisis Constitucional, continuando con los instrumentos internacionales y luego finalizando con la norma secundaria.

Como toda investigación, se cuenta con un sistema de hipótesis con la respectiva operacionalización de sus variables, finalizando con la estrategia metodológica necesaria para la obtención de la información, específicamente en lo referente a la investigación de campo, elaborando los instrumentos metodológicos necesarios que permitirán recolectar la información. Entre los instrumentos a utilizar se encuentran: Entrevistas dirigidas a los jueces de familia y la encuesta dirigida a los psicólogos de los juzgados de familia y los procuradores adscritos a los juzgados de familia.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

En la realidad salvadoreña es común conocer casos de padres que no se responsabilizan voluntariamente de sus hijos, lo que conlleva a generar un daño moral, no solo en el hijo sino también en la madre, al tener que asumir toda la responsabilidad que implica la crianza y cuidado personal de un menor, es por ello que en el sistema jurídico salvadoreño se regula una indemnización ante la vulneración psicológica de la que han sido objeto; indemnización que no fácilmente se logra conseguir, aun existiendo la facultad para exigirlo.

Es así como se ha considerado conveniente evidenciar si existe o no aplicación del resarcimiento del daño moral en los casos que ahora nos ocupan, pero también es necesario profundizar en cuáles son los motivos que obstaculizan a las madres salvadoreñas a hacer efectivo este derecho, así como desarrollar herramientas útiles para facilitar el logro de ésta indemnización, pretendiendo hacer un análisis puntual y acertado de su aplicabilidad; esto será de beneficio social pues permitiría arribar a casos concretos de resarcimiento de daños y contribuiría al bienestar familiar, quienes se beneficiarían con los resultados y en lo posible elaboraremos propuestas para el beneficio de las personas que acuden a ventilar sus casos en los Juzgados de Familia.

En este sentido la investigación se orienta a una óptica teórica- práctica ya que goza de las diferentes disposiciones teóricas y doctrinarias que pueden brindar útil información que facilite la descripción, explicación y análisis del problema a investigar. De esa forma será posible realizar una investigación de campo haciendo uso de los instrumentos metodológicos pertinentes para lograr un posterior análisis e interpretación de los

resultados obtenidos pues podría divulgarse y transmitirse a otros Juzgados con competencia en materia de Familia a nivel nacional.

Es por ello que irá dirigida a *la indemnización por daños morales provocados en la madre del hijo no reconocido*, por los motivos antes expuestos, con la expectativa de que la investigación sirva de base para la realización de posteriores estudios, que de alguna manera tengan similitud a la que se pretende realizar y que sea de utilidad además para el sector poblacional afectado con la problemática objeto de estudio.

El enfoque temporal se que abarcará *será* entre los años 2005 al 2008, tomando como punto referencia espacial los cuatro Juzgados de Familia del municipio de San Salvador, tomando en cuenta a los entes que de alguna forma tienen relación con el tema eje de la investigación; pretendiendo realizarla en un período comprendido a partir del mes de junio hasta el mes de septiembre del corriente año.

En consecuencia, la investigación proveerá de amplios y profundos conocimientos acerca de los elementos esenciales de la problemática que se logran advertir en la práctica profesional, además de las posibles soluciones aplicables para la erradicación del desconocimiento del tema para alcanzar la efectividad de la indemnización por el daño moral causado a la madre ante la ausencia del reconocimiento de paternidad de su hijo.

CAPITULO I

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Tener conocimiento que el tema de esta investigación no haya sido anteriormente estudiado evidenciará que nuestra investigación estará vista desde un enfoque distinto a las demás que se encuentran vinculadas con el tema: **“LA INDEMNIZACION DE DAÑOS MORALES A LA MADRE DEL HIJO NO RECONOCIDO, EN LA ZONA METROPOLITANA DE SAN SALVADOR DURANTE LOS AÑOS 2005 A 2008”**. Así, dichas exploraciones estarán dirigidas a aspectos distintos del sector poblacional *madre del hijo no reconocido*.

Por lo tanto, los antecedentes del presente trabajo de investigación se tomará de aquellos que tienen relación con la investigación que se pretende efectuar, y son:

Guardado Morales, Ana Camila, quien en su tesis de graduación que lleva por nombre: *“La Indemnización Por Daño Moral en la Legislación Familiar Salvadoreña”* (1994), investigación que busca determinar la figura del daño moral en cuanto su aplicación y efectividad dentro del ordenamiento jurídico familiar de nuestro país de una manera generalizada, concluyendo que existe un gran desconocimiento este fenómeno por parte de los profesionales de derecho que ejercen la abogacía, lo que genera consecuencias como asesoría incorrecta, provocando resultados insatisfactorios a sus representados al quedar estos legalmente desamparados.

Otra investigación que tomaremos como antecedente, es la realizada por Ileana Gabriela Hernández Benítez, titulada “*Indemnización por Daños y Perjuicios en materia de Familia*” (1994), la cual está enfocada a investigar en relación a lo teórico y práctico la indemnización por daños y perjuicios en el Derecho de Familia en amplio y general sentido; analizando además los problemas legales de la normativa familiar respecto a este tema y señalando los precedentes y criterios jurisprudenciales oportunos. En este trabajo se concluye que en el ámbito nacional son escasos los documentos que traten el resarcimiento de los daños familiares, agregando que tal situación se debe a los notables vacíos en la normativa familiar, que no facilitan al juzgador familiar una mejor aplicación del resarcimiento de los daños familiares.

La diferencia de los dos trabajos mencionados anteriormente es fácilmente advertible al que se pretende realizar, por ir orientados al estudio genérico del la Indemnización por Daño Moral en los diferentes casos que prevé la legislación de Familia; en cambio el presente, está orientado exclusivamente a la indemnizados por el daño moral causado, que establece el Art. 150 Inc 2° CF.

Así mismo encontramos el trabajo de graduación realizado por Thelma Judith Paz Pineda, en el año 2001 en la que se estudio el tema “*Indemnización del Daño Moral en la Legislación de Familia de El Salvador*”. Esta tesis está encaminada a investigar la indemnización del daño moral, por la Declaratoria Judicial de Paternidad y la Nulidad del Matrimonio, analizando exclusivamente la indemnización correspondiente al hijo procreado que se pretende reconocer judicialmente, concluyendo que los casos relacionados con el tema son escasos, debido al desconocimiento de estas figuras y como consecuencia directa de la inexistencia de divulgación jurídica oportuna. Está tesis al igual que las dos anteriores difiere mucho del trabajo de investigación que se efectuará,

por el hecho de ser la orientación del tema bastante amplio y no exclusivo de un solo sector de análisis.

Como cuarto antecedente se encuentra el trabajo realizado por *Cruz Flores, Max Dunlop Gamazzy*, titulado *“La Indemnización de Daños Morales en el Reconocimiento Judicial de Paternidad”* efectuado en el año 2005. Esta tesis está orientada al ámbito de los resultados de la prueba de ADN para el reconocimiento judicial de la paternidad y por ende, la indemnización de los daños morales que resultan del no reconocimiento voluntario de un hijo(a); diferencia definitiva con la investigación que se pretende realizar pues, a pesar que ambas estudian la Indemnización por Daños Morales, la tesis citada está dirigida únicamente al resarcimiento del daño provocado al hijo y la presente investigación por su parte, se ocupa exclusivamente del reparo al agravio provocado a la Madre de éste hijo no reconocido.

1.2. PLANTEAMIENTO, ENUNCIADO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1. Planteamiento del problema.

La Constitución de la República en su artículo 32 establece que la familia es la base de la sociedad y en ese sentido, el Estado tiene la obligación de velar por la unidad familiar; sin embargo existen circunstancias en las que la familia se desintegra siendo en la mayoría de los casos que el padre no asume su responsabilidad tanto en el bienestar y formación del hijo como colaboración que debe brindar a la madre.

Así mismo en su Art. 2 en garantiza algunos derechos individuales como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Es por ello que establece la indemnización por daños de carácter moral.

Entendiendo como Daño Moral¹ al detrimento o lesión que una persona sufre en su espíritu o cuerpo, cualesquiera que sea la causa y el causante, lo cual constituye pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido.

Es así que nuestro sistema jurídico otorga al hijo, el derecho de exigir la declaratoria judicial de paternidad, cuando ésta no haya sido reconocida voluntariamente ni se presume legalmente; además de ser indemnizado por el daño moral irrogado ante la negativa de éste.

Sin embargo nuestra legislación amplía esta protección hacia la madre del hijo no reconocido ya que es ella quien asume la crianza y cuidado personal del menor, pues ante la negativa del padre de asumir su paternidad los efectos económicos, sociales y morales recaen sobre ella, quien se convierte en sujeto pasivo, receptor del menoscabo que sufre en su honor, reputación, afectos o sentimientos.

Reconocer el daño moral irrogado a la madre del hijo no reconocido es elevar a un ámbito especial la protección que el Código de Familia otorga a la misma en su artículo 150 inc. 2º, dado que amplía a una categoría que a simple vista no se logra percibir pero que en las relaciones personales, familiares y profesionales de la afectada se denotan, si bien es cierto esto depende de la personalidad de cada ser humano, aun si ésta no presenta indicadores de esas afectaciones no por ello es certero decir que no sufrió un menoscabo en sus sentimientos, afecto y conformación psíquica; aunque estos no se exterioricen por medio de ciertas conductas, quedan de manera interna en ella.

¹ ZANNONI, Eduardo A. *Et al.* Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina

Es así que ante la humillación, el desprecio, la marginación, y el menoscabo en la dignidad sufrido por la mujer, en este caso, se hace oportuna la reparación total de las emociones negativas sentidas por ella. Por consiguiente, las razones ya expuestas nos motivan a realizar esta investigación y poder dar estudio y determinación concreta de cómo reparan todas la afecciones espirituales negativas sufridas por una madre mediante la figura de la indemnización por daños morales declarada en la sentencia definitiva en los procesos judiciales de Reconocimiento de Paternidad.

1.2.2. Enunciado del problema.

Por lo anteriormente expuesto se formula el problema de investigación de la siguiente manera:

¿En qué medida el pago de la indemnización por daños morales a la madre del hijo no reconocido es equivalente al perjuicio moral sufrido?

1.2.3. Delimitación de la investigación.

La investigación irá dirigida a *la indemnización por daños morales provocados en la madre del hijo no reconocido*, con un enfoque temporal que abarca *entre los años 2005 al 2008*, tomando como referencia los cuatro *Juzgados de familia del municipio de San Salvador*; partiendo de lo establecido en el Artículo 150 inc. 2° del Código de Familia que reza de la siguiente manera: **“SI FUERA DECLARADA LA PATERNIDAD, LA MADRE Y EL HIJO TENDRÁ DERECHO A RECLAMAR DEL PADRE INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS MORALES Y MATERIALES A QUE HUBIERE LUGAR CONFORME A LA LEY”** ya que la madre por la calidad que posee adquiere de manera imbita el derecho al resarcimiento por el agravio causado.

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. Objetivo general

Establecer los parámetros necesarios para hacer efectiva la figura de la indemnización por daños morales a la madre del hijo no reconocido.

1.3.2. Objetivos específicos

- Verificar la aplicabilidad de las herramientas jurídicas para concretar la indemnización por daños morales
- Establecer en qué medida los daños morales son cuantificables.
- Determinar los criterios adoptados por los jueces de familia para cuantificar el pago de la indemnización por daños morales.
- Enumerar en qué casos opera la figura de la responsabilidad por agravio moral.
- Identificar las principales dificultades a que se enfrenta la madre del hijo no reconocido para el establecimiento del pago de la indemnización.

1.4. SISTEMA DE HIPÓTESIS

1.4.1. Hipótesis general

Los criterios adoptados por los Jueces de Familia para determinar el monto de la indemnización de daños morales a la madre del hijo no reconocido, no logra reparar suficientemente el menoscabo causado.

1.4.2. Hipótesis específicas

- La poca o escasa divulgación jurídica acerca de la indemnización de daños morales a las madres de hijos no reconocidos, genera poco interés en la petición de la misma.
- La indemnización de daño moral solamente cubre la necesidad material de contar con la acción responsable del progenitor, más no las necesidades afectivas.
- El factor cultural es determinante en el fenómeno del no reconocimiento de paternidad.

1.4.3. Operacionalización de hipótesis.

Hipótesis General: *“Los Criterios Adoptados por los Jueces de Familia para determinar el monto de la indemnización de daños morales a la madre del hijo no reconocido, no lo logra reparar suficientemente el menoscabo causado.”*

HIPOTESIS Y VARIABLES.	PREGUNTAS-ENTREVISTAS
<p style="text-align: center;"><u>HIPOTESIS GENERAL:</u></p> <p style="text-align: center;">V.I: CRITERIOS ADOPTADOS POR EL JUEZ</p> <p style="text-align: center;">V.D.: NO LOGRA REPARAR EL MENOSCABO CAUSADO.</p>	<p>1. ¿Cree usted que el criterio adoptado por el juez para establecer el monto de la indemnización a la madre del hijo no reconocido, logra reparar el daño causado a ella?</p> <p>2. ¿Considera que la indemnización que se le concede a la madre es conforme con el daño ocasionando?</p> <p>3. ¿Opina que la ley debería establecer una cuantía por la cual debe guiarse el juez para decretar el monto del daño moral causado a la madre?</p>
<p style="text-align: center;"><u>HIPOTESIS ESPECIFICAS:</u></p>	<p>1. ¿En qué medida considera usted que la divulgación sobre el derecho a reclamar por daños moral es suficientemente conocido por la población femenina de este país?</p> <p>2. ¿Es de su opinión que se debe</p>

<p>V. I.: LA POCA O ESCASA DIVULGACION JURIDICA ACERCA DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS MORALES A LA MADRE</p> <p>V.D.: GENERA POCO INTERES EN LA PETICION DE LA MISMA.</p>	<p>elaborar campañas de difusión de derecho a reclamar por daño moral a la madre para que estas hagan uso del derecho que la ley les confiere?</p> <p>3. ¿Considera que al estar más informada la población femenina sobre este derecho van a acceder en mayor medida a esta protección?</p>
<p>V.I.: LA INDEMNIZACION DE DAÑO MORAL SOLAMENTE CUBRE LA NECESIDAD MATERIAL.</p> <p>V.D.: NO CUBRE LAS NECESIDADES AFECTIVAS.</p>	<p>1. ¿Opina que es importante que la madre sea protegida a favor de las necesidades afectivas?</p> <p>2. ¿Cree usted que es posible resarcir las necesidades afectivas de la madre con el monto otorgado por el juez en concepto de daño moral?</p> <p>3. ¿Es necesario que el juez ordene que a la madre le sean proporcionadas terapias psicológicas para lograr superar el daño emocional ocasionado?</p>
	<p>1. ¿Cree usted que el machismo como factor cultural que predomina en nuestro país es uno de los factores que provoca que el padre</p>

<p>V. I.: EL FACTOR CULTURAL.</p> <p>V. D.: ES DETERMINANTE EN EL FENOMENO DEL NO RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD</p>	<p>se niegue al reconocimiento del hijo?</p> <p>2. ¿Considera que se deben realizar campañas de concientización a la población masculina en cuanto a la importancia de reconocer a los menores para evitar que estos hechos se continúen dando en nuestro país?</p> <p>3.¿Cree que se debe iniciar educación de responsabilidad del cumplimiento de paternidad desde las escuelas para que este fenómeno que es tan común en nuestro país desaparezca?</p>
--	--

1.5 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

1.5.1. Población, muestra y unidades de análisis

En la investigación realizada se tomó como población a: Jueces competentes en materia de Familia, los psicólogos del Equipo Multidisciplinario adjunto a los Juzgados de Familia, Procuradores Adscritos a los Juzgados de Familia.

Muestra. La muestra de la investigación está constituida por los psicólogos de los Equipos Multidisciplinarios adjuntos a los Juzgados de Familia, cuatro Procuradores de los Juzgados de Familia, cuatro Jueces de los Juzgados de Familia.

Las Unidades de análisis serán:

1. Los Jueces de familia.
2. Psicólogos del equipo multidisciplinario de los Juzgados de Familia
3. Procuradores adjunto a los Juzgados de Familia

Por medio de las entrevistas realizadas a los Jueces de Familia se advertirá el criterio adoptado para decretar la cuantía de la indemnización por daños morales.

A través de las encuestas realizadas a los psicólogos del Equipo Multidisciplinario se determinará cómo logran identificar la existencia de daños morales y como éstos se ponen de manifiesto en su desarrollo psicosocial.

Mediante la entrevista a realizar a los Procuradores Auxiliares de la Procuraduría General de la República se pretende conocer el grado de protección que éstos brindan a la madre al representarla en su petición de resarcimiento por daños morales.

1.5.2. Nivel y Tipo de Investigación

1.5.2.1 Nivel de Investigación

A través de éste estudio se pretende abarcar los siguientes niveles de conocimiento:

- a) Nivel Descriptivo: se verá reflejado en el planteamiento de los aspectos generales que se obtengan del fenómeno planteado, como resultado del contacto con las circunstancias que rodean al mismo, sirviendo de base para la determinación de la estrategia metodológica a adoptar.
- b) Nivel Explicativo: se evidenciará al establecer las causas que inciden en la problemática y así postular las hipótesis correspondientes.

- c) Nivel Predictivo: se logrará partiendo del nivel anterior, al señalar las soluciones o recomendaciones a la problemática que nos ocupa, que se proponen a raíz del análisis que se realice a los resultados del estudio.

1.5.2.2 Tipo de Investigación

En la presente investigación se tomará como estrategia metodológica:

1.5.2.2.1. Investigación Bibliográfica.

Con el objetivo de sustraer elementos teóricos que contribuyan al estudio e investigación de la problemática que nos ocupa, el enfoque se centra en:

- La Evolución histórica de la indemnización por daño moral en la figura de la filiación y el no reconocimiento voluntario de la misma.
- Aspectos doctrinarios de la filiación y la reparación del menoscabo causado en la falta de reconocimiento de paternidad.
- Instrumentos jurídicos referentes a la filiación y daños morales en materia de Familia.

1.5.2.2.2. Investigación Empírica.

Se utilizará a este tipo de investigación con el objetivo de obtener datos útiles de nuestras unidades de análisis, por medio de los cuales será posible comprobar la efectividad de nuestra hipótesis planteada, tomando como base tres puntos de partida:

- Los criterios que utilizan los jueces para la determinación de los daños morales en la madre del hijo no reconocido en los procesos de declaración de paternidad.
- Conocer las posiciones de cada uno de los sujetos que jueguen un papel activo dentro de la problemática.

- Estudiar los problemas a los que se enfrenta la madre del hijo no reconocido para el establecimiento de la indemnización de daños morales ocasionados en ella.

1.5.3 Técnicas e instrumentos.

Las técnicas a utilizar son:

1. Entrevistas a informantes claves dirigidas a jueces de familia.

Cuyos instrumentos útiles serán:

- a.** Guía de entrevistas.
- b.** Grabadora.

2. Entrevista dirigida a los Jueces de los Juzgados de familia, Psicólogos parte del Equipo Multidisciplinario de los Juzgados De Familia, Procuradores Auxiliares de la Procuraduría General de la República y los Procuradores Adjuntos a los Juzgados de Familia.

Los instrumentos a utilizar son:

- a.** Guía de entrevista.
- b.** Grabadora

CAPITULO II. MARCO HISTÓRICO

En el presente apartado se realizará un breve relato histórico de la institución del Derecho de Familia denominada *Indemnización por Daños Morales*, partiendo de la época antigua hasta nuestros días, finalizando con un estudio de esta figura a nivel nacional. Pues para mayor comprensión de una institución es básico conocerla desde sus inicios hasta su evolución en el tiempo.

2.1 ANTECEDENTES MEDIATOS

2.1.1 Edad antigua

A) Comunidad primitiva

Se ha estimado que los primeros asentamientos humanos fueron conformados por dos o tres grupos familiares que se encontraban íntimamente ligadas por el parentesco y dentro de los cuales todos los hombres y mujeres tenían relaciones sexuales entre si, por lo que era imposible determinar la paternidad de los hijos; sin embargo debido a las guerras y con el objetivo de salvaguardar sus vidas se veían obligados al desplazamiento territorial, lo cual repercutía en el mantenimiento de relaciones sexuales con mujeres de otras tribus lo que originó una estructura familiar denominada “matrimonio por grupos”, en este sentido se incrementaba la prole, lo cual imponía obligaciones específicas a los padres, y se convierte en un grupo social que vela por satisfacer sus propias carencias frente a las necesidades de la colectividad, a través de la custodia cuidadosa de los bienes económicos familiares². Es así como aparece en la obra humana la visión histórica del fenómeno jurídico de la responsabilidad

² Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta 2004, editora Microsoft .

civil, que nos remonta a las primeras manifestaciones de la actividad humana reguladas normativamente”³.

Este período representa las modalidades mas inapropiadas de justicia, ya que la existencia del daño y la necesidad del resarcimiento del mismo no se enmarcan dentro del derecho, sino que se considera que al causar un daño material, se quebranta el sentimiento de auto conservación y de la estima de la victima comprometiéndose la solidaridad del grupo familiar al que ésta pertenece, es por ello que la reparación del daño implicaba la venganza de toda la prole contra el agresor.

B. Civilización Babilónica

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

Es uno de los primeros códigos jurídicos escritos de la Mesopotamia Antigua, es conocido en la actualidad por fragmentos de una copia hecha en tiempos del rey Hammurabi. El Código es conocido también como *Tablas de Nippur*, y fue promulgado durante el reinado del rey Sumerio Ur Nammu, que se prolongó desde el año 2064 hasta el 2046 a.C., y se basaba en un sistema jurídico que establecía jueces especializados, que dentro de sus facultades podían ordenar al culpable de un daño la indemnización de perjuicios. Es importante mencionar que las disposiciones legales reguladas en el Código de Ur Nammu, no emanaban del legislador, sino que constituían sentencias dadas por los jueces que se suponían como leyes de carácter universal, siendo así que la atribución de este código al rey Ur Nammu significa que la colección contiene la práctica de jurisprudencia durante su reinado.

El código contenía un extenso prólogo con consideraciones teológicas, históricas y éticas, además de un cuerpo de por lo menos veintidós artículos,

³ Bustamante Alsina, Hugo. Teoría general de la responsabilidad civil por daños, Edit. Abeledo Perrot. Pág. 20

dentro de los cuales se hace una valoración del daño corporal, siendo la reparación proporcional al valor perdido, tal como literalmente establece una de sus disposiciones al enunciar que: *“Si un hombre en el curso de una riña hiere el miembro de otro hombre con un bastón, pagará una mina de plata”*. En este sentido las disposiciones del código de Ur Nammu se consideran de carácter progresista debido a que los antiguos tendían a castigar los delitos mediante la muerte o mutilación.

b. La Ley del Talión según el Código de Hammurabi.

Data del siglo XVIII a.C. y fue promulgado durante el reinado del Rey Hammurabi, quien proclama a Babilonia como su imperio, y obtiene la suma de todos los poderes públicos el legislativo, ejecutivo y judicial. El código se centra en los procesos legales y en la imposición de castigos, para acabar con una especie de tratado destinado a asegurar un gobierno estable y que el fuerte no oprima al débil, para lo cual se regulan una serie de delitos y sus respectivas penas siendo la compensación pecuniaria la más frecuente; cuantificada desde el doble hasta el triple del daño causado. Se mitiga la venganza en el sentido de que sólo el Estado es el que aplica el castigo al culpable, no el particular damnificado por mano propia, ni se incluye a todo el clan.

Se establece la protección de las mujeres, los niños, los esclavos y aquellos considerados como los más pobres frente a las posibles injusticias de los poderosos, sin embargo los castigos aumentaban o disminuían en su dureza tomando como parámetro la categoría social del acusado; en otras palabras, la clase social determinaba la medida en que la persona era, tal como expresan algunos artículos del código: *“Si un hombre ha reventado el ojo de un hombre libre, se le reventará un ojo”*; *Si revienta el ojo de un mushkenum*

(clase social intermedia) *pagará una mina de plata; Si ha reventado el ojo de un esclavo, pagará la mitad de su precio*⁴

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

Ley 159: “Si un señor, que ha llevado el regalo nupcial a la casa de su presunto suegro y pagado las arras, se enamora de otra mujer y dice a su suegro: No me casaré con tu hija, el padre de la hija se quedará con todo lo recibido”⁵. Así mismo, la esposa nunca podía abandonar a su marido y el marido podía repudiar a la mujer en caso de malversación de fondos, injurias contra él, negación del débito conyugal, mientras que el marido nunca podía ser castigado por adulterio. El divorcio sólo podía ser solicitado, por el esposo, si el marido tenía intención de divorciarse, estaba obligado a pagar a su mujer una indemnización por el divorcio. Una de las principales causas de divorcio podía ser la esterilidad de la mujer. El marido estaba obligado a devolver a la mujer su dote y a pagarle la indemnización fijada por el divorcio, y se establece: Ley 163: “Si un señor desea divorciarse de su mujer que no tuvo hijos, le dará dinero hasta la cantidad total de sus arras y le

⁴ <http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>

⁵ <http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-codigo-de-hammurabi-leyes-101-150.html>

*devolverá la dote que aportó de la casa de su padre, y después puede divorciarse de ella*⁶.

B) Grecia.

En esta civilización se comienza a advertir la existencia de la figura de la indemnización, desde el siglo VIII. a.C. en adelante, en donde las personas se castigaba a través de la venganza privada, regido por el mandato del axioma Radamanthis que rezaba de la siguiente manera: “La sangre pide sangre y está solo puede derramarla el vengador designado por la parentela⁷” lo cual facultaba a cualquier persona que se ubicara en la posición de víctima, a tomar represalia sobre el causante del daño producido en ella.

En Atenas, se distinguió el daño involuntario o culposo, del daño intencionado o doloso pues éste último se valoraba al doble; y para llevar a cabo dicha reparación se estipularon maneras de ejecución:

- La Venganza Privada donde la indemnización estipulada era una especie de sanción ya que se resumía al precio de sangre; la persona dañada podía cobrar esa indemnización de forma colectiva a través de los parientes o sus ofendidos, pues los griegos igualaban la tradición y las necesidades con los derechos de la familia; o bien, vengarlo por sí mismo.
- El juicio Público: esta clase de indemnización consistió en un proceso estructurado, ya no por la familia dañada sino, por los tribunales en el cumplimiento de la ley en forma de composición, denotándose esta figura a partir del siglo VI y el siglo VII a. C., facilitándose con ello una somera intromisión de la justicia positivada y aplicada ahora a través del Estado, produciendo grandes e importantes reformas legales que

⁶ Ibidem

⁷ Cifuentes, Santos. Derechos Personalísimos, 2da Edición actualizada y Ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995 Pág.3.

garantizaban los derechos del pueblo ejercidos por todos en forma igualitaria; dejando sin efecto el mandato que permitía a las víctimas del dañador hacer su justicia privada y reclamar para sí la indemnización de forma violenta.

C) Derecho Romano

Durante mucho tiempo se pensó que el Derecho Romano solo regulaba la reparación de los daños de carácter patrimonial y por lo tanto no ordenaba otro tipo de reparación más que la causada a un bien material o patrimonial, lo que ocasionaba que fuera una dificultad condenar a alguien por lesionar un bien inmaterial.

El antecedente directo de lo que ahora conocemos como *Daño Moral* es el término *Injuria* entendiéndola como “una lesión física infligida a una persona libre o esclava, o cualquier otro hecho que significare un ultraje u ofensa”⁸ o como *un acto que lesiona física o moralmente, o sea en honor a la persona misma, mediante la utilización de palabras o a través de hechos*⁹. En Roma la injuria ejemplifica la protección de los derechos de la personalidad. Después de caer en desuso las XII tablas, que establecían penas tarifadas para las clases de injuria que se cometían (en casos excepcionales se aplicaba la ley del talión, salvo que mediara composición voluntaria¹⁰), el edicto del pretor permitió a la persona injuriada perseguir pecuniariamente una reparación.

Luego, la ley Cornelia establece que el damnificado debe elegir entre interponer una demanda para obtener una reparación privada, en la cual el

⁸ Brebia, Roberto H. *El Daño Moral Doctrina-Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires- Argentina, 1957. Pág. 122

⁹ Pizarro, Ramón Daniel; *Daño Moral. Prevención, Reparación, Punición*. 2º Ed. Editorial Hammurabi Buenos Aires, 2004

¹⁰ Bonfante *Instituciones del Derecho Romano*. Pág 533; Arias Ramos, Bonet “derecho Romano” tomo II pág. 684-685

dinero era para el injuriado; u optar por la acción penal, en la que el dinero era para el erario.

Respecto a la injuria, existían dos acciones de tipo privado:

- La Ley Cornelia: la cual era una acción perpetua y su titular era la persona que había sido víctima del hecho injurioso, además era de tipo penal y el importe de la sanción lo determinaba el Juez, graduándola en términos de equidad, en atención a las lesiones inferidas y a las circunstancias del caso. A través de ella se otorgaba una amplia protección a intereses de naturaleza no patrimonial, cuya minoración podía afectar espiritualmente a la persona, quedaban comprendidas tanto las injurias causadas directamente, como las causadas a personas ligadas afectivamente con el perjudicado.
- La estimatoria del Edicto del Prátor. Correspondía a las personas que se encontraban bajo su poder o protección, e incluso ante los tribunales que por el ultraje que se hiciera a la memoria del difunto, para lo cual se tenía el término de un año para ejercerla, de lo contrario la acción prescribía. Por otra parte el que reclamaba no estaba sujeto al arbitrio judicial, sino que hacía su propia evaluación para estimar el monto de la sanción.¹¹

El estudio anterior está íntimamente ligado a la figura de la filiación para efectos de desarrollar nuestro tema de investigación, es por ello necesario recalcar que en el Derecho Romano no se hace ninguna diferenciación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, pues solamente existía el parentesco civil que se basaba en la potestad, es decir, no se distinguía entre paternidad legítima y paternidad natural.

Sin embargo en la sociedad romana figuraba la institución de la *justae nuptia* o *justum matrimonium* conocido como el matrimonio legítimo, conforme a las

¹¹ Ocho Olvera, Salvador; La Demanda por Daño Moral; México, 1996. Pág. 19

reglas del derecho Romano que después del año 309 se regularon en la ley de las XII Tablas permitía a los patricios y los plebeyos el legítimo matrimonio; el cual por un interés político y religioso hacía necesaria continuación de cada familia o gens, y veían en el matrimonio el fin principal de trascendencia a través de la procreación de los hijos.

Por otra parte, “El Matrimonio era un contrato consensual y se hacía perfecto únicamente por el consentimiento de las partes¹²” dado que los Romanos admitieron la costumbre de que los padres hacían uso de los Esponsalies¹³ por medio de los cuales los futuros esposos se comprometían estando uno en presencia del otro. “Estos podían efectuarse desde la edad de siete años, pero cada parte quedaba en la libertad de romperlos por causa de daños o perjuicios que había de fijar el juez; en el bajo imperio (Año 1 a. C. hasta año 1 d. C.), los desposorios se llevaban de la mano con las arras, las cuales, si se rehusaba después a cumplir la promesa de o el compromiso de tomarse uno al otro como marido y mujer, tenían que pagar el doble de lo que se había recibido”¹⁴.

Pero es a partir de la ley de las XII tablas, los hijos nacidos fuera del matrimonio carecían de todo derecho, ya que no eran reconocidos como miembros de la familia. Es por ello que dentro de ese contexto no cabía la posibilidad de la indemnización de daño moral reclamable al padre que no reconociera a su hijo, pues el hijo (a) nacido fuera del matrimonio no era vinculado ni a su madre ni a su padre.

¹² Petit Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Época, Argentina, año 1977, Pág.107

¹³ Se le distinguía claramente del matrimonio aunque esto no le restaba importancia jurídica ya que es probable que en su origen representase únicamente el elemento consensual del mismo.

¹⁴ Petit Eugene, Op. Cit. Pág.104 y 105.

D) Derecho Justiano.

El concepto de injuria comprendía todo hecho mediante el cual se manifestare de una manera contraria a derecho, un desprecio a la personalidad de otro. En ésta época, se hace una distinción de hijos nacidos fuera del matrimonio, de los hijos de concubina, los hijos de mujer deshonestas, los nacidos de uniones prohibidas en razón del adulterio y del incesto. Y eran solo los hijos naturales los que tenían parentesco con sus progenitores y que podían ser legítimos o legitimados cuando sus progenitores contrajeran matrimonio. Éstos hijos nacidos fuera del matrimonio estaban privados de todo derecho, sin embargo, en una evolución favorable del Derecho Justiano empezaron a gozar solo de ciertos derechos pero sin equipararse a los hijos legítimos.

E) España.

En el antiguo Derecho Español se reconoce la reparación del daño moral, entendiendo a éste como el “empeoramiento, menoscabo o destrucción que el hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro”¹⁵. Regulando además las consecuencias de distintos ilícitos, como por ejemplo el delito de deshonra que acordaba al sujeto pasivo dos diferentes acciones: en la primera el ofensor debía pagar una suma de dinero al agraviado que era apreciado en principio por este y fijado por el juez; la segunda se realizaba como acusación y quedaba al libre albedrío del juzgador determinar el monto de la pena la cual ingresaba a fondos públicos.

En cuanto a la filiación dividió a los hijos ilegítimos en Naturales y Espurios, éstos últimos a su vez se clasifican en adulterinos, incestuosos, sacrílegos y manceras. Los hijos naturales eran Nacidos de concubina que debía ser una sola, no virgen, ni viuda honesta; y de hombre soltero que a la época de la concepción pudiese casarse con ella. Los hijos Adulterinos, eran los hijos

¹⁵ García López, Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y Jurisprudencia. 1º Edición, Barcelona, 1990, Pág 34

(as) de personas de las cuales una de ellas estuviere unida en matrimonio; los incestuosos, eran los hijos (as) de parientes entre los que estuviere prohibido el matrimonio; Los Sacrilegos, eran los procreados por personas ligadas por el voto solemne a una orden de la iglesia y por ultimo están Los Manceras, que eran los nacidos de las prostitutas.

En esta etapa advertimos que a raíz de la remarcada diferenciación entre personas, por el simple hecho de nacer fuera o dentro del matrimonio, resultaba nula la posibilidad de una indemnización al daño moral ocasionado por el no reconocimiento del hijo, ya que éste último estaba ubicado en una posición categóricamente vulnerable.

2.1.2 Edad Media

A. Civilización Germánica.

En este contexto histórico-espacial predominaban las “Leyes Bárbaras” que incluyó en sus regulaciones a la indemnización por daños, desarrollándose por medio de la venganza de la sangre transformando después en una especie de proscripción del derecho civil patrimonial y familiar.

Entre las clases de reparación del daño en las leyes bárbaras, se enuncian:

- La venganza de la sangre
- La Pérdida del derecho del honor que era una condena por las causas morales, que producía una indignidad.
- Finalmente “Se estableció un sistema denominado: Composición, que se reguló en la ley Sállica¹⁶”. Este sistema contenía una penalidad denominada wergeld, y sus respectivas tarifas, y se reservaba para el autor de un delito al cual los parientes de la víctima y los prójimos podían reclamarle el wergeld. Esta suma estaba determinada en consideración a la naturaleza del daño causado y las condiciones de la víctima. Los fondos de esta pena indemnizatoria se distribuían parte para el tesoro real y parte a la víctima o a su familia.

¹⁶ Cifuentes Santos. Op Cit., Pág. 11

El derecho Bárbaro además de establecer la indemnización dineraria reguló una cláusula consistente en que si, la familia de la víctima se negaba a recibir la wergeld podía continuarse con la venganza como penalidad alternativa para el dañador.

A partir del siglo XVI se incluye una indemnización por daños inmateriales ya que los tribunales recibieron una presión constante para que se admitieran reclamaciones por daños inmateriales; si bien su admisión se impuso en el siglo siguiente, la jurisprudencia no llegó a reconocer una obligación general de indemnizar los daños causados en la esfera de la personalidad.

El fenómeno no varió en el siglo XVIII donde los iusnaturalistas se mostraron cautos y reservados frente a la indemnización de los daños inmateriales.

Durante el siglo XIX el derecho alemán progresó sensiblemente, en los aspectos relativos a la protección de los derechos de la personalidad, aunque admitiendo la reparación del daño moral solamente en los casos de delitos.¹⁷

En cuanto a la indemnización por el no reconocimiento de paternidad no observamos un mayor avance ya que, si bien es cierto en materia de indemnización por daños inmateriales se denota un visto bueno por parte de la historia del Derecho, el hijo nacido fuera del matrimonio era considerado como un extraño, y por ello carecía de derecho alguno, incluyendo por supuesto el establecimiento de su filiación paterna y materna.

2.1.3 Edad Contemporánea

A lo largo del siglo XX se ha manifestado un movimiento favorable a la filiación, en lo relativo a sus efectos jurídicos, definiéndose prácticamente en

¹⁷ Pizarro, Ramón Daniel; Daño Moral. Prevención, Reparación, Punición. 2° Ed. Editorial Hammurabi Buenos Aires, 2004

todas las legislaciones del mundo y eliminando la diferencia que pueda resultar en algún momento de la situación legal de los progenitores.

Las reformas que registra el Derecho de Familia contemporáneo, logra estructurar tres grandes núcleos, alrededor de los cuales se han estructurado las formas por las que se distinguen al derecho vigente del que existió en la época moderna; los cuales son : *la igualdad jurídica de los cónyuges, la igualdad jurídica de todos los hijos (as) y la aplicación de dicha igualdad en el ejercicio de la autoridad de los progenitores y la atención de la descendencia*¹⁸. Aunque los resultados han sido relativamente universales y coincidentes, obedecen a factores sociológicos e ideológicos diferentes que radican en cada población; sin embargo, el objetivo común perseguido ha sido siempre el de la total igualdad de los hijos (as) sin reparar en su filiación, lo cual ha sido retomado por las constituciones de los últimos años. En el plano actual hay diferencias entre las diversas legislaciones nacionales, en las cuales se ha llegado a conseguir una equiparación plena y perfecta de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, como por ejemplo: Guatemala, Bolivia, México, Nicaragua, Hungría, entre otros¹⁹.

A) Francia

Recibió parcialmente la influencia de los textos romanos admitiendo la indemnización del daño moral solo en materia delictual. En cambio en el ámbito contractual los autores rechazaron enfáticamente tal reparación²⁰.

En materia de filiación la Revolución Francesa, marca un gran paso, ya que fue a partir de ella que se comienza a hablar de derechos entre los hijos legítimos y los naturales, dejando a un lado solamente a los hijos adulterinos e incestuosos; lo cual se vio posteriormente frustrado por el Código de Napoleón, en el que se estableció la desigualdad entre los hijos (as) en

¹⁸ Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel Hugo. Derecho de Familia, Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1991.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Brebia, Roberto H; Ob. Cit.

atención a su filiación, a la vez impulsó la acción de investigar sobre la paternidad.

Lo anterior contemplado en el art. 340-5 (Contenido en el Capítulo III De la filiación no matrimonial, Sección III: De las acciones de investigación de la paternidad y maternidad) expresa: *“Cuando se admita la acción, el Tribunal podrá, a solicitud de la madre, condenar al padre a reembolsarla todos o parte de los gastos de maternidad y de manutención durante los tres meses que hayan precedido y los tres meses que hayan seguido al nacimiento, sin perjuicio de los daños y perjuicios que pudiera reclamar en aplicación de los artículos 1382 y 1383”*. La falta de reconocimiento es lo que da lugar a la indemnización pecuniaria que no representa una equivalencia, sino una compensación por el daño moral causado.

El código francés establece la regla de la reparación del daño integral del daño objetivamente producido “Con la consideración de la naturaleza de los motivos de incumplimiento por parte del deudor, culpa o dolo”.

En Cuanto a las consecuencias propias de los diferentes casos de divorcio (Contempladas en el Capítulo III De las consecuencias del divorcio, Sección II De las consecuencias del divorcio para los cónyuges): El Art. 266 regula: “Cuando el divorcio se dictara por culpas exclusivas de uno de los esposos, éste podrá ser condenado a daños y perjuicios como reparación del perjuicio material o moral que la disolución de matrimonio hubiera causado a su cónyuge. Este último sólo podrá solicitar daños y perjuicios con ocasión de la acción de divorcio.” En este caso la reparación procederá por aquellos agravios causados al cónyuge inocente por las causales de divorcio establecidas, es decir, el motivo invocado en la demanda de divorcio.

B) Cristianismo.

Influyó de manera notable para mejorar la situación de los hijos extramatrimoniales al resaltar la *filiación divina*, bajo el pensamiento de que todos somos hijos de Dios, sin perjuicio de destacar el valor sobre natural del matrimonio; entendiéndose, que si por derecho natural todos los hombres nacen iguales, no es justo la distinción entre hijos (as) legítimos e ilegítimos. La Iglesia católica admitió a los hijos (as) naturales la investigación de la paternidad, la legitimación puso de relieve los deberes morales paternos, reconociendo el derecho de todos los hijos (as) a ser alimentados sin importar el origen de su filiación²¹. Jugando un papel sumamente importante la Iglesia Católica al contribuir en el reconocimiento del derecho a los alimentos de los hijos extramatrimoniales.

2.2 ANTECEDENTES INMEDIATOS

2.2.1 Constitución de 1824

En el articulado de ésta carta magna figuran elementos primarios como el respeto al individuo en el capítulo II denominado: “De los Salvadoreños”, y Capítulo III nombrado “Del Gobierno”, de manera expresa en los Arts. 8 y 13 Inc. segundo en los cuales se establece la igualdad, y equidad como principios constitucionales. En esta constitución no existe un capítulo destinado a la regulación de la familia como base fundamental de la sociedad, pues su regulación se centra entre otros asuntos a establecer las bases de un estado soberano y un gobierno estable.

2.2.2 Constitución de 1950

Esta Carta Magna marcó precedentes en las constituciones salvadoreñas que le sobrevinieron pues reestructuró la mayoría de las instituciones jurídicas salvadoreñas con su notable sentido humanista.

Y es así como en su Art. 163 del Título X denominado: “Regimen De Derechos Individuales”, establece: “Todas los habitantes de El Salvador

²¹ Méndez Costa, Maria Josefá y D’Antonio, Daniel Hugo. Op. Cit

tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”

Así mismo, en el Título XI, denominado Régimen De Derechos Sociales, se establecía por primera vez un capítulo dedicado a la regulación de los derechos de la familia, el cual en su Art. 180 enuncia: “La familia, como base fundamental de la sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Se establece la indemnización de carácter Moral, así como los principios de protección a la dignidad en el Régimen de los derechos individuales”.

2.2.3. Constitución de 1962

Entre algunas disposiciones referentes a la indemnización por daños mantuvo los lineamientos establecidos en la Constitución de 1950, sin ninguna novedad respecto al tema.

En el Título XI denominado Régimen de derechos sociales, el Capítulo I: Familia, el Art. 180.- establece “Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, y los adoptivos tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre,”, por lo que se logran advertir los simientos de la regulación constitucional por la indemnización de daños morales en materia de familia por conjunción.

2.2.4. Código Civil de 1860.

En éste código se ha destinado el inicio de la regulación de las relaciones familiares el libro primero denominado “De las Personas”; en cuanto a la ilegitimidad de los Hijos y la indemnización dentro de esta figura lo regula en

el capítulo VI, Título VII titulado “De los Hijos Ilegítimos concebidos en el Matrimonio” y en el capítulo I y Art. 199, la condición de los hijos que nacen expirados los 300 días subsiguientes a la disolución o Declaratoria de nulidad del matrimonio; además otorga a estos la calidad de hijos ilegítimos facultándolos a que ante el Juez soliciten la Declaratoria de legitimidad, para efectos de hacer valer los derechos que como hijo biológico ostenta, para ello el presunto hijo cuenta con un plazo de 60 días después de la muerte del Padre para solicitarla; en el Art.200 se instauró que en caso de que el hijo no sea legítimo y se declarara judicialmente la ilegitimidad, la Madre tendrá que indemnizar de todo perjuicio que la pretendida Legitimidad les haya irrogado.

En el capítulo VI denominado “De las Reglas Relativas al Caso de Pasar la Mujer a otras Nupcias”, estaba constituido de dos artículos en los que se regula la opción de contraer segundas nupcias y que esta situación causare duda en cuanto a la honorabilidad de la mujer y el primer esposo se vea enfrentado a la paternidad del hijo concebido; y al verse confrontado acude a sede judicial para la emisión de un fallo certero. El Código Civil regula en su art. 213 que al resultar desfavorable el fallo para la madre, “Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionadas a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que hubiere pasado a otras nupcias y su nuevo marido.”

CAPITULO III

MARCO CONCEPTUAL

3.1 Conceptualización General

Para lograr una mejor comprensión se iniciara este capítulo mediante conceptos importantes en el desarrollo de esta investigación, pues se enfoca en la intervención de tres individuos la Madre, El Padre y El Hijo, y la intervención jurídica para ser legítima dicha relación.

El origen latino de padre y madre se encuentra en la palabra “Parens”, que significa padre o madre.²²

Se muestra necesario definir cada uno de estos términos:

- Madre: es mujer que ha dado a luz a uno o mas hijos”²³ y según la historia (que en temas anteriores hemos desarrollado) anteriormente se le designaba a la madre de un hijo no reconocido, como Madre Natural, que consistía en haber dado a luz a un hijo sin estar casada con el padre, pero sin que existiese obstáculo para el matrimonio al tiempo de concebir a aquel. La maternidad es “la condición de madre, estado natural o jurídico de la madre”²⁴, circunstancia que tiene una mujer que es la verdadera madre del hijo que dice ser suyo.
- Padre: “ascendiente masculino de primer grado, el cual tiene uno o más hijos de uno u otro sexo”²⁵, siendo entendida la paternidad como la calidad de padre, vinculo natural, legal y moral que lo une a su hijo.
- Hijo: “descendiente consanguíneo en primer grado de una persona”²⁶, y el hijo reconocido es aquel al que el padre o madre o ambos a la vez lo reconocen en forma legal, siendo lógico que será no reconocido cuando el padre o madre o ambos a la vez no lo

²² Suarez Franco, Alberto. Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Temis, Colombia 1998, Pag.29.

²³ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico del Derecho usual, Editorial Heliasta, 26° Edición, Buenos Aires-Argentina, 1998.

²⁴ Ibidem.Pag,206.

²⁵ Ibidem.Pag. 324.

²⁶ Ibidem.Pag.127.

reconocen en forma legal. El hijo que tenga un estado distinto del que le corresponde puede accionar para reclamar la legitimidad que verdaderamente le compete.

- Reconocimiento: “como acto, que encierra una confesión de la paternidad, es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y de ocupar respecto de el, la posición jurídica de padre”²⁷.

La intervención jurídica realizada, es la de la madre que tiene un hijo, el cual no es reconocido voluntariamente por su padre, lo que le acarrea un “perjuicio, es decir una lesión, un deterioro, un detrimento”²⁸ a ambos (madre e hijo), tanto material como moral. Dicho accionar jurídico lo puede iniciar la madre, representando los intereses suyos y el de su hijo; y también el hijo mayor de edad lo puede hacer representando su propio interés.

Tal como se plasma en la máxima 5 de la jurisprudencia salvadoreña 96-C-05, “La omisión de reconocer a un hijo implica una afectación sentimental para la madre y para el hijo, aunque se alegue que éste no tiene conciencia del daño en razón de su edad, lo cierto es, que objetivamente existe una negación a la protección y al reconocimiento del derecho de identidad que por el simple hecho de existir le corresponde, es decir es intrínseco a su naturaleza humana, y debe ser sujeto de protección desde la concepción de la criatura”.

3.2 Aspectos esenciales sobre daño moral

El origen gramatical de la palabra Daño, qué nos proporciona el diccionario de la lengua española “de la voz “daño”, aparte de su origen etimológico “Del latín: *damnum*”, como primera definición, el del ser “efecto de dañar o dañarse”; y del verbo dañar “Del latín: *damnare*, condenar”, las de causar

²⁷ Suarez Franco, Alberto. Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Temis, Colombia 1998, Pag.60.

²⁸ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico del Derecho usual, Editorial Heliasta, 26^o Edición, Buenos Aires-Argentina, 1998

detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”; “maltratar, echar a perder una cosa” y “condenar a alguien, dar sentencia contra el”²⁹.

Desde el punto de vista del derecho y de la investigación actual del daño moral, debemos iniciar con la responsabilidad civil. La responsabilidad civil constituye la obligación de resarcir el daño causado y los perjuicios inferidos por el incumplimiento de una obligación, ocasionándose el daño por la acción u omisión de la persona que deberá resarcir el daño, originándose así una relación jurídica y un daño privado.

Se concreta la responsabilidad civil en el hecho de que una persona deba reparar el daño cuando ha infringido el mandato general de no dañar o se ha incumplido una obligación, estableciéndose así el núcleo de la responsabilidad en la calificación de la conducta del dañador como ilícita y culpable, siendo anteriormente concebida la idea de que el núcleo de la responsabilidad se encontraba en la culpa del dañador, pero con el surgimiento de la *Teoría General de la Reparación de Daños* en que se ampliaron los límites al incluir también la perspectiva de la víctima y no solo la del dañador, logrando así una mejor reparación al daño causado.

Siendo superadas las orientaciones que excluían de este ámbito las lesiones que no se hubieren infligido a verdaderos derechos subjetivos o a intereses jurídicamente protegidos, parece que actualmente de manera unánime se considera necesario “integrar al concepto de daño el detrimento experimentado por cualquier bien o interés perteneciente a un sujeto”³⁰. Existen diversos conceptos de Daño ofrecidos por reconocidos autores, que a continuación se plasmaran:

²⁹ Fernandez Entralgo, Jesus. “Valoración Judicial de Daños y Perjuicios”, Editorial Consejo General del Poder Judicial, 1ª edición, Madrid España, 1999, Pag.230.

³⁰ Ibidem. Pag 230.

- Brebbia, lo define así: “daño es toda lesión, disminución, menoscabo sufridos por un bien o interés jurídico”³¹.
- Orgaz: “el daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”.
- Ennecerus-Lehman: “daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honra, crédito, bienestar, capacidad de adquisición)”³².
- Carnelutti: “El daño es toda lesión a un interés”³³.

3.2.1 Concepciones negativas

Estas definen el daño moral mediante algo tan simple como la contraposición con el daño patrimonial. Este enfrentamiento se lleva a cabo, principalmente, atendiendo al objeto sobre el que recae el daño y la repercusión de dicho daño sobre el patrimonio del afectado

A. El prejuicio patrimonialista

En esta línea de pensamiento, que “algunos autores han incurrido en el llamado prejuicio patrimonialista de negar carácter moral a todo daño que concierna en alguna medida al patrimonio”³⁴.

La realidad demuestra que, si por ejemplo una persona recibe un detrimento en su derecho al honor o en su derecho a la integridad moral, este daño puede generar además del daño moral, también uno de carácter patrimonial si este repercute en la aptitud laboral del lesionado, produciendo así una disminución en sus ingresos; de igual manera esto puede suceder con una lesión a derechos patrimoniales, un ejempló sería si cierta persona sufre un accidente automovilístico que además de dejarle el carro averiado , le podría

³¹ Ibidem. Pag. 231.

³² Ibidem.Pag. 231

³³ Ibidem.Pag.231.

³⁴ Fernandez Entralgo, Jesus. “Valoración Judicial de Daños y Perjuicios”, Editorial Consejo General de poder Judicial,1º Edición, España Madrid,1999, Pag. 232.

dejar un temor futuro a conducir, lo cual le desarrolla una pérdida de confianza en si mismo.

Para superar la crítica los adeptos a esta corriente han desarrollado una distinción entre *daño moral con repercusión sobre el patrimonio* y *daño moral puro*, con lo que tratan de arreglar un pensamiento equivocado, tratando de anexarle a su idea una posible solución en su falla, pero que igual dejan un sabor inconvincente en su vertiente.

B. La pretendida imposibilidad del resarcimiento dinerario.

Trata acerca de la extrapatrimonialidad de los daños, no enfocados en si al bien que se afecta posea o no una valoración económica, sino que se enfocan en si se podrá de una manera adecuada reparar el daño a través de la entrega de una suma de dinero, por la falta de equivalencia entre el dinero entregado y el bien dañado.

3.2.2 Concepciones positivas

Existen numerosas concepciones que intentan explicar que es el daño moral por sí mismo; sin embargo, estas parten de distintos puntos de vista llegando también a diferentes concepciones sobre el mismo.

A. Carácter del daño

Usualmente se distingue entre Daño Material y Daño moral, tal como ya se ha mencionado anteriormente, y se considera que la diferencia entre ambos consiste en los bienes que recaen. Diversos autores y sectores doctrinales han participado en esta disyuntiva, del carácter del daño, tales como:

- Para Josserand J., afirma que si el daño sufrido atañe al físico del individuo se considerara dicho daño como material, mientras que si se ataca a su honor, su reputación, sus afectos, se estaría en ese caso frente a un daño moral.

- Para Cammarota, "la materialidad del daño deriva de la influencia, en suma, que la incidencia del perjuicio tiene sobre la vida económica de la víctima"³⁵.
- Para Carbonnier, el daño material es aquel que lesiona al patrimonio y el daño moral lo define como el que afecta a los bienes extrapatrimoniales, siendo incluidos en estos los que son inherentes a la persona (vida, integridad física, salud, etc.) y por último el daño corporal (este daño lo extrae de entre los daños materiales) es para este autor, el que atenta contra los bienes físicos de esa persona.

"Sostienen que la noción de daño moral debe inferirse por exclusión, es decir que el daño moral es todo detrimento que no pueda ser considerado como daño patrimonial"³⁶. Los adeptos a esta idea suelen utilizar más la expresión daño extrapatrimonial, en lugar de daño moral, a la que le asignan un carácter más amplio. En esta vertiente, se afirma que "el daño no patrimonial es aquel que ni aun indirectamente se traduce en una disminución patrimonial"³⁷. Entonces se niega la existencia del daño moral, cuando el detrimento repercute en forma indirecta sobre el patrimonio de la persona.

El criterio que da esta postura para determinar cuándo se está frente a un daño no patrimonial (moral), define la existencia del mismo por una negación. "El daño moral debe de ser calibrado por lo que es antes que por lo que *no es*"³⁸, una aseveración que clarifica el punto antes explicado. Esta corriente se queda corta al querer restringir el verdadero contenido del daño moral, ya que para desarrollarlo por completo se necesita precisar su contenido con términos positivos y objetivos.

³⁵ Ibidem, Pag.234

³⁶ Pizarro, Ramon Daniel. "Daño moral, prevención, reparación, punición, el Daño Moral en las diversas ramas del Derecho, Editorial Hammurabi, 2º Edición, Argentina Buenos Aires,2004, Pag.32

³⁷ Ibidem, pag.32.

³⁸ Ibidem, pag. 33.

B. Carácter o clase de derecho afectado.

El daño en general esta dividido en dos grandes categorías: Daños Patrimoniales y Daños Morales (Extrapatrimoniales), en esta línea de pensamientos algunos autores “amplían aun más el ámbito de los derechos extrapatrimoniales para comprender en su seno, junto a los derechos inherentes a la personalidad, los derechos políticos y de familia, e integran el menoscabo de ellos en la categoría de daño moral”³⁹.

En esta vertiente el daño moral es considerado como menoscabo a derechos referidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión a la esfera económica. Esta corriente se enfoca en la índole de los derechos lesionados, por lo que define el daño moral como el que viola alguno de los derechos personalísimos que protegen a los atributos de la personalidad, tales como la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad, etc.

3.3 Requisitos que debe cumplir el daño moral⁴⁰

3.3.1 El daño moral debe ser cierto

a. La certeza del daño

El daño es cierto cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, la veracidad del daño en si se relaciona con la consecuencia que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado. Y un Daño actual es el menoscabo ya sufrido por la victima (la madre), se produce al momento de dictar sentencia, es decir que la sentencia considera como presente, como actual el daño al momento de dictarla. El daño futuro existirá hasta que se haya dictado la sentencia. Respecto al requisito de certidumbre, en materia de daño moral se debe de acreditar por la sola comisión del hecho antijurídico, porque se trata de una prueba in re ipsa es

³⁹ Ibidem, Pag.235.

⁴⁰ Ibidem. Pág. 23

decir, que surge de los hechos mismos. El daño moral, frecuentemente aparece relacionado por indicios o presunciones de posibles lesiones a la esencia misma del individuo.

b. Daño moral actual y futuro

El daño moral es el menoscabo al ser humano de un interés no patrimonial y dicho daño puede derivar sus efectos hacia el futuro, que se producen como una prolongación del estado actual, por lo que el juez debe de valorarlo cuando dicte la sentencia.

c. Subsistencia del daño

Es lógico pensar que el daño debe subsistir al momento en que el juez dicte sentencia, porque si el daño ya no subsiste, significa que ya está reparado, mejor dicho resarcido.

3.3.2 El daño moral debe de ser personal

Debido a que solo el individuo que sufrió la lesión es el que tiene la legitimidad para reclamar un resarcimiento. La madre del hijo no reconocido, por ella haber sufrido directamente el menoscabo, se le otorga dicha legitimidad para iniciar la acción en el artículo 151 del Código de Familia.

La lesión causada a los intereses morales, es por su propia naturaleza algo inherente a la persona misma.

3.3.3 El daño moral debe de ser consecuencia de una lesión

a. Lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño resarcible

El establecer que un daño moral surja de una lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídicamente protegido, resulta de la necesidad de poner un límite, para evitar la excesiva proliferación de acciones por daño moral. así, por ejemplo, él padre que no reconoce a su hijo, esto provoca consecuencias patrimoniales y espirituales no solo al hijo y a la madre, sino

también a otras personas: padres de la madre, parientes lejanos, amigos, etc.

Si todos ellos pudiesen reclamar una indemnización, para el responsable se daría un resultado insostenible. Por ello es que se distingue entre daño jurídico y daño de hecho, el daño jurídico surge de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo (tutelado por la ley) y el daño de hecho surge por rebote o repercusión del acto dañoso en la esfera patrimonial y espiritual del perjudicado.

b. La doctrina del simple interés

Otros determinan o sostienen que además de los derechos subjetivos y los intereses jurídicos, también reconocen a los simples intereses no ilegítimos de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, que aunque no están protegidos por la ley, puede resultar en un daño resarcible.

3.4 Diferenciación entre Daño Material y Daño Moral e Indemnización de Daños Morales

Mientras daño en general “es el mal o perjuicio producido a una persona o bien”⁴¹, es necesario distinguir entre daño material y daño moral.

3.4.1 ¿Qué es daño material o patrimonial?

“Es por tanto aquel que recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades”.⁴² Es decir que el daño patrimonial, consiste en el menoscabo del patrimonio en si mismo, sea en sus elementos actuales.

⁴¹ Marco Cos, Jose Manuel. “Aspectos Procesales en Materia de Familia”, 1º Edición, Editorial Consejo Nacional de judicatura, El Salvador San Salvador, 2004, pag. 159.

⁴² Orgaz, Alfredo. El daño resarcible, Editorial Bibliografica de Argentina, 1º Edicion, Buenos Aires - Argentina, 1952, Pag. 41.

El daño patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas:

- “Como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es como un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente)”.⁴³
- “Como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante)”.⁴⁴

El daño emergente es usualmente susceptible de una apreciación más u menos acertada y precisa, ya que se trata de la pérdida de valores ya existentes en el patrimonio. En lo que respecta al lucro cesante, consiste en frustración de ganancias que dentro de la lógica se podían haber esperado, si no hubiera sucedido el menoscabo, y como se trata de una suposición de lo que se habría podido ganar, por lo que se observa un mayor grado de dificultad para precisar una cantidad mas u menos exacta.

3.4.2 ¿Qué es daño moral?

“Es aquel que recae sobre el conjunto de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano”⁴⁵. Es decir que es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otra persona, como consecuencia de una violación a los derechos fundamentales cometida por el individuo responsable del daño.

Tal como se dijo anteriormente, los bienes que sufren un menoscabó a causa de un daño moral son los derechos personalísimos del individuo, tales como el honor, dignidad, intimidad, entre otros, o cualquier elementó que altere la normalidad facultativa mental o espiritual de los mismos. Por lo que queda claro que el daño moral es el que carece de un carácter patrimonial, y

⁴³ Ibidem. Pag. 44.

⁴⁴ Ibidem. Pag 45.

⁴⁵ Marco Cos, Jose Manuel, Op Cit. pag. 159.

se enfoca en lo personal, por afectar a bienes que generalmente no son susceptibles de directa e inmediata evaluación económica. Es por ello que la doctrina en su mayoría usualmente le denomina como “Daños Extrapatrimoniales”.

Asimismo podemos definir que el daño moral, es el resultado de la humillación en que somete a la persona afectada, del sufrimiento y dolor que se le causa como consecuencia de una violación de sus derechos fundamentales y los efectos de ello en el grupo familiar”.

3.4.3 ¿Qué es la indemnización?

Si se examina la legislación reciente, se encontrara muchas referencias a los perjuicios morales y a la indemnización por este concepto, pero con la legislación actual es difícil la formación de un concepto de daño moral. “El legislador del siglo 19 contemplo la posibilidad de la producción de daños y perjuicios y previo su reparación”⁴⁶, ya hablando de ejemplos concretos tenemos:

- Indemnización de todo perjuicio: Arts. 591, 602, 798, 836, 899, etc Código Civil.
- Indemnización por daños y perjuicios: Arts.609, 844, 1208 y 1375 Código Civil.
- Simplemente Indemnización: Arts. 850, 867 y 935 Código Civil.
- Indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar conforme la ley: Art. 150 del Código de Familia.

No podemos dejar de mencionar que la situación normativa en los tiempos modernos ha cambiado, siendo muy importante resaltar que en el artículo 2 de la Constitución de El Salvador, se proclame la indemnización por los

⁴⁶ Marco Cos, Jose Manuel. “Aspectos Procesales en Materia de Familia”, 1º Edición, Editorial Consejo Nacional de judicatura, El Salvador San Salvador,2004, pag. 157.

daños de carácter moral, lo que implica la expresa admisión legislativa de esta clase de perjuicios.

3.5 Aspectos esenciales sobre Indemnización.

3.5.1 Conceptualización General

Existe una diversidad de distintas nociones por parte de juristas y legislaciones de todos los países que usan indistintivamente ciertos términos para tratar la situación de la entrega de determinada cantidad de dinero al agraviado por un daño moral, tales como:

- Reparación
- Resarcimiento
- Indemnización

La aplicación de dichos términos, se usan de dos maneras, se usan como sinónimos o se distinguen los unos de los otros por su carácter técnico, su contenido y su significado. Pero es necesario no olvidar que todos los términos guardan una estrecha relación por lo que no es posible desvincularlos entre si de una forma total, ya que indistintivamente de que sea Reparación, Resarcimiento o Indemnización se usan para plasmar la idea de la entrega de una cantidad de dinero al perjudicado por un daño material o moral. Para lograr un mejor entendimiento de los términos se estudiara el origen etimológico de cada palabra:

- Reparar: del latín *Reparâe*, proviene de la familia etimológica de Parar, significa enmendar,compensar, corregir o remediar.⁴⁷
- Resarcimiento: “significa etimológicamente “reconstrucción”, del latín *resarcĭre*, significa indemnizar, reparar o compensar un daño, perjuicio o agravio”.⁴⁸

⁴⁷ Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española” vigesima segunda edición,2001.

⁴⁸ Ibidem.

- Indemnizar: “del latín Indemne que no ha sufrido daños, libre o exento de daños, significa compensación, generalmente con dinero, a una persona por un daño o perjuicio que ha recibido de ella misma”.⁴⁹

A continuación se identifica la opinión de determinados autores respecto a la utilización de los términos antes mencionados⁵⁰:

- a. Acuña Anzorena, los utiliza como sinónimos los términos reparación, resarcimiento e indemnización.
- b. Ortiz Rico, usa el término reparación tanto en el daño patrimonial como en el moral.
- c. Lafaille se refiere a toda forma de reparación bajo el término resarcimiento.
- d. Fueyo Ianeari, afirma que en realidad se trata de una indemnización satisfactiva (pues él piensa que es ilógico compensar de manera igual cuando lo que se indemniza no es susceptible de una medición exacta).
- e. Carnelutti, asevera que en realidad se trata de una hipótesis de reparación y no de un verdadero resarcimiento de daños el llamado resarcimiento del daño moral, porque el interés moral afectado no encuentra su equivalente en el interés pecuniario, solo se compensa de algún modo mediante las posibilidades que ofrece el dinero.

Pero que es lo que sucede cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del suceso dañoso, como sucede usualmente en materia de daños morales, esa reparación se traduciría en el pago de daños y perjuicios. A continuación se explicaran cada uno de los términos que generalmente se usan como sinónimos, para determinar cual es la palabra mas acertada para satisfacer el menoscabo sufrido por el daño moral:

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Familia, Tomo III, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1991.

3.5.1.1 Reparación.

El origen de la palabra reparación tal como se definió anteriormente significa enmendar o compensar, por lo que es correcto el uso de esta palabra, ya que se busca con la reparación del menoscabo, compensar lo sufrido por el sujeto afectado, tratándole de brindar una sensación de satisfacción por medio de la reparación.

Existen diversos tipos de reparación⁵¹:

A. Reparación como sinónimo de borrar

Tendríamos que empezar preguntándonos ¿toda reparación borra el daño causado o existen reparaciones que nunca borran el daño causado? Eso dependerá del bien jurídico dañado. “Los juristas franceses Henri y Leon Mazeude, sobre el particular precisan: el perjuicio moral no es de orden pecuniario; ahí el dinero carece de eficacia. Reparar no es borrar, ya que es tan imposible reparar el perjuicio material como el moral.” Borrar no es reparar, tanto en materia de lógica como en la materia gramatical, no existe tal relación. Pero es inexacto afirmar con toda seguridad que es imposible reparar tanto el perjuicio material como el moral. Ya que es normal el poder reparar los daños patrimoniales, a diferencia de los daños morales que tienen una connotación difícil de reparar.

B. Reparación natural

Es la que hace posible que lo dañado, a través de la reparación regrese al estado en que se encontraba antes de sufrir la agresión.

C. Reparación por equivalencia

Esta se da cuando es imposible reparar el daño en su totalidad, así que se trata de compensar en la medida de lo posible una situación lo más igual posible a la que tenía antes del acontecimiento. El daño moral busca a través de la reparación, no el valor de bienes de naturaleza inmaterial, más

⁵¹ Op. Cit. MÉNDEZ COSTA, Maria Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo

bien la función satisfactoria que sea equivalente al sufrimiento padecido. Ya que el daño moral sufrido por la persona, causa un menoscabo en la personalidad y sentimientos del individuo, por lo que no es susceptible de una apreciación pecuniaria, tal como lo afirmamos anteriormente.

3.5.1.2 Resarcimiento

El origen gramatical de la palabra resarcimiento la cual significa etimológicamente “reconstrucción, reconstitución o restauración perfecta de lo dañado”, es de hacer ver que dicha palabra no abarca en su estricto sentido al daño moral, porque por ejemplo no se puede reconstruir perfectamente el honor dañado de una persona, o su confianza, es decir que la palabra “resarcimiento” no es la mas adecuada para usar cuando tratamos de arreglar o compensar el daño moral causado por lo que resulta mejor hablar de reparación y no resarcimiento.

3.5.1.3 Indemnización.

La indemnización, se utiliza como sinónimo de reparación y resarcimiento, pero en realidad la indemnización es una consecuencia de estas dos porque se busca reparar o resarcir por medio de la indemnización. La doctrina científica en su mayoría han destacado la imposibilidad de restablecer de una manera cumplida y fielmente a su ser y estado anterior la esfera extrapatrimonial menoscabada, se considera inconveniente designar en intento de componerla con el termino “resarcimiento”, del que se afirma sugiere la reconstitución, reconstrucción o restauración perfecta de lo dañado, por lo que resulta se mas apropiada la voz “Reparación”, tal como ya se menciono anteriormente.

3.5.2 Naturaleza jurídica de la indemnización

Constituye una obligación de dar, en este caso una cantidad de dinero, su naturaleza responde a la prestación habida de la fuente que le da origen, sea el acto ilícito o el incumplimiento contractual. Lo que busca es reparar o

satisfacer un daño privado, que sólo corresponde reclamar a aquella persona quien efectivamente ha sufrido una ofensa, creando una relación jurídica de carácter privado entre el dañador y el damnificado. Por otra parte es de naturaleza pública, equiparándola a una pena, es decir que sería una sanción pública al ofensor.

3.5.3 Finalidad de la indemnización

Su finalidad es estrictamente reparadora. A este respecto tiene dicho el Dr. Bustamante Alsina: “la cuestión no tiene que ver con el hecho de proyectar la sanción más allá de su órbita natural, sino de hacerla funcionar dentro del derecho de daños donde tiene cabida como efecto resarcitorio necesario de la lesión a un interés jurídicamente protegido, sea éste material o moral⁵²”.

En otras palabras, tiene por objeto restablecer el equilibrio destruido por el hecho ilícito, otorgando a la víctima un valor equivalente a la cuantía del daño sufrido, para ponerla en el mismo estado que tenía antes del acto dañoso, si es que esto es posible.

En cuanto a la indemnización del daño puramente moral no se determina cuantificando, en términos económicos, el valor de la pérdida o lesión experimentada, sino sólo otorgando a la víctima una satisfacción, ayuda o auxilio que le permita atenuar el daño, moderarlo o hacerlo más soportable, mediante una cantidad de dinero, que en su monto o valor sea compatible con esa finalidad meramente compensatoria.

3.5.4 Funciones de la reparación del daño moral

Existen dos posturas en torno a este tema, así, la primera responde a aquellos que consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir, una sanción al ofensor. Y por otra parte, la segunda postura

⁵² Bustamante Alsina, Jorge, “**Daños y perjuicios. Responsabilidad civil derivada del divorcio**”, Enciclopedia de Derecho de Familia.

es aquella que considera que la reparación constituye un auténtico resarcimiento.

Por lo que es necesario puntualizar como lo hace Larenz que de lo que se trata, es de una aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse al pago de una suma de dinero:

- Función de compensación, que cumple la reparación del daño moral al ofendido, nos dice el autor, proporcionar al lesionado o perjudicado una compensación por la aflicción y la ofensa que se le causó
- Función de satisfacción: sostiene que el dinero busca restablecer el equilibrio en la medida de lo posible, dándole una sensación de bienestar y satisfacción a la persona dañada.
- Función punitiva: El dinero cumple una función en el sentido de castigar al causante del daño ya que no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso⁵³.

3.5.5 Doctrinas que niegan la reparación del daño moral⁵⁴

Estas doctrinas han llegado a negar en absoluto la posibilidad de satisfacer o compensar los daños morales, por diversas circunstancias que abordan las tesis que a continuación se desarrollaran, pero todas coinciden en que el dinero no es el instrumento adecuado para compensar el dolor.

A. Tesis negativa clásica.

En esta doctrina, se afirma que no se puede indemnizar un daño moral, ya que se violaría principios jurídicos y éticos. Se ha analizado desde tres puntos de vista, que a continuación desarrollaremos:

⁵³ Larenz, K., Derecho de Obligaciones. (Trad. J. Santos Briz), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

⁵⁴ Pizarro Ramon Daniel. “Daño moral, prevención, reparación, punición, el Daño Moral en las diversas ramas del Derecho”

-Punto de vista jurídico

Resulta insostenible indemnizar un perjuicio inexistente y hacerlo sobre parámetros arbitrarios. Y aun hipotéticamente admitiendo la entrega de una indemnización pecuniaria es imposible estimarlo de manera exacta, ya que no existen parámetros objetivos, por lo que solo se contaría con la apreciación del juzgador. Esta idea reduce la esfera de protección eminentemente solo a los derechos patrimoniales, cayendo en un materialismo extremo y sin razón de ser. Es cierto que el dinero cumple una función diferente, en cuanto a reparar un daño moral, ya que busca la satisfacción y no existe una medida perfecta para determinarlo pero se trata de buscar la reparación más exacta posible.

-Punto de vista ético

Desde este punto de vista opinan que es inmoral poner precio al dolor y sufrimiento padecido por el individuo, porque se degrada lo más importante del ser humano su esencia en sí, los sentimientos; apreciando que pueden ser reparados a través de cosas materiales, cayendo en un materialismo. Es un error querer relacionar dos sistemas, totalmente diferentes.

-Punto de vista religioso

Es ilógico reducir la espiritualidad del hombre a valores terrenales, convierten al padecimiento en una fuente de enriquecimiento, consiguiendo así degradar los valores más importantes de la persona. La adquisición de bienes distintos de los perdidos, no podrán llenar el vacío dejado por estos.

B. Tesis negativa moderna

Esta tesis concibe la reparación del daño moral a través de una indemnización pecuniaria, como una exteriorización del espíritu capitalista, que todo lo abarca como una negociación, usando como única solución al dinero. Esta tesis era más que todo adoptada por países con un sistema comunista.

3.5.6 Doctrinas que aceptan la indemnización del daño moral⁵⁵.

Bien lo explica De Cupis, al expresar que “no se trata de comerciar con bienes personales, sino de dar cumplida satisfacción al principio de justicia reparando el ilegítimo daño sufrido”⁵⁶.

La doctrina moderna acepta y desarrolla positivamente la indemnizabilidad al daño moral. Habiéndose formulado distintas doctrinas:

A. La doctrina de la pena o la sanción ejemplar.

Para los seguidores de este criterio, la indemnización que se le impone al causante del daño moral, mediante una cantidad de dinero, al no poder a través de el dinero restituir el bien perdido, ni poder precisar el valor económico de lo perjudicado, entonces en ves de satisfacer a la víctima, se busca el castigo del que infringió la ley y así poder disuadirlo a el y a la sociedad de futuras acciones análogas. Por lo que el daño moral, no buscará la reparación del mismo, sino más bien un castigo al responsable de dicha falta, teniendo así un fin punitivo para el ofensor.

Los daños causados dolosamente, deben a tener una consecuencia jurídica, por lo que se impondría como sanción el pago de una indemnización. La pena no remedia el daño como la indemnización, además la responsabilidad ha de ser proporcionada según la gravedad de la culpa y no a la intensidad o alcance del daño, con lo que la dificultad de su ponderación se traslada a la evaluación del bien o interés dañado o menoscabado, a la trascendencia de la infracción.

Estableciéndose como centro de esta doctrina el carácter sancionatorio infligido al autor de la ofensa. Y en caso de resultar que la falta cometida se trata de daños culposos y no dolosos le correspondería en ese caso dar una reparación y no una sanción.

⁵⁵ Op. Cit. Pizarro, Ramón Daniel.

⁵⁶ Op.Cit.Fernandez Entralgo, Jesus.Pag.285.

B. Doctrina del resarcimiento del daño moral

A diferencia de la anterior, se enfoca en el carácter resarcitorio que se le da a la indemnización por daño moral, asumiendo así una concepción equilibrada y acorde a nuestra realidad actual, ya que se busca una solución al menoscabo sufrido por la víctima y no un castigo al causante del menoscabo. Haciendo que la indemnización asuma un carácter reparador.

La tesis resarcitoria supera la insuficiencia y errores que pretende sostener la doctrina de la sanción ejemplar: Distingue con precisión la función que cumple el dinero. En el caso del daño moral tiene una función satisfactoria ocasionándole así a la víctima una sensación agradable, y en el daño patrimonial una función de equivalencia para la víctima.

Es poco razonable que una dificultad de orden material (medir el daño moral), haga imposible poder reparar el daño. El juzgador es el encargado de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial, es decir, una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor padecido, con el que se trata de satisfacer así a la víctima. Porque con el dinero se busca restablecer el equilibrio ya perdido, para procurarse a través de estas sensaciones agradables según su gusto y decisión. Si el carácter de la indemnización fuera punitivo no sería justo que la víctima lo recibiera, pero se justifica que la reciba si se trata de un carácter resarcitorio.

C. Posición del doble carácter resarcitorio y sancionatorio de la indemnización.

Esta corriente postula que el dinero desempeña una doble función, punitiva y reparadora. Con esta posición lo que se trata de conseguir es un equilibrio entre el carácter resarcitorio y el castigo o sanción. Es decir que a través de la indemnización que recibe la madre con la cual se busca reparar el daño sufrido, pero también se aplicaría un castigo al padre al imponerle que cancele dicha cantidad pecuniaria. Por lo que se logra tanto la reparación

como el castigo, conceptos que son contradictorios, perdiendo así el enfoque verdadero del daño moral que es resarcir y no penar.

3.6 Sujetos que integran la relación jurídica que nace del daño moral⁵⁷.

- El agraviado o sujeto pasivo, que en el caso de nuestra investigación es la madre del hijo no reconocido, que es la que soporta el daño cierto, sobre un bien de naturaleza extrapatrimonial, por lo que tiene derecho a iniciar una acción para ser indemnizada por daños morales en contra del sujeto activo (padre).

- El sujeto activo es el padre que se le imputa, el afectar a la madre en sus derechos de personalidad, lesionándola por lo que es responsable moralmente ante el sujeto pasivo (madre).

Si bien el daño moral “es de naturaleza personal, pues solo puede ser reclamado por quien lo ha padecido, lo anterior implica que en la mayoría de los casos interviene el directamente afectado y excepcionalmente en otros casos interviene también el indirectamente afectado; en el caso de la declaratoria judicial de paternidad cuando existe derecho a pedir la indemnización por daño moral es la madre quien hace la reclamación en su nombre y en representación del menor, pues éste último en razón de su edad no puede comparecer por sí mismo.⁵⁸”.

3.7 Titularidad de la acción.

3.7.1 Legitimación Activa.

En el ámbito del incumplimiento de las obligaciones el titular de la acción resarcitoria es exclusivamente el acreedor u ofendido, quedando excluidos los terceros que puedan haber resultado dañados por la conducta del

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ Sentencia de Familia ref. 88-A-2004. Cámara de Familia de la Sección del Centro de fecha 04 de Marzo de 2005.

agresor. No es transmisible hacia los herederos sino cuando hubiese sido entablada la acción de indemnización por daños y perjuicios, por el difunto. Ya que se considera que el daño moral es personal, por que el dolor o la lesión a las afecciones legítimas es, por su propia naturaleza, algo inherente a la persona misma.

Por otra parte en cuanto a la .la responsabilidad civil entre padres e hijos por incumplimiento de los deberes y derechos, se considera que debe admitirse la procedencia de la acción por daño moral y/o material al niño contra el progenitor que viole el derecho subjetivo derivado del derecho/función de la autoridad de los padres, como cuidado, educación alimentación y protección integral; así mismo debe establecerse que el sujeto legitimado para ejercer la acción resarcitoria por daños es el niño, representado por uno de sus padres , un tutor especial , un familiar u otra persona de su confianza.

Lo que se fundamenta en el hecho de que el progenitor de un niño que no cumpla con los derechos función de la autoridad parental, vulnerando la colaboración para la protección integral y cuidado del niño que convive con el otro progenitor incurre en conducta ilícita, y ésta genera un daño moral y material resarcible al otro progenitor que ostenta la guarda del hijo en común facultándolo como legitimado activo y por derecho propio a promover la acción resarcitoria, teniendo en cuenta la aflicción y descompensación que éste sufre por la omisión de los deberes y funciones que corresponden al otro progenitor .

3.7.2 Legitimación Pasiva

Corresponde al autor del hecho o sea el titular de la conducta o comportamiento dañoso, en materia de responsabilidad civil en general se considera que la indemnización en dinero no satisfecha por el causante no puede ser reclamada a sus herederos por tratarse de derecho personalísimo. Por lo tanto, no puede generar el derecho al hijo o a la

madre, de hacer cumplir esa obligación a los herederos del padre, como si fuera una deuda hereditaria. Cuando la obligación nacida del daño moral causado, no es una obligación contraída en vida por el padre.

Además se considera que tal obligación no es transferible, pues por su carácter eminentemente personalísimo correspondería cumplirla exclusivamente al supuesto padre. Lo contrario ocurriría en el caso si en vida el padre hubiera sido condenado al reconocimiento y al pago de la indemnización por el daño moral causado y después falleciera. Pues en ese supuesto ya había adquirido una obligación y por lo tanto es transmisible a sus herederos por considerarse ésta como una verdadera deuda hereditaria.

De igual forma se considera el caso de la indemnización por daños morales a consecuencia de la nulidad del matrimonio donde lo que el legislador ha querido es compensar el daño que el contrayente de buena fe ha sufrido y trata, de esa manera, de paliar el perjuicio ocasionado, tanto en el aspecto material como en el moral.

3.8 Valoración del daño moral

La valoración del daño moral y la cuantificación monetaria de la indemnización, es una difícil labor para abogados y jueces, ya que están en riesgo de utilizar criterios subjetivos, lo que acarrearía a tomar una decisión arbitraria e injusta.

El Daño moral tiene una fuerte dosis de subjetividad, ya que varía el daño según el grado de reacción de un individuo ante las mismas circunstancias, pues puede ocasionarle diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, por lo que se necesita de la facultad discrecional del juez. Una deficiente valuación del daño moral hace peligrar la finalidad de la ley, convirtiéndola en letra muerta, al no indemnizar justamente al individuo. Si se fijan criterios que no son adecuados, se dictaran sentencias que no

reparen en su totalidad el daño moral, además de hacer ineficiente al órgano judicial en su fin de hacer cumplir la ley correctamente y no a medias.

Es conveniente no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización, ya que son dos operaciones diferentes. Valorar el daño moral es indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración. Ya valorado, el siguiente paso es ponderar su repercusión en el plano indemnizatorio, de manera que se determina su valor y se cuantifica la indemnización. En la cuantificación se trata de dar la suma de dinero necesaria para lograr reparar el detrimento.

El obstáculo para lograr una correcta cuantificación en el daño moral, radica en la difícil tarea de relacionar entre la lesión espiritual y la indemnización monetaria. Ya que no existe una tabulación exacta que indique cuanto se debe dar, para reparar por medio de dinero los intereses extra patrimoniales dañados. Para valorar y cuantificar el daño moral, a veces la ley le facilita el trabajo a los jueces, determinando los parámetros valorativos aceptables, o lo que es usual la valoración y cuantificación del daño moral e indemnización son determinados por lo jueces haciendo uso de diversos criterios. Pero también puede suceder que se le deje la decisión al juez, pero poniéndole la ley límites cuantitativos, es decir un techo para la suma que pueda decidir.

A continuación, analizaremos los diversos criterios utilizados para valorar judicialmente el daño moral:

- Valoración del daño moral por su relación con el daño patrimonial. El daño moral debe de determinarlo el juez en función de la cuantía del daño patrimonial, es decir que fijara un monto que se relacione con el daño material que condene a indemnizar. Esta tesis ha sido contundentemente rechazada por su falta de inaplicabilidad, por no tener lógica en el aspecto jurídico, ya que no siempre que haya un

detrimento moral habrá uno patrimonial, por lo que es imposible aplicar esta teoría ya que en su debido momento carecerá del parámetro que establece para valorar dicho daño.

- Valoración del daño moral en base a criterios puramente subjetivos del juzgador. Esta doctrina, se fundamenta en que se valorara según el criterio plenamente subjetivo y discrecional del juez, el cual determinara si existe el daño y sin existiera el monto que se dará en concepto de indemnización. Esta idea parece poco segura para crear un sistema de reparación justo y equitativo, ya que el papel del juez es sumamente importante a la hora de valorar, ya que su subjetividad debe de aplicarse dentro del marco legal, y tomando en cuenta las circunstancias objetivas que el caso en concreto expresa.
- El daño moral en función de la gravedad de la falta cometida por el responsable. Los que apoyan esta posición se fundamentan en la Sanción Ejemplar y que procura medir la cuantía del daño moral, según la gravedad de la falta del dañador, por lo que se alejan de la verdadera naturaleza del daño moral, que busca reparar mediante una satisfacción económica, mas no sancionar o castigar al responsable. El único requisito, al cual debe estar subordinado la determinación y cuantificación del daño moral, es su propia gravedad objetiva.
- Daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado. Tal como se afirmo anteriormente, para valorar al daño moral se debe atender a la gravedad objetiva del daño causado, logrando así una ponderación con criterio equitativo, esperando que la decisión tomada en base a parámetros lógicos sea lo suficientemente justa. El daño moral se determinara en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, causando así una minoración en la victima.

Para conocer objetivamente el daño moral padecido por el individuo que en nuestra investigación es la madre del hijo no reconocido, nos podemos auxiliar de ciertos elementos como el dolor, la pena, angustia, etc., siempre y cuando acompañemos el análisis de estos elementos con una valoración prudencial de parte del juzgador.

Para que esto sea útil, no solo establecer los métodos o criterios más perfectos, sino también lograr que los jueces lo apliquen en la práctica. Si los jueces dictan una sentencia que le otorgue una indemnización al agraviado que sea simbólica, o que se le pague más de lo debido, en ambos casos nos alejamos del objetivo; ya que convertimos a la indemnización en una burla o en un medio de lucro indebido para el damnificado. Otra herramienta para el juzgador, la encontramos en los precedente judiciales, que no se deben de tomar como parámetros obligatorios, sino mas bien como una referencia que le puede dar más luz a la hora de tomar una decisión.

3.8.1 Valoración de la prueba de daño moral.

Se dice puede aparecer la cuestión atinente a la prueba del daño moral, mas es la de la evaluación que será el cabo de la determinación de la cantidad objeto de condena. Hemos de partir de dos premisas:

- A) La reparación por daño moral no responde a la finalidad propia de la indemnización que, como su denominación indica, tiene por fin el objeto de dejar al perjudicado indemne, es decir, libre de daños a la situación previa a la irrogación del perjuicio que ha sufrido. En propiedad, el daño moral ya no es reparable, porque no es posible retornar al momento previo al sufrimiento moral que ha experimentado la víctima, no se persigue la reparación y la vuelta a la situación preexistente, solamente recompensar económicamente a quien ha experimentado el daño moral o, como antes se ha dicho proporcionar una satisfacción que pueda contrarrestar el daño moral sufrido.

B) Aunque el daño moral afecta a bienes no patrimoniales, su interés a de responder a un interés económicamente claro, existente y demostrable y demostrable. No es misión de los tribunales resolver sobre pretensiones simbólicas o carentes del real contenido económico, el daño moral ha de constatarse como presupuesto que es la indemnización, y ha de existir un interés jurídicamente relevante. En esta situación no debe de pasarse por alto la propia relatividad e impresión del concepto de daño moral que impide una estricta y exacta traducción a lo económico. Que por ello se deja a la decisión de los tribunales de instancia y se sustrae el recurso de casación.

Cierto es que la valoración de daños morales no se puede obtener de pruebas directas y objetivas no por ello se ata a los tribunales y se les imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación cuando efectivamente han ocurrido y tales efectos han de tenerse en cuenta y de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el matrimonio, si no contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto abusivo e ilegal del otro.

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil establece que el daño moral infligido al hijo no reconocido voluntariamente por el padre, no requiere de una prueba directa de su existencia; ya que el padecimiento se tiene por supuesto, por el hecho antijurídico que lo provoca, por lo que es suficiente para ello la valoración objetiva de la acción antijurídica, para las lesiones del espíritu, rige el principio *in re ipsa*.

Además señala la jurisprudencia que el daño moral no requiere de ninguna prueba específica, por que tratándose de una afectación en los sentimientos, quedara acreditado por la simple valoración de los hechos, de igual modo, entre los elementos de valuación del daño ocasionado se encuentra a la

simple negativa del demandado a auxiliar moral o económicamente a una mujer embarazada por él, abandonarla durante el periodo de gestación y nacimiento de su descendiente; la ausencia de voluntad y la negativa del reconocimiento voluntario; el no haberle proporcionado alimentos durante un periodo establecido, ni haberle prodigado afecto, amor, comprensión durante su nacimiento; ni ofrecerle su apellido; ni la mínima preocupación de satisfacer las más elementales necesidades para su subsistencia, conservación de la salud y el desarrollo de su progenitor.

Lo que corresponde evaluar es el daño que se ocasiono durante ese tiempo de vida que sufrió la persona dañada, por no contar con el apellido paterno y no haber sido considerada, en el ámbito de las relaciones humanas como su progenitor, en razón de la negativa de este a reconocerla voluntariamente, lo cual afecto negativamente sus derechos emergentes a saber; la identidad, dignidad y alimentos, entre otros, los cuales deben de resarcirse. También se dice que debe de valorarse, además el abandono moral material que fue objeto la madre, por parte del demandado, al salir embarazada y su posterior negativa a reconocer la paternidad, lo cual lógicamente afecto su dignidad, imagen, sentimientos y demás derechos de su personalidad al tener que afrontar sola la maternidad en su entorno social laboral y familiar.

Así mismo, la cuantía debe de entenderse que contempla la indemnización por daños morales los cuales han quedado suficientemente acreditados con la comprobación del hecho generador es decir la negativa del padre de reconocer oportunamente al descendiente y como pauta indemnizatoria se estima que la persona perjudicada y su madre han sufrido daño moral y material, por la negativa del demandado. Dicha negativa ha sido mantenida durante el desarrollo del proceso por el demandado; por ello, debido a la desprotección y desamparo de que fueron víctimas el niño y la madre, desde la concepción de aquel, la suma que se fijara en concepto de indemnización

por daños morales y materiales que tienen por finalidad resarcir, al menos, parcialmente los agravios ocasionados.

Será interesante agregar que el daño moral y su intensidad puede algunas veces no tener algunas manifestaciones externas y estos casos difícilmente pudieran comprobarse de manera directa; es por ello que se concluye que no se requiere de una prueba de tal naturaleza para demostrar su existencia; el padecimiento se tiene establecido tomando en consideración los supuestos y circunstancias aludido por el hecho antijurídico que lo provoca y la valoración objetiva de la acción antijurídica. En esa medida, se dice que debe de evaluarse las particulares circunstancias del caso concreto, promediándose para el supuesto de la madre, entre otras, las condiciones personales y familiares que puedan desembocar en una graduación del daño ocasionado, aunque no en su totalidad.

De esta manera, el hecho que la madre haya procreado una buena cantidad de hijos de diferentes padres no se traduce en la falta de dolor por el no reconocimiento de alguno de ellos, o por la cuantía resarcitoria deba ser aritméticamente proporcional para cada uno de los hijos.

Lo que debe de acreditarse generalmente es el hecho generador de daño moral y no el daño en sí, ya que esta quedara acreditada por la simple valoración de las circunstancias que rodaron los hechos. La existencia del daño moral se presume y no necesita ser probada por el damnificado. El daño moral se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico, es una prueba *in re ipsa*, es decir, que surge de los hechos mismos.

De igual forma, se sostuvo que es el padre quien debe probar que realizo esfuerzos diligentes y oportunos para reconocer voluntariamente a su hijo, lo cual podría exonerarlo de responsabilidad por daños de carácter moral. Corresponde evaluar el daño que ha sufrido el demandante durante todos

sus años de vida, debido a no contar con el apellido paterno y no haber sido considerado como hijo de su entorno familiar y social; lo que consecuentemente afecto los derechos emergentes de la relación filial, es decir, su identidad, dignidad, derecho de alimentos, etc.

Asimismo, que la actitud del demandado al negarse a reconocer a su hijo, es grave e irresponsable y el hecho que al momento de exigir el demandado sea adulto mayor con serios problemas de salud, no lo hace menos responsable. Por ello, es inadmisibile que el impetrante se ampare en el principio de protección integral a los adultos mayores, para evadir el resarcimiento de los daños causados. Sin duda el aporte más significativo en cuanto a los procesos del daño moral en materia de familia recobra importancia que los jueces resuelven y lo conlleva a la jurisprudencia el cual sirve para futuras decisiones judiciales.

En toda acción y omisión que viole derechos deberes subjetivos familiares originados del vinculo padre-hijo, que causen daños patrimoniales o extra patrimoniales debe repararse, pues el derecho no puede permanecer firme, frente a una maternidad o paternidad irresponsable, consagrando una inmunidad. Que es un principio fundamental en nuestro derecho la prohibición genérica de dañar a otro según lo establece el Art. 8 de la Constitución de la República.

Ya que lo prohibido por la ley no es solo lo implícitamente reprobado por ella, si no también lo inequívocamente descalificado o desautorizado por el derecho; mientras que hay necesidad de obrar toda vez que la pasividad sea descalificada o desaprobada por el ordenamiento jurídico, por un mandato explicito del legislador de nombrar, por la imposición de una sanción al sujeto inactivo como lo previsto en el Art. 150 inc 2 del Código de Familia. Luego, que el agente del daño resulta obligado a la indemnización, desde que toda persona es responsable de sus propias acciones.

Así mismo, que la falta del reconocimiento paterno hiere groseramente una de las manifestaciones constitucionales más preciadas de la personalidad espiritual del afecto: su derecho a la identidad y con este los derechos al nombre, al emplazamiento familiar y a las relaciones familiares, etc. Consagrados en los artículos 2,7,8 y 18 de la Convención sobre los derechos del niño; 18 y 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. En este pensamiento se advirtió que el reconocimiento de la paternidad extra patrimonial constituye un deber jurídico mientras que su incumplimiento configura indudablemente un acto antijurídico mientras que su incumplimiento configura indudablemente un acto antijurídico por omisión que da derecho a reclamar los daños morales y materiales provocados a la madre del hijo. Al definir el daño moral también se estableció que este se acredita por la sola comisión del acto antijurídico es decir constituye una prueba in re ipsa o que surge inmediatamente de los hechos mismos.

En consecuencia resulta innecesario probar su existencia a través de cualquier medio ya sea tratándose de una lesión a los sentimientos del afectado el íntimo compromiso, de tal orden no es susceptible de demostración en ese orden de ideas se dice que los sufrimientos, padecimientos constituyen hechos notorios, por lo que una vez exentos de prueba o sin haberse acreditado de una situación objetiva que constituye la posibilidad de un dolor moral cualquier posibilidad de un dolor moral, cualquier valoración judicial en ese punto resulta excesiva.

Por ello se advierte una importante diferencia entre la existencia del daño moral y su extensión o magnitud ya que la primera se encuentra acreditada por los hechos mismos, en cambio la extensión del daño al solo efecto de valorar el monto indemnizatorio, se encuentra sujeta a la apreciación judicial de acuerdo a las circunstancias que rodean al caso concreto por esa razón.

3.9 Cuantificación Judicial de la indemnización del daño moral.

Una sentencia de ésta naturaleza, para lograr su fin, además de estar correctamente fundamentada debe de tener una indemnización razonable y relacionada en cuanto a casos similares. Ya que la falta de algunos de los elementos antes citados se suscitaría en un acto arbitrario y disociado de la realidad, causando así una violación a la seguridad jurídica. La ausencia de criterios uniformes y la existencia de indemnizaciones dispares en casos similares, conducen a soluciones inequitativas, inseguras e injustas. Por lo que es necesario buscar pautas razonablemente objetivas que brinden una mayor certidumbre y un trato semejante para situaciones homólogas.

Respecto al daño económico del Código Civil no hace mención de pauta alguna para fijar la extensión de la indemnización del daño patrimonial o extraeconómico, solo prevé la medición de las consecuencias patrimoniales en función del afectado, cuando alude a los perjuicios en daño emergente y lucro cesante, es por ello que la cuantificación del daño moral está sujeta al prudente arbitrio judicial.

Por otra parte, no existe normativa alguna que prevea dicha consecuencias por lo que la cuantificación del daño moral en la práctica está sujeta al arbitrio, y para que no quede sin el resarcimiento de dicho daño; aunque la tasación del daño moral es más difícil que la determinación cuantitativa del daño material, en este caso queda atribuido al arbitrio del juez estando facultado para fijar la cuantía. El estudio del daño moral, cuya naturaleza deriva del ámbito de la responsabilidad extracontractual, como hecho antijurídico o violación de un deber legal genérico de no dañar, a falta de un régimen jurídico particular, únicamente puede hallarse en las disposiciones contenidas en el Título XXV, “de los delitos y cuasidelitos” del Código Civil, como autorizan la integración por analogía del Art. 9 del Código de Familia.

La sola circunstancia que la nueva legislación familiar obedezca a principios éticos y filosóficos distintos a los del Código de Familia, no significa que el derecho de daños se aparte del modo de proceder en esta materia, máxime cuando los Art. 2067 inc. 1 y 2080 inc. 1 C.C. señalan que “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño.....” y que “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta”. En la primera, el Código no distingue a qué clase de daño se refiere y donde la ley no distingue no puede distinguir el interprete; y en la segunda, de carácter más general, señala “todo daño”, expresión que no puede ser más amplia y por lo tanto, una decisión que diera lugar al resarcimiento por daño moral perfectamente puede asimilarse en el mencionado título.

La suma fijada en ese concepto queda librada, más que cualquier otro rubro, a la interpretación que hace el sentenciarse a la luz de las constancias aportadas a la causa, o al prudente arbitrio judicial a partir de las circunstancias personales del agraviado⁵⁹. En cuanto es de difícil determinación por tratarse de una lesión provocada en el contorno espiritual de la víctima, cuya entidad no se exterioriza fácilmente. Queda pues librada a la prudencia y ecuanimidad de quien deba determinar su monto, para lo cual es menester aguzar la imaginación y el sentido del equilibrio a los fines de no incurrir en exceso o defecto.

⁵⁹ Mosset Iturraspe, Jorge; “Diez Reglas sobre cuantificación del daño moral”. La ley, Buenos Aires, 1994, p. 728-

CAPÍTULO IV

MARCO NORMATIVO

En el presente capítulo se pretende establecer la normativa jurídica, tanto nacional como internacional que regula y fundamenta la materia referente al “daño moral causado a la madre por negativa del padre al no reconocer al hijo”, en ese sentido se analizará como norma primordial la Constitución de la República, la cual sienta bases para un análisis jurídico y estudio del tema que nos ocupa.

Es pues esta, el cuerpo normativo fundamental, que regula bienes jurídicos fundamentales como la integridad física y moral, misma que es objeto de la existencia de un Estado de Derecho, y que también sienta las bases en nuestro sistema normativo jurídico en cuanto a filiación; que es *“la protección integral de la familia”*.

Así mismo se analizarán los Tratados Internacionales, referente al problema en mención, dado que estos últimos forman un conjunto de normas jurídicas reconocidas por diferentes Estados, lo que se resume en el establecimiento de una protección más amplia y especial al bien jurídico que para el caso es “el daño moral en la madre del hijo no reconocido” entre estos se estudiarán La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Sobre La Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra La Mujer, y La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Para”.

Finalmente nuestra legislación interna, también será objeto de análisis ya que aporta un referente jurídico al tema planteado, así también las disposiciones de la Ley Procesal de Familia, que aportan una protección jurídica interna al problema planteado.

4.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA⁶⁰

La Constitución de la República, como cuerpo normativo de mayor jerarquía, el cual es desarrollado, mediante leyes secundarias y consolidado mediante la ratificación de Tratados Internacionales; y constituye la base de toda la legislación imperante en el Estado Salvadoreño. En tal sentido, garantiza la protección y el bienestar social de la persona humana, puesto que en su Artículo uno, establece que el fin de toda la actividad del estado es la persona humana, obligando al mismo a velar por el cumplimiento de los derechos y a responder ante la vulneración de los mismos, uno de los principios fundamentales que rigen nuestra constitución es el principio de igualdad, el cual encuentra su asidero legal en el Artículo tres, que literalmente dice " *Todas las personas son iguales ante la Ley.*",

Ante la vulneración de este principio, nace al Estado la obligación de responder por el daño causado a la persona tal como lo establece el Artículo dos inciso último cuando dice: " Se establece la indemnización conforme a la Ley, por daños de carácter moral", en este sentido en cuanto al tema de investigación es importante destacar la afectación al principio supra mencionado "Principio de Igualdad" que se vulnera ante la negativa del padre en el no reconocimiento del hijo, provocando discriminación tanto en el hijo como en la madre de este, ya que interfiere el pleno goce de derechos tal como el vínculo de familia entre padre e hijo (filiación), violentando además otra gama de derechos tales como el derecho a un nombre lo cual afecta directamente a la persona en el ámbito social, cultural y económico.

En este sentido el artículo 17 de nuestra Constitución, protege el derecho que todas las personas poseen a solicitar ante la instancia correspondiente el resarcimiento por daños o perjuicios causados a su integridad personal y moral, cuando este sea a consecuencia de un error judicial o a consecuencia

⁶⁰ Promulgada por la Asamblea Legislativa el quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres y entro en vigencia el veinte de diciembre del mismo año.

de la retardación de justicia, dejando claramente establecido en su incisos segundo y tercero que (...)“En casos de revisión en materia penal el Estado indemnizara conforme a la ley a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados. Habrá lugar a la indemnización por retardación de justicia (...)”, dejando claro con ello el legislador que el daño que puede percibirse a nivel moral si bien es cierto no puede visualizarse materialmente constituye un daño a la personalidad del sujeto el cual se denota en su comportamiento con las personas que conforman su entorno social.

Esta situación perjudica a la institución que la misma Constitución reconoce y protege en el Artículo 32, al establecer que “La familia es la base fundamental de la Sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictara la legislación necesaria y creara los servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.”

4.2 TRATADOS INTERNACIONALES.

Este conjunto de normas jurídicas, tiene un asidero en el interés de los Estados partes, de proteger bienes jurídicos de gran connotación para el ser humano, de ahí que buscan una protección más amplia, tanto en el ámbito territorial como también en la comunidad internacional, relacionada a la cooperación que surge del principio de solidaridad entre los pueblos que rige el derecho internacional. En este sentido en la materia que nos ocupa de daño moral, en la madre como consecuencia del hijo no reconocido, existe una diversidad de tratados internacionales a través de los cuales se busca erradicar todo tipo de discriminación que repercutan directamente en la persona, sobre todo en aquellas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, como en el caso de los menores y las mujeres sobre todos las que se encuentran en estado de gravidez, los cuales se detallaran a continuación:

4.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos⁶¹

La Declaración en análisis reviste vital importancia, en materia de protección de los derechos fundamentales de la persona, pues se constituye en el punto de partida de toda la subsiguiente normativa internacional, tendiente a regular los derechos sociales que comenzaron a surgir a mediados del pasado siglo, conteniendo este instrumento en su Artículo 25 una regulación especial en materia de niñez y maternidad, ya que establece que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen derecho a igual protección social”

La anterior norma jurídica proporciona la pauta para incorporar un elemento de protección que abarca no solo la protección a la niñez sino también se extiende protegiendo a la madre, que es quien se convierte en el sujeto pasivo como consecuencia de la falta de reconocimiento del hijo, ya que es ella quien desde un primer momento debe asumir los roles de madre y padre en el desarrollo del menor en los aspectos económicos, sociales y culturales.

4.2.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁶²

En este importante instrumento jurídico internacional, anteriormente llamada Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, reemplazándose en su texto la palabra “hombre” por “persona”, cuando corresponda; por la razón de la necesidad de incorporar la igualdad jurídica y

⁶¹ Esta Declaración fue adoptada y proclamada en la novena conferencia internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, fue suscrita por El Salvador el 14 de Julio de 1978, siendo ratificada un día después mediante Decreto Legislativo numero 5, y entro en vigencia el 19 de Julio.

⁶² Resolución adoptada por unanimidad el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) suscrita por El Salvador hasta el 13 de Noviembre de 1979, ratificado el 23 de noviembre del mismo año mediante Decreto Legislativo numero 27, dándose su publicación en el Diario Oficial numero 218 de la misma fecha.

de oportunidades para la mujer y el hombre, y la equidad de género en todo nivel, incluso en las expresiones idiomáticas utilizadas en los instrumentos internacionales.

En este se encuentra claramente establecida la protección en favor de la reputación personal y la vida privada de las personas ya que en el Art. V de dicha declaración deja claro que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. Esta regulación normativa está orientada en proteger el contexto de las relaciones sociales y privadas pero sobre todo la imagen del sujeto ante su entorno social, puesto que cada uno de estos ámbitos son fundamentales en el desarrollo de la personalidad del sujeto.

En tal sentido esta protección se encuentra dirigida a la madre del hijo no reconocido puesto que ella es víctima de una serie de daños a su integridad moral cuando sufre discriminación por parte de las personas que conforman su entorno social y familiar. Esto se encuentra concatenado y reforzado con lo establecido en el Artículo VII, del mismo cuerpo normativo legal, que establece que: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”. En ese sentido se busca proteger la vulnerabilidad de la madre y otorga especial protección a ella sobre todo cuando esta se encuentre en estado de gravidez y lactancia, como la norma jurídica lo establece.

4.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶³

Este cuerpo normativo se fundamenta en la protección especial al grupo familiar, procurando la integración y el bienestar social del mismo, por ende cada Estado suscriptor busca la protección de los grupos sociales más vulnerables como lo es la familia, puesto que es de los grupos que mas

⁶³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966, ratificado mediante Decreto Legislativo número 27 del 23 de Noviembre de 1979, publicado en el Diario Oficial en la misma fecha de su ratificación.

ataques recibe por parte de agentes externos y socioculturales, tratando de evitar la desintegración y lograr la armonía familiar y procurar la solución de problemas económicos, sociales, culturales o humanitarios que perjudiquen a la familia.

En este sentido el Pacto en comento plantea en el Art. 23 que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”* determinando a partir de la disposición contenida en el Art. 26 la cual establece que *“Todas las personas son igual ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”*

4.2.4 Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales⁶⁴

Este instrumento al igual que otros en análisis reconocen la protección que necesita el sector de la población femenina, sobre todo aquellas que se encuentran en la etapa de la maternidad pre y post natal, debido a que en esta etapa se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad, necesitando una protección especial, de ahí que diferentes cuerpos normativos internacionales incluyendo el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, incluyan en sus textos disposiciones encaminadas a solventar las múltiples necesidades de este numeroso sector de la población.

⁶⁴ Esta resolución fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966, suscrita por El Salvador el 13 de Noviembre de 1979, dándose su ratificación, publicación y vigencia el 23 de Noviembre de ese mismo año.

El Art 10. Numeral 2, claramente dice: *“se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les deben conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”*. Todas las garantías contenidas en esta convención, reflejan la importancia sobre la protección que la comunidad internacional le otorga a la madre, puesto que durante el periodo de gravidez esta debe encontrarse en condiciones de bienestar tanto materiales como afectivas.

4.2.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”⁶⁵

En el artículo 11 inciso primero de la referida convención se establece que: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”*. Así mismo en el inciso segundo se regula lo referente a la protección que debe recibir la persona ante este menoscabo a su integridad ya que literalmente se expresa: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

Siendo pues que el Art. 24 del referido tratado amplía esta protección tanto a hombres como a mujeres al establecer que: *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*, pues esta norma fortalece la protección a todas las personas erradicando la discriminación de cualquier clase, ya que no distingue privilegios de clase, de raza o credo, y para el caso que nos ocupa, esta se convierte en una herramienta eficaz para hacer valer un derecho y reclamar indemnización por daño moral causado a la madre por la negativa del padre de asumir la paternidad.

⁶⁵ Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, Ratificada por el Estado Salvadoreño el 15 de junio de 1978 mediante Decreto Legislativo numero 5 la misma fecha, Publicada en el diario oficial número 113, del 19 de Junio de 1978, fecha en la que también entro en vigencia

4.2.6 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁶⁶.

Para este cuerpo normativo la discriminación se define en los términos expuestos en su Art. 1 el cual expresa *“discriminación contra la mujer” denotara toda distinción, exclusión o restricción basada en sexo que tenga por objeto o resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce, o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.*

La discriminación a que se refiere esta norma puede materializarse de diferentes maneras, una de estas es aquel caso en el que una mujer se ve obligada asumir responsabilidades para con su hijo que por naturaleza corresponden al padre, como consecuencia de la falta de reconocimiento del hijo, resultando de ello, que a esta madre se le restringen una serie de oportunidades lo que se convierte en una forma de discriminación.-

4.2.7 Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”⁶⁷

Esta herramienta protección y defensa de derechos humanos, es de suma importancia ya que rechaza todas las formas de violencia contra la mujer, estableciendo en su Art.1 que se debe de entender por violencia contra la mujer, y que para un mejor análisis del tema, se hace íntegramente la

⁶⁶ Fue adoptada y abierta a firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y fue ratificada por El Salvador, el 2 de Junio de 1981, y cuya publicación en el diario oficial se realizo el 9 de junio del mismo año

⁶⁷ Nace a la vida jurídica por medio del Acuerdo N° 747 del 10 de agosto de 1995, publicado en el Diario Oficial N° 173, Tomo 328, del 20 de septiembre de 1995 ACORDO: 1) Adherirse a la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para"; y 2) Someter la mencionada Convención a la consideración de la Honorable Asamblea Legislativa, para que se siga el procedimiento correspondiente y se ratifique en los términos que lo permita la Constitución de la República.

transcripción de la norma la cual literalmente dice: *“para los efectos de esta convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

Norma de la cual debemos rescatar para robustecer el tema de investigación, la violencia psicológica que sufre gran porcentaje de mujeres en nuestro estado Salvadoreño, vulnerando derechos fundamentales como el derecho al honor y la protección e integridad de la familia, ya que cuando el padre se niega a reconocer al hijo provoca violencia psicológica tanto en la mujer como en el recién nacido, por tanto es tarea de todos contribuir en la búsqueda de el pleno uso de los derechos fundamentales, y culturizar a la sociedad en el reclamo de la indemnización por daños de carácter moral.

Lo anterior se encuentra desarrollado de forma más amplia en el Art. 4 del mismo cuerpo normativo al establecer que *“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos”*. Especificando en el literal b) *el respeto a su integridad física, psíquica y moral*; siendo así que se observa como la integridad psíquica, recobra vital importancia al igual que la integridad moral aspectos que no son considerados importantes en nuestra sociedad por ser estos intangibles a las personas que sufren el daño.

4.2.8 Convención de los Derechos del Niño⁶⁸

En esta Convención se exige que todos los compromisos adoptados por un Estado en relación con los niños deben tener como consideración fundamental favorecer los intereses del menor. Este cuerpo normativo

⁶⁸ Aprobada y adoptada por a Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989. Ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo numero 487, del 27 de abril del mismo año. Publicada en el Diario Oficial número 108, del 9 de Mayo de 1990, fecha en la cual también entro en vigencia.

proporciona a los menores los mismos derechos fundamentales y libertades públicas que tienen los adultos. Además exige una protección para los niños contra toda clase de maltrato y pide para éstos un nivel de vida adecuado, una buena formación, asistencia sanitaria e incluso diversión, ya que este último elemento es fundamental para el desarrollo de su personalidad.

Esta convención, es un instrumento jurídico que tiene como prioridad proteger a todo menor bajo toda circunstancia que puede ocasionarle algún perjuicio a su integridad física y moral, en tal sentido regula en el artículo 7 inciso primero: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”* Este artículo representa una garantía para el menor el cual cuando el padre no reconoce su paternidad a este se violenta el derecho a tener una identidad legalmente establecida por la ley y es por ello que ante la vulneración de este derecho tiene este medio legal para exigir al padre el debido reconocimiento y la inscripción en el registro del estado familiar correspondiente y así obtener una identidad.

Asimismo el artículo 8 se regula que cuando un niño sea privado de uno de sus derechos, el Estado deberá proporcionarle asistencia especial con miras a restablecerlo: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; Y en su numeral segundo regula: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.* Otros aspectos importantes que regula esta convención, establecen que; cuando a un menor no se le ha reconocido voluntariamente por su padre se le están vulnerando derechos

fundamentales como el derecho a la identidad se le provoca con ello, considerables daños morales que afectan a la personalidad del menor.

Esta misma convención en el artículo 18 establece que la crianza y desarrollo integral de todo niño es obligación de los padres, esto no sería posible efectuarse si un menor no ha sido reconocido como hijo (a) por sus progenitores.

En conclusión, se puede decir que toda la normativa internacional está encaminada a eliminar toda discriminación en cuanto a la naturaleza de la filiación, considerando que toda esta legislación fue creada luego de la segunda guerra mundial, periodo necesario quizá para poder valorar a la persona humana y proclamar a nivel mundial la libertad en el goce de los derechos y la finalización total de la discriminación de las personas por el origen de su nacimiento, que mucha importancia se le había dado antes de las guerras.

4.3 CÓDIGO DE FAMILIA⁶⁹.

La legislación de familia al igual que el derecho se encuentra en constante transformación, pero específicamente para este caso es a consecuencia que la institución de la familia se transforma de acuerdo a los acontecimientos históricos que se presentan; además que el derecho de familia se encuentra muy condicionado por la idiosincrasia y el contexto sociocultural de cada pueblo⁷⁰, por lo que existen sensibles diferencias en la materia aun entre aquellos países que pertenecen a una misma “familia de derecho” e incluso entre países vecinos, es por ello que en nuestro país se crea en 1994 el código de familia, ya que con anterioridad los aspectos relacionados con la familia se regulaban en el Libro Primero del Código Civil que data de 1860.

⁶⁹ Promulgado por la Asamblea Legislativa el once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y entra en vigencia el uno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

⁷⁰ Comisión Coordinadora para el sector justicia. Documento base y exposición de motivos del Código de Familia, primera edición. 1994. Editorial UTE. Págs. 358-365.

Esta nueva normativa trata de responder a la problemática actual que presenta este grupo sumamente importante para la sociedad, así como también a la realidad sociocultural que se presenta. En este orden de ideas, debe destacarse que los principios que rigen el Código de Familia son: la unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores, la protección integral de otra clase de incapaces, la protección integral de las personas de la tercera edad, y la protección de la madre cuando fuere la única responsable del hogar.

En este último de los principios hay que denotar que tanto la constitución como la generalidad de instrumentos internacionales, declaran que la maternidad merece cuidados especiales. Esta protección cobra relevancia mayor, cuando la madre ha quedado como única responsable de la familia, ya sea por abandono, viudez o por cualquier otro motivo, pues allí hay un elemento familiar – sin duda uno de los más importantes – que requiere apoyo y cuidado prioritario, en tal sentido es importante destacar que esta protección se materializa a través de diversos procedimientos que la ley establece, uno de ellos es la indemnización por daños morales a la madre del hijo no reconocido.

Este es uno de los temas a los que poco interés se les otorga, por ser derechos en abstractos, consecuencia de ello es que, en nuestro país se cuenta con muy poca jurisprudencia, debido a que las personas desconocen la forma de acceder a los mecanismos que la ley plantea cuando se les violentan esas garantías Constitucionalmente protegidas.

La Ley secundaria desarrolla de una forma más amplia los preceptos que la Constitución de la República, prevé en materia de familia, armonizando dichos principios, siendo así que el Código de Familia, regula, amplía y

explica los Artículos 32 al 36 de la Constitución, los cuales se encuentran contenidos en el Libro Segundo, Título I, de la ley secundaria (C.F.)

Dentro del Código de Familia, se desarrolla un acápite importante el cual es el referido al tema de la filiación, en tal sentido el Artículo 133 define *“La filiación es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre se denomina maternidad”* el cual es necesario destacar debido a que dentro del tema que nos ocupa es importante dejar claro que la legislación salvadoreña contempla de una forma determinante el vínculo de la filiación.

El Artículo 134 manifiesta que *“La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción”* siendo preciso dejar claro esto pues es partir de este vínculo que surgen una serie de derechos y deberes para con los padres de los menores, así como para con estos últimos con sus padres y uno de ellos cabe destacar es el derecho del menor al reconocimiento así como la obligación que tiene el padre a reconocerlo.

Además es importante resaltar que a partir del establecimiento del vínculo de filiación en nuestra legislación también surge el derecho a la madre de reclamar ante el daño moral causado por el padre ante la negativa de reconocer al hijo; así como la obligación del padre a indemnizarla ante tal perjuicio causado.

Tan importante es este tema para nuestra legislación que el Artículo 135 claramente expresa que *“La paternidad se establece por disposición de la ley, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial”*. Dejando muy claro que el reconocimiento de paternidad no es una facultad para el padre quien puede ejecutarla o no; sino por el contrario es una obligación que cuando no es posible voluntariamente puede incluso realizarse ya sea por disposición de ley tal como lo refleja el Artículo 140 manifestando que *“Se establece la paternidad por ministerio de ley, cuando se presume o se*

determine conforme a las disposiciones de este Código” así como también se puede determinar de manera judicial ante la negativa del mismo y en ese sentido nuestra legislación faculta al hijo a exigir el reconocimiento del padre según lo expresa el Artículo 148 “El hijo no reconocido voluntariamente por su padre, o cuya paternidad no se presume conforme a las disposiciones de este código, tiene derecho a exigir la declaratoria judicial de paternidad”.

Para el establecimiento de la paternidad de forma judicial, debe seguirse el procedimiento que para tal caso plantea el Artículo 146 *“El hijo que no hubiere sido reconocido, tendrá derecho a que el supuesto padre sea citado ante el Juez, a declarar si cree serlo. El Juez a su criterio, podrá ordenar las pruebas científicas, hereditarias, biológicas y antropomórficas del supuesto padre”.* A este punto es necesario dejar claro que el Artículo 139 inciso, primero otorga otra facultad aun más amplia al hijo al declarar que *“El hijo tiene derecho a investigar quiénes son sus progenitores. Este derecho se transmite a los descendientes del hijo y es imprescriptible”.*

Es así como el Artículo 146 inciso primero establece el procedimiento a seguir para garantizar la protección al menor dejando establecido que: *“el hijo que no hubiere sido reconocido, tendrá derecho a que el supuesto padre sea citado ante el Juez a declarar si cree serlo. El Juez a su criterio, podrá ordenar las pruebas científicas, hereditarias, biológicas y antropomórficas del supuesto padre”.*

El Artículo en comento en su inciso segundo amplía esta protección a la madre, siendo necesaria esta, debido a la vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en esta etapa, además de ser la referida norma una ampliación de la protección Constitucional que la norma primaria plantea cuando reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción, pues deja establecido *“ la mujer embarazada también tendrá derecho a que el hombre de quien ha concebido sea citado ante el Juez, a declarar si*

reconoce ser el padre de la criatura que esta por nacer” y el inciso tercero amplía el procedimiento que debe seguirse, “La negativa del supuesto padre a comparecer ante el Juez o a someterse a la prueba de paternidad, será considerada como positiva de la existencia de vínculo biológico, sin perjuicio del derecho de impugnarla”.

El Artículo 149 claramente afirma que: *“La paternidad será declarada por el Juez cuando resulte de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre, de su relación sexual con la madre en el periodo de la concepción, de la posesión de estado del hijo, o de otros hechos análogos de los que se infiera inequívocamente la paternidad. Se presume la paternidad del hombre que hubiere convivido con la madre durante el periodo de la concepción, salvo la inexistencia de nexa biológico”.*

Es pues en esta sintonía que se llega al a la base legal fundamental para el tema que nos ocupa y es la regulación normativa contenida en el artículo 150 inciso segundo puesto que en ella se enmarca claramente la protección y la indemnización por daño moral a la madre del menor no reconocido, porque es la madre la que sufre las consecuencias de forma inmediata de la negativa e irresponsabilidad del padre a no querer reconocer al menor y evadir la responsabilidad, es así como el referido Artículo plantea *“Si fuere declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrá derecho a reclamar del padre indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar conforme a la ley”.*

4.4 LEY PROCESAL DE FAMILIA⁷¹

La ley Procesal de Familia, amplía también preceptos legales referentes al tema que se está desarrollando contenidos en la Constitución. En ese sentido se mencionaran los preceptos relativos al tema de filiación

⁷¹ Esta ley fue promulgada por la Asamblea Legislativa el catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro y entra en vigencia el uno de octubre del mismo año, como una herramienta fundamental para desarrollar los principios contenidos en el reciente Código de Familia.

contenidos en los artículos 140, 141 y 142 puesto que es a partir de esta figura que surge el problema de la falta de reconocimiento y del cual depende el daño moral a la madre.

Sin embargo, cuando se analizó el Código de Familia se detallaron aspectos relacionados al tema de filiación y los artículos antes mencionados de la ley procesal de familia no contienen ninguna novedad respecto a lo que anteriormente ya se mencionó en el Código de familia por tanto, simplemente se señalaron, pues su contenido ya fue explicado cuando se trató el acápite del Código de Familia.

Básicamente lo que la ley Procesal de Familia plantea es que inicialmente, faculta al Juez para valorar y pronunciarse sobre la existencia de daño moral y su respectiva indemnización, así como para proceder a su liquidación, esta valoración dependerá del criterio subjetivo del juez para determinar la magnitud del daño y en ese sentido fijará el monto de la indemnización. Dicha regla se encuentra en el artículo 178 que establece: *“Cuando la sentencia condena al pago de frutos, intereses daños y perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán las bases para su liquidación.*

También se expresa en el artículo 144 cuyo texto dice: *“En los procesos que tengan por objeto la protección del menor, el juez podrá ordenar las medidas de protección y en la sentencia, al reconocer el derecho, deberá, cuando fuere el caso además:*

(...) f) *Fijar la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios, que a favor del menor deba pagar el infractor. La indemnización comprende el resarcimiento del daño moral y material ocasionado.* Debe entenderse que aun cuando este artículo no menciona a la madre, cuando el Código de Familia plantea que esta también tiene derecho al resarcimiento por daño moral debe aplicarse el mismo procedimiento que la ley establece para el

hijo, puesto que ambos sujetos, son el común denominador del problema planteado, el daño moral.

4.5 CÓDIGO CIVIL⁷².

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

En el Art. 2072 CC. prescribe la responsabilidad para los padres por los actos cometidos, por los hijos que con su efecto dañoso originen la responsabilidad. A estas representaciones ya enunciadas se les suma Art. 2082 C.C donde ante las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona da derecho para demandar la indemnización pecuniaria si se probare la verdad de su imputación, así como debe probarse el daño emergente y el lucro cesante que puede apreciarse en dinero; el Art. 1427 CC. Describe lo que comprende la indemnización que se traduce al Daño Emergente y Lucro cesante como efecto de incumplimiento de una obligación como prescribiendo a aquella en caso de que se caiga en mora

⁷² Cámara de Senadores, Decreto de 4 de febrero de 1958, la Cámara de Diputados aprobó tal decreto el día 12 del mismo mes, sancionado por el Poder Ejecutivo mediante decreto N° 7 del Ministerio General de fecha 13 del mismo mes y año, según consta en la Gaceta de El Salvador del 17 de febrero de 1958.-

Art. 1428 CC. Exigiéndose además de lo consiste el daño la concurrencia del dolo para cobrar los perjuicios en la indemnización.

4.6 CÓDIGO PENAL⁷³.

La legislación penal es una de las legislaciones más jóvenes de nuestro ordenamiento jurídico ya que entra en vigencia el veinte de abril de 1998 de forma simultánea al Código Procesal Penal; esta legislación es considerada en el desarrollo del tema por las referencias que hace en cuanto a daño moral; que si bien es cierto no esta íntimamente ligado al daño moral a la madre del hijo no reconocido contiene elementos ilustrativos en cuanto a indemnización por daño moral lo que es un referente fundamental al momento fundamentar y reclamar la indemnización del que es objeto el tema de estudio en materia de familia.

En tal sentido es muy significativo el aporte que de la materia penal se puede extraer para entender lo que constituye la rama familiar que si bien es cierto en su ámbito y sujetos que intervienen; en el proceso, así como los bienes protegidos no son los mismos.

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

El Art. 115 del Código Penal, regula las Consecuencias Civiles del hecho ilícito” que considera que estas consecuencias deberán ser declaradas en la

⁷³ Aprobado por Decreto Legislativo N° 270 de fecha 13 de febrero de 1973, Publicado en el Diario Oficial N° 63, Tomo 238, de fecha 30 de marzo del mismo año, el cual entro en vigencia el 15 de junio de 1974.-

sentencia[...] 2) La reparación del daño que se haya causado.3) La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por los daños materiales y morales.

Asimismo la reparación del daño se hará valorando por el juez la entidad del daño causado, considerándole precio de la cosa y la afección del agraviado. Asimismo en cuanto a la indemnización de perjuicios prevé “[...] que esta comprende no sólo los causados a los agraviados sino a los que irroguen los familiares o un tercero [...]. Dicho importe se valorara “según la entidad del perjuicio y las necesidades de la víctima, de acuerdo con su edad, estado y aptitud laboral y además del beneficio por la comisión del delito”.

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

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

Otra situación es el beneficio que el dañador reciba por el hecho, en lo penal se observa en relación con el lucro económico o moral que le reporte el delito, en la rama familiar ese nivel de dolo es diferente, aquí no se valora el

querer realizar el delito por el beneficio que reporta, sino el deseo de dañar que no reviste un índice tan elevado de dañosidad.

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

- El tiempo de la situación matrimonial de los esposos.
- Las ventajas pecuniarias que el inocente puede obtener del divorcio,
- La edad de los esposos,
- La duración del matrimonio,
- El estado de salud de los cónyuges y la gravedad de la falta⁷⁴.

4.7 LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

La regulación de los daños en esta ley no es muy amplia en cuanto a la indemnización, pero posee un amplio régimen de protección para el sujeto pasivo de violencia intrafamiliar, ya que según Art. 1 literal “b” manifiesta el legislador que se aplicaran medidas sean estas preventivas o cautelares de protección para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de Violencia. Así mismo, se considera que es desde esta ley que se regulara además la forma de indemnizar a la víctima del caso concreto en atención que, dicha ley manifiesta diferentes niveles de violencia como la psicológica, física sexual y patrimonial, definiendo en este mismo cuerpo normativo en que consisten cada una de ellas, teniendo en cuenta que no solo se agrede física, psicológica, sexual o verbalmente, sino que cada una de estas formas de violencia intrafamiliar trasciende al aspecto moral ya que se daña también la psiquis de la víctima. Así en el Art. 3 de la referida ley se establece que las conductas que causan perjuicios psicológicos, o lesionen a la integridad

74. Barbero, Omar. “Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio” Edit. Astrea. 1977. Pág.167 y 168

física de una persona como también el sometimiento de uno de los cónyuges para con el otro con el fin de causarle menoscabo de naturaleza sexual. En el Artículo 28 LCVI nominado Resolución, establece que “se tomara como base lo expuesto por los comparecientes, siempre que los hechos no requieran prueba y sin atención a los compromisos que antes asumiera el denunciado o denunciada y que acepte la víctima.

Resolverá:

e) Imponer a la persona agresora, la obligación de pagar a la víctima el daño emergente de la conducta o comportamiento violento, como los casos de servicios de salud precio de los medicamentos, valor de los bienes gastos derivados de la violencia ejercida”⁷⁵.

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

4.8 LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL.⁷⁶

Esta ley tiene relación con el tema en cuestión, pues, cuando el padre del menor se niega a reconocerlo repercute esto, en el apellido del mismo, es decir en su inscripción en el Registro Familiar del Municipio en el que

⁷⁵ D.L.N.892 D.O N° 137.TOMO N°356 del 24 de julio de 2002.-

⁷⁶ Promulgada por la Asamblea Legislativa mediante decreto Legislativo número 450, y publicado en el Diario Oficial mediante decreto 126, Tomo 352, del 5 de Julio de 2001.

habitan los padres del mismo, pero ¿Cómo tiene relación con el daño moral a la madre? La respuesta es sencilla, debido a que, cuando el padre no inscribe al menor como hijo suyo, la madre sufre señalamientos por parte de la comunidad, lo cual vulnera su derecho al honor, pues se le denigra y en algunos casos hasta discrimina por formar parte del grupo de población, que conforman este sector.

La inscripción es una de las formas de reconocimiento, siendo pues que cuando solamente la madre es quien inscribe al menor es la que se convierte en responsable de su crianza y manutención, en ese sentido, no posee acceso a las mismas oportunidades de desarrollo personal, social y comunitario. La ley del Nombre y la Persona Natural dispone en los artículos 3 y 14, que el nombre de la persona natural está constituido por dos nombres y dos apellidos.

También tenemos en el artículo 20 de la Ley del Nombre de la Persona Natural lo siguiente: “*en los casos en que se declare judicialmente la filiación paterna, (...) se cancelará la partida de nacimiento y se asentará la nueva*”; esta disposición tiene relación con el contenido del artículo 31 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, en el cual se regula la obligación que tiene el registrador de familia de cancelar mediante anotación marginal la partida de nacimiento del reconocido e inscribir una nueva.

4.9 LEY TRANSITORIA DEL REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR Y LOS REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Este cuerpo normativo constituye un aporte importantísimo para el desarrollo de las disposiciones que la Constitución de la República y la Convención sobre los Derechos del niño establecen con relación a la identidad del menor, sobre todo en los casos en los que estos no son reconocidos por el

padre ya que regula el aspecto práctico de cómo debe realizarse la inscripción respectiva que constituye la identidad legalmente establecida del menor. Para el caso el artículo 31 establece “Recibido un documento por medio del cual se comunique al Registrador del Estado Familiar que ha sido establecida o reconocida una paternidad o maternidad éste deberá cancelar mediante anotación marginal la partida de nacimiento original, e inscribir una nueva, consignándose en ésta los datos establecidos en el Artículo 29, de esta Ley, sin dejar en ella constancia alguna del reconocimiento. En la partida cancelada deberá efectuar anotación marginal que consigne los datos de la nueva partida”.

De esta misma forma el artículo 30 de la mencionada ley deja claro que “En la partida de nacimiento no se consignará ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación del inscrito, ni se expresará el estado familiar de los padres. Tampoco podrá llevarse en el Registro del Estado Familiar libros o cualquier otra forma de asiento de datos de nacimiento separados, basándose en el origen filiatorio de los inscritos”. Estableciendo una protección especial para el menor en el sentido que este no sufra ningún tipo de discriminación o trato denigrante por el origen de la relación que exista entre sus padres.

4.10 Líneas Jurisprudenciales, Jurisprudencia y Doctrina referente al Daño Moral.

- *En cuanto a la exteriorización*

Una importante diferencia entre la existencia del daño moral y su extensión o magnitud, radica en que la primera se encuentra acreditada por los hechos mismos, esto es, la falta del reconocimiento voluntario de la paternidad y sus consecuencias; en cambio, la extensión del daño al sólo efecto de evaluar el monto indemnizatorio, se encuentra sujeta a la apreciación judicial de acuerdo a las circunstancias que rodean al caso concreto.

Cabe tan solo advertir que el dolor o padecimiento que coexisten con las situaciones de daño moral, no son intrínsecamente el daño moral, sino su exteriorización o sintomatología corriente. Así, cualquiera sea la ubicación doctrinaria del intérprete con respecto a la naturaleza o esencia del daño moral, siempre es propiciable la reparación del que causa la deliberada omisión, como el progenitor que se abstiene de reconocer a su propio hijo, que le impide a este último ubicarse en el emplazamiento familiar que le corresponde. Al constituir hechos no susceptibles de demostración, el pretensionante nada tiene que probar en orden a la existencia del daño moral, porque tales hechos existen a la luz de la razón y la lógica. (*Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001*)

- *En cuanto a la cuantificación de la indemnización*

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

El estudio del daño moral, cuya naturaleza deriva del ámbito de la responsabilidad extracontractual, como hecho antijurídico o violación de un deber legal genérico de no dañar, a falta de un régimen jurídico particular, únicamente puede hallarse en las disposiciones contenidas en el Título XXV, "de los delitos y cuasidelitos" del Código Civil, como autorizan la integración por analogía del Art. 9 del Código de Familia y en sentido contrario la cláusula derogatoria del Art. 403 id.

La sola circunstancia que la nueva legislación familiar obedezca a principios éticos y filosóficos distintos a los de ese Código, no significa que el derecho

de daños se aparte del modo de proceder en esta materia, máxime cuando los Arts. 2067 inc. 1 y 2080 inc. 1 C. C. señalan que "Es obligado a la indemnización el que hizo el daño..." y que "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". En la primera, el Código no distingue a qué clase de daño se refiere y donde la ley no distingue no puede distinguir el intérprete; y en la segunda, de carácter más general, señala "todo daño.

La suma fijada en ese concepto queda librada, más que cualquier otro rubro, a la interpretación que hace el sentenciante a la luz de las constancias aportadas a la causa, o al prudente arbitrio judicial a partir de las circunstancias personales del agraviado, según se confrontó a Mosset Iturraspe, Jorge, Diez reglas sobre cuantificación del daño moral. La Ley 1994- A, Buenos Aires, pág. 728, en cuanto es de difícil determinación por tratarse de una lesión provocada en el contorno espiritual de la víctima, cuya entidad no se exterioriza fácilmente. Queda pues, librada a la prudencia y ecuanimidad de quien deba determinar su monto, para lo cual es menester aguzar la imaginación y el sentido del equilibrio a los fines de no incurrir en exceso o defecto.

La indemnización por daño moral, aunque quiera reparar la aflicción sufrida en el plano de la más alta significación humana, no puede prescindir del examen de elementos objetivos así, entre otros, deberán examinarse: la edad del hijo; las condiciones personales, la situación familiar y la relación social de la víctima; la tranquilidad y la paz perturbados como signos de convivencia, toda vez que los sentimientos son relaciones personales subjetivas, únicas y autónomas. Ghersi y otros. De este modo, la integridad espiritual aparece como bien jurídicamente tutelado, por lo que toda reparación del daño deberá ser suficientemente amplia, por una doble razón: la protección real del ser humano y para que, simultáneamente, funcione

como motivación preventiva para los causantes, (*Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001*)

- *En relación a la notoriedad*

Es sabido que los hechos notorios son aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un círculo social o a un lugar o momento determinado, en la oportunidad en que ocurre la decisión. La generalidad no es una característica necesaria para que el hecho sea conocido de todo el mundo, pues la notoriedad se halla referida inexorablemente a un determinado núcleo social. Que para el caso de falta de reconocimiento de paternidad, se aprecia en los ámbitos de impacto más importantes: el de la vida familiar, que es el sustento y base para la socialización del ser humano; el de la vida de relación, que abarca la socialización del niño, o sea, los amigos, compañeros de escuela y grupo de pares; y el propio, que implica el despliegue de las actividades humanas en todos los aspectos del niño y la madre. (*Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001*)

- *En relación a la exclusión de responsabilidad*

El solo quebrantamiento de la obligación genérica de no dañar a una persona implica para el perjudicado la notoria afectación a sus sentimientos; por lo que es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral. (*Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001*)

- *En razón de la prueba del daño*

La prueba del daño moral queda establecida por la sola realización del hecho dañoso que comporta la presunción de existencia de la lesión de los sentimientos.

La Ley Procesal de Familia se aparta de la enumeración limitada de los medios probatorios, que establece aquel Código, pues existe una norma de aplicación más amplia que admite no sólo los medios de prueba reconocidos en el derecho común, sino también la prueba documental y los medios científicos. (*Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001*)

- *En cuanto a la connotación*

El daño moral se tipifica como la lesión cierta sufrida en los sentimientos más íntimos de una persona, que determina dolor o sufrimiento en afecciones legítimas, principalmente a los derechos y atributos de la personalidad. En razón de lo anterior, el perjuicio debe acreditarse por la sola comisión del hecho antijurídico, porque se trata de una prueba in re ipsa, es decir, que surge de los hechos mismos. Así, es estimado, en general, que el daño moral debe tenerse por acreditado por la sola comisión del hecho antijurídico. (*Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001*)

- *Omisión de reconocimiento*

Desde que el comportamiento antijurídico puede consistir en una acción u omisión, la antijuridicidad en este último caso proviene de la violación de un deber jurídico de obrar, pero también de la imposición de las buenas costumbres, el orden público, la buena fe y el ejercicio no abusivo de los derechos; no obstante ello, más importante es que la falta del reconocimiento paterno hiere groseramente una de las manifestaciones constitucionales más preciadas de la personalidad espiritual del afectado: su derecho a la identidad y con éste los derechos al nombre, al emplazamiento familiar, a las relaciones familiares, etc., consagrados en los Arts. 2, 7, 8 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pensamiento, el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial constituye un deber

jurídico, mientras que su incumplimiento configura, indudablemente, un acto antijurídico por omisión que da derecho a reclamar los daños morales y materiales provocados a la madre y al hijo. (*Sentencia de Familia ref. 1216 Cam Fam S. S de fecha 18 de Diciembre de 2001*)

- En cuanto a la falta de reconocimiento espontáneo.

El sólo hecho del no reconocimiento espontáneo del padre sobre su paternidad, origina o genera el derecho del hijo a la indemnización, por los perjuicios sufridos, pues la falta de tal reconocimiento evidencia en términos concretos, un rechazo hacia el hijo, rechazo que le produce en su alma, en sus sentimientos, en su psiquis, una lesión tan grande que le ocasiona dolor y sufrimiento; es por ello que la ley ordena resarcir el daño a través de una indemnización, generalmente de carácter pecuniario. (*Sentencia CAS1193CamFamSS del seis de abril de dos mil uno*)

- En referencia con la indemnización por daños

El derecho a reclamar indemnización por los daños morales y materiales sufridos, para el caso, es una consecuencia de la declaratoria judicial de paternidad, de tal manera que es requisito de procesabilidad para el reclamo de la indemnización indicada, que el padre no haya reconocido en forma voluntaria a su hijo y que por ello debe acudir a la vía judicial para determinar su filiación. Significa entonces que el sólo hecho del no reconocimiento espontáneo del padre sobre su paternidad, origina o genera el derecho del hijo a la indemnización, por los perjuicios sufridos, pues la falta de tal reconocimiento evidencia en términos concretos, un rechazo hacia el hijo, rechazo que le produce en su alma, en sus sentimientos, en su psiquis, una lesión tan grande que le ocasiona dolor y sufrimiento. (*Sentencia CAS1193CamFamSS del seis de abril de dos mil uno*)

- En relación a los intereses contrapuestos

El derecho de investigar la filiación está en cabeza del propio hijo reclamante y no pertenece a la madre quien interviene sólo por virtud de mandato legal (Art. 223 inc. 1 C.F.). Aun cuando faltare el interés de la madre para continuar la pretensión de emplazamiento filial paterno y cuya demostración, expresa o tácita, obstaculizara la prosecución normal del proceso, la ley de fondo prescribe el carácter irrenunciable de los derechos a favor de la infancia (Art. 5 C. F.), en cuya hipótesis además, procede el apartamiento de la representación legal de la madre en el caso y la intervención del Procurador General de la República, en ese carácter, por existir intereses contrapuestos entre aquélla y el hijo, circunstancia que valorará el juez según el interés superior del niño. (*Sentencia de Familia ref. 621 Ca Fam S. A de fecha 21 de Diciembre de 2001*).

- En cuanto a la apreciación de la prueba

En el proceso de familia la apreciación de la prueba se realiza mediante el sistema de sana crítica, que en otras palabras es la libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez sean aplicables al caso; y respecto del papel del juez en la valoración por sana crítica, se trata sencillamente de tener buen criterio y sentido de justicia mediante el cual se aprecien los hechos y se pueda decidir de qué parte está la razón. (*Sentencia 636CaFamSA del siete de mayo de dos mil uno*).

Sala de lo civil 2005

Daños y perjuicios

El fallo de la Sala de lo Constitucional en modo alguno es en sí mismo una condena a los daños y perjuicios, desde luego que aquél deja la vía abierta para que puedan liquidarse en sede judicial. Ahora bien, el juicio es ciertamente el medio para probar la existencia de los daños y los perjuicios y, en consecuencia, cuantificarlos.

La violación constitucional conlleva una reparación, sea material o moral, según el caso y el mérito de las probanzas. En tal sentido a continuación se presentan una serie de sentencias en donde la sala de lo civil valora y resuelve sobre daños morales, asimismo se han tomado en cuenta sentencias en materia civil, puesto que constituyen elementos fundamentales en cuanto a daño moral se refiere.

- **SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. 27-Ap-2004 de las 12:00 m. del día 1/9/2005**

Daños Morales

Los daños morales son perfectamente susceptibles de ser comprobados y legalmente acreditados. El Tribunal no puede evaluar el daño moral en abstracto o genéricamente. Es menester contar con elementos concretos que ayuden a una evaluación objetiva y así evitar errores o abusos. Debe tenerse a la vista elementos suficientes para poder cuantificar el daño moral, y esta probanza corresponde suministrarla al actor al tribunal. Onus probandi incumbit actori. Principio del Derecho romano, transmitido a todas las legislaciones procesales, que impone la carga de la prueba de un acto jurídico a quien lo alega.

La Sala de lo Constitucional, es la autoridad máxima en materia constitucional. La transgresión a los derechos fundamentales conlleva una reparación y al no proceder una reacomodación material de las circunstancias como estaban antes de la violación, lo que procede es la reparación como indemnización de daños y perjuicios. Ahora bien, el juicio es, ciertamente, el medio para acreditar legalmente la existencia de los daños y perjuicios y, en consecuencia, cuantificarlos. Considerando, pues, que el proceso es el medio para justificar los montos reclamados, esencialmente como una guía para el Juez en el momento de valorar las probanzas.

No puede ser, en modo alguno, considerada como prueba única la referida cuenta jurada. Consiguientemente, todo actor debe probar la cuantía de los daños y perjuicios que demanda y, aun en el caso que haya probado, el Juez tiene facultades para moderar aquellas partidas cuyo monto considere injusto.

El fallo desde ninguna óptica puede dictarse, si el juzgador carece de elementos que lo lleven a una conclusión legal y justa. En tal virtud, al demandante le es imperioso aportar prueba suficiente para que su pretensión sea resuelta en forma favorable, ya que la intención de la leyes que los daños y perjuicios reclamados se comprueben debidamente.

- **SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. 21-Ap-2004 de las 10:30 a.m del día 27/9/2005**

Daños morales

Los daños morales deben ser legalmente acreditados. Con propiedad puede afirmarse que no puede deducirse tal reclamación, con la sola sentencia de la Sala de lo Constitucional, ni con argumentaciones, pues no evidencian qué tipo de daño ocasionó al demandante. El Tribunal no puede evaluar el daño moral en abstracto o genéricamente. Es menester contar con elementos concretos y precisos que ayuden a una evaluación objetiva y así evitar errores o abusos. Deben tenerse a la vista elementos suficientes para cuantificar el daño moral y tal probanza corresponde suministrarla al actor. Obvio que al carecer de tales probanzas, estos deben ser denegados

Onus probandi incumbit actori. Principio del Derecho romano, transmitido a todas las legislaciones procesales, que impone la carga de la prueba de un acto jurídico a quien lo alega.

En síntesis, el Juez necesita contar con ciertas reglas que le permiten determinar cuál de las partes ha de soportar las consecuencias adversas que provoca la incertidumbre sobre los hechos controvertidos, de modo tal que el contenido de la sentencia resulte desfavorable para la parte que, a pesar de tener a su cargo el aporte de la prueba correspondiente, no lo hizo. La regla de la carga de la prueba, por lo tanto, es de naturaleza sustitutiva, puesto que reemplaza a la prueba en el momento de la decisión, o expresado de otra la forma, es un sucedáneo de la prueba que faltó o resultó insuficiente.

Dable es aclarar que la sentencia de la Sala de lo Constitucional, no es en sí misma una condena a los daños y perjuicios, únicamente deja la vía abierta para que puedan declararse, y, en su caso, liquidarse en un juicio ordinario o sumario respectivamente. El proceso es, por tanto, el medio para acreditar la existencia de los daños y perjuicios y cuantificarlos.

- **SENTENCIA DEFINITIVA, Sala de lo Civil, ref. 23-Ap-2004**

Por daños debe entenderse la pérdida que se sufre y por perjuicios, la ganancia que se deja de hacer por culpa de otro (*damnum emergens et lucrum cessana*). En otras palabras, el que hace un mal no sólo debe resarcir el daño que directamente ha causado, sino también el menoscabo o perjuicio que fuere una consecuencia inmediata de su acción.

Pues bien, la acción de indemnización de daños materiales y morales por violación a derechos fundamentales, no solo tiene asidero legal en el Art. 245 Cn. que a la letra dice: "Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución: sino también en las normas de rango internacional, en las cuales se ha desarrollado ampliamente esta responsabilidad En ese sentido, se impone traer a cuenta algunas

apreciaciones o criterios sostenidos jurisprudencialmente por los Organismos que conforman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los cuales deben ser retomados a nivel interno, cuando existen violaciones a derechos fundamentales de la personal como ha quedado declarado en la sentencia emitida por nuestra Sala de lo Constitucional, en el caso de que se trata.

El derecho a una indemnización justa está reconocido en los Tratados Internacionales, que son ley de la República -Art. 144 Cn.-, y los Estados tienen la obligación de respetar y cumplir. Al efecto, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -ratificada por El Salvador- en su Art. 63.1, establece el derecho de toda persona a la que se le han violentado sus derechos humanos, a que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención, y procurar el restablecimiento -si es posible- del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Sin duda, la mayor satisfacción que se puede ofrecer a la víctima de una violación de derechos fundamentales, consiste, precisamente, en garantizarle el ejercicio del derecho atropellado que ha dado origen al proceso respectivo; es decir, hacer cesar la referida violación, eliminando la causa de la misma y haciendo cesar sus efectos. Pero, teniendo en cuenta la naturaleza de la violación cometida, la sentencia no siempre podría exigirse garantice el derecho conculcado en el sentido de restablecer las cosas a su estado anterior, cuando ello ya no es posible.

La indemnización, como una de las formas de reparación, procede cuando no es posible la restitución in integrum. Respecto al alcance de la

indemnización, cabe señalar que no es una tarea sencilla, pues los bienes afectados no se pueden medir y cuantificar en términos monetarios. Sin embargo, existen criterios básicos que sirven para orientar la formulación de una respuesta, entre los cuales no se puede omitir el carácter fundamental que se ha asignado a los derechos protegidos por la Convención y por la Constitución de la República; y, en segundo lugar, las características de una indemnización que pueda considerarse justa.

Al margen de que lo que sea justo en términos de una indemnización compensatoria pueda parecer –y ser- muy subjetivo, los criterios que conduzcan a determinar la naturaleza de esa indemnización pueden, por el contrario, tener un carácter completamente objetivo. En efecto, la indemnización no es posible determinarse en forma discrecional o arbitraria, sin tener en cuenta las características del caso concreto; y la justicia de la misma depende de elementos objetivos, que se refieren tanto a la cuantía de la indemnización, como a su forma de pago. En ese sentido, las reparaciones que se establezcan en la sentencia deben guardar relación con las violaciones de los derechos fundamentales en que haya incurrido el funcionario y respecto de las cuales se haya establecido su responsabilidad: pero la "indemnización" no puede implicar ni un enriquecimiento. ni un empobrecimiento para la persona a la que se le violaron sus derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en reiterada jurisprudencia: que para determinar si una indemnización es justa, debe ser "adecuada": y es adecuada cuando es suficiente para compensar íntegramente los daños ocasionados, tanto materiales como morales. En ese sentido, una indemnización debe comprender: a) los daños materiales (daño emergente y lucro cesante); b) el daño moral, y, c) eventualmente, daños punitivos, además, recientemente la Corte ha incorporado un nuevo concepto, que se refiere al daño causado al "proyecto de vida" y al "daño social".

En nuestro Derecho Civil, las categorías jurídicas -propias de esta rama del Derecho- que se han utilizado para determinar el monto de las indemnizaciones (tales como daño material -daño emergente y lucro cesante- y (daño moral), han estado fuertemente determinadas por un contenido e interés netamente patrimonial, marginando lo mas importante en la persona humana que es su condición de ser espiritual, por lo que son inadecuados o insuficientes cuando se les traslada al dominio de los derechos fundamentales. En ese sentido, en el marco de este último, las reparaciones o indemnizaciones deben determinarse con base a criterios que se fundamenten no solo en la relación del ser humano con sus bienes o su patrimonio, o en su capacidad laboral, y en la proyección de estos elementos en el tiempo, sino que deben tomar en cuenta la integralidad de la personalidad de la víctima, y el impacto que ha tenido sobre esta la violación del derecho respectivo.

Daño Material

El daño material comprende: el daño emergente y lucro cesante. El daño emergente es el detrimento directo, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los otros efectos, patrimoniales o de otra índole, que puedan derivar del acto que los causo. El lucro cesante, es la ganancia o beneficio que se dejo de percibir como consecuencia de la violación del derecho vulnerado.

Daño Moral

El daño moral, es el resultado de la humillación en que somete a la persona afectada, del sufrimiento y dolor que se le causa como consecuencia de una violación de sus derechos fundamentales y los efectos de ello en el grupo familiar. En cuanto al proyecto de vida, entendido como una especie de daño moral, doctrina desarrollada por el profesor Carlos Fernández Sessarego, en su artículo "Daño al proyecto de vida": publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, diciembre

1996, pp.45 Y ss., se dice que: es aquel que afecta a la libertad de la persona, que consciente o inconscientemente ha elegido una manera de vivir, que le da sentido a su vida y que responde a su propia vocación; es el daño que tras toca y frustra el proyecto de vida que libremente formula cada persona, y que impide cumplir con su propio proyecto existencial.

En cuanto a los daños materiales y morales, la responsabilidad civil que se pretende cuantificar y especificar, se enmarca en la responsabilidad extracontractual, se origina del acto ilegal cometido por el funcionario demandado en perjuicio del demandante

Sala de lo Civil 2006

Materia Familia

Daño moral

Esta Sala con base en la doctrina, a la forma como está redactada la Ley y por la historia de la institución, considera que cuando el daño moral es establecido en la ley fundamental y desarrollado especialmente por la ley secundaria, éste se causa por el mero hecho de realizar el acto dañoso determinado en la ley, sin necesidad de la mínima probanza, recuérdese que en esta materia, para la ley, no siempre hay que probar los hechos controvertidos, pues hay otros casos, como los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la contraria, los hechos notorios y los evidentes, los cuales que no son objeto de prueba.

- **Sentencia de la SALA DE LO CIVIL, Ref. 96-C-2005 de las 10:00 del día 22/12/2006**

Falta de reconocimiento del hijo

En la falta de reconocimiento del hijo, el daño moral no necesita ser probado, pues tal especie de daño se produce por el mero hecho de la negativa a reconocer al hijo sea en forma simple y pura, o en forma condicional.

Sala de lo Civil 2007

Materia civil

- **Sentencia de la SALA DE LO CIVIL, Ref. 28-AP-2005 de las 08:20 horas del día 12/3/200**

La base constitucional para el reclamo de la indemnización por daños morales, la encontramos en el Art. 2 de la Carta Magna el cual a la letra sostiene: "Se establece la indemnización conforme a la Ley por daños de carácter moral", norma de carácter general contenida en la sección primera que trata sobre los derechos individuales. Otra manifestación la encontramos ya en forma específica, en el Art. 245 de la máxima ley el cual expresa "Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución". Norma que está contenida en el título VIII que trata de la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Cuando el Art. 2 del texto constitucional, usa la frase conforme a la ley, se entiende que para darle aplicación a dicho precepto deban haber leyes secundarias que desarrollen, al menos, estructuralmente el contenido de dicha disposición, aserto que da la razón al pensamiento de esta Sala, por cuanto el artículo 271 del texto constitucional a la letra dice: "La Asamblea Legislativa deberá armonizar con esta Constitución las leyes secundarias de la República y las leyes especiales de creación y demás disposiciones que rigen las Instituciones Oficiales Autónomas, dentro del período de un año contado a partir de la fecha de vigencia de la misma, a cuyo efecto los órganos competentes deberán presentar los respectivos proyectos, dentro de los primeros seis meses del período indicado.", misión que la Honorable Asamblea Legislativa todavía no ha cumplido, por lo cual no existiendo en materia civil, ni mercantil, ni laboral, ni en materia de tránsito, normas que regulen, decimos los aspectos fundamentales, éstos se vuelven de imposible reclamación dentro del actual orden legal.

Por supuesto que lo antes dicho no inhibe la existencia de casos en las cuales pueda haber condena respecto de daños morales, tal es el caso del reconocimiento judicial de paternidad, en los cuales ante la negativa del padre de reconocer al hijo y media vez exista prueba existe una condena a favor del menor y de la madre en este caso In-Re- Ipsa, de acuerdo al Código de Familia y a la Ley Procesal de Familia. Una sentencia de amparo constitucional, habilita "per se" la reclamación de daños y perjuicios, obviamente comprobables.

Es necesario entender que la violación constitucional no cuantifica por sí sola un daño material, éste debe ser real, y si la parte económica no se afecta en modo alguno, únicamente se debería solicitar el daño moral o psicológico, según sea el caso.

CAPITULO V

ANALISIS DE RESULTADOS

El tema de investigación “*La Indemnización de Daños Morales a la Madre del Hijo no Reconocido por el Padre en la Zona Metropolitana de San Salvador en los años 2005 al 2008*”. En donde se analizo la situación problemática: *¿En qué medida el pago de la indemnización por daños morales a la madre del hijo no reconocido es equivalente al perjuicio moral sufrido?*

El trabajo de campo realizado con relación al tema consistió en realizar una serie de técnicas que consistieron en diferentes entrevistas a Jueces de Familia y encuestas dirigidas a Procuradores adjuntos de la Procuraduría General de la República, Psicólogos partes del equipo multidisciplinario de los Juzgados de Familia, dirigidas a los cuatro juzgados de familia de San Salvador.

A continuación se presenta la información recabada durante la investigación de campo, de forma grafica, permitiendo con ello que la misma refleje de manera comprensible y clara los datos obtenidos en el desarrollo de la investigación:

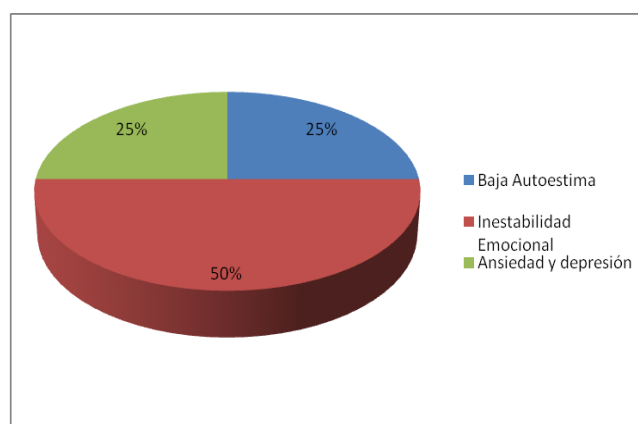
5.1 ENTREVISTA A PSICÓLOGOS QUE CONFORMAN EL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO ADJUNTOS A LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE SAN SALVADOR

PREGUNTA N°1

¿Qué indicadores emocionales advierte en una mujer que ha sufrido daño moral por el no reconocimiento de su hijo?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Baja Autoestima	1	25%
b) Inestabilidad Emocional	2	50%
c) Ansiedad y Depresión	1	25%
Total	4	100%

Conforme a las respuestas obtenidas por parte de los profesionales entrevistados, dos psicólogos, conformando así un porcentaje del 50% opinan que el indicador emocional común es la inestabilidad emocional, producto directo del daño moral ocasionado; opinando otro psicólogo que es un 25% del resultado, que según su experiencia el indicador de baja autoestima, incide en el nivel de impacto del daño moral aunque no necesariamente sea producto del mismo. El 25% restante, es decir un psicólogo respondió que la ansiedad y depresión es un indicador clave que refleja el grado de daño sufrido por la víctima. Lo cual se grafica así:

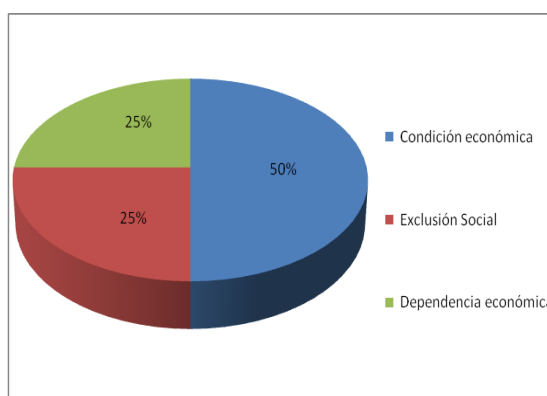


PREGUNTA N° 2

¿Qué tipo de condiciones o elementos comunes han incidido para propiciar daño moral en la mujer a partir de un no reconocimiento de paternidad?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Condición económica	2	50%
b) Exclusión Social	1	25%
c) Dependencia económica	1	25%
Total	4	100%

De la entrevista realizada, un psicólogo, es decir el 25%, opina que la dependencia económica a la que puede estar sujeta esta madre hace aún más difícil la situación al presentar cierta sujeción económica respecto a sus padres o a su pareja en la manutención de su hijo; sin embargo dos entrevistados indican que la condición económica en la que vive la mayoría de éstas madres les hace difícil llevar a cabo una vida estable tanto para ella como para su hijo, representando lo anterior un 50% de la muestra. Un psicólogo más, con un porcentaje del 25% indica que los señalamientos de su entorno social sufridos por la madre al no tener el soporte económico de la figura paterna para el desarrollo integral de su hijo, propicia un menoscabo emocional. Esto se refleja gráficamente así:

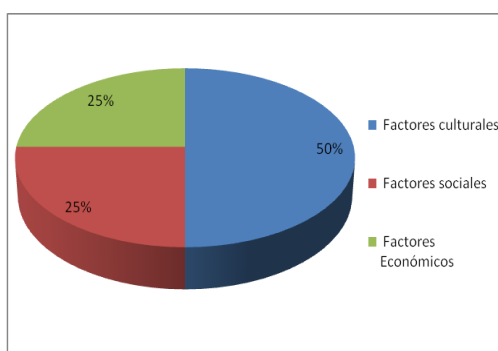


PREGUNTA N° 3

¿Qué tipo de factores inciden en la falta de reconocimiento de paternidad?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Factores culturales	2	50%
b) Factores sociales	1	25%
c) Factores Económicos	1	25%
Total	4	100%

A partir de la información obtenida, se observa que dos opinaron que el principal factor incidente en éste fenómeno es el cultural ya que predomina el machismo, por lo que les resulta verdaderamente natural eximirse de responsabilidades tan grandes como la guarda y crianza de un menor, representando esta respuesta el 50% de la población. Como segundo factor incidente se presentan los sociales que abarcan las circunstancias del demandado en su entorno familiar, apreciación vertida por uno d los entrevistados, es decir, el 25%. Por consiguiente el otro psicólogo, representando un 25% considera que es el factor económico pues independientemente de la situación financiera que presente el padre, de acuerdo a sus valores decidirá si asume el papel que le corresponde u opta por condonarse el compromiso. Lo anterior se refleja gráficamente así:

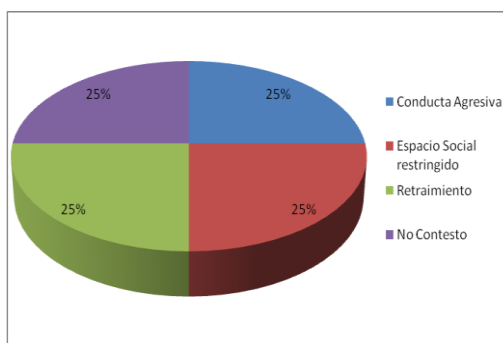


PREGUNTA N° 4

¿Cuáles son los indicadores conductuales comunes en un perfil de una mujer que ha sufrido daño moral producto del no reconocimiento de paternidad de su hijo?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Conducta Agresiva	1	25%
b) Espacio Social restringido	1	25%
c) Retraimiento	1	25%
d) No contestó	1	25%
Total	4	100%

En cuanto a esta pregunta formulada, un psicólogo opinó que las conductas agresivas es un indicador frecuente debido a la frustración que existe en su vida, que puede manifestarse de manera agresiva u oprimiendo sus relaciones sociales, obteniendo con esta respuesta un 33% de los resultados; por otra parte la opinión de un psicólogo advierte que es el retraimiento, que consiste en reprimir todo tipo de expresión de sentimientos y emociones, derivado de algún tipo de humillación, cuya opinión sostiene un 34%. Un tercer entrevistado, es decir un 33% de la muestra sostuvo que el espacio social restringido es frecuente pues su autoestima se ve lastimada y eso genera un auto rechazo, por consiguiente rechazo hacia los demás. Por otra parte un último psicólogo manifestó que el fenómeno en estudio puede afectar de diferentes maneras a una mujer por lo que le era imposible determinar qué conductas se aducen al daño moral.

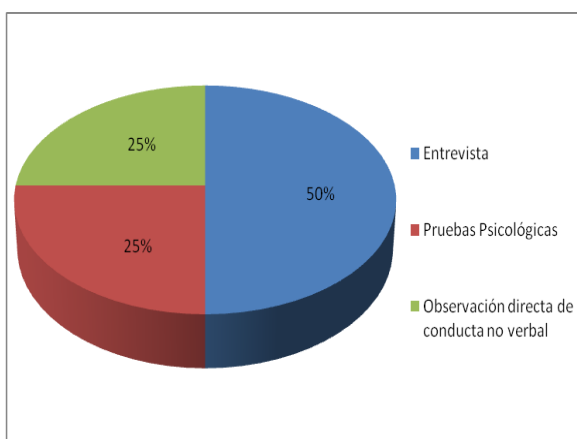


PREGUNTA N° 5

¿Qué herramientas toma en cuenta para validar la existencia de daño moral en la madre reclamante?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Entrevista	2	50%
Pruebas Psicológicas	1	25%
Observación Directa de Conducta no Verbal	1	25%
Total	4	100%

Partiendo de que en un proceso es indispensable una prueba idónea para establecer un hecho, se realizó esta pregunta con el fin de verificar la confiabilidad de los tipos de prueba efectuada a las partes afectadas en los casos que ahora nos ocupan, advirtiéndose que dos de los profesionales manifiestan que su instrumento más confiable es la Entrevista, porcentuando así un 50%; otras herramientas son las pruebas psicológicas tal como opina uno de los entrevistados representando un 25%; y con un 25% de uso la observación directa de la conducta no verbal, es decir el movimiento de sus manos, su mirada, gestos, etc. reflejan su estado emocional según el análisis practicado, fue la opinión del último psicólogo. Esto se refleja gráficamente así:

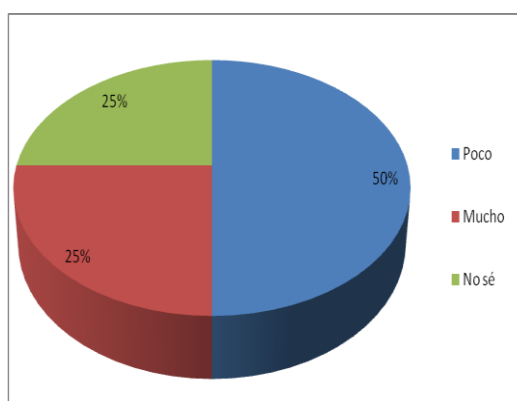


PREGUNTA N° 6

¿En qué medida el pago de la indemnización repara el daño ocasionado a la madre?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Poco	2	50%
b) Mucho	1	25%
c) No sé	1	25%
Total	4	100%

Como parte de los objetivos definidos en la investigación es necesario conocer la opinión especialista respecto a la indemnización del daño moral y se obtiene como resultado que 2 entrevistados, osea el 50% de la muestra manifiesta que el sufrimiento emocional no lo compensa ninguna indemnización por cuantiosa que ésta sea sin embargo es la única forma de atenuar el menoscabo. Por otra parte un entrevistado que representa el 25% expresó que el pago de esta indemnización colaboraba en mucho para la reparación del daño moral sufrido al crear cierta satisfacción a la parte ofendida. Obteniendo una última opinión que representa un porcentaje del 25% quien expuso el no tener conocimiento acerca de la reparación del daño al no estar facultado para dar seguimiento al caso. Esto se refleja gráficamente así:

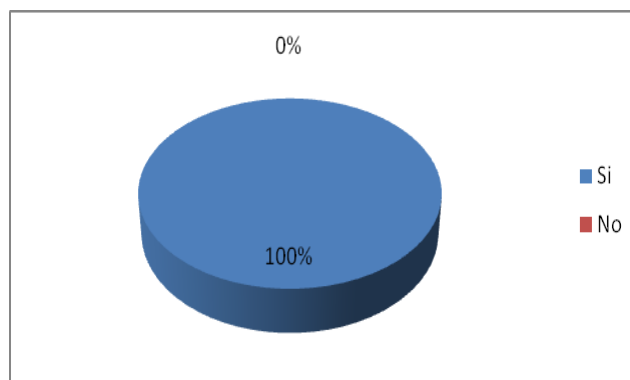


PREGUNTA N° 7

¿Es necesario que el juez ordene que a la madre le sean proporcionadas terapias psicológicas para lograr superar el daño emocional ocasionado?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Si	4	100%
b) No	0	0
Total	4	100%

Como resultado tajante a esta interrogante se refleja que el 100% de los entrevistados, es decir, los cuatro psicólogos de manera unánime consideran verdaderamente indispensable la ejecución de terapias psicológicas a efecto de reparar en alguna medida el daño moral causado a la madre al verse afectada su estima, dignidad, honor y valor; y de esta forma restablecer su equilibrio emocional proyectándose de mejor manera en el desarrollo de sus actividades al evidenciar que cada ser humano tiene sus propias herramientas para la superación de las dificultades. Lo anterior se refleja gráficamente así:

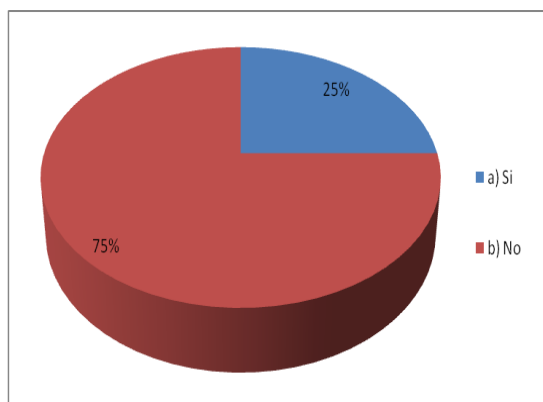


PREGUNTA N° 8

¿Cree usted que es posible resarcir las necesidades afectivas de la madre con el monto otorgado por el juez en concepto de daño moral?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Si	1	25%
b) No	3	75%
Total	4	100%

En cuanto al resarcimiento de las necesidades afectivas solamente un psicólogo, es decir un 25% asevera que sí es posible pues todo depende la psiquis de cada persona, si se rige por la emotividad o por el contrario, se rige por los detalles materiales que pudiese recibir. Contrario a la anterior estimación los restantes tres entrevistados que corresponde un 75% de la muestra afirma que el dolor, sufrimiento, tristeza, llanto, estrés, ansiedad, etc. que vivió la víctima han dejado una huella permanente en su psiquis, al no estar sujeta ésta a apreciación económica alguna, pues es algo subjetivo de difícil o nula reparación. Las aseveraciones anteriores se reflejan gráficamente así:

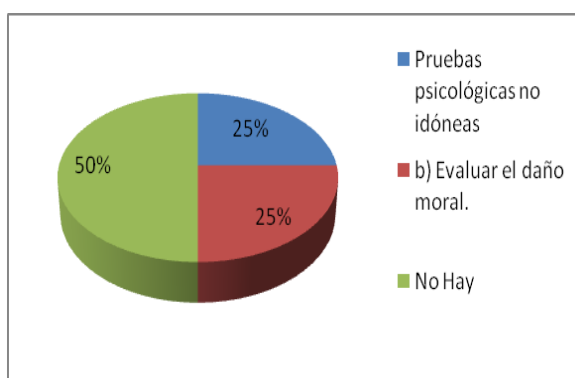


PREGUNTA N° 9

¿Qué limitantes encuentra en el ejercicio de sus funciones dentro del proceso de reconocimiento judicial de paternidad?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Pruebas Psicológicas no idóneas	1	25%
b) Evaluar el daño moral.	1	25%
c) No Hay	2	50%
Total	4	100%

En cuanto a la existencia de algún tipo de acotamiento en la funciones de los psicólogos en los casos que ahora se estudia, se obtuvo como resultado que un 50% representado por dos psicólogos, asevera que no existe ningún tipo de límites a los que se hayan encontrado sujetos en el ejercicio de sus funciones. Opuesto a la afirmación precedente un psicólogo, es decir, el 25% expone encontrar limitación en cuanto a evaluar el daño moral al ser difícil definir en qué medida el impacto emocional ha perjudicado el desarrollo personal de la mujer en el diario vivir específicamente a raíz del no reconocimiento de paternidad de su hijo. El último profesional que indica el 25% restante refleja como desfavorable en el ejercicio de sus funciones la falta de pruebas psicológicas idóneas para explorar el grado de desequilibrio emocional en las madres. Esto se grafica de la siguiente manera:

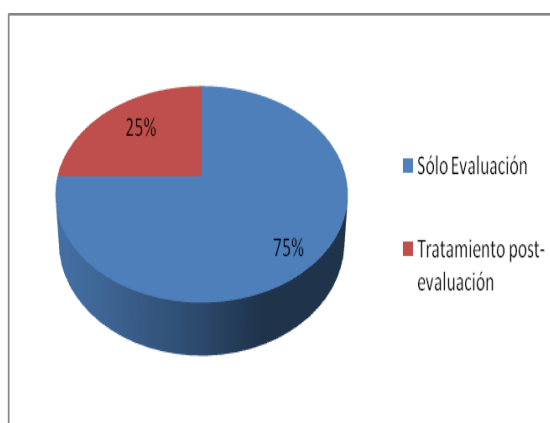


PREGUNTA N° 10

¿Qué funciones comprende el proceso de intervención a nivel psicológico que usted lleva a cabo con la madre reclamante?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Sólo Evaluación	3	75%
b) Tratamiento post-evaluación	1	25%
Total	4	100%

El 75% de la población entrevistada, es decir, tres de los psicólogos, reflejan que únicamente la evaluación psicológica de la víctima es lo que comprende sus funciones dentro del proceso de reconocimiento judicial de paternidad, sin embargo el profesional restante que representa un 25% agrega que si bien, su función es evaluar, no se ve limitado a eso, sino a remitir a los Centros de Atención Psico-Social (CAPS) en donde se realiza una intervención psicoterapéutica cada dos meses a las personas remitidas en caso de determinar la existencia de daño moral, a efecto de que le sea proporcionado el tratamiento requerido. Lo anterior se refleja gráficamente así:

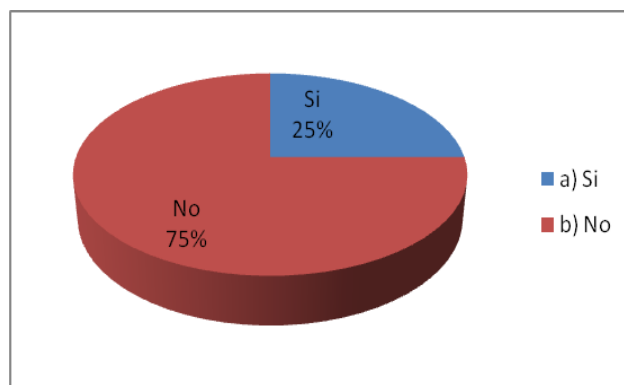


PREGUNTA N° 11

Conforme a su experiencia respecto a las madres de hijos no reconocidos, ¿Han tenido algún tipo de red de apoyo social que le ayuden a superar el daño moral sufrido?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Si	1	25%
b) No	3	75%
Total	4	100%

Como último aspecto a estudiar se establece las redes de apoyo social como iglesia, comunidad, instituciones autónomas, etc. En la cual tres de los entrevistados pone de manifiesto que la gran mayoría de los casos las madres luchan solas para superar este déficit en sus vidas por lo que no cuentan con ningún tipo de apoyo institucional, lo cual representa un porcentaje del 75% de los entrevistados; no obstante una última opinión, es decir, el 25% mantiene que si bien, algunas si reciben cierto tipo de apoyo emocional, espiritual y hasta profesional; no todas buscan ese soporte. Esto se refleja gráficamente así:



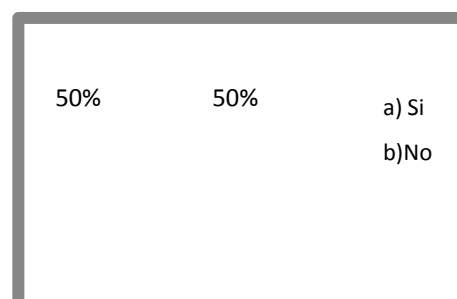
5.2 ANÁLISIS DE ENTREVISTA REALIZADA A LOS PROCURADORES ADJUNTOS A LOS JUZGADOS DE FAMILIA

PREGUNTA N°1

¿Considera que existen vacíos legales respecto a la indemnización de daños morales?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Si	2	50%
b) No	2	50%
Total	4	100%

Las respuestas manifestadas por los 4 Procuradores , dejan ver que 2 de ellos es decir el 50 % consideran que si existen vacios legales, sobre todo en la falta de parámetros para establecer el monto de afectación del Bien jurídico tutelado, que seria la moral de la madre del hijo no reconocido, y la falta de parámetros claros para determinar una justa indemnización acarrea como consecuencia una desprotección a la victima; y los otros 2 entrevistados, formando así el 50% restante consideran que no existen vacios legales respecto a esta figura, asegurando así que la ley es clara y completa, y que los que afirman que existen solo tienen desconocimiento de la ley. Esto se refleja gráficamente así:

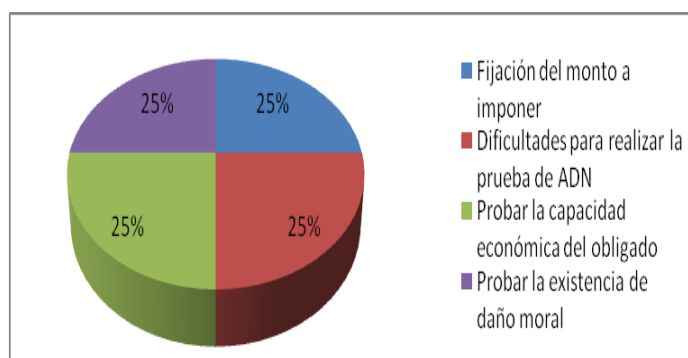


PREGUNTA N°2

¿Cuáles son las principales dificultades a las que se ha enfrentado ante la poca regulación legal sobre esta figura?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Probar la Capacidad económica del obligado	1	25%
Fijación del monto a imponer	1	25%
Dificultades para realizar la prueba de ADN.	1	25%
Probar la existencia de daño moral	1	25%
Total	4	100%

Esta pregunta, en la cual un entrevistado manifestó que se le dificulta probar la capacidad económica del obligado obstaculizando así que se le fije la suma de dinero a cancelar, pero aunque no se le pueda probar la capacidad económica esta circunstancia no es un impedimento para que el juez fije el monto a pagar; Otro Procurador expuso que la fijación del monto a imponer, al ser una figura tan subjetiva, está sujeta al prudente arbitrio judicial. Un tercer Procurador expresó que otra de las dificultades es la forma de probar la figura del daño moral; y solo uno de los entrevistados considera que es la realización de la prueba de ADN. Dando como resultado un 25% respectivamente. Esto se refleja gráficamente así:

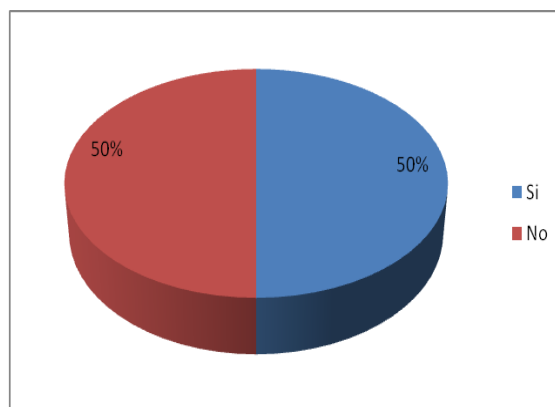


PREGUNTA N°3

¿Existen aspectos que considere importantes y el juez omite su valoración en la determinación del monto de la indemnización?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a)Si	2	50%
b)No	2	50%
Total	4	100%

Manifestaron dos de los Procuradores que si consideran que el Juez omite valorar ciertos aspectos, y mencionaron los aspectos que a su criterio son importantes, como la edad del niño y la carga emocional de la madre por criar sola al niño, mas la presión de la sociedad en que se tiende a estigmatizar a las madres de hijos no reconocidos, entre otros factores, opinando así el 50%; y dos Procuradores siendo así el 50% siguiente, asevero que el Juez no tiene ese tipo de fallas en cuanto a la valoración del Daño Moral, porque èl al determinar el monto analiza cada punto importante desarrollado en el juicio por lo que su fallo en cuanto a la indemnización será objetivo y correcto; Lo anterior se refleja gráficamente así:

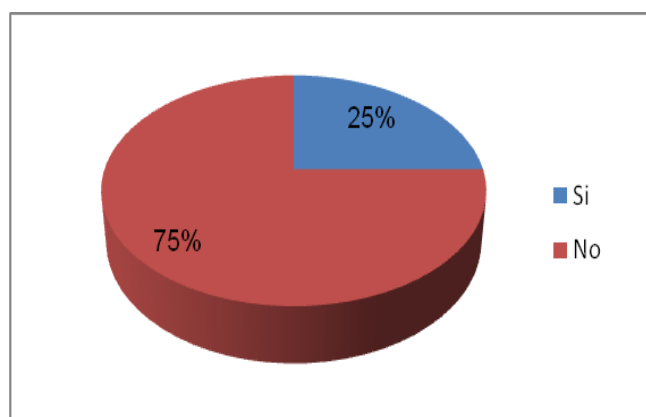


PREGUNTA N°4

¿Cree usted que el criterio adoptado por el Juez para establecer el monto de la indemnización a la madre del hijo no reconocido, logra reparar el daño causado a ella?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a)Si	1	25%
b)No	3	75%
Total	4	100%

Respondieron 3 de los entrevistados negativamente, siendo así el 75% una mayoría que opina que el monto que otorga el Juez a la madre del hijo no reconocido no logra reparar el daño causado, considerando que es por la difícil reparación del daño y sobre todo se presume que la cantidad que se le da es simbólica ya que es casi imposible reparar en su totalidad el daño moral a través de una suma de dinero y solo un Procurador ósea el 25% afirmo que es posible reparar el daño sufrido con el monto otorgado, ya que ese es el fin que se busca al entregarse el monto, porque de no lograrse entonces esa figura no estaría cumpliendo su función. Esto se refleja gráficamente así:

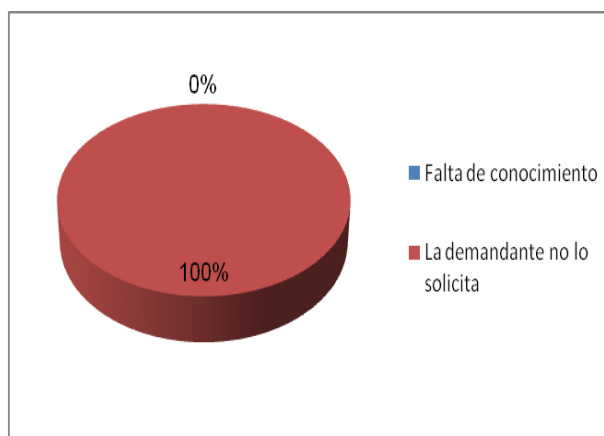


PREGUNTA N°5

¿Por qué razón muchas veces se omite la petición del pronunciamiento respecto a la indemnización por daños morales en la sentencia?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Falta de conocimiento	0	0%
b) La demandante no lo solicita	4	100%
Total	4	100%

El resultado de esta pregunta nos permite aseverar que los 4 es decir el 100% de los procuradores coinciden en que la falta de pronunciamiento de la indemnización por daños morales del Juez en la sentencia es a causa de la falta de petición de la misma, que puede ocasionarse por la mala asesoría del abogado hacia su cliente (la Madre) o por el simple hecho de no querer la Madre del hijo no reconocido pedir esta indemnización. Siendo obligación del Juez aunque la parte no lo pida pronunciarse sobre la existencia del daño moral. Esto se refleja gráficamente así:

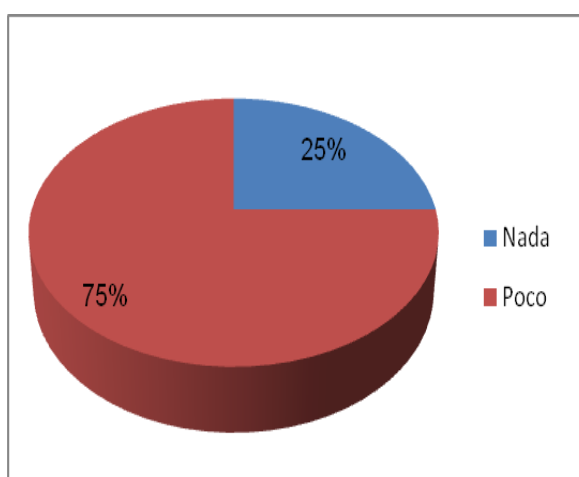


PREGUNTA N°6

¿En qué medida considera usted que la divulgación sobre el derecho a exigir indemnización por daño moral es suficientemente conocido por la madre reclamante?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Nada	1	25%
b) Poco	3	75%
c) Mucho	0	0%
Total	4	100%

Las respuestas brindadas por los 3 entrevistados nos permite valorar que es escaso el conocimiento de las madres acerca de su derecho de reclamar una indemnización por daño moral, ya que un 75 % de los procuradores expreso que era poco el saber de las madres en cuanto a esta figura; y el 25% restante afirmo que no sabían nada, pero que para eso la ley Procesa de Familia (art. 10) establece que debe existir procuración, es decir un abogado que la asesore, pero aun así sería necesario hacer de esta figura más publicidad para la población femenina. Esto se refleja gráficamente así:

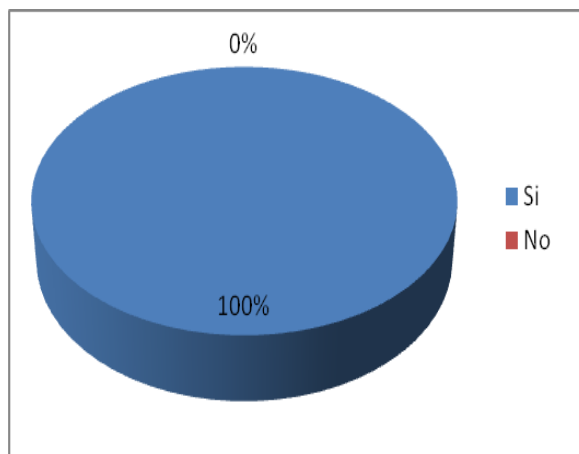


PREGUNTA N°7

¿Considera que al estar mas informada la madre reclamante sobre este derecho accedería en mayor medida a esta protección?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a)Si	4	100%
b)No	0	0%
Total	4	100%

En esta interrogante los 4 procuradores es decir un 100 %, contestaron que si la madre estuviese más informada, lógicamente esta figura tendría una mayor aplicación y se lograría que las madres ejerzan su derecho de acción en cuanto a la indemnización por daño moral. Al ver el resultado de esta pregunta seria beneficioso que el Estado tratara de promover la figura antes mencionada, ya que en nuestro país es una realidad palpable la gran cantidad de familias que son lideradas por madres solteras. Esto se refleja gráficamente así:

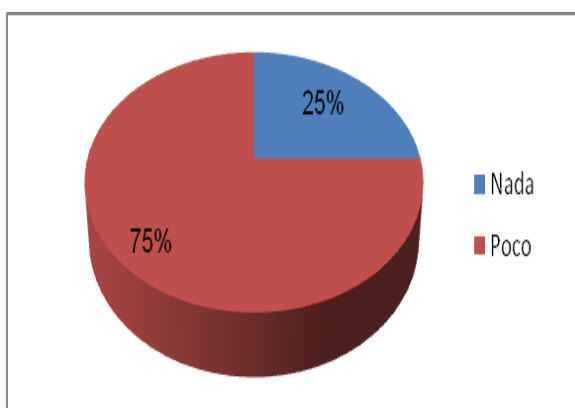


PREGUNTA N°8

¿En que medida el pago de la indemnización repara el daño ocasionado a la Madre?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Nada	1	25%
b) Poco	3	75%
c) Mucho	0	0%
Total	4	100%

Esta respuesta refleja que 3 entrevistados, siendo el 75% de los procuradores opina que es poco lo que se repara , ya que en realidad el monto otorgado a la madre del hijo no reconocido, es solo un intento de arreglar el daño, ya que lo repara muy poco, por diversos motivos como la situación económica del país no permite establecer el monto mas indicado para reparar el daño y aun así logrando dar una suma cuantiosa la reparación del daño moral tal como se ha mencionado antes no se lograra con una cantidad de dinero, y uno de los Procuradores conformando así el 25% ,dice que no se repara nada, ya que dicha indemnización jamás podrá reparar todo el sufrimiento de la madre. Esto se refleja gráficamente así:

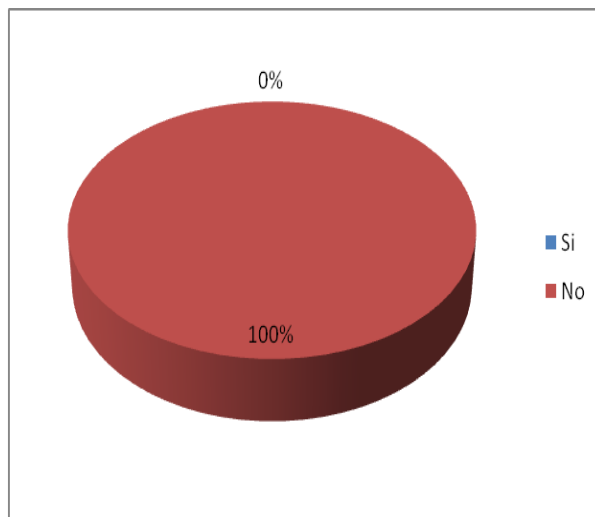


PREGUNTA N°9

¿Opina que la ley debería establecer una cuantía por la cual debe guiarse el juez para decretar el monto del daño moral causado?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a)Si	0	0%
b)No	4	100%
Total	4	100%

Ante esta interrogante los 4 entrevistados respondieron que no es necesario establecer una cuantía para que el juez se guíe, dejando claro así que el 100 % de los procuradores creen que es algo muy difícil de hacer por parte del juez el definir el monto a otorgar pero que a través de la presunción del juez y la aplicación de la sana crítica puede llegar a una cantidad lo más correcta posible, sin necesidad de que la ley le establezca una guía de ese tipo. Esto se refleja gráficamente así:

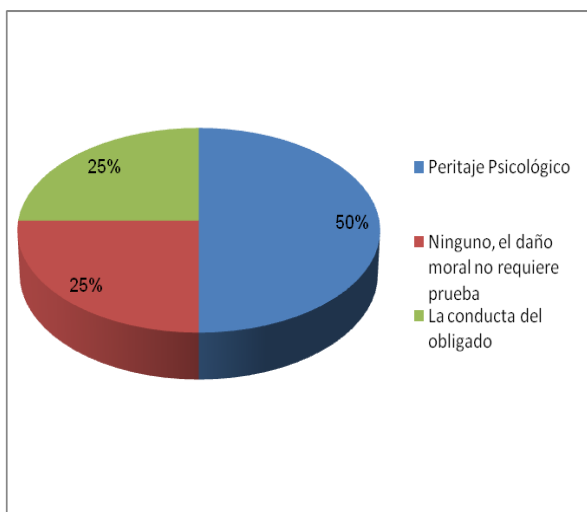


PREGUNTA N°10

¿Qué medio de prueba considera más eficaz en la figura del daño moral?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) El daño moral no requiere de prueba	1	25%
b) Peritaje psicológico	2	50%
c) La conducta del obligado	1	25%
Total	4	100%

En esta pregunta, 2 de los procuradores coincidieron que el peritaje psicológico demuestra en gran medida si existe un desequilibrio emocional en la madre, pudiendo así determinar si existe un daño por lo que ellos consideran es el medio de prueba más eficaz aunque no sea vinculante para el juez, opinando así un 50%; Y un procurador es decir el siguiente 25% concluyo en que la conducta del obligado de no reconocer voluntariamente al presunto hijo hace que se haga una presunción inmediata de que existe tal daño moral; mientras que un procurador siendo el 25 % restante afirmo que el daño moral no necesita prueba, pero que lo que si necesita prueba es el hecho jurídico que lo ocasiona. Esto se refleja gráficamente así:

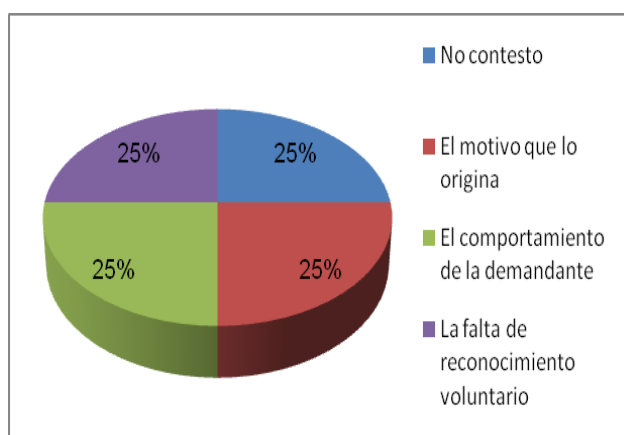


PREGUNTA Nº11

¿Qué aspectos toma en cuenta para establecer la existencia de daño moral en la demandante?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a)No contesto	1	25%
b)El motivo que lo origina	1	25%
c)El comportamiento de la demandante	1	25%
d)No reconocer de forma voluntaria al hijo	1	25%
Total	4	100%

Los resultados dejaron claro que los procuradores tienen diversos puntos de vista, uno de ellos, es decir el 25% pensó que esto se reflejaba en el comportamiento de la madre, si esta muestra un pesar emocional y psicológico, ya que se puede descifrar el impacto que a ella le causó tal situación, un Procurador ósea un 25% dijo que el motivo que lo origina sería lo más importante ya que ahí se encuentra el origen del daño moral; y un entrevistado con un 25% afirmó que con solo la negativa del padre de reconocer, se presume ya existe el daño moral, y solo un Procurador no contesto conformando así un 25%. Esto se refleja gráficamente así:

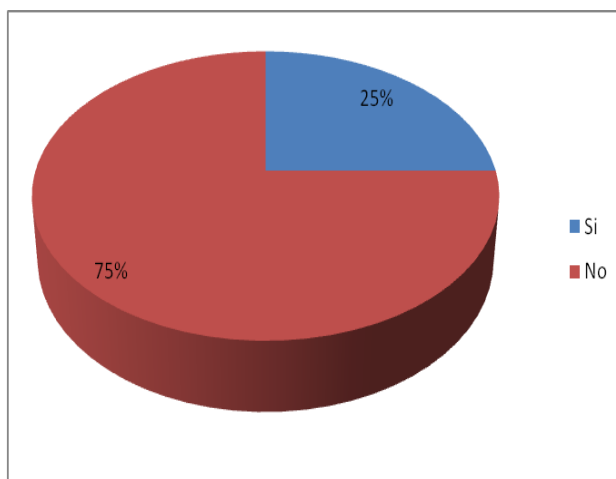


PREGUNTA N°12

¿Existe algún tipo de responsabilidad por parte de la madre en este tipo de daño moral?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Si	1	25%
b) No	3	75%
Total	4	100%

De los procuradores 3 consideraron que de ninguna manera la madre tiene algún tipo de responsabilidad, es decir un 75% opina que ella como madre ha cumplido y no ha desamparado a su hijo en ningún momento, por lo que sería un total error pensar que ella tiene responsabilidad alguna en este tipo de daño, y solo un entrevistado conformando así el 25% opino que en alguna medida si puede tener responsabilidad, por diferentes circunstancias tal como no informar al padre que tiene un hijo. Esto se refleja gráficamente así:



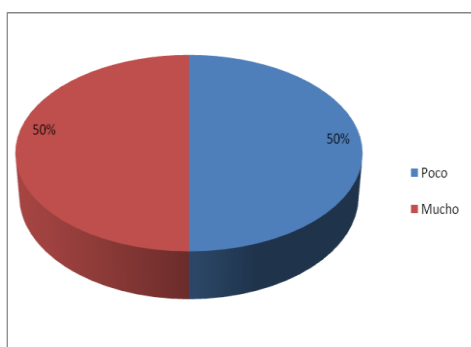
5.3. ANÁLISIS DE ENTREVISTA REALIZADA A LOS JUECES DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA.

PREGUNTA N°1

¿Con qué frecuencia se solicita su pronunciamiento respecto a la indemnización por daño moral por parte de la madre del hijo no reconocido?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Poco	2	50%
b) Mucho	2	50%
Total	4	100%

Como se puede observar dos de los encuestados afirmaron que se solicita pronunciamiento respecto de daños morales en pocas ocasiones, dejando claro con ello que la falta de información al respecto es una de las principales limitantes para obtener el resarcimiento sobre daño moral; puesto que los otros dos entrevistados, es decir, el 50 % manifestó que siempre se pide en las demandas de reconocimiento judicial de paternidad. Esto se refleja gráficamente así:

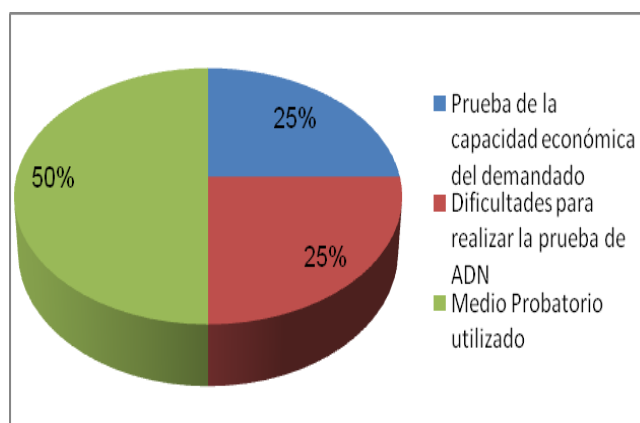


PREGUNTA N°2

¿Cuáles son las principales dificultades a las que se ha enfrentado al pronunciarse sobre la figura de la indemnización de daños morales?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Probar la capacidad económica del demandado.	1	25%
b) Dificultades para realizar la prueba de ADN.	1	25%
c) Medio Probatorio	2	50%
Total	4	100%

En esta interrogante un 25% respondió que la prueba sobre la capacidad económica del demandado, ya que si este no cuenta con los recursos económicos, no puede pagar lo que el juez le ordene. Mientras tanto el otro 25% manifestó que las dificultades para realizar la prueba de ADN, para determinar en un primer momento la paternidad y el reconocimiento de la misma, y posteriormente cuantificar el daño moral. Mientras que otro 50%, manifestó que era la falta de medios probatorios idóneos, puesto que la figura del daño moral es difícil identificarla de forma inmediata y es necesario realizar una serie de pruebas para ello, Esto se refleja gráficamente así:

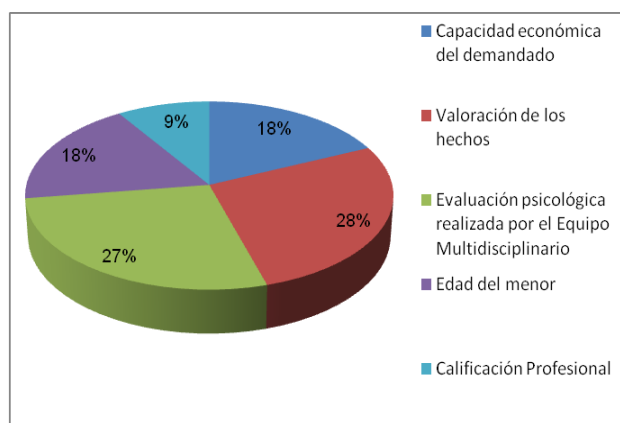


PREGUNTA N°3

¿Qué parámetros toma en cuenta para establecer la cuantía de la indemnización?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Capacidad Económica del Demandado	2	18%
Valoración de los hechos.-	3	28%
Evaluación Psicológica del Equipo Multidisciplinario	3	27%
Edad del Menor	2	18%
Calificación Profesional	1	9%
Total		100%

Un 28% del conjunto de parámetros es la valoración de los hechos ya que cada caso presenta particularidades que deben tomar en cuenta el Juez. Otro 27% manifestó que la evaluación psicológica constituye un análisis profesional que identifica la magnitud de daño moral. Mientras que un 18% manifestó que sin la capacidad económica del demandado, no existe otra forma para obligarlo a cumplir, al igual que la edad del menor que es el otro 18% de la muestra. El 9% restante considera la calificación profesional del demandado. Los resultados se ilustran de la siguiente manera:

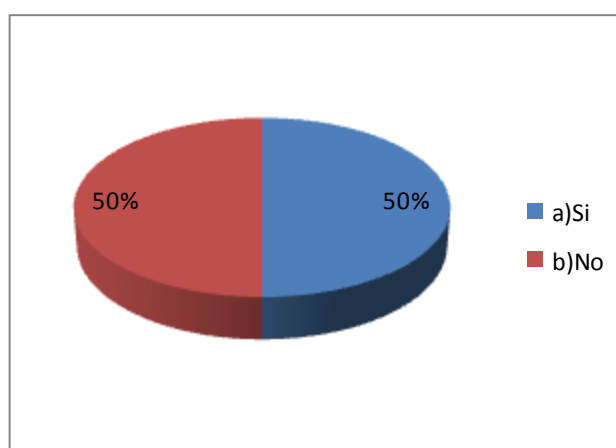


PREGUNTA N°4

¿Considera que el daño moral está exento de prueba?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Si	2	50%
b) No	2	50%
Total	4	100%

Ante esta interrogante 2 de los 4 entrevistados manifestaron una respuesta negativa fundamentándola en que uno de los principios del debido proceso es que todo hecho aleatorio debe probarse, a través de la cual lograr establecer la existencia del mismo; A la vez es necesario determinar y especificar las circunstancias que rodearon cada caso, por ello señalaron que es necesario probar el daño moral y que no se puede condenar al pago simplemente por la petición de la madre para el caso en particular. El 50% restante ante la misma pregunta respondió que sí está exento de prueba pues se basaron en el hecho que desde el momento en que se da la negativa del padre a no reconocer al menor se produce un daño moral a la madre ya que se difama su imagen ante la comunidad; los reproches de la familia, etc. Esto se refleja gráficamente así:

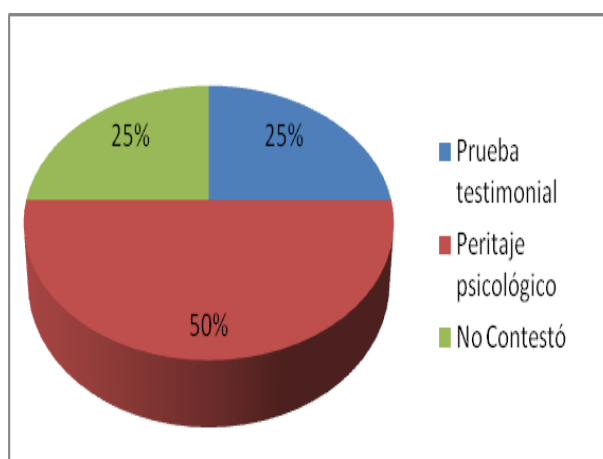


PREGUNTA N°5

Si su respuesta anterior es negativa, ¿Qué medio de prueba considera más eficaz para acreditar la existencia de la indemnización?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Peritaje Psicológico	2	50%
b) No Contesta	1	25%
c) Prueba Testimonial	1	25%
Total	4	100%

Ante esta pregunta, 50% de los entrevistados, afirmaron que el peritaje psicológico es una de las pruebas más eficaces para acreditar la existencia de la indemnización, aun cuando el resultado que el psicólogo muestra al juez no es vinculante, pero otorga parámetros bajo los cuales se auxilia para resolver. Un 25% no contesta a la pregunta; mientras que otro 25% expresa que la prueba testimonial contribuye al momento de la valoración de los hechos, ya que a través de ella se puede identificar las impresiones de familiares, amigos o personas que observaron las situaciones de dificultad en las que se vio envuelta la madre a consecuencia de la negativa del padre de reconocer a su hijo. Esto se refleja gráficamente así:

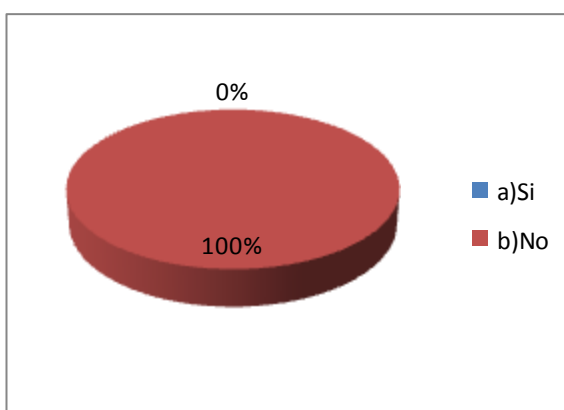


PREGUNTA N°6

¿Considera vinculante la evaluación psicológica hecha por el equipo multidisciplinario para la fijación de la indemnización?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Si	0	0%
b) No	4	100%
Total	4	100%

Esta pregunta arrojó como resultado que de manera unánime los 4 Jueces, es decir, el 100% manifestaran que la evaluación psicológica desde ningún punto de vista es vinculante, por que el estudio que hace el psicólogo no se encuentra contemplado como un medio de prueba de acuerdo a la Ley Procesal de Familia, debido a que estos solamente son un auxilio, un aporte que le es entregado al juez para visualizar mejor hechos que no son de su conocimiento profesional y para lo cual debe auxiliarse de un experto. Además que no es el único medio probatorio que el juez utiliza, ya que como se menciona en el epígrafe anterior este es solamente uno de ellos, ya que también puede utilizar la prueba testimonial por ejemplo. En tal sentido todos los encuestados manifestaron que no es vinculante la prueba pericial. Esto se refleja gráficamente así:

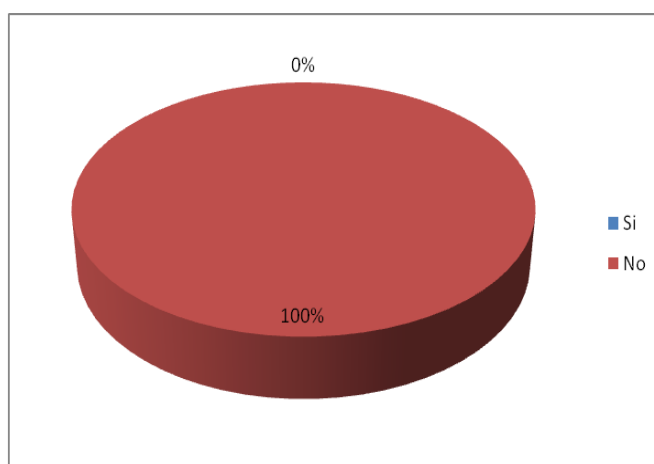


PREGUNTA N°7

¿Existen otras formas de resarcir el daño moral en caso que el demandado no posea capacidad económica para el cumplimiento de la obligación?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) No	4	100%
b) Si	0	0%
Total	4	100%

A la pregunta anterior, un 100%, manifestando que la indemnización necesita de capacidad económica y en caso que el demandado no pueda pagar a la madre la cantidad que el juez le imponga no hay ninguna otra forma de solventar la obligación y es así que no puede continuarse con la coacción ejercida al sujeto actor del daño, por lo tanto la victima ante esta situación sin recibir ninguna reparación. Ante lo anteriormente expuesto, es necesario aclarar que existe una desprotección para la víctima, pues queda un hecho que ha ocasionado mucho daño sin la debida reparación por lo menos económica. Esto se refleja gráficamente así:

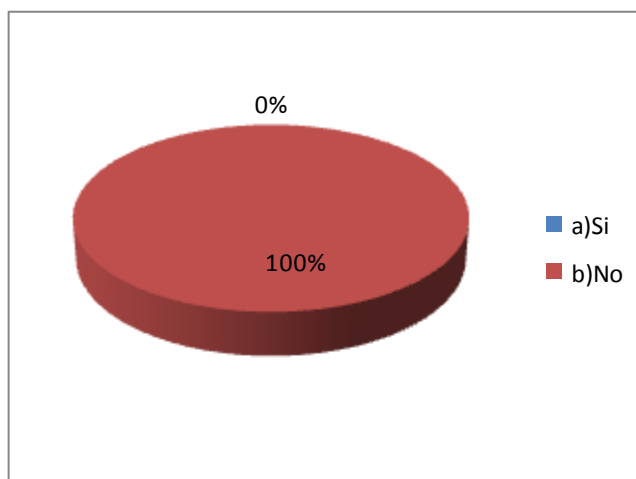


PREGUNTA N°8

¿Existe algún tipo de responsabilidad por parte de la madre en este tipo de daño moral?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a)Si	0	0%
b)No	4	100%
Total	4	100%

Como respuesta a esta pregunta los 4 encuestados de forma unánime contestaron que no conformando así el 100%, puesto que la madre no ha causado ningún tipo de daño al menor, es mas ella es quien se ha encargado de su manutención, crianza y educación, del niño, en tal sentido aun cuando esta le hubiere ocultado al padre la existencia del menor no existe forma de sancionarla ya que es obligación del padre reconocer al menor y un derecho inherente al menor ser reconocido por el padre, en ese sentido no existe de ninguna forma responsabilidad para la madre. Esto se refleja gráficamente así:

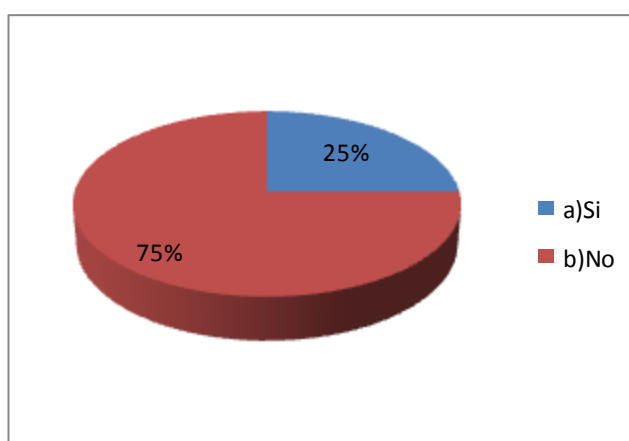


PREGUNTA N°9

¿Ha denegado alguna vez la indemnización de daños morales en el reconocimiento judicial de paternidad?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a)Si	1	25%
b)No	3	75%
Total	4	100%

A esta pregunta un 75% manifestó que no, ya que en todos los casos en los que se ha solicitado se ha otorgado; sin embargo, el 25% restante manifestó que si, ya que para condenar a alguien a pagar la indemnización es necesario probar los hechos, en ese sentido, si no hay ningún tipo de prueba, la sola afirmación por parte de la persona que alega haber sufrido el daño no es suficiente. Es importante destacar que para la mayoría de los aplicadores de justicia cuestionados, la indemnización por daños morales en la mayoría de los casos es otorgada, puesto que según ellos la cuota en concepto de indemnización nunca resarcirá el daño moral ocasionado, pero sirve como una forma de compensar aunque sea de manera económica por los daños materiales ocasionados. Esto se refleja gráficamente así:

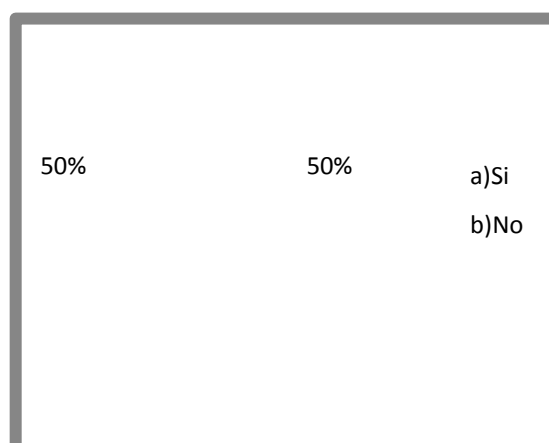


PREGUNTA N°10

¿Considera cuantificable el daño moral?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a)Si	2	50%
b)No	2	50%
Total	4	100%

El 50% manifestó es decir dos de ellos que, todas las personas en la individualidad que nos caracteriza, poseemos cualidades diferentes al resto de seres humanos, y que no todos reaccionamos de la misma forma, es por eso no todas las madres a quienes los padres de los menores se niegan a reconocer a sus hijos sufren el mismo daño moral, el daño moral puede ser menor o mayor que en otras, dependiendo de las circunstancias que haya rodeado al hecho concreto y puede ser cuantificable en alguna medida. Y los otros dos ósea el 50% manifestó por el contrario que no, puesto que, por ser este hecho tan subjetivo, es difícil establecer una cuantía para cada situación, por ello lo que se hace es que se evalúa la cantidad que la parte afectada pide en la demanda. Esto se refleja gráficamente así:

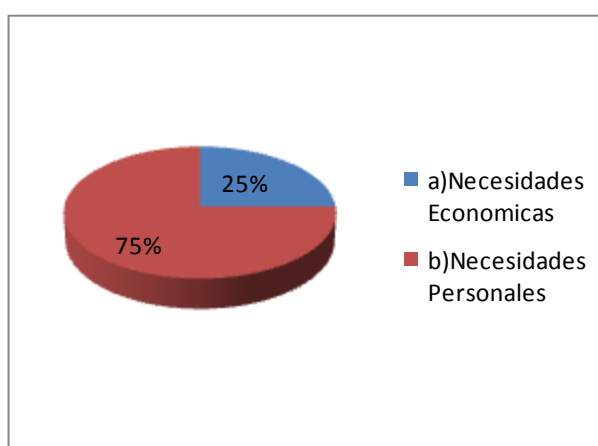


PREGUNTA N°11

¿Qué tipo de necesidades repara el pago de la indemnización por daño moral?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Necesidades Económicas.	1	25%
b) Necesidades Personales.	3	75%
Total	4	100%

A la interrogante 3 de ellos es decir el 75% respondió que las necesidades que repara la indemnización son las económicas, esto en el sentido que la madre utiliza el dinero que recibe en concepto de indemnización en actividades o bienes que pueden ser desde los utilizados para su recreación personal, aunque el objetivo de esta, es que la madre pueda invertir en su bienestar emocional, puesto que las necesidades psicológicas y el daño moral es imposible repararlo. Y un 25% aclara que son necesidades personales, pues el pago de esta indemnización para dar una lección a la persona que ocasiono el agravio, mas no repara el daño por completo. Esto se refleja gráficamente así:

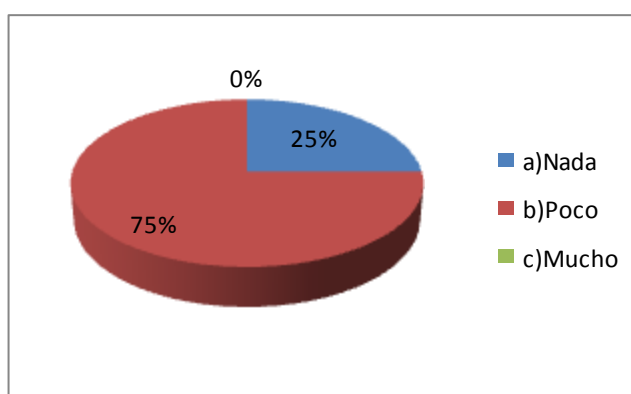


PREGUNTA N°12

¿En qué medida considera usted que la divulgación sobre el derecho a exigir indemnización por daños morales es suficientemente conocido por la madre reclamante?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Nada	1	25%
b) Poco	3	75%
c) Mucho	0	0%
Total	4	100%

Ante la pregunta el 75%, manifestó que es muy poco lo que las personas conocen sobre el derecho a exigir indemnización por daños morales, ya que en su mayoría conocen sobre el reconocimiento de paternidad, y pocas mujeres saben que la indemnización por daño moral es un derecho que la ley les ha conferido. Mientras que un 25% manifiesta que no es conocido por la población este derecho, esto tiene su fundamento en el desconocimiento sobre aspectos y procedimientos legales que existe en nuestro medio; sin embargo según los encuestados es obligación del abogado explicar a las víctimas sobre sus derechos. Esto se refleja gráficamente así:

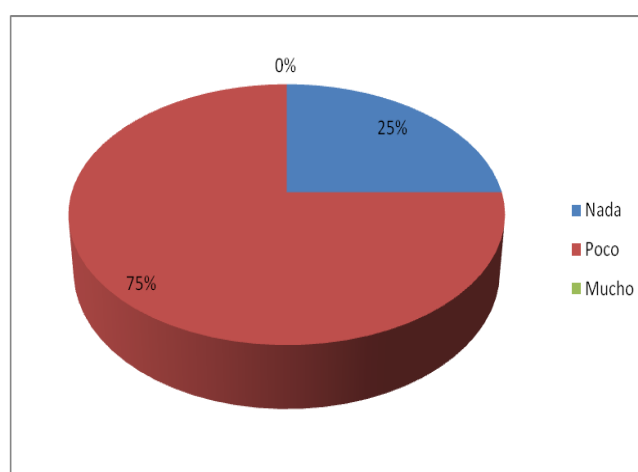


PREGUNTA N° 13

¿En qué medida el pago de la indemnización repara el daño ocasionado a la madre?

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
a) Nada	1	25%
b) Poco	3	75%
c) Mucho	0	0%
Total	4	100%

De los cuestionados 3 de ellos, es decir el 75% manifestaron que el pago repara poco el daño ocasionado fundamentando su respuesta en que el daño en nuestro medio de pobreza no puede ser totalmente reparado y por qué este tipo de daño no puede ser reparado completamente pero que el monto que el juez fija de alguna manera compensa a la víctima. Por otro lado solo uno de los entrevistados, con el 25% manifestó que no repara de ninguna medida el daño ocasionado a la víctima, a causa de que solo compensa y que es imposible reparar lo sufrido por medio de una suma de dinero. Esto se refleja gráficamente así:



CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al haber finalizado el estudio y análisis de la problemática planteada desde el inicio y a lo largo de la investigación, con el tema que se denominó de la siguiente manera: “*La indemnización de daños morales a la Madre del Hijo no reconocido, en la Zona Metropolitana de San Salvador durante los años 2005 a 2008.* Es importante y pertinente formular una serie de conclusiones y recomendaciones que se exponen a continuación.

6.1 CONCLUSIONES

- La negativa del padre a reconocer al hijo es consecuencia de un sistema patriarcal predominante en la cultura latinoamericana y particularmente en la sociedad salvadoreña, producto de un círculo vicioso en donde en la mayoría de los casos el menor que no fue reconocido por su padre al llegar a su etapa adulta reproduciendo esa conducta al ser padre, puesto que en el proceso de desarrollo de su personalidad existieron elementos que le perjudicaron permanentemente y por lo que, para erradicar este fenómeno es necesario primeramente educar al menor sobre la obligación de responder a las consecuencias de los actos que realiza.
- El Código de Familia, legislación que tiene un fuerte contenido sancionador y por ello impone a un sujeto causante de daño moral la obligación de indemnización por daños morales, en su Art. 50 Inc. 2º, no contempla los parámetros o elementos para que el juez pueda guiarse a la hora de resolver la cuantía a la que asciende el daño ocasionado a la madre, de forma que pueda otorgar una indemnización más acorde a la situación particular que se presenta y de esa forma ser más justa y razonada, existiendo en tal sentido un vacío legal en materia de daño moral.

- Los parámetros adoptados por los jueces para establecer y valorar el daño moral producido a la madre del hijo no reconocido no son suficientes para cuantificar el nivel de daño que ha sido producido a esta, debido a que por ser un aspecto subjetivo de la personalidad del individuo, éstos funcionarios no cuentan con los elementos e instrumentos necesarios para cuantificarlo.
- Los factores como la discriminación familiar y social, así como la carga económica que representa para una madre el cuidado y la manutención del menor, aunado a que en muchas ocasiones tiene que cargar con el peso que representa que el padre del menor se encuentre en una relación sentimental con otra persona, constituyen elementos que inciden de forma directa en la generación de daño moral a la madre.
- El derecho que tienen las madres de reclamar indemnización por daños morales es muy poco difundido a través de instituciones que mayor contacto tienen con las afectadas por este tipo de fenómeno, como por ejemplo: la Procuraduría General de la República, las Unidades de Salud, etc.; es por ello que en la mayoría de los casos solamente solicitan al Juez el reconocimiento de paternidad.
- Se refleja que en la práctica jurídica que algunos jueces omiten pronunciarse sobre la indemnización por daño moral al resolver sobre el reconocimiento judicial de paternidad, justificando que si el abogado no lo pide no puede el juez resolver extra petito. Sin embargo la doctrina claramente establece que aun en la ausencia de dicha petición a causa de una mala asesoría por parte del abogado u otra razón, el juez está obligado a pronunciarse sobre esta figura.
- El daño moral no es reparable, con la indemnización que le otorga el juez lo que se busca es brindarle una sensación de satisfacción a la madre para así poder compensarle las lesiones emocionales y afectivas sufridas, a través de experiencias y sensaciones agradables que le causen bienestar, a las cuales puede acceder por medio del

monto de dinero otorgado. Por lo que para la víctima la indemnización funciona mas como una compensación, mientras que para el obligado se denota o aplica mas como un castigo.

- La jurisprudencia establece claramente que el daño moral no necesita prueba para que sea establecido, puesto que desde el instante en que el padre se niega a reconocer al hijo, ocasiona a este y en particular a su madre una serie de daños emocionales que se han planteado a lo largo de la investigación, sin embargo se observo que en la práctica jurídica algunos jueces sostienen en sus resoluciones que mientras la parte afectada no muestre elementos de prueba que robustezcan su pretensión este no resuelve favorablemente a la víctima.

6.2 RECOMENDACIONES.

A la Asamblea Legislativa

- Crear reformas al Código de Familia, a través de las cuales les sean otorgadas a los jueces(as) de familia herramientas que le faciliten la difícil tarea que se les presenta en la actualidad al pronunciarse sobre indemnización por daño moral.

A la Corte Suprema de Justicia

- Ampliar programas para prevenir violencia contra la mujer; específicamente la violencia psicológica, o daños de carácter moral, ya que en nuestra cultura no se tiene el debido sistema de protección para este tipo de situaciones, debido a que no pueden observarse de forma inmediata en tal sentido no se les es dada la importancia que ameritan.
- Capacitar a los psicólogos que integran los equipos multidisciplinarios de forma que accedan a conocimientos que les permita evaluar de una manera más eficaz a las personas que presentan daños de carácter moral.

Al Consejo Nacional de la Judicatura

- Capacitar a los jueces para que puedan identificar de forma más específica el daño moral que es ocasionado a la madre, esto también con el fin de agilizar el procedimiento judicial, ya que este tiene que apoyarse de los psicólogos entre otros sujetos, lo que contribuye a que el proceso se vuelva más lento y por ende el pago de la indemnización sea más tardío para la parte afectada.

Al Órgano Ejecutivo

- Mejorar o reestructurar el Sistema de Salud para que se atienda de forma integral, no solo en cuanto a la salud física o corporal, sino también se le atienda en materia de salud mental o psicológica, especialmente en los casos de las madres cuyos padres se niegan a reconocer a los hijos.
- Establecer a través de la Secretaria de Inclusión Social, programas de difusión sobre los derechos de las mujeres, de forma que se cree una cultura de respeto y garantía de los mismos no solo con los individuos sino también en las instituciones que velan por la protección y defensa de los mismos.

Al Ministerio de Educación

- Para lograr inculcar una mayor concientización a la población sería recomendable que el Ministerio de Educación implementara en sus planes de estudio para la niñez de El Salvador una mayor grado de educación sexual y todas las responsabilidades que acarrear las relaciones sexuales al no tener solo como riesgo el contagiarse de una enfermedad sexual, sino también el de procrear un hijo, y crear así un ambiente de responsabilidad en la futuras generaciones, cambiando así positivamente la cultura del país.

A los jueces y juezas de familia

- Al ser los funcionarios más idóneos puesto que conocen con mayor exactitud donde se necesita una reforma a la ley, siendo que son los aplicadores de la misma, sería recomendable que pidieran una reforma para poder determinar de una manera más clara y sencilla la cuantía para la indemnización por daños morales y así no desproteger a la madre al otorgar indemnizaciones congruentes al caso.

A las Municipalidades

- Constituir una red de Apoyo Social, con la colaboración de instituciones como Unidades de Salud, Iglesias, etc.; con el fin de que, a través de programas de educación y de reparación de daño psicológico y moral ayuden a las madres que lo han sufrido, esto con el fin de mejorar las relaciones maternas, puesto que una madre que es dañada puede en muchas ocasiones descargar todas sus emociones en su hijo menor lo que provocaría violencia intrafamiliar, en tal sentido para prevenir este tipo de fenómenos la Red de Apoyo Social contribuiría a disminuir este tipo de fenómenos.
- Crear programas en los cuales se informe a la población sobre los mecanismos que tienen ante la vulneración de su integridad moral sobre todo en la familia y específicamente en el caso de las madres cuyos padres no reconocen a sus hijos de manera voluntaria puesto que representa un número elevado de población afectada, dado que este hecho es muy común y se presenta tanto en zonas urbanas como rurales.

A las Unidades de Salud

- Promover la atención psicológica, lo cual contribuiría a mejorar no solo la atención médica al estado físico de las personas sino también al estado mental de la población, puesto que eso favorecería a

disminuir la repetición del comportamiento irresponsable en cuanto a la paternidad, ocasionando así una repercusión positiva en nuestra sociedad.

A las Universidades

- Difundir con la colaboración de los estudiantes que se encuentran capacitados académicamente para impartir la alfabetización legal a la población femenina para que conozca los mecanismos que la ley le otorga para exigir indemnización por daños morales ante la falta de reconocimiento voluntario de la paternidad de su hijo; así como a la población masculina para crear conciencia sobre las responsabilidades que adquiere al momento de la concepción de un hijo y a la vez sobre las repercusiones jurídicas que asumiría ante la falta de voluntad en el reconocimiento de paternidad.

A las Asociaciones de abogados

- Incentivar a los profesionales que pertenecen a estas para que su preparación profesional se encuentre en una constante actualización de conocimientos, debido a la naturaleza evolutiva del derecho, esto con el fin de brindar siempre la mejor asesoría a sus clientes de modo que no quede ningún derecho violentado sin ser expuesto ante un tribunal determinado por la mala asesoría profesional, tal como es el caso de la indemnización por daños morales, la cual en ocasiones no se solicita a consecuencia de que el profesional del derecho brinda una asesoría incompleta a su cliente.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

ALSINA BUSTAMANTE, JORGE. Responsabilidad Civil y otros Estudios, Primera Edición, Editorial Perrot, 1992.

AZPIRI, JORGE. "Daños y perjuicios en la filiación", Revista de Derecho de Familia, Tomo 20, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

BONFANTE, PEDRO. Instituciones del Derecho Romano; Arias Ramos, Bonet "derecho Romano" tomo II, 1965.

BREBBIA, R. H. "El Daño Moral". Doctrina-Legislación y Jurisprudencia, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires- Argentina, 1957.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Diccionario jurídico elemental. 6a.edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1983.

CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo III. D-E. 26a. edición. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, República de Argentina, 1979.

CALDERON DE BUITRAGO. ANA. *Et al.* Manual de Derecho de Familia, Segunda Edición, Talleres Gráficos UCA., 1995.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. "La Familia en el Derecho", Editorial Porrúa, S. A, México, 1984.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, JESÚS. "Valoración judicial de daños y perjuicios", editorial Márquez de la enseñada, Madrid, Consejo Nacional del Poder Judicial, 2004.

MARCOS, JOSÉ MANUEL. "Aspectos procesales en materia familiar", Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2004.

MÉNDEZ COSTA, MARIA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL HUGO. Derecho de Familia, Tomo III, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1991.

PIZARRO, RAMÓN DANIEL; Daño Moral. Prevención, Reparación, Punición. 2° Ed. Editorial Hammurabi Buenos Aires, 2004

ZANNONI, EDUARDO A. Y OTROS. Derecho de familia. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, República Argentina. 1978.

SITIOS WEB:

<http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>; “El Código de Hammurabi”

<http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-codigo-de-hammurabi-leyes-101-150.html>; “El Código de Hammurabi”

LEGISLACION

Constitución de la República. D.C. Nº 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. Nº 234, Tomo Nº 281, del 16 de diciembre de 1983.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Suscrita por El Salvador el 13 de Noviembre de 1979, ratificado el 23 de noviembre del mismo año mediante Decreto Legislativo numero 27, dándose su publicación en el Diario Oficial numero 218 de la misma fecha.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Suscrita por El Salvador el 13 de Noviembre de 1979, dándose su ratificación, publicación y vigencia el 23 de Noviembre de ese mismo año.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Firmada por El Salvador el 14 de junio de 1975 y ratificada mediante Decreto Legislativo numero 5 de fecha 15 de junio de 1978, siendo publicada en el diario oficial numero 113 del 19 de Junio de 1978.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (pacto de San José). Firmado por El salvador el 23 de marzo de 1995, ratificado el 30 de Marzo de ese mismo año, por medio de Decreto Legislativo numero 320 y publicado en el Diario Oficial numero 82, de fecha 5 de marzo de 1995.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (*Protocolo de San Salvador*). Ratificada mediante Decreto Legislativo

numero 487, del 27 de abril del mismo año, dándose su publicación en el Diario Oficial numero 108, del 9 de Mayo de 1990.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Del Acuerdo N° 747 del 10 de agosto de 1995, publicado en el Diario Oficial N° 173, Tomo 328, del 20 de septiembre de 1995.

Código de Familia. D.L.N°: 133, Fecha:14/09/94, D. Oficial: 173, Tomo: 324, Publicación DO: 20/09/1994.

Ley Procesal de Familia. Decreto Legislativo, N°: 133, Fecha:14/09/94, D. Oficial: 173, Tomo: 324, Publicación DO: 20/09/1994.

Código Civil. Cámara de Senadores, decreto de 4 de febrero de 1858, la Cámara de Diputados aprobó tal decreto el día 12 del mismo mes, sancionado por el Poder Ejecutivo mediante decreto N° 7 del Ministerio General de fecha 13 del mismo mes y año, según consta de la Gaceta de El Salvador del 17 de Febrero de 1958.

CODIGO PENAL, Aprobado por Decreto Legislativo N° 270 de fecha 13 de febrero de 1973, Publicado en el Diario Oficial N° 63, Tomo 238, de fecha 30 de marzo del mismo año, el cual entro en vigencia el 15 de junio de 1974.

Ley del Nombre de la Persona Natural y Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio. Decreto Legislativo, N°: 496, 09/11/95, D. Oficial: 228, Tomo: 329, Publicación DO: 08/12/1995.

ANEXOS

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CUESTIONARIO SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES A
LA MADRE DEL HIJO NO RECONOCIDO

(Guía de Entrevista dirigida a Jueces de Familia de San Salvador)

Objetivo: Establecer el impacto que produce una sentencia definitiva en cuanto a la indemnización por daños morales, así como los indicadores que se toman en cuenta para establecer el monto de la misma.

1. ¿Con qué frecuencia se solicita su pronunciamiento respecto a indemnización por daño moral por parte de la madre del hijo no reconocido?
 - a) Nada
 - b) Poco
 - c) Mucho

2. ¿Cuáles son las principales dificultades a las que se ha enfrentado al pronunciarse sobre la figura de indemnización de daños morales?
 - a) Falta de colaboración del presunto padre
 - b) Dificultades para realizar la prueba de ADN
 - c) Otros: _____

3. ¿Qué parámetros toma en cuenta para establecer la cuantía de la indemnización?
 - a) Capacidad económica del demandado
 - b) Valoración de los hechos
 - c) Evaluación psicológica realizada por el Equipo Multidisciplinario
 - d) Edad del menor
 - e) Calificación Profesional
 - f) Otros _____

4. ¿Considera que el daño moral está exento de prueba?
a) Si b) No
¿Por qué? _____
5. Si su respuesta anterior es negativa, ¿Qué medio de prueba considera más eficaz para acreditar la existencia de daño moral?

6. ¿Considera vinculante la evaluación psicológica hecha por el equipo multidisciplinario para la fijación de la indemnización?
a) Si b) No
¿Por qué? _____
7. ¿Existen otras formas de resarcir el daño moral en caso que el demandado no posea capacidad económica para el cumplimiento de la obligación?
a) Depósitos personales
b) A través de un fiador
c) Otros: _____
8. ¿Existe algún tipo de responsabilidad por parte de la madre en este tipo de daño moral?
a) Si b) No
¿Por qué? _____
9. ¿Ha denegado alguna vez la indemnización de daños morales en el reconocimiento judicial de paternidad?
a) Si b) No
¿Por qué? _____

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CUESTIONARIO SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES A
LA MADRE DEL HIJO NO RECONOCIDO
(Encuesta dirigida hacia los Procuradores Adjuntos a los Tribunales de
Familia)

Objetivo: Establecer la importancia que reviste la acción en cuanto a la indemnización por daños morales para la reparación de los mismos.

1. ¿Considera que existen vacíos legales respecto a la indemnización de daños morales?
a) Si b) No
¿Cuáles ha identificado? _____

2. ¿Cuáles son las principales dificultades a las que se ha enfrentado ante la poca regulación legal sobre esta figura?
a) Falta de colaboración del presunto padre
b) Dificultades para realizar la prueba de ADN
c) Otra _____

3. Existen aspectos que considere importantes y el Juez omite su valoración en la determinación del monto de la indemnización?
a) Si ¿Cuáles? _____
b) No

4. ¿Cree usted que el criterio adoptado por el juez para establecer el monto de la indemnización a la madre del hijo no reconocido, logra reparar el daño causado a ella?
a) Si
b) No

5. ¿Por qué razón muchas veces se omite la petición del pronunciamiento respecto a la indemnización por daños morales en la sentencia?
- a) Falta de conocimiento
 - b) la demandante no lo solicita
6. ¿En qué medida considera usted que la divulgación sobre el derecho a exigir indemnización por daños moral es suficientemente conocido por la madre reclamante?
- a) Nada
 - b) Poco
 - c) Mucho
7. ¿Considera que al estar más informada la madre reclamante sobre este derecho accedería en mayor medida a esta protección?
- a) Si
 - b) No
- ¿Por qué? _____
8. ¿En qué medida el pago de la indemnización repara el daño ocasionado a la madre?
- a) Nada
 - b) Poco
 - c) Mucho
- ¿Por qué? _____
9. ¿Opina que la ley debería establecer una cuantía por la cual debe guiarse el juez para decretar el monto del daño moral causado a la madre?
- a) Si
 - b) No

10. ¿Qué medio de prueba considera más eficaz en la figura del daño moral? _____

¿Por qué? _____

11. ¿Qué aspectos toma en cuenta para establecer la existencia de daño moral en la demandante? _____

12. ¿Existe algún tipo de responsabilidad por parte de la madre en este tipo de daño moral?

a) Si b) No

¿Por qué? _____

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CUESTIONARIO SOBRE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES A
LA MADRE DEL HIJO NO RECONOCIDO
(Encuesta dirigida hacia los sicólogos que conforman el Equipo
Multidisciplinario de los Tribunales de Familia).

Objetivo: Determinar los factores que repercuten en la propiciación de daño moral y la incidencia del apoyo multidisciplinario para la superación del daño sufrido.

1. ¿Qué indicadores emocionales advierte usted en una mujer que ha sufrido daño moral a nivel psicológico?
 - a) Baja Autoestima
 - b) Inestabilidad Emocional
 - c) Otros: _____

2. ¿Qué tipo de condiciones o elementos comunes han incidido para propiciar daño moral en la mujer a partir de un no reconocimiento de paternidad?
 - a) Condición económica
 - b) Exclusión Social
 - c) Condición por debajo de las posibilidades
 - d) Dependencia económica

3. ¿Qué tipo de factores inciden en la falta de reconocimiento de paternidad?
 - a) Factores culturales
 - b) Factores sociales
 - c) Otros _____

4. ¿Cuáles son los indicadores conductuales comunes en un perfil de una mujer que ha sufrido daño moral producto del no reconocimiento de paternidad de su hijo?
- a) Conducta Agresiva
 - b) Espacio Social restringido
 - c) Otros _____
5. ¿Qué herramientas toma en cuenta para validar la existencia de daño moral en la madre reclamante? _____
6. ¿En qué medida el pago de la indemnización repara el daño ocasionado a la madre?
- a) Nada
 - b) Poco
 - c) Mucho
- ¿Por qué? _____
7. ¿Es necesario que el juez ordene que a la madre le sean proporcionadas terapias psicológicas para lograr superar el daño emocional ocasionado?
- a) Si
 - b) No
8. ¿Cree usted que es posible resarcir las necesidades afectivas de la madre con el monto otorgado por el juez en concepto de daño moral?
- a) Si
 - b) No
- ¿Por qué? _____

9. ¿Qué limitantes encuentra en el ejercicio de sus funciones dentro del proceso de reconocimiento judicial de paternidad?
- a) Evaluar a las partes.
 - b) Evaluar el daño moral.
 - c) Otros_____
10. ¿Qué funciones comprende el proceso de intervención a nivel psicológico que usted lleva a cabo con la madre reclamante?
- a) Sólo Evaluación
 - b) Tratamiento post-evaluación
11. ¿Considera necesario que el juez ordene que a la madre le sean proporcionadas tratamiento psicológico para lograr superar el daño emocional ocasionado?
- a) Si
 - b) No
12. Conforme a su experiencia respecto a las madres de hijos no reconocidos, ¿Han tenido algún tipo de red de apoyo social que le ayuden a superar el daño moral sufrido?
- a) Si
 - b) No