

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS
AÑO 2005 PLAN DE ESTUDIOS 1993



“LA EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE
FAMILIA EN LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR DE
LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL”

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

MARTA LILLIAN HERNÁNDEZ DE ERROA
MARIA FLORIDALMA JIMÉNEZ LÓPEZ
ISRAEL PINEDA PÉREZ

DIRECTORA DE SEMINARIO
LICDA. INES ALICIA ESPINO TREJO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO 2006

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE-RECTOR ACADÉMICO
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL
LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

ºDECANA

LICDA. MORENA ELIZABETH NÓCHEZ DE ALDANA

VICE-DECANO
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICDA. BERTA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILAR

DIRECTORA DE SEMINARIO
LICDA. INES ALICIA ESPINO TREJO

INDICE

INTRODUCCIÓN	i
---------------------------	----------

CAPITULO 1

1.1-ANTECEDENTES DERECHO DE FAMILIA	1
1.1.1 Diferencia entre Derecho Civil y Derecho de Familia	11
1.1.2 Ubicación sistemática Jurídica del Derecho de Familia	12
1.1.3 La Familia dentro de la concepción del Derecho	17
1.1.4 Objeto del Derecho de Familia	17
1.1.5 Autonomía del Derecho de Familia	17
1.2 Historia del Derecho de Familia Salvadoreño	18
1.2.1.Evolución de las Principales Instituciones del Derecho	24
1.2.2.Protección Constitucional de la Familia Salvadoreña	25

CAPITULO 2

2.2- ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL.....	31
2.1.1 Concepto	32
2.1.2 Elementos que integran la unión no matrimonial	33
2.1.3 Causas de la Unión no Matrimonial	34
2.1.4 Características de la Unión no Matrimonial	36
2.1.5 Naturaleza Jurídica de la Unión no Matrimonial	38
2.1.6 Principios de la Unión no Matrimonial.....	41
2.1.7 Consecuencias propias de la Unión no Matrimonial	42
2.1.8 Efectos y Consecuencias	44
2.1.9 Requisitos y Procedimientos de la Declaratoria Judicial.....	47

CAPITULO 3

3.1.- PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL	57
3.1.1 Problemas Patrimoniales.....	61
3.1.2- Regulación Jurídica	68
3.1.3- Marco Conceptual	82

CAPITULO 4

4.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	87
---	-----------

CAPITULO 5

5.1 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.1 Conclusiones.....	101
5.1.2. Recomendaciones.....	103

BIBLIOGRAFÍA.....	105
--------------------------	------------

ANEXOS

Anexo No. 1 Guia de Entrevistas a Jueces de Familia

Anexo No. 2 Guía de Encuesta

Anexo No. 3 Solicitud Declaratoria Unión no Matrimonial

Anexo No. 4 Constitución de Derecho de Habitación

INTRODUCCIÓN

La Institución Jurídica de la Unión no matrimonial o de convivencia, regulada en los artículos 32 de la Constitución, 118 y 120 del Código de Familia y la relación existente de la protección de la vivienda familiar, regulada en el Artículo 46 y 124 del Código de Familia, a experimentado diversas reformas procurando con cada una de ellas optimizar el proceso efectivo en la aplicación del Derecho de Familia, con el fin de mejorar la calidad de vida de estas parejas.

Es por eso que la presente investigación se ha enfocado en determinar y establecer el grado de la efectividad de la aplicación del derecho de familia en relación a la protección de la vivienda familiar, de las parejas en unión no matrimonial.

Geográficamente el estudio se enfocó en los Juzgados de Familia 1º., 2º., 3º. Y 4º, de la Sección central, del Centro Judicial “Isidro Menéndez”, a través de entrevistas realizadas a los Jueces, Secretarios y Resolutores en los Tribunales antes mencionados.

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

CAPITULO I. ANTECEDENTES DEL DERECHO DE FAMILIA, el cual contiene la historia, origen, formas y desarrollo de la familia; así como también los principios rectores. Posteriormente se encuentra la aplicación jurídica en el ámbito nacional y la normativa correspondiente.

CAPITULO II ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL. En este capítulo se desarrolla la definición y ubicación constitucional de la unión no matrimonial, enunciando los aspectos generales de las relaciones personales entre ambas parejas, estableciendo los principios, efectos y consecuencias de la unión no matrimonial.

CAPITULO III PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL, en el cual, se establece el concepto del patrimonio familiar, como también la protección de la vivienda familiar, tomando en cuenta aspectos históricos, así como también los problemas patrimoniales relacionados entre los convivientes planteados por la unión no matrimonial, se hace mención la regulación en el Código de Familia en relación a la protección de la vivienda..

CAPITULO IV ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS, contiene los resultados obtenidos de las objetivos propuestos en el estudio, los cuales determinan el grado de la efectividad de la aplicación del derecho de familia en relación a la protección de la vivienda familiar, de las parejas en unión no matrimonial.

CAPITULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, las cuales surgieron en base a los resultados obtenidos de la investigación realizada.

CAPITULO I

DERECHO DE FAMILIA

1.1. Antecedentes

La historia de la familia como base fundamental de la sociedad es un grupo primario, espontánea, permite comprender como se ha venido desarrollando de acuerdo a los avances de la humanidad; dentro de este desarrollo el hombre como parte de la humanidad, se ha visto en la necesidad de asociarse para sobrevivir y esa misma necesidad de asociación lo hace unirse a una mujer y de esa unión surge una familia y de ella la procreación y la relación entre padres e hijos de donde nacen los lazos de parentesco, estos sistemas son pasivos, ya que entre una y otra parte de la historia a otra registran los progresos y sufren modificaciones, cuando la familia se modifica es similar al sistema político, jurídico, religioso y filosófico.

La familia se refiere al núcleo familiar elemental. Al grupo de individuos vinculados entre sí por lazos consanguíneos, consensuales o jurídicos, que constituyen complejas redes de parentesco actualizadas de manera episódicas a través del intercambio, la cooperación y la solidaridad.

Desde tiempos remotos el hombre ha tenido que agruparse para satisfacer sus necesidades vitales. El trabajo colectivo servía para repartir responsabilidades, de esa manera facilitaban sus tareas. Con esto tuvieron la necesidad de socializar entre ellos, pero no solo compartían dichas preocupaciones, se dieron cuenta de la valía de compartir espacios mutuos

De acuerdo con diversos autores es aquí cuando aparece una etapa de promiscuidad, en donde los miembros de los grupos se alternaban parejas sin criterio alguno. Estas formas perduraron durante mucho tiempo hasta que apareció la primera organización familiar, las cuales son:

Comunidad primitiva: ésta nace con la aparición del hombre en la tierra y su desarrollo conforme a diferentes formas de organización social.

La horda: es la forma más simple de la sociedad, son nómadas, no se distingue la paternidad, son un grupo muy reducido.

El clan: conformado por un grupo o comunidad de personas con una audiencia común, en la que tienen gran importancia los lazos familiares y la obediencia de un jefe.

Esta estructura cambió definitivamente las vidas de los habitantes de aquella época, pues se tuvieron que regir a ciertas condiciones de un líder. Pronto aparecieron nuevas formas de organización documentadas cronológicamente, como son:

La familia Consanguínea: Se considera como la primera etapa de la familia, en ella los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y abuelas en los límites de la familia son maridos entre sí; lo mismo sucede con los hijos. En esta forma de familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos son los únicos que después de lejanos y, finalmente de las personas más lejanas están excluidos de los deberes del matrimonio.

Familia Punalúa: Es el primer progreso en la organización de la familia, consistía en excluir a los padres y a los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue en la exclusión de los hermanos. Por razones económicas y prácticas la familia tuvo que dividirse, su extensión disminuyó y renunció a la unión sexual entre hijos de la misma madre.

Familia Sindiásmica: Este tipo de familia aparece entre el límite del salvajismo y la barbarie. Cuando las prohibiciones del matrimonio se hicieron más drásticas y complicadas, las uniones por grupo fueron sustituidas por la familia sindiásmica. En esta forma familiar, un hombre vive con una mujer, pero le esta permitida la poligamia, y la infidelidad aunque por razones económicas la poligamia se observa raramente, al mismo tiempo se exige la mas estricta fidelidad a las mujeres y su adulterio se castiga cruelmente, actualmente en algunos países de África se castiga a la mujer lapidándole (apedreándola) por adulterio.

Familia monogámica: nace de la familia sindiasmica, en el periodo de transición entre el estado medio y superior de la barbarie. Es uno de los síntomas del nacimiento de la civilización, se funda en el predominio del hombre, su fin es procrear hijos cuya paternidad sea indiscutida, eso era indispensable porque los hijos serían los herederos de las propiedades del padre. Este tipo de familias es más sólida que la familia sindiásmica, en los lazos conyugales, los cuales solo pueden ser rotos por el hombre. La monogamia facilita el cuidado de los hijos, puesto que ambos cónyuges comparten los mismos afectos y atenciones hacia ellos, sin las rivalidades existentes entre los hijos de uniones distintas.

La familia monógama simplifica también las relaciones de consanguinidad y constituye una unidad social más firme y coherente que ninguna otra; y en ella la mujer goza de mayor protección y tiene una posición de jerarquía y dignidad.

Cierta ventaja de la familia monogámica es la sanción de un sistema religioso autoritario, no resulta difícil comprender por que tal tipo de unión matrimonial predominó en los pueblos de la antigua cultura occidental.

Familia poligámica: es cuando existe una pluralidad de cónyuges. Existen tres formas teóricas de la poligamia: 1) matrimonio en grupo.-es en el que varios hombres y varias mujeres se hayan en relaciones matrimoniales recíprocas. 2) poliandria.- es en la que varios esposos comparten una sola esposa. 3) poliginia.- consiste en una pluralidad de esposas que no tienen que ser necesariamente hermanas, y adquiridas, por lo general en diversas épocas a lo largo de la vida.

De estas tres formas teóricas las dos más importantes y de las cuales se ha discutido bastante son la poliandria y poliginia.

En la poliandria se llegó a la conclusión que las personas vivían en las peores condiciones de vida, llegando a extremos tales de miseria que un solo hombre no podía mantener a una familia. Otra causa es que en los pueblos primitivos había escasez de mujeres, esto debido a la práctica del infanticidio de las niñas. La improductividad del medio y lo oneroso del trabajo para conseguir la subsistencia, hacían más débil a la mujer, y por ello solían darles muertes a los infantes recién nacidos, estableciéndose de ese modo un fuerte desnivel numérico entre los sexos. (Esto me hace recordar al mítico pueblo amazónico gobernado por mujeres que Vivían a las orillas del mar Caspio en Grecia quienes mataban a los varones dejando solamente a uno para preservar la especie).

La poliginia es más común que la poliandria y ha persistido hasta nuestros días en pueblos de avanzada cultura como el árabe y el turco. Esta forma de unión matrimonial tiene una causa económica entre los pueblos primitivos, sobre todo en los que se hallaban en la fase agrícola primaria, durante la cual la mujer realizaba duras tareas. En tales circunstancias cada nueva esposa significaba un factor más para la producción de riqueza y como

tal la procuraba el hombre. Aunque parezca increíble la nueva esposa no era mal recibida por las demás mujeres del marido polígamo, porque en definitiva, venía a compartir las duras tareas comunes y aliviar en parte a las anteriores esposas.

Entre los pueblos bárbaros y en las primeras sociedades de la época histórica, la esclavitud de las mujeres de los vencidos en la guerra constituyó un incentivo para la poliginia.

Familia Matriarcado: estaba compuesto por la madre y los hijos, formaba una unidad económica autosuficiente: la madre proporcionaba los alimentos vegetales y los hijos los de la caza o pesca, por lo que era muy grande la influencia femenina en la sociedad. Ella desempeñaba el principal papel en el terreno económico, regía la estructura social y ejercía el poder.

En la Prehistoria y en algunas regiones todavía a principios de los tiempos históricos, estuvo vigente una sociedad matriarcal pacífica (virginal) en la que lo femenino jugaba el principal papel en el mundo social: las mujeres ejercían su autoridad sobre sus descendientes matrilineales reunidos en tribus independientes: ejercía el poder político, económico y religioso.

Vivían en plácidas comunidades sin guerras porque la autoridad era ejercida legítimamente por descendientes matrilineales de la Madre Ancestral / Diosa que había dado origen al pueblo. Y así se aceptaba la legitimidad de una Reina para ejercer el poder, sentarse en el trono (descendientes virginales de la Diosa Trono), impartir Justicia (con sus atributos la corona y el cetro), cuando había recibido el derecho por vía matrilineal y virginal.

Familia patriarcal: la transmisión patrilineal del parentesco determina el tipo de familia patriarcal, en la cual la autoridad suprema es el padre o el

ascendiente varón de mayor edad. La familia patriarcal se halla establecida aun en muchos países de oriente, en la antigüedad la practicaban los palestinos, griegos y romanos.

En la roma republicana la familia patriarcal era unidad religiosa legal y económica. Estaba rígidamente estructurada, en la cual el paterfamilias estaba vestido de atribuciones religiosas como sacerdote del culto de los antepasados; tenía todos los derechos legales, por ser la única persona reconocida por las leyes, era el único facultado para poseer los bienes familiares.

Se dice que el patriarcado surgió del matriarcado, los datos más cercanos a estas teorías son mitos existentes donde se habla de una lucha entre una sociedad matriarcal (con valores típicos de las sociedades agrícolas pacíficas), y la patriarcal (con valores típicos de las sociedades invasoras agresivas) que la destruye: lo que evidencia naturalmente su existencia.

Unos mitos narran: el enfrentamiento entre las sociedades matriarcal y patriarcal, el castigo femenino por conservar una conducta autónoma, propia de la sociedad matriarcal, hechos que recuerdan las costumbres del matriarcado. Diosas que han de compartir su reino al casarse con una Divinidad masculina.

Otros recuerdan el matriarcado porque, ponen de manifiesto la pervivencia de creencias que muestran la falta de importancia del Principio masculino respecto a su ausencia de capacidad fecundante, la Divinidad masculina se apropia de la facultad femenina de dar a luz.

En la actualidad la familia ha decaído y se ha vuelto más compleja, a tal punto que puede hablarse sin exageración de una crisis de ella como institución social, en comparación con la cohesión y vigor que en épocas anteriores tuvo.

Las causas de la evidente decadencia de la familia, se debe a la acción de factores económicos a la extensión y el predominio de la vida urbana, a la necesidad de especializarnos en un trabajo social determinado que caracteriza a la fase actual de la civilización; el resultado es de estos y otros factores al estilo de vida y la forma de la mentalidad predominante en nuestra época.

Durante la revolución industrial la familia sufre cambios, ya que la mujer se comienza a involucrar en el ámbito laboral de manera remunerado, pero con bajos ingresos en comparación con el hombre, lo que ocasiona que la mujer se considere que aún depende de su pareja económicamente, a la vez inicia el descuido de los hijos, el hombre se vuelve un poco irresponsable debido a que la mujer ya está adquiriendo ingresos económicos.

1.1.- DERECHO

Etimología de la palabra Derecho

“Derecho” deriva del latín “directium” que significa ‘directo’, ‘derecho’. Otros dicen que la palabra “Derecho” deriva de “dirigere”, que significaría ‘enderezar’, ‘ordenar’, ‘guiar’.

El Derecho es un conjunto de normas que surge de la sociedad como un producto cultural generada dentro de leyes y que tienen la finalidad de regular las relaciones entre los miembros de esa sociedad, o sea, entre las personas, u aún entre las personas y el Estado.

Uno de los temas de notable importancia es el contenido del derecho de familia, se parte del conocimiento del mismo para profundizar y determinar los límites y alcances que tiene en una sociedad constantemente cambiante; pero para saber del contenido del mismo, debemos de tomar en cuenta el concepto de Derecho, mencionado algunos conceptos como son:

.Concepto:

Tomado en su sentido etimológico, Derecho proviene de las voces latinas *directum* y *dirigere* (conducir, enderezar, gobernar, regir, llevar rectamente una cosa hacia un término o lugar señalado, guiar, encaminar). En consecuencia, en sentido lato, quiere decir recto, igual seguido, sin torcerse a un lado ni a otro; mientras que en sentido restringido, es tanto como *jus*. Por eso, de esta expresión latina se han derivado para nuestro idioma otros muchos vocablos como Jurídico, lo referente ajustado al Derecho; *jurisconsulto*, que se aplica a quien, con el correspondiente título habilitante, profesa la ciencia del Derecho; *jurisprudencia*, la ciencia del derecho; y *justicia*, que tiene el alcance de lo que debe hacerse según Derecho y razón. Es pues, la norma que rige, sin torcerse hacia ningún lado, la vida de las personas para hacer posible la convivencia social.¹

El **Derecho** es un conjunto de normas generales que regulan las relaciones de los hombres, el **Derecho Civil** regula sus relaciones patrimoniales y el **Derecho De Familia** sus relaciones interpersonales dentro la familia.

División del Derecho: Público y Privado

El primero contiene normas de organización de la sociedad. El segundo normas de conducta de los individuos.

El Derecho Público es el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización del Estado y las relaciones que se dan entre éste y los sujetos particulares.

¹ Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L. Viamonte 1730, Piso 1°. Buenos Aires, República de Argentina, Página 226.

El Derecho Privado es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas particulares, y de estos con el Estado, cuando éste actúa como persona particular.

Si se persigue el interés del Estado estamos en el campo del Derecho Público. Si se persigue el interés del individuo estamos en el campo del Derecho Privado.

El Derecho Público es irrenunciable. En el Derecho Privado los individuos pueden o no ejercitar sus facultades que les otorgan las leyes.

El Derecho Público es imperativo. Mientras que el Derecho Privado campea el principio de la autonomía de la voluntad.

En el Derecho Público se hace todo lo que dice la ley, no lo que no prohíbe. En el Derecho Privado el individuo está facultado todo aquello que la ley no lo prohíbe expresamente.

Otros autores niegan estas diferencias, ya que dicen por definición el Derecho tiene una función colectiva: todo el Derecho es público. Llegando así al concepto de Derecho de Familia.

Concepto de Derecho De Familia

Se dice que el Derecho de Familia, parte de la existencia de la misma y trata de descubrir sus relaciones y fines. El derecho no crea a la familia solamente la reconoce y disciplina.

Las Instituciones familiares sobrepasan el dominio del derecho, debido a la influencia que en ellas ejercen la ética, la moral y la religión, en tal sentido el derecho no incide en todas las relaciones familiares, ya que muchas llegan a

resolverse en base a criterios morales. Sin embargo, existe la necesidad de que el Estado intervenga para lograr una mayor certeza y estabilidad en las diferentes relaciones del derecho de familia.

Para saber determinar el concepto de familia, debemos de tomar en cuenta algunos conceptos como: “Conjunto de normas positivas que regulan las instituciones como el parentesco, el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la tutela.

“Parte o rama del Derecho Civil relativa a los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad.”²

Poniendo el acento en la situación que la persona ocupa dentro del grupo familiar, define Díaz de Guijarro al Derecho de Familia como: “Conjunto de normas que, dentro del Código civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales”.³

Para Montero Duhalt Sara, el Derecho de familia es: “El conjunto de normas jurídicas de Derecho Privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares.”⁴

Se pretende así poner de relieve que esta rama del derecho tiene como principal objeto de estudio las constelaciones normativas que tipifican elementos e instituciones donde se desarrollan las relaciones personales de índole familiar.

2 Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L. Viamonte 1730, Piso 1º. Buenos Aires, República de Argentina, Página 233.

3 DÍAZ DE GUIJARRO, ob. Cit. No. 182

4 MONTERO DUHALT, Sara. Ob. Cit, pag. 24

Se destaca además que, el Derecho de Familia aún mantiene regulación de aspectos de la realidad socio jurídica que, en rigor, pertenecen a otras disciplinas. Así ocurre con instituciones y elementos típicos del Derecho de Menores, que encuentran natural ubicación en esta nueva rama del Derecho.

1.1.1. Diferencia entre Derecho Civil y Derecho de Familia.

El Derecho Civil es patrimonial por antonomasia. El Derecho de Familia destaca la relación personal de los miembros dentro el grupo familiar teniendo en cuenta la condición y estado que ocupan dentro de ella.

El Derecho Civil tiene normas permisivas en su generalidad, las normas del Derecho de Familia son imperativas de orden público.

Los derechos subjetivos familiares son inalienables, irrenunciables e intransferibles, en tanto que, eso no se da en el Derecho Civil.

En el Derecho Civil la autonomía de la voluntad es amplia, las relaciones de interpersonales del grupo familiar no están sometidas a la autonomía de la voluntad amplia.

El Derecho Civil es el conjunto de normas que regulan las relaciones patrimoniales entre particulares, normas que generalmente son permisivas por que están sometidas a la autonomía de la voluntad, y excepcionalmente restrictivas.

El Derecho de Familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial.⁵

1.1.2. Ubicación Sistemática Jurídica del Derecho de Familia

La segmentación del mundo del Derecho en diversas ramas solo constituye una solución para el adecuado estudio de las relaciones jurídicas y se muestra como un aspecto meramente instrumental al cual por consiguiente, sólo debe dársele la importancia que tiene en tal sentido.

Aparece la conducta humana como una integralidad y su regulación no difiere en cuanto a la finalidad perseguida por la norma. El ordenamiento de la vida del hombre en sociedad tiene como meta la justicia y tal orientación impregna el contenido de toda la normatividad, sin distinciones en cuanto a la etiología.

Señala Belluscio, acertadamente siguiendo la opinión de López Olaciregui, que ha de tenerse en consideración que la división entre el Derecho Público y Derecho Privado sólo es un ensayo aproximado, útil, pero que únicamente tiene sentido pragmático y didáctico, sin que pueda creerse en la existencia de una distinción neta, pues el Derecho es en definitiva uno solo.

Llambías, en tanto, expresa que entendido el Derecho Positivo como el conjunto de normas aplicadas coercitivamente por la autoridad pública, es menester “agrupar científicamente tales normas para realizar el estudio de ellas” y de ahí surgen las normas del Derecho Positivo, pero destaca dicho

⁵ (MAZEUD, Henry, León y Jean, Lecciones De Derecho Civil, Bs., As., Argentina, EJE, 1968, Vol. 3, pagina 4).

autor que la oposición entre Derecho Público y Privado no responde a una diversidad esencial, pues el concepto de Derecho es uno solo.

Concreta Llambias estas afirmaciones sentando que la división solo tiene un sentido pragmático y didáctico”⁶. Establecida esta premisa pierde entidad la tradicional cuestión referida a la pertenencia del derecho de Familia al ámbito del Derecho Privado o a la esfera del Derecho Público, originada primordialmente por Cuco al enunciar su teoría organicista.

El profesor Cicu que en las relaciones del derecho de Familia no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos ni una libertad de querer referente a estos intereses, manifestándose la subordinación de las voluntades a un interés superior mucho más claramente que en el Derecho Público.

Pero tradicionalmente el derecho de familia ha sido enmarcado dentro del derecho privado, específicamente en el Derecho Civil; sin embargo, el hecho de poseer caracteres propios que le produce una especial fisonomía, ha despertado en algunos juristas la inquietud sobre si es correcto ubicar el derecho de familia como parte del derecho privado o si quedaría mejor ubicado en el derecho público o si constituye una rama independiente de ambos.

El Derecho de Familia como parte del Derecho Social

Las grandes revoluciones al principio del siglo dieron origen al derecho, con características propias al derecho público y privado, al cual se le denominó Derecho Social.

⁶ LLAMBÍAS, Jorge J. Tratado de Derecho Civil, Parte general, Buenos Aires, 1967, t. L, p.42

Para Radbruch el Derecho Social se inspira en la nivelación de las desigualdades que entre ellas existe; la igualdad se convierte en meta o aspiración del orden jurídico.

En materia de familia, el Derecho Social es puro, ya que surge en el seno de la familia, el cual tiene por objeto integrarla, mantenerla unida, pero sometido a la tutela del derecho estatal ⁷; ya que en una serie de casos la libertad y la seguridad individual pueden ser garantizadas contra el abuso del poder.

El Estado en el Derecho Social, no actúa protegiendo los derechos individuales de cada uno de los miembros de la familia, sino la función que ésta realiza en la sociedad. Cuando se ejerce un derecho se cumple con un deber, siendo reciproca la exigibilidad, ya que los derechos familiares se tienen en función del cumplimiento de un deber.

No siempre los derechos familiares se otorgan en función del cumplimiento del deber, pues el titular del derecho puede oponerlo a quien pretenda desconocer su ejercicio, independientemente si existe o no un deber correlativo.⁸

El Derecho de Familia como subdivisión del derecho social forma parte del conjunto de normas que regulan las relaciones de comunión o integración, provenientes de las relaciones jurídicas propias de la familia, cuya existencia se advierte en la realidad jurídica (matrimonio, hecho de la unión natural de los sexos, etc), con carácter coordinador y luego con carácter subordinativo (régimen jurídico de la familia donde la patria potestad, la curatela, la tutela, filiación, legitimidad, etc.), forman un verdadero ordenamiento de tipo especial.⁹

7 GURVITCH, George. "El Derecho de Familia", Manual de Derecho de Familia, pág. 53

8 SANTONI, Jorge, Manual de Derecho de Familia, Pág.54

9 RAMELLA, Pablo A., Manual de Derecho de Familia, Pág. 55

El Derecho Social ha alcanzado un notable desarrollo, el cual ha trascendido en el ámbito internacional, que se constituye con los acuerdos y tratados entre los diversos países. En relación a la protección jurídica de la familia ésta ha experimentado una transformación en el derecho interno de los países. El constitucionalismo social logra el máximo desarrollo sobre la expresión de los derechos sociales y la protección de la familia; ya que conserva la idea de que la sociedad ha sido creada en beneficio exclusivo del hombre, sin embargo, las modernas declaraciones de los Derechos Humanos ha sustituido el termino individuo por el de persona humana, lo que significa que el hombre no puede concebirse fuera de los grupos sociales a los cuales se encuentra integrado.

A partir de la segunda post guerra mundial un movimiento supranacional (encabezado por las Naciones Unidas), encaminado a la protección de la familia genera un conjunto de declaraciones, resoluciones, planes de acción en relación a la familia, teniendo en cuenta los grupos familiares de alto riesgo y otras situaciones de desamparo que afectan a la familia, tales como: la mujer sola cabeza de la familia, la minoridad abandonada, entre otras.

La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, además de los Derechos Civiles y Políticos da origen a una nueva modalidad de Derechos Humanos, la cual se denomina “Derechos Sociales”, dentro del cual se encuentra la familia.

Todos los instrumentos internacionales generan una enorme potencial para la protección jurídica y social de la familia, que se complementan con una serie de políticas y estrategias internacionales que sobre este campo realizan principalmente las Naciones Unidas y otros organismos internacionales. Un aspecto fundamental lo constituye el hecho de que estos instrumentos imponen obligaciones jurídicas a los Estados signatarios y contienen disposiciones

destinadas a crear un sistema de vigilancia internacional de cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados.

El año 1994 se denomina el “Año Internacional de la Familia” lo que motivó que se proclamara la “ Declaración Universal de los Derechos de la Familia”, en la cual se reconoce enfáticamente la importancia de la familia para el futuro de la humanidad, ya que parte del texto expresa que “... *en la familia está el futuro de la humanidad y, que todo aquello que la fortalece, da estabilidad y fortaleza a la sociedad*”¹⁰

Ubicación del Derecho de Familia

El Derecho de Familia se ubica dentro del Derecho Público.

Características del Derecho de Familia

- Sus normas son de carácter público.
- Los fallos que resuelven conflictos del grupo familiar en la mayoría de los casos no alcanzan la calidad de cosa juzgada, son sentencias formales en su mayoría, no son sentencias materiales, es decir, las sentencias familiares son revisables ulteriormente.
- La autonomía de la voluntad es restringida. No pueden extinguir o modificar una relación interpersonal del grupo familiar sin intervención del juez.
- Sus normas son para regular la comunidad familiar.

Para Columbert, el Derecho de Familia se distingue por la presencia de tres caracteres claramente distinguibles, que son:

- Es un Derecho ínter normativo,
- Es un Derecho en movimiento; y

¹⁰ Manual de Derecho de Familia, Pàg.60,61

- Es un Derecho imperativo¹¹

1.1.3. LA FAMILIA DENTRO DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO

En la actualidad esta regulada como un grupo familiar o comunidad. Esta dentro la esfera del Derecho público. La familia está fuera del Derecho Civil.

Aunque la normatividad acerca la familia se le conoce desde el derecho Romano, pero se lo protegía, no como grupo o comunidad, sino teniendo en cuenta a los individuos del grupo familiar. Aún más, la normatividad estaba dentro el Derecho Civil.

1.1.4. Objeto del Derecho de Familia

Es la familia. Ya sea subsumiéndola en relaciones interindividuales (Código napoleón), mediante disposiciones expresas (Ley del matrimonio civil) o mediante un código especial (Código de familia).¹² Actualmente la normatividad siempre toma a la familia como una comunidad, como un todo.

1.1.5. Autonomía del Derecho de Familia.

Es autónomo por que posee principios estructurales propios y por habersele asignado un código especial: La ley de Familia.

1.2.- HISTORIA DEL DERECHO DE FAMILIA SALVADOREÑO

Para realizar un bosquejo histórico del derecho de familia salvadoreño, hay que tener en cuenta que las épocas cambian y resulta beneficioso conocer las modificaciones realizadas especialmente en nuestro medio. En otras

¹¹ COLOMBET, Claude, La familia, 5ª. Ed. Press Universitarias de France, Paris, 1997,ps. 37 y ss.

¹² SAMOS OROZA, Ramiro, Apuntes de Derecho de Familia, Charcas, Bolivia, JUDICIAL, 2da, 1995, pagina 39).

palabras, existe la necesidad de lo más relevante, y conceptuales que nos ayudará a tener una clara visión, de toda relación entre el pasado y la problemática actual.

Desde el inicio de la humanidad, el hombre se distingue de los animales por la capacidad de haber formado agrupaciones bien arraigadas para vivir en forma colectiva integrando grupos sociales, dentro de los cuales, cada uno tiene que adaptar su conducta y necesidad a las del grupo, como un proceso sociológico.

Las exposiciones de los autores que han escrito sobre el origen y la organización de la familia difieren y no hay uniformidad en los datos históricos. Sin embargo, generalmente en este sentido se dan las teorías que reflejan su origen y dependiendo de su comprobación, obtienen el grado de validez.

- a) La teoría Monogenista; y
- b) La Teoría Poligenista.

Para la primera las razas humanas descienden de un mismo tipo primitivo o tronco común.¹³ En cambio, la segunda teoría admite la multiplicidad de tipos de la especie humana.

La monogenista, es definida en el sentido de que sobre la faz de la tierra debió haber aparecido una sola pareja y que de esta se dedujeron las demás al multiplicarse. Esta teoría concuerda con la religión católica, en el sentido de que la humanidad desciende de una sola pareja: Adán y Eva. Esta teoría no ha sido respaldada por la ciencia por no tener base científica en que fundamentarse.

¹³ Diccionario Larousse – Marsella 53 C.P. 06600, D.F. Pág. 258.

La teoría Poligenista en contraposición a la Monogenista supone que en la tierra no apareció sólo la pareja, sino que muchas. Lo único que diseminadas en los continentes, de las que surgieron las diferentes razas conocidas en la actualidad; unas florecieron y otras se extinguieron por diversas causas, como cataclismo, terremotos, guerras, etc..

Es la familia el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. En las organizaciones antiguas (patriarcado), la familia era la sociedad total y única organizada, la esfera social en que el hombre realizaba el derecho, llamada así porque procede de la teoría de la prioridad, se supone que en las sociedades primitivas la familia era un grupo coherente constituido por lazos de parentesco, regido por la autoridad absoluta del padre, el cual era el varón considerado el más fuerte y el ascendiente más anciano, incluso hacia las veces de estado político. En períodos más avanzados, se forma una sociedad política, pero no dejan de ser un elemento constitutivo de la ciudad o de la tribu; es decir un elemento orgánico del Estado. Todavía hay vestigios de este régimen en la familia romana, en la sociedad feudal, etc. En la tercera fase, amplia y robustecida la sociedad pública, pierde su importancia política la familia y viene a tener únicamente la consideración privada.

Históricamente la doctrina ha clasificado las relaciones familiares en dos teorías:

- a) La del contrato social; y
- b) Las del hombre naturalmente asociado.¹⁴

La primera considera a la familia la más antigua de todas las sociedades y la única natural: “La familia es pues, si se quiere, el primer modelo de las

14 Compendio del Derecho Civil – Rafael Rojina Villegas Tomo I

sociedades políticas: El jefe es la imagen del padre el pueblo la de los hijos, y todos habiendo nacidos iguales y libres, no enajenan su libertad, sino en cambio de su utilidad. Toda la diferencia consistente en que, en la familia, el amor paternal recompensa al padre de los ciudades que prodiga a sus hijos en tanto que, en el Estado, es el placer del mando el que suple o sustituye este amor.¹⁵

La segunda teoría se refiere exclusivamente a la formación de grupos sociales unidos con el único objeto de tener intercambio comercial para su progreso personal.¹⁶

Al principio se formaron no de forma sistemática, grupos de seres humanos, lo hicieron de manera circunstancial, cuya primera incipiente organización fue la denominada “HORDA”, la cual era de grupos humanos donde en su interior no habían jefes, ya que se agrupaban con el sólo objeto de recolectar frutos para su alimentación, la necesidad personal los obligaba a agruparse por ello se dice que fue circunstancial..

Las relaciones sexuales las practicaban en verdadera promiscuidad, ya que no reconocían lazos familiares humanos, a los que se denominó CLAN, que era una organización social mejor con relación a la Horda, ya que en ésta empieza a funcionar la autoridad de algunos de sus miembros sobre la agrupación, dándose algo muy importante para el desarrollo de la sociedad, como es el reconocimiento de los lazos de parentesco, y algo más, floreció la etapa del matriarcado, ya que predominó con su autoridad.

¹⁵ El Contrato social. Juan Jacobo Rosseau – Editorial Porrúa S.A, No. 113 4ª Edición, Pág. 4, 1975

¹⁶ Civismo. Prof. José Armando Alvayero, 2ª. Edición. Pág. 114 y siguiente (sin año)

Como las clases, eran grupos humanos pequeños y por la necesidad de afrontar diferentes situaciones, tanto naturales como sociales; todo esto obligó a constituirse en las cuales sólo con clanes.

A través del correr de la historia, y por la necesidad de mantener la autoridad, las tribus se aglutinaron y formaron lo que se conoce como Confederaciones Tribiales, donde se dieron las grandes ciudades como Polis y los Civitas.

De esta forma el proceso social, fue consolidado los lazos de familiaridad, de manera tal que el parentesco se convirtió en una real institución; el desarrollo social fue ensanchándose hasta llegar al momento en que se inicia la civilización.

Es bueno señalar algo muy importante, que hasta aquí hemos podido constatar: “La familia es un fenómeno histórico que cambia a la par que la sociedad evoluciona”.

En las postrimerías del tiempo nos se conocía el matrimonio civil sino únicamente el religioso, el cual era autorizado por el jefe de la tribu o el sacerdote del culto.

El matrimonio civil aparece cuando ya las sociedades se organizan en Naciones o Estados.

Durante la edad media la familia recibe la influencia directa del cristianismo, que se traduce en una profunda modificación de la patria potestad, que además de otorgar derechos impone deberes en una elevación de la categoría del matrimonio al que se le considera como un sacramento y, en general en una tendencia humanizadora que a la vez que eleva la condición

moral de la mujer sienta las bases de la modificación que habría de producirse más tarde.

Con el triunfo de la revolución francesa, y gracias al cristianismo, la familia perdió la rigidez e inflexibilidad con que se concibió inicialmente en Roma como una unidad meramente civil y política se transformó en una institución dinámica, asentada generalmente en el matrimonio y en el parentesco.

Los profundos cambios de orden filosófico, político y social que ésta revolución introdujo, sin duda alguna ejercieron naturalmente gran influencia en la estructura de la organización que estudiamos y son la fuente, en términos generales, de los perfiles que todavía ahora conserva nuestro Código Civil.

A fin de lograr una visión más completa e hilvanada de los datos ya expuestos, conviene tratar a grandes rasgos, los fenómenos que caracterizaron el período de la colonia, en nuestro país.

Durante la Colonia, el trato familiar fue mutuo respeto entre padres e hijos. La autoridad familiar recaía sobre el padre de familia. Nada se podría hacer sin su consentimiento. La madre cuidaba del hogar, se dedicaba a los oficios domésticos. No se daba importancia a la educación escolar de la mujer; su vida era dedicada a cuidar el hogar y a practicar la religión cristiana.

Los hijos varones asistían a la escuela para recibir instrucción; las niñas aprendían oficios domésticos e instrucción religiosa; si acaso, aprendían a leer y a escribir.

La vida social en este tiempo era sencilla y tranquila. Las ciudades durante el día parecían desiertos; pocas personas transitaban por las calles.

Como no hubo alumbrado público hasta muy avanzado el siglo XVIII, el aspecto de las ciudades por las noches era siniestro.

Durante los trescientos años de la República de El Salvador y los demás países de Centro América estuvieron bajo el dominio de España, sucedieron muchos abusos por parte de las autoridades, siendo tratados los indígenas con verdadero salvajismo, sin respetar sus familias.

Por otra parte, hubo otra serie de acontecimientos, los cuales crearon las condiciones favorables para iniciar la acción libertaria; es evidente que las causas fundamentales que originaron el movimiento de liberación de las colonias de España, se basaron en el deseo de los criollos, de modificar radicalmente las condiciones políticas, sociales y económicas de todos los miembros que formaban su familia.

Después de la revolución Francesa, inicia la familia moderna. Como en toda revolución los cambios de orden filosófico, político, sociales y económicos fueron radicales, y su influencia en la estructura de la organización de la familia significaron para la historia de nuestro país un paso más; en términos generales adquirió perfiles que todavía ahora conserva.

La familia actual, aún se encuentra azotada por la falta de garantías efectivas que aseguren los derechos de los menores a la salud nutrición, educación, a vivir en un medio familiar, a la capacitación profesional, bienestar social, etc. En este sentido se puede comentar, que es fácil su comprobación, debido a las múltiples reformas que ha experimentado la normativa de Familia.

1.2.1. EVOLUCIÓN DE LAS PRINCIPALES INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA SALVADOREÑO

En lo referente a la historia del Derecho de Familia, es importante

además realizar un rastreo a las Instituciones Jurídicas del Derecho de Familia. Si queremos ser consecuentes con una trayectoria histórica, con el único propósito y objetivo de encontrar y ubicar en su tiempo y lugar las tendencias que han orientado nuestra normativa familiar hasta nuestra época, y cuya meta se vislumbre hacia el futuro; es necesario mencionar o determinar las instituciones jurídicas prominentes del derecho de familia a través de la historia.

Las tendencias normativas codificadoras de otros países europeos, orientaron las inquietudes y los buenos propósitos de subsanar muchas necesidades, conforme con los signos de los tiempos que en su momento acontecían y acorde a los cambios del mundo entero. Tal estado de cosas justificó la acogida entusiasta que tuvo en nuestro país la tendencia codificadora que surgió en Europa, que se reflejó en la primera Constitución (1824), la cual señaló como la segunda atribución del Congreso; formar el Código Civil.

Aspiración que se concretó el 23 de agosto de 1856, fecha en la cual el senador encargado de la Presidencia de la República de El Salvador, General de División Gerardo Barrios, sancionó el Código Civil Salvadoreño. El 14 de abril de 1860 se publicó un decreto ordenando la promulgación de ese Código en los pueblos de la República el Primero de mayo, y entró en vigor a los treinta días de esta última fecha, fue tomado del Código Chileno el cual a su vez fue inspirado en el modelo Francés. Bajo este rubro comprenderá el estudio de las diferentes instituciones que dieron origen a fortalecer las bases de los que en hoy en día conocemos como Derecho de Familia.

Se ha dicho que las instituciones jurídicas del derecho de familia son: el Matrimonio, la Filiación y el Parentesco; definiéndose al matrimonio, como: “La Unión del hombre y mujer concertada de por vida, mediante determinados ritos

o formalidades legales”. De cada una de las instituciones mencionadas, surge otras relaciones directas, por ejemplo: del matrimonio, el divorcio, etc.¹⁷.

La filiación, “es un vínculo existente entre padres e hijos y pueden ser legítima o por adopción”.

Del parentesco: “Vínculo jurídico existente entre las persona que descienden de un mismo progenitor, (consanguíneo) y entre el adoptante y el adoptado; surgen los alimentos, la tutela etc. ¹⁸

1.2.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA SALVADOREÑA.

La protección jurídica de la familia salvadoreña parte de la Carta Magna, tomando en cuenta la importancia social y jurídica de la misma, ya que se establece que es la base fundamental de la sociedad, por lo que el Estado debe brindarle bienestar, desarrollo cultural, social y económico; asimismo buscar la integración familiar, asegurándoles el goce de la libertad, la salud, la educación, según lo establece el Art. 1; lo cual se logra a través de la solidaridad, el respeto y dignidad de las personas que integran la familia.

En consecuencia, la protección de la familia se contempla en el capítulo II, Sección Primera en el Régimen de Derechos Sociales a partir de los Artículos 32 al 36, en los que se resaltan importantes cambios en materia familiar, en comparación con las Constituciones de 1950 y 1962 que también definían a la familia como la base de la sociedad; sin embargo las innovaciones de la Constitución de 1983 son más impresionantes, ya que una de ellas son el

¹⁷ Sara Montero Duhal “Tratado de Derecho de Familia”. Editorial Porrúa S.A., México 1984 pág.34

¹⁸ Diccionario de Derecho, Rafael de Pina, Edición Porrúa, S.A

reconocimiento del principio de igualdad del Derecho de Familia y la adopción de disposiciones de los tratados y convenciones en materia de familia.

La familia se enmarca como el Factor Primordial de la Vida Social, según lo estatuye el Art. 32 Cn. Inciso 1º, ya que al encabezar la primera parte del capítulo de Los Derechos Sociales de la Constitución de El Salvador, queda expresamente manifestado que se considera la familia como la depositaria de las restantes normas protectoras en el orden social, cultural, laboral y económico, por lo que merece una protección especial del Estado, pero tal protección no es únicamente jurídica, sino un mandato constitucional que integra los organismos, los servicios, y la legislación necesaria para la integración, el bienestar, y desarrollo social, cultural y económico "...Esto es, que hay un énfasis mayor en el concepto sociológico de familia, que trasciende la esfera de lo jurídico".¹⁹

En concordancia, con lo precedente se reconoce el papel fundamental de la familia en todo el ordenamiento, no solo jurídico sino también constitucional a nivel nacional, pues por su anterioridad al Estado permite apreciar el papel irremplazable dentro del contexto social, ya que dentro de la familia se acuñan fines específicos que son inherentes a ella, indelegables e insustituibles.

Esos fines consisten en:

- ✓ En la relación familiar, el hombre encuentra satisfacción a sus aspiraciones y afecto.
- ✓ La conservación de la sociedad la constituye la familia, ya que es el medio idóneo para la perpetuación de la especie humana.
- ✓ Los valores morales son importantes, en la formación de todo ser humano y la familia es el marco ideal para aprenderlos.

¹⁹ Exposición de motivos de la Constitución de la República de El Salvador. 1983

- ✓ La influencia familiar, es decisiva para conservar las tradiciones de generación en generación.
- ✓ La familia, es el factor primordial en la estabilidad social.²⁰

Derecho a Constituir Familia

Según lo establece el Art. 32, inc. 2º. Y 3º., y art. 33 de la Constitución parte final, establece que el fundamento legal de la familia es el matrimonio, sin embargo dispone que la falta del mismo no afectará el goce de los derechos familiares, ya que la Constitución misma ordena que la Ley secundaria regule la unión estable de un hombre y una mujer, consagrando de esta manera el Derecho que tiene todo ser humano a constituir familia sea por la vía matrimonial o por la convivencia de hecho; lo cual no significa que se esté excluyendo al matrimonio como el fundamento legal de la familia, ni que el Estado esté fundamentando la convivencia de hecho.

Principio de Igualdad:

Art. 32 inc. 3º., Art. 33, Art. 36 Cn., dado que el principio de igualdad es indispensable para la transformación y bienestar de la familia, la Constitución establece la igualdad como el principio informador de los derechos que consagra a favor de la misma, en el Art. 32 del inc. 2º. Se proclama la igualdad jurídica de los cónyuges y en el último inciso prescribe el goce de los derechos de los cuales gozan aquellas familias que se han formado sin los requisitos de una unión legalmente constituida.

En el Art. 33 establece la obligación de regular en las leyes secundarias las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y entre ellos y sus hijos, ya que se establecen derechos y deberes recíprocos sobre bases

²⁰ Suárez Franco, Roberto “Derecho de Familia”, 1984, Tomo I, pág. 5.

equitativas, para que las relaciones sean en un plano de igualdad, de coordinación y no se subordinación.

El Art. 36, establece la igualdad de derechos de los hijos frente a sus padres, sean estos hijos dentro del matrimonio o fuera de el, se prohíbe hacer mención en las Actas de Nacimiento la naturaleza de la afiliación con el fin de evitar estigmatizaciones. La constitución equipara derechos y oportunidades a todos los hijos, elimina la discriminación que implique un perjuicio moral en contra de su dignidad.

Protección a los menores

Los Artículos 34 y 35 de la Constitución, regulan los derechos fundamentales de los menores y la obligación del Estado hacerlos efectivos; la Constitución da las bases para desarrollar una protección social jurídica.

Protección Legal

El Código de Familia, desarrolla la normativa constitucional y adecua la legislación interna a los tratados u convenciones internacionales sobre la materia, suscritos y ratificados por El Salvador. La protección legal de la familia comienza a desarrollarse en el Código, desde el título preliminar el cual establece las disposiciones rectoras que determinan la finalidad del Código y que orientarán la normativa tanto en su interpretación como en su aplicación.

Por solidaridad familiar debemos entender la asistencia recíproca que se da en el seno familiar basada en los lazos de afecto; la realización en equipo de todas las responsabilidades y tareas familiares; el Código de Familia reconoce la importancia de la solidaridad encaminada a lograr el interés familiar.

Protección del Estado a través de Principios Rectores.

Dentro del derecho familiar existen ciertos principios que son aceptados por la gran mayoría de países, los cuales han sido retomados por el Código de Familia y aplicados en forma sistemática, estos principios son:

- La unidad de la familia: Este principio persigue lograr la integración familiar que ordena la Constitución.
- La igualdad de Derechos de hombre y mujer: que se reconocen en el matrimonio, unión no matrimonial y divorcio, sin que exista ninguna discriminación.
- La igualdad de derechos de los hijos: Dicho principio elimina toda discriminación por razón de sexo o afiliación.
- La protección de los menores: Desarrolla la protección integral que se establece en el Código como en las Convenciones, las cuales implican protección social y jurídica del menor, es a sí como el niño es protegido desde la concepción.
- Protección de la madre, cuando es la única responsable del hogar: La maternidad y la infancia requieren protección prioritaria y con mayor razón la madre cuando es la única responsable del hogar, el Estado debe acentuar mas la protección en este caso. El Código de Familia prevee protección especial para la madre cabeza del hogar, tomando en cuenta que en nuestro país existen muchos hogares en los cuales la madre actúa como responsable de la familia.

Interpretación, Aplicación e Integración de la Legislación de Familia.

Las normativas a favor de las familias que establece el Código de Familia, deben ser interpretadas de acuerdo a los principios rectores antes

mencionados y con base a los principios generales del derecho, tomando en cuenta que los derechos y deberes familiares son irrenunciables e indelegables, ya que las normas que regulan las relaciones familiares son de orden público y por lo tanto sus efectos no pueden ser modificados por la simple voluntad de las partes.

Debe tomarse en cuenta la interpretación de la Legislación Familiar al promulgarse un Código de Familia independiente, reconociendo la autonomía del derecho de la familia; ya que la protección legal de la familia es amplia, lo cual pretende integrar y promover a la familia en una forma eficaz.

CAPITULO II

ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

La unión de hecho es más antigua que el matrimonio mismo, ya que muchas de las relaciones familiares que se identifican en las sociedades primitivas eran simplemente uniones de hecho, las cuales en un inicio fueron grupales y posteriormente monogámicas. Obviamente que este tipo de relación se fue desarrollando en su conformación como parejas determinadas al punto de dirigirse al establecimiento del matrimonio. En este sentido la unión no matrimonial es anterior al matrimonio; así la unión de hecho o concubinato como también se le denominó en el transcurso de la historia, es aquella que carece de un formalismo o de cierta solemnidad, según lo que aporta el autor Luis Muñoz Morales.

La existencia de la Unión no matrimonial se ha reconocido en diferentes culturas antiguas, entre ellas la Griega, Egipcia, Hebrea, Aramea y Sumeria, por ejemplo, en la Grecia Antigua se menciona que “los señores de alto rango de la ciudad podrán tomar como compañeras a mujeres de menor grado social; pero les eran negado hacerlas sus esposas, por lo que éstas ocupaban el cargo de concubinas y las mantenían confinadas en la familia dedicadas a tareas secundarias.”²¹

Por otra parte, el escritor y jurista Marco G. Monroy Cabrá, hace saber que en el Derecho Romano aunque, el concubinato se entendía como una unión de inferior naturaleza a las justas nupcias y que producía efectos jurídicos, de acuerdo a esto, en la “Unión estable entre un hombre y una mujer sin *affetio maritalis*. Según Jaime Rodríguez Fonnegra, reconocía el amancebamiento como una mera situación de hecho y durante el bajo imperio

²¹ Vallejo T. Juan A. La Unión Marital de Hecho y el Régimen Patrimonial, entre compañeros parmanentes Sta Fe de Bogotá, Colombia Busnote. La Hca. 2000

acabó por reconocerse al concubinato como un matrimonio regular, pero de orden inferior a tal punto que en la época de Augusto se tomó como una especie de matrimonio, así los Romanos la consideraron como una unión Lícita.

De los requisitos anteriores se puede indicar que se extienden al concubinato los requisitos de diversidad de sexo, monogamia y edad; por otra parte se le imponen los impedimentos por parentesco y llegaba a producir determinados efectos jurídicos para el ejercicio de los derechos.

Según la Ley Iulia de Adulteris en sus disposiciones y las de Papoa Popea, se incrusta en la legislación de Justiniano, en donde el emperador trató de configurar esta Institución, buscando poner en orden el medio social donde ésta unión era un hecho frecuente. Al revisar la historia se ve al concubinato diferente que el amancebamiento, pues, por aquél se entendía la “unión sexual entre un hombre y una mujer púberes y hábiles legalmente para contraer matrimonio; mientras que el segundo implicaba las relaciones sexuales estables y notorias entre un hombre y una mujer púberes, que no podrán contraer matrimonios por existir entre ellos un impedimento de carácter conflictivo. En estos tiempos ambos términos se cumplen indistintamente en el lenguaje jurídico como sinónimo de relación sexual estable fuera del matrimonio.

2.1.1. Concepto de Unión no Matrimonial:

Es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años. Art. 118 C.de F.

2.1.2. Elementos que integran la Unión no Matrimonial:

Para determinar cuales son los elementos que integran la unión no matrimonial, debemos de tomar en cuenta la opinión de numerosos autores, los cuales plantean ciertos elementos que integran la unión no matrimonial, entre ellos retomamos la opinión de Josserand y Rodiere, para ellos, la noción de unión no matrimonial debe integrar los siguientes elementos:

- **Elemento Personal:** Se trata de un hombre y una mujer soltera, la heterogeneidad de sexos es esencial a la existencia de la unión, asimismo, el estado familiar de los sujetos es importantísimo, ya que no deben tener ningún impedimento legal para contraer matrimonio.
- **Elemento Real:** La convivencia de los sujetos, la comunidad de vida, la cohabitación, y la existencia de relaciones sexuales confirman el elemento real, hacer ver a las demás personas la existencia de un hogar, que reúna los requisitos de un verdadero matrimonio.
- **Elemento Psicológico:** Se caracteriza por el ánimo de permanencia que está ligado al elemento real, pues una relación causal o temporal no supone persistir en la voluntad de continuar la unión.
- **Elemento Temporal:** Unión continua por un período determinado, del cual se establezca la perdurabilidad de la unión; este puede considerarse con un mínimo de tres años o más (según lo establece el Código de Familia), por lo que el período de comunidad de vida ofrezca la apariencia de prolongarse en el tiempo.

2.1.3. CAUSAS DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL: 22

Las causas pueden ser:

- **Subjetivas:** La Unión no matrimonial nace al principio como fruto del convencimiento personal, por la bondad de ideologías libertarias, lo que revela una peligrosa actitud de rebeldía ante el orden jurídico establecido, es así, que puede ser producto de una situación de miseria, tal sería el concubinato en el mundo del subproletariado y del vagabundo u obedecer al propósito de lograr una ruptura más fácil que el divorcio, o tener su causa en la desigualdad social o en la depravación moral.

- **Objetivas:** Estas pueden ser:
 - **Por causas de Orden Religioso y Moral:** Dentro de ellas se mencionan la disminución de la fe, pérdida del sentido religioso del matrimonio y mayor libertad de costumbres.

 - **Por causas de Orden Ideológico:** Se incluye la difusión de ideas libertarias, por medio de la filosofía, literatura y teatro, el auge de movimientos feministas en su primera época, la mujer con independencia económica y social, equiparándose al hombre prefiere en ciertos casos, un asociado que le agrade y con quien sigue si la parece bien, que no tomara un dueño letal con las condiciones fijadas por el Código de Familia; se incluye el predominio del excesivo individualismo.

 - **Por causas de Orden Económico, Social y Cultural.** Se indica de modo predominante la gran aglomeración urbana, con el consiguiente éxodo del campo hacia la ciudad de

22 Linsam Barth Moore, Vanesa “Todo acerca del Concubinato”. Ensayo, Colombia, 1997, Pág.5

grandes masas de campesinos que fueron arrancados o se vieron obligados a abandonar el medio normal de su existencia (por ejemplo: Con la guerra civil que sufrió El Salvador en la década de los 70's y 80's).

Otros de los factores que no puede escapar de este estudio es el que corresponde al ámbito cultural; y lo constituye el machismo enraizado en Latinoamérica; sus orígenes se remontan a factores históricos sociales de la época de la conquista, debemos recordar que los españoles trajeron consigo sus costumbres y formas de vida, a parte de ello, la necesidad de formar o constituir un estado marital les hizo unirse a mujeres indígenas de esta región.

Es de advertir que los españoles se consideraron superiores a los indígenas, ya sea en cuestiones económicas o militares, por haber logrado el sometimiento de los aborígenes; dada esta circunstancia el sometimiento también se dirigía a sus barraganas (concubinas), imponiendo la superioridad del hombre hacia la mujer, esto ha sido arrastrado hasta nuestros días ya que el hombre se estima un ser superior a la mujer, razón por la cual esta debe someterse a sus decisiones y practicas, sobre todo en a forma de vivir, imponiendo incluso la situación marital mas conveniente para ellos. En los sectores de menores ingresos, algunas personas opinan que existe una mayor dificultad para contraer matrimonio, prefiriéndose en su reemplazo, el mantenimiento de uniones extraconyugales, aunque sean estables (unión no matrimonial); que no crean cargas ni obligaciones según los convivientes; algunos de ellos ignorando que hay regulación legal que los protege y que les brinda derechos y obligaciones; además de existir funcionarios autorizados que no devengarán emolumentos por los matrimonios que celebren, ni por las diligencias que deban practicar (Art. 34 C.Fm.), funcionarios como Alcaldes, gobernadores y cónsules dependiendo de donde se encuentren los convivientes

y éstos para evitar llenar formalidades o requisitos incluso para no incurrir en gastos de una recepción social, prefieren solo unir sus vidas y no contraer matrimonios; sin embargo en la actualidad las alcaldías han incluido dentro de sus tasas municipales el cobro por la celebración de matrimonios que se celebran por el Alcalde Municipal.

2.1.4. CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL.²³

Dentro de las características se mencionan:

- a.- **Cohabitación, comunidad de vida y de hecho:** Lo que determina una unión no matrimonial de una mera relación circunstancias, es el de cohabitación; si los sujetos carecen de un domicilio común. Esta cohabitación implica la comunidad de vida, es decir, posibilita que la pareja en mayor o menor medida, comparta la vida en todos esos aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del derecho, significa haber constituido un hogar común.
- b.- **Notoriedad, Publicidad:** La unión del hombre y la mujer consiste en una comunidad de hecho, de habitación y de vida que debe ser susceptible de conocimiento, por lo menos que la vecindad se entere que existe.
- c.- **Singularidad:** Significa que la relación debe ser entre el mismo hombre y la misma mujer, ya que debe ser fidelidad recíproca, la relación debe ser monologa y vivir en condiciones de moralidad suficiente..

²³ Belluscio, Augusto César “Manual de Derecho de Familia”, parte general 1ª edición, Buenos Aires Argentina, año 1979, pág. 489y Anita Calderon de Buitragoy otros “Manual de derecho de Familia, 1ª. Edición 1994, pa’g. 47

- d.- **Estable, continua e ininterrumpida:** La relación debe ser duradera y permanente; a tal punto que, faltando esta modalidad resultaría inaplicable, casi la totalidad de los efectos que contiene adjudicar a la unión no matrimonial. Art. 118 inciso 1º. C.F..
- e.- **Heterosexual:** Significa que deben ser personas del sexo opuesto el artículo 118 del Código de Familia, es claro al indicar que se trata de la unión sexual entre un hombre y una mujer.
- f.- **Debe existir plena capacidad:** No debe tener ningún impedimento para contraer matrimonio, artículo 118 del Código de Familia, en relación a los artículos 14 y 14 del mismo cuerpo legal.

□ **Como una Institución Jurídica de Derecho Social:**

Por referirse a la protección de la familia no constituida por un vínculo matrimonial, que busca establecer y determinar, a través de la declaratoria judicial los derechos y deberes que desde el momento de ruptura o muerte genera a uno de los exconvivientes.

Además está ampliamente protegida por el Estado mediante una estructura jurídica, tal como lo menciona la constitución de la República por el principio constitucional descrito en el artículo 33 parte final, que en lo pertinente dice: *“Regulará así mismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.”* Dicho principio constitucional es desarrollado por la ley secundaria de carácter especial como lo es el Código de Familia en su artículo 118 y siguientes, el cual está íntimamente relacionado con otras disposiciones que regulan situaciones jurídicas referentes a derechos y obligaciones para los exconvivientes.

Básicamente el Estado protege a través del ordenamiento jurídico toda relación familiar, sin importar el vínculo jurídico que los una.

2.1.5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL.²⁴

Cuando se busca un fundamento jurídico a las diferentes situaciones fácticas que se gestan en la humanidad y que por su misma naturaleza conllevan consecuencias jurídicas relevantes, surgen en primer plano las aptitudes generales que el ordenamiento adopta.

Para determinar cual es la naturaleza jurídica de la Unión No Matrimonial, debemos de tomar en cuenta los siguientes aspectos:

✦ La Unión no Matrimonial como un Acto Jurídico:

Es decir que todo acto jurídico como tal, constituye una manifestación de voluntad que crea, modifica o extingue una situación de derecho y que, en la mayoría de los casos, no basta la sola manifestación de ella, sino que también debe ir acompañada de la consecuente aprobación del funcionario competente que la autoriza para que sus efectos sean plenos y legítimos a la luz del derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico no concilia la posición que la Unión no Matrimonial sea un acto jurídico, y esto es obvio en vista que los presupuestos necesarios para que exista y valga como tal no tiene cabida en nuestra legislación, pero en el caso de Guatemala, por ejemplo se puede afirmar que sí es un acto jurídico, en virtud que la pareja que ha adoptado tal estado de convivencia, perfectamente se presenta ante el notario o acalde a efecto de

²⁴ Portillo, Ricardo José. "Las Uniones no Matrimoniales en El Salvador T. Universidad Dr. José Matías Delgado. 1994, pág.33

constar en acta su situación de vida posteriormente, dicha acta se inscribe en el registro de uniones de hecho.

✦ **Como Convenio:**

Entendiendo como tal el acuerdo de voluntades interesadas con un mismo fin en el cual intervienen dos o más personas. En este sentido es preciso hacer notar que la Unión no Matrimonial se constituye como un acuerdo entre hombre y mujer, para que den nacimiento a la unión, el cual se pone de manifiesto a medida transcurre el tiempo y la situación de vida de los convivientes persiste.

Socialmente sí constituye un convenio, porque existe un acuerdo entre dos personas que pretenden unir sus vidas en una relación estable; pero para el derecho no adquiere mayor relevancia o trascendencia regularlo como un convenio, ya que no es un negocio como los regulados por el Código Civil, sino que trasciende a la familia como base fundamental de la sociedad, y tiene una mayor protección por parte de la Constitución, Convenios Internacionales y Leyes Secundarias.

✦ **Como Contrato:**

Por no reunir las particularidades propias del acto jurídico, en consecuencia no podemos sostener que la unión no matrimonial constituya un contrato, por otro lado, los convivientes no se someten a ningún tipo de estipulación de los cuales se deriven derechos y obligaciones para ambos y que puedan exigir su cumplimiento; además todo contrato queda restringido al principio de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en el negocio jurídico. Muchos han sostenido la validez del contrato en la unión no matrimonial por que es el establecimiento de un vínculo jurídico permanente, productor de obligaciones entre los convivientes; en virtud de dicho contrato, la mujer se

obliga a cumplir con los deberes y se comporta como legítima esposa, cuidando y educando a los hijos comunes si los hay y atendiendo a la buena marcha del hogar; por su parte el hombre se compromete a subvenir en la medida de sus posibilidades, las necesidades económicas y obligaciones que ambos adquieren por tiempo definido, más nuestro derecho no lo retoma como tal.

✦ **Como un Estado de Hecho.**

Es considerado como un hecho extrajurídico, ya que por mucho tiempo ha sido ignorado por la Ley; no obstante de ser notorio, continuo y organizado. Autores como Jean Carbonier dice, que la unión no matrimonial es el matrimonio como el hecho es el derecho.

La unión no matrimonial es un ejemplo de la situación de hecho y lejos de ser una institución legalmente organizada, sigue siendo un estado que en particular acarrea consecuencias de derecho; es un conjunto de circunstancias en que los convivientes son considerados en sí mismo o en relación con grupos sociales más amplios de que forma parte.

El estado familiar de las personas, puede existir como una situación jurídica calificada con todas las características de su legitimidad, por realizarse los supuestos normativos constitutivos de la misma o como una situación de hecho respecto del ordenamiento jurídico y es así como encontramos en ese ámbito a la unión no matrimonial

✦ **Como una Institución Jurídica de Derecho Social.**

Por referirse a la protección de la familia no constituida por un vínculo matrimonial, que busca establecer y determinar, a través de la declaratoria

judicial los derechos y deberes que desde el momento de ruptura o muerte genera a uno de los exconvivientes.

Además está ampliamente protegida por el estado, mediante una estructura jurídica. Básicamente por el principio constitucional descrito en el artículo 33 parte final, que en lo pertinente dice: *“Regulará así mismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”*. Dicho principio constitucional es desarrollado por la Ley Secundaria de carácter especial como lo es el Código de Familia en el artículo 118 y siguientes, el cual está íntimamente relacionado con otras disposiciones que regulan situaciones jurídicas referentes a derechos y obligaciones para los exconvivientes.

El Estado básicamente protege a través del ordenamiento jurídico toda relación familiar, sin importar el vínculo jurídico que los una.

2.1.6. PRINCIPIOS DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL.

Estos principios los establece el derecho comparado, los cuales son:²⁵

- a. En relación a los gastos del hogar están a cargo de ambos convivientes, la mujer por su parte realiza y actúa por mandato del hombre, similar al que se le reconoce al matrimonio, su fundamento lo encontramos en el artículo 38 inciso 1º. Del Código de Familia, que dice: *“Los cónyuges deben sufragar en proporción a sus recursos económicos los gastos de la familia. Si uno de ellos no tuviere bienes ni gozare de emolumento alguno, el desempeño del trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos, con el mismo significado que las aportaciones del otro.”*

25 Op. Cit. Belluscio. Pág. 449

- b. Entre los convivientes puede existir una sociedad de hecho, de manera que si adquirieron bienes se da la liquidación y participación de los bienes. El Código de Familia en el artículo 119 inciso 1º. Establece que los bienes adquiridos a título oneroso durante la unión y sus frutos, así como los que produjeren los bienes que cada conviviente tenía a la iniciación de la unión, se aplicarán a los convivientes o sus herederos las reglas del Régimen de Participación en las Ganancias.
- c. La jurisprudencia admitió la acción de indemnización por daños y perjuicios del conviviente contra quien ocasionó la muerte del hombre o mujer con quien vivía. En nuestro ordenamiento jurídico el Art. 122 del Código de Familia, establece que en caso de muerte, el compañero de vida sobreviviente tendrá derecho a reclamar al responsable civil, indemnización por daños morales y materiales que haya sufrido. Considerando que en estos casos se incluyen además los gastos funerarios.

2.1.7. CONSECUENCIAS PROPIAS DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL²⁶

Pese a las apariencias desorientadoras de algunos sistemas legislativos, que en ciertos preceptos recoge efectos y consecuencias; en otros al contrario guarda silencio absoluto, existe confusión bastante fundada que ya algunos autores subrayan en el sentido que la unión no matrimonial no produce consecuencias entre los convivientes, lo cual en nuestra legislación no sucede así; en particular podemos concebir respecto a las relaciones personales se refiere, las siguientes:

²⁶ Op. Cit. Toruño, Pág.21-25

- **Vida Común:**

Los compañeros de vida tienen obligación de vivir juntos, tal como lo indica el Art. 118 C.Fm. pueden optar por la declaratoria de Unión no Matrimonial como procedimiento específico para lograr la separación, no cabe hablar de divorcio porque falta un nexo jurídico disoluble para que este pueda operar, pero sí la sentencia de la declaratoria judicial de la unión no Matrimonial. Art. 124 del Código de Familia.

- **Fidelidad**

No existe un deber de fidelidad arraigado, que incluso pueda su quebrantamiento alegarse ante un tribunal, gráficamente escribe Rodiere, hasta ahora no se ha visto un “conviviente” quejarse de infidelidad de su compañero o compañera reclamando ante los tribunales, para llevar al culpable a un cumplimiento más justo de sus deberes.

La unión no Matrimonial surge con el deber de ser monógamo al igual que el matrimonio mismo, es una especie de matrimonio de facto al lado del matrimonio de derecho; la poligamia es un estado inmoral incompatible con el estado de la Unión no Matrimonial.

El deber de los convivientes es abstenerse del trato sexual con otras personas, es de naturaleza eminentemente ética, sin embargo, nada puede obligar a los convivientes a ser fieles el uno al otro, cuando mucho, la infidelidad en la mujer puede oponerse al proceso sobre investigación de la paternidad, si no se ha observado una conducta honesta, debiendo entenderse por tal el caso de la fidelidad que debe observarse mientras persiste la unión no matrimonial.

- **Apellido**

La compañera de vida no puede adoptar el apellido del compañero de vida y aunque de hecho lo utilice, su uso no está protegido jurídicamente.

- **Nacionalidad**

La situación de unión no matrimonial no afecta para nada a la nacionalidad de ninguno de los convivientes, lo cual si es diferente en el caso del matrimonio.

- **Afinidad Legítima**

El principio, por el hecho de vivir en Unión no Matrimonial no se establece ningún vínculo de parentesco legal entre sí y la familia del otro.

2.1.8 EFECTOS Y CONSECUENCIAS .27

- **Personales:**

El Código de Familia reconoce algunos efectos jurídicos importantes, para lo cual dicha unión requiere de la Declaratoria Judicial de Convivientes, en el caso que quieran hacer efectivos sus derechos cuando la unión aún se encuentra vigente, como por ejemplo: protección de la vivienda familiar, artículo 46, presunción de paternidad, protección contra la violencia intrafamiliar, con base al incumplimiento del deber de respeto que establece el artículo 36 inciso 1º. , el cual es aplicable a los convivientes; para ello no es necesario que cumpla el tiempo de tres años que establece el artículo 118 inciso 1º. Del C.FM., sino que se solicitará cada vez que quiera ejercerse algún derecho, y es acá donde el Estado interviene por petición de

27 Saldaña, Miguel Ange. “Los diferentes medios de prueba en la Unión no Matrimonial, en el juzgado 1º. De Familia de Santa Ana, 2000, pág. 49-50

los convivientes, ya que si no han querido contraer matrimonio, es por que no requieren la intervención del Estado en sus relación, lo cual conlleva que no se halla establecido de forma clara un régimen de relaciones personales para los convivientes, por lo que se aplica analógicamente los del matrimonio, cumpliéndose con el principio de igualdad establecido constitucionalmente; y la Declaratoria Judicial de Unión no Matrimonial, cuando la unión a acaecido o uno de los convivientes ha muerto. (Art. 123)

□ **Patrimoniales:**

Estos surgen por regla general a partir de la declaratoria judicial de la unión, es decir cuando el conviviente interesado a requerido la intervención del Estado; la cual para mayor certeza jurídica, una vez es declarada judicialmente, dicha sentencia debe ser inscrita en el Registro del Estado Familiar y en otros registros públicos como: Alcaldías, DUI; para efectos de publicidad y seguridad de los terceros que contraten con los convivientes. A continuación detallaremos los efectos patrimoniales:

- **Régimen Patrimonial:** El Código de Familia establece en el artículo 119 inciso 1º. Que el régimen que se aplicará a los convivientes será el de Participación en las Ganancias, con el establecimiento del régimen se pretende evitar injusticias, pues al romperse la unión alguno de los convivientes pudiera resultar perjudicado.
- **Gastos de Familia:** El artículo 119 inciso 2º. Establece al remitirse al artículo 38 del Código de Familia, imponer a los convivientes la obligación de sufragar en proporción a sus recursos los gastos de familia, se protege también a la mujer en el sentido de que se les aplica a los convivientes la regla del artículo

38 inciso 1º, donde establece que “Si uno de ellos no tuviese bienes, ni gozare de emolumento alguno el trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos protegiendo así a la mujer que no tiene rentas pero trabaja arduamente en el cuidado del hogar. Asimismo es aplicable a los convivientes la solidaridad en el pago de las deudas para sufragar los gastos familiares cuando se generen por incumplimiento de uno de los convivientes, con el mismo significado que las aportaciones del otro.

- **Protección a la vivienda Familiar:** Con base al artículo 120 del Código de Familia, se permite a los convivientes la constitución del derecho de habitación sobre el inmueble que sirve de habitación a los convivientes y a su familia en los términos establecidos en el artículo 46 del Código de Familia.

Semejanzas entre unión no matrimonial y matrimonio.

- En todos se trata de dos personas de distinto sexo, extendiendo por ello a un hombre y una mujer.
- Hacen vida marital en común.
- Son un hecho real difundido.
- Entre la Unión no Matrimonial y el Matrimonio, tienen la característica de estabilidad, singularidad, continuidad y notoriedad.
- Entre el matrimonio y la Unión no Matrimonial, ambas tienen protección jurídica; tanto por la constitución como por la legislación secundaria (código de familia).
- Entre el matrimonio y la Unión no Matrimonial, la ley les reconoce derechos personales y patrimoniales.

- Si hubieren hijos menores de edad, al disolverse el vínculo matrimonial o el de conviviente el Juez determinará a cual de los convivientes o cónyuge corresponde el cuidado personal, el uso de la vivienda. Art. 207 incisos 1º., 2º. y 4º. CF.. Generalmente en el concubinato lo que se hacía era dejar a los hijos al cuidado de la mujer y posiblemente brindarles ayuda económica.
- Entre la Unión no Matrimonial y el Matrimonio existe cohabitación, lo que implica una comunidad de vida.
- Entre la Unión no Matrimonial y el Matrimonio la pareja tiene la obligación de sufragar en proporción a los recursos los gastos de familia.

2.1.9. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO DE LA DECLARATORIA JUDICIAL DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

- **La Declaratoria Judicial de la Unión no Matrimonial:** Es el acto real por el cual se legitima la Unión no Matrimonial, la cual es contenciosa.²⁸

Se entiende por contenciosa, cuando las partes no se pusieran de acuerdo entre sí, para declarar judicialmente la Unión no Matrimonial y tengan que tramitar esta a través del proceso de familia, logrando con esto que a partir de dicha Declaración la pareja o el conviviente pueda gozar los derechos establecidos por el Código de Familia, en los términos que lo consigna el artículo 123 del mismo; es decir que todas aquellas parejas unidas no matrimonialmente, que cumplan con los requisitos que indica la ley para declararla judicialmente, y no lo hicieren, no pueden gozar de los derechos en su conjunto, otorgadas a este tipo de uniones por el Código de Familia.

²⁸ Ministerio de Justicia “Documentos base y exposición de Motivos del Código de Familia. Tomo II 1996, pág. 96

- **Requisitos para Declarar Judicialmente la Unión no Matrimonial:**

Estos requisitos deben darse en el momento preciso en que se soliciten, ya que son de tipo procesal, necesarios para declarar judicialmente la unión. Dentro de éstos tenemos los siguientes.

□ **Que la Unión debe ser:**

- **Singular:** Debe versar la petición en hechos basados en una relación heterosexual, Art. 118 C. de F.
- **Continúa e Ininterrumpida:** Significa que la unión debe de mantenerse con el trato diario entre los convivientes, que se de día a día, sin romper la continuidad entre los convivientes.
- **Estabilidad:** Su perduración puede ser advertida en el tiempo, en forma no esporádica, a esto se le incluye la continuidad y estabilidad que debe tener, sin que exista interrupción alguna que afecte su duración y permanencia, sino que a medida que el tiempo transcurra, esta fortalezca más las relaciones personales entre los convivientes.
- **Notoriedad:** Que sea reconocida por los demás, y que a juicio de los terceros se proyecte la imagen de una pareja que ha formado un hogar, que establecen una familia; esto rompe la posibilidad de querer revestir la legalidad de una unión clandestina, si bien esta puede existir no cumpliría este requisito, el cual es de mucha importancia para su reconocimiento, especialmente si se quiere probar judicialmente.
- **Sin impedimento legal para contraer matrimonio:** Que los convivientes no debe estar ligados por un vínculo matrimonial o con

alguno de los impedimentos absolutos o relativos que establecen los artículos 14 y 15 del Código de Familia.

- **Que la unión haya durado un período de tiempo de tres o más años:**
Este plazo se estima de importancia, habiéndose fijado como mínimo el de tres años, período con el cual estamos de acuerdo porque en dicho lapso puede llegar a determinarse la estabilidad entre el hombre y una mujer que han hecho vida en común y pretenden continuarla.

Como toda regla general tiene su excepción, en este caso encontramos la de los menores de dieciocho años, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 14 del Código de Familia, el cual dice “*No obstante lo dispuesto en el ordinal primero de este artículo, los menores de dieciocho años podrán casarse si siendo púberes, tuvieran ya un hijo en común o si la mujer estuviere embarazada*”. Así mismo por analogía y relacionado con el principio de igualdad del artículo 3 de la Constitución, si un menor de edad a pesar de no cumplir con el requisito del período mínimo de tres años de convivencia, puede declararse la unión si se adecua a lo dispuesto en el artículo anterior.

Otras legislaciones, para el caso, la hondureña y guatemalteca disponen que la unión se haya dado por lapso de tres y cinco años, estimando que dichos período son los necesarios para determinar que la unión existe como tal.

- Que se de el fallecimiento de uno de los convivientes a la ruptura de la unión (Para el caso de la Declaratoria Judicial de Unión no Matrimonial).**

Si la ruptura de la Unión no Matrimonial de los convivientes es el motivo por el cual se da su declaratoria, solo procede cuando esta ha dejado de

existir, la otra forma por la cual se puede pedir la declaratoria es cuando la unión se extingue por el fallecimiento de uno de los convivientes, como lo regula el artículo 123 inciso primero del Código de Familia.

Procedimiento:

Declaratoria Judicial:

El proceso a seguir se encuentra regulado a partir del artículo 42 de la Ley Procesal de Familia, de la siguiente manera:

- | | | |
|----|-----------------------------|-------------------------|
| a. | Demanda. | Art. 42 L.Pr.Fm. |
| b. | Prevención por enmendar | Art.96 L.Pr.Fm. |
| c. | Admisión de la demanda | Art. 95 L.Pr.Fm. |
| d. | Emplazamiento del demandado | Art.126 L.Pr.Fm. |
| e. | Contestación de la demanda | Art. 97 L.Pr.Fm. |
| f. | Pruebas | |
| g. | Examen Previo | Art.98 L.Pr.Fm. |
| h. | Audiencia Preliminar | Art.102 L.Pr.Fm. |
| i. | Conciliación | Art.102 L.Pr.Fm. |
| j. | Fase Saneadora | Art.106 L.Pr.Fm. |
| k- | Audiencia de Sentencia | Art.114 y sig.L.Pr.Fm. |
| l- | Recursos | Art. 147 y Sig L.Pr.Fm. |

Para presentar la demanda ésta debe de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 42 de la Ley Procesal de Familia, el cual señala en su inciso primero que se presenta por escrito; asimismo esta debe tener tantas copias como demandados hayan, más una copia adicional para el archivo del juzgado y además tiene que ofrecer la prueba que se va a ventilar en el proceso, se incluye las certificaciones de las Partidas de Nacimiento de ambos convivientes, para verificar si existe alguna marginación, ya sea maritalmente o por una declaratoria de Unión no Matrimonial con otra persona; en el caso que

la ruptura sea por fallecimiento se incluirá la partida de defunción del conviviente y de nacimiento de los hijos comunes si los hubieren.

La demanda podrá modificarse o ampliarse por una sola vez antes de su contestación, así lo establece la Ley Procesal de Familia, en su artículo 43. Una vez presentada la demanda, el juez resuelve sobre su admisibilidad por un término de cinco días, Art. 95 L.Pr.Fm., en el caso que no sea admitida, porque carece de algún requisito de los que la ley exige, el juez ordenará qué requisitos faltan y otorgará tres días al demandante para que ésta sea subsanada en sus peticiones, si no lo hace se declarará inadmisibile dicha demanda.

Si la demanda es admitida, el Juez comisiona a una trabajadora social asignada al tribunal que lleva el caso, a efecto de que constate si son ciertos los hechos expuestos en la presente demanda y demás datos que sean de interés en el proceso que se lleva y además en el caso de ser la ruptura por fallecimiento de uno de los convivientes se libra oficio a la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia que informe si existe o no testamento alguno, o si han iniciado anteriormente diligencias de declaratoria de heredero o yacencia.

Emplazamiento, cuando el domicilio del demandado fuere conocido se le notificará y emplazará personalmente o por esquila; y si no fuese conocido se procederá de conformidad al artículo 220 del Código Procesal Civil, "Por tablero en el Tribunal correspondiente".

De conformidad al Artículo 126 inciso primero de la Ley Procesal de Familia, se ordenará emplazar por medio de edictos que se publicarán por tres veces, en un diario de circulación nacional por intervalo de cinco días a todas aquellas personas que se consideren que la sentencia que se pronuncie, les afectará en sus derechos, para que comparezcan a ejercer su derecho de defensa.

Contestación de la Demanda. Una vez emplazado el demandado deberá contestar la demanda durante el término de quince días a partir de la notificación; existe diversas formas en que se puede contestar la demanda, como lo establece el artículo 97 de la L.Pr.Fm.:

- El demandado podrá contestar la demanda, oponiéndose a las pretensiones del demandante.
- Puede además presentar excepciones ya sea dilatorias como perentorias.

Las pruebas vertidas en audiencia pueden ser:

- **Testimonial:** Debe ofrecerse en el mismo escrito al presentar la demanda, indicando las generales de los testigos y el lugar donde pueden ser citados. Se regirán por las reglas del artículo 292 Pr.C., y además no se aplicarán las normas sobre incapacidades y tachas que se regulan en la legislación común.
- **Instrumentales:** La Ley Procesal Civil en su artículo 254, nos establece que existen tres clases de instrumentos, públicos, auténticos y privados; en la declaratoria judicial de Unión no Matrimonial los más utilizados por las partes son: Públicos: Testimonio de la escritura matriz de poder, otorgada por las partes o por sus correspondientes apoderados, art. 11 inc. 1º., L.Pr. Fm.; Testimonios de la Escritura Matriz de Inmueble, cuando se persiguen intereses económicos y liquidaciones; Auténticos: Las Certificaciones de Partidas de Nacimientos de defunción, etc; Privados: Cartas, fotografías y constancias de salarios, son las más frecuentes.

- **Pericial:** Esta consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos y científicos, que la persona versada en la materia que se trate hace para dilucidar la controversia. Art. 343-365 Pr.,C. .
- **Juramento:** El art. 311 Pr.C., nos menciona que si la creencia de la persona no le permite prestar juramento, prometerá decir verdad bajo la palabra de honor. Y con base al sistema de valoración de la prueba en materia de Familia que es la Sana Critica, queda a criterio del Juez si las declaraciones se tomarán como estimatorias o decisorias.
- **Confesión:** Este es un reconocimiento expreso que hace el demandado aceptando su culpabilidad; ésta puede darse al principio o dentro del juicio, por parte del demandado.
- **Inspección personal;** Es la comprobación que hace el juez de vista y de oídos sobre la verdad del hecho, que se trata de averiguar. Art. 366 al 370 del Código Procesal Civil.
- **Presunciones:** Este es un juicio lógico del legislador o del Juez, que consiste en tener un conocimiento cierto o probable de un hecho, partiendo de hechos debidamente probados.
- **Científica:** Son aquellas que a través de la evolución científica y técnica pueden dar noticia de los hechos acaecidos y que están vinculados con los puntos controvertidos.

Las pruebas se recibirán en audiencia preliminar, el plazo para señalar esta audiencia será en un mínimo de diez días y no mayor de treinta días, contados a partir de la fecha en que se hizo el auto de señalamiento (Arts. 36,99 y 109 Pr.Fm.). Pero en el caso que no fuere posible recibir toda la prueba en esta audiencia se ordenará suspenderla y se citará para continuarla, en los diez días siguientes, Art. 120 L.Pr.Fm.

Es de hacer notar, que a pesar de poder llegar a un acuerdo conciliatorio de las partes en esta Audiencia; el juez debe pasar a la siguiente fase y dictar Sentencia, para no violar los derechos a los terceros involucrados y con interés en que se de o no dicha declaratoria.

Audiencia de Sentencia: Recibido todo el acervo probatorio, y si las partes están de acuerdo con los hechos o si se tratare de aplicar la ley al objeto del proceso, el juez fallará en esta misma audiencia y si fuere posible dictará la sentencia en el mismo acto. En caso contrario la pronunciará dentro de los cinco días siguientes, tal y como lo establece el Art. 122 Pr.Fm y 124 C.Fm..

Recursos; Una vez dictada la sentencia, las partes tienen cinco días a partir de la notificación de ésta para poder interponer el recurso de apelación, sino están de acuerdo con la resolución dictada o ésta les afectara.

DECLARATORIA DE CALIDAD DE CONVIVIENTES.

La Unión no matrimonial es un fenómeno social de hecho o fáctico por naturaleza, se puede saber que existe en determinado momento, pero no qué tanto continuará en el futuro; lo cual solo se puede precisar cuando concluye, antes no; la jurisprudencia no configura, ni organiza dicha situación sino que se limita a liquidarla; y en atención a ello se procede a liquidar los intereses de los convivientes. Por todo esto el artículo 13 del Código de Familia, exige que para el goce de los derechos que confiere la unión no matrimonial se requiera de la declaración judicial previa de su existencia y que dicha declaración proceda al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o a la ruptura de la unión, tal existencia surge de la misma naturaleza “de hecho”, que caracteriza a esta relación.

Al terminarse la Unión, solo puede decirse con certeza que la hubo o que existió, se establece cuando empezó y cuando concluyó y es determinado por el juez, a solicitud de una de las partes.

En nuestra legislación, la declaratoria judicial de conviviente surge aparejada con la declaratoria judicial de la unión no matrimonial, logrando así un completo beneficio para los convivientes, considerando que todas aquellas uniones no matrimoniales que por el hecho de tener actual existencia su declaratoria tienen iguales derechos los convivientes que los cónyuges; y por ende incluidos los derechos otorgados a éstos.

Es, en éstos casos que la declaratoria de la calidad de conviviente toma importancia, ya que con ésta se puede adquirir uno de los derechos otorgados a la unión no matrimonial declarada, en la que uno de los convivientes está incumpliendo, no hasta que dicha unión se haya extinguido, sino cuando ésta aún existe.

CUADRO COMPARATIVO DE LAS DIFERENCIAS QUE EXISTEN ENTRE LA DECLARATORIA JUDICIAL DE CONVIVENCIA Y DE UNIÓN NO MATRIMONIAL

DECLARATORIA JUDICIAL DE CONVIVENCIA	DECLARATORIA JUDICIAL DE UNIÓN NO MATRIMONIAL.
a) Puede pedirse en la existencia de dicha unión	a) Procede cuando la unión deja de existir.
b) Se adquiere por cada declaratoria un derecho, siendo así que por cada derecho que se quiera ejercer se solicitará una declaratoria de la calidad de conviviente.	b) Con la declaración se adquieren todos los derechos en conjunto

c) No hay tiempo establecido para declararla, depende del criterio del juez.	c) Se requieren un mínimo de tres años para declarar la disolución de la unión.
d) Establece solo la fecha de inicio de la unión.	d) Se establece la fecha de inicio y de cesación de la unión. Art. 124 No. 1 C.Fm.
e) No es necesaria una ruptura o desacuerdo, al contrario pueden solicitarla ambos convivientes.	e) Es necesaria la ruptura de la unión o la muerte de uno de los convivientes, y la solicita uno de los convivientes.

CAPITULO III

PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL

La exposición clara y específica sobre el origen y desarrollo de la institución “Unión no Matrimonial”, como el fenómeno social que nos permite observar a través de él, una de las formas en que se manifiesta la familia en la realidad social, una vez que surge de la pareja que establece este tipo de relación, pero vinculado a ello se encuentra otra institución jurídica, de la cual se puede decir que guarda íntima relación con la anterior, como lo es el Patrimonio, ya que es considerado como parte esencial en la familia, pues es una Institución jurídica y no podría haber familia sin patrimonio, por muy pequeña que ésta sea o por escaso que sea su patrimonio.

El patrimonio familiar es uno de los conceptos que permite ahondar en aquellos aspectos que tienen incidencia dentro de las instituciones familiares.

El patrimonio, en el caso de la unión no matrimonial, está protegido por normas de carácter familiar, en el estado en que se encuentran los convivientes justo en el momento de la ruptura o separación.

Por lo tanto, es atinado hablar de lo que significa el patrimonio y cuales son sus alcances en esta materia. Cuando se menciona patrimonio inmediatamente viene la idea de pertenencias o propiedades, aquello de lo cual se puede ejercer dominio absoluto por ser cosa propia, sin embargo en opiniones de los juristas se entiende por patrimonio “La personalidad misma del hombre considerada en sus relaciones con los objetos anteriores, sobre las cuales puede o podrá tener derechos que ejercita, comprende no solamente en acta, los bienes ya adquiridos, sino también “in potentia” los bienes por adquirirse, es esto lo que expresa correctamente la palabra Alemán Vermögen, que significa a la vez poder y patrimonio. El patrimonio de una persona es su

potencia jurídica, considerada de una manera absoluta y libre de todo límite de tiempo y de espacio". "El patrimonio es el conjunto de los bienes de una persona considerados como una universalidad de derecho"²⁹, así se expresaron dos autores de renombre Aubry y Rau en una famosa y conocida definición de patrimonio. Como se logra apreciar, la precedente definición es muy amplia, ya que en ella se indica una serie de subconceptos o categorías jurídicas que van más allá de una simple y llana conceptualización, pues se nota que abarca buena parte de la persona natural y jurídica; en consonancia con estas palabras al examinar otro concepto se tiene que es "el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas de índole económica. También puede ser "la Hacienda o bienes que se heredan de los ascendientes o descendientes; así como "Los bienes propios, espiritualizados y luego capitalizados y adscritas a un ordenado, como título o venta para su ordenación".

Pero para el autor Capitant es "El conjunto de los derechos y de las cargas apreciables en dinero, de que una misma persona puede ser titular y obligada y que constituye una universalidad jurídica.

La palabra se emplea alguna vez para designar un masa de bienes que tiene más afectación especial, por ejemplo una fundación"³⁰. Con este último concepto se observa que el patrimonio es inherente a toda persona, siempre y cuando esta exista. Cada autor ha conceptualizado el patrimonio desde sus diversos puntos de vista, sin embargo convergen en puntos comunes.

29 Bonnetcase, Julien: Tratado Elemental de Derecho Civil, colección clásicos del derecho, Editorial Flecha, Argentina, 1995 pág. 466.

30 Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de derecho Usual, Tomo VI 23ª. Edición, editorial Heliasta S.R.L. Argentina, Pag. 152.

Pero el concepto que más interesa del patrimonio es aquel, que se construye dentro de la familia, es decir, el concepto de un patrimonio familiar, ya que la familia como núcleo primario de la sociedad se considera esencial por su histórico y largo origen.

Es así como en el Siglo XIX aparece el concepto de Patrimonio Familiar con el propósito de definir a las cosas materiales "...asegurar la vivienda y la subsistencia de un grupo familiar, con la peculiaridad de transmisión dentro del mismo, que le da sentido al adjetivo familiar; puesto que en cada etapa o generación, lo posee un titular individualizado, con exclusión de un colectivismo hogareño"³¹.

Es muy cuestionable que los bienes materiales que forman parte del patrimonio de una familia pertenezcan con exclusividad a un solo miembro, pues, es evidente que la sociedad y el alto costo de la vida, actualmente demanda que tanto padres como hijos se incorporen a un tipo de labor productiva, para la obtención de ingresos, lo cual permite el aseguramiento de ese patrimonio; por otra parte y sin alusión a la llamada Teoría de Género, el rol de la mujer en la sociedad contemporánea, es elemento esencial para considerar el aspecto patrimonial de la familia, ya que en buena parte y en casos especiales, es la mujer la única que trabaja en el hogar, y es ella quien aporta los ingresos económicos, siendo el motor para la adquisición de los bienes, tenemos así que estudios realizados en otros países revelan una realidad que no es ajena a El Salvador, "se trata del caso habitual en que la mayor aportación a la economía familiar la hace la mujer, no solo la asalariada sino aquella que busca ingresos en trabajos eventuales". ³²

³¹ Idem

³² De Aviles, Victoria Marina Velásquez, Revista "Quehacer Judicial, Mayo 2005, NO. 38 Pag. 6

Dichos estudios señalan que las mujeres aportan a la economía familiar la totalidad o la mayor parte de sus ingresos, al tiempo que los hombres entregan solamente una parte, dedicando el resto a otros menesteres y más frecuentemente al consumo personal.

De acuerdo a un estudio de la Comisión Económica para América Latina CEPAL (1999) el aporte mayor de las mujeres al ingreso familiar se da en los lugares del área urbana, en los hogares nucleares es monoparentales (70%) y en los hogares extensos y compuestos (47%). Por eso es importante la protección del patrimonio familiar, ya que por muy sencillo que parezca, es el producto del esfuerzo humano no solo del hombre sino también de la mujer e inclusive a veces de los hijos que a temprana edad se vuelven productivos y logran generar ingresos dentro del hogar y para el hogar.

No es novedoso mencionar que la protección del patrimonio de las uniones no matrimoniales, es algo de necesidad urgente por carecer de protección, porque si bien es cierto que existe una legislación que lo protege, aquí se busca determinar de qué manera, la aplicación del Derecho de Familia, busca la efectividad de dicha protección, una vez que se da la separación o fallecimiento de uno de los convivientes.

Por los aspectos antes mencionados, es muy importante el criterio jurisprudencial y el dominio doctrinal que del derecho tenga el juzgador para lograr interpretar correctamente las normas de familia que giren en torno a la Institución familiar de la que se está tratando y que de esta manera se pueda hacer una buena aplicación del Derecho de Familia.

La protección de la vivienda familiar que aparece en el artículo 46 del Código de Familia no solo está referida al Matrimonio sino también a las uniones no matrimoniales.

Por consiguiente se debe tomar en cuenta el aspecto sustantivo y procedimental de las normas del Derecho de Familia, sobre todo para establecer si el derecho de libre disposición de los bienes como parte del derecho de la propiedad privada, se violenta o no con la aplicación de la disposición del artículo 46 del Código de Familia.

3.1.1 PROBLEMAS PATRIMONIALES RELACIONADOS ENTRE LOS CONVIVIENTES PLANTEADOS POR LA UNIÓN NO MATRIMONIAL.

Los principales problemas planteados en dicha relación son:

✦ Comunidad de intereses entre los convivientes:

La familia no constituye una simple cooperativa de consumo, sino que juega un papel importante en el caso de los convivientes, los servicios que cada uno aporta a la vida del hogar y de familia, dado que las actividades adquisitivas de un conviviente son fomentadas y reforzadas por la ayuda del otro, es preciso determinar cual será la participación de cada uno en las adquisiciones realizadas por el otro y en que forma han de tenerse y percibirse.

La vida práctica nos muestra que la cuestión de los intereses patrimoniales constituyen un problema sin solución, que se presenta cuando llegan a su fin las relaciones entre los convivientes. Por lo que nuestra legislación en el artículo 119 C.Fm., establece: “los bienes adquiridos a título oneroso durante la unión y sus frutos así como los que produjeren los bienes que cada conviviente tenía a la iniciación de la Unión, se aplicarán a ambos convivientes o sus herederos, las reglas del Régimen de Participación en las Ganancias” (art.51c.fm.), significa que uno de los convivientes adquiere el derecho de participar en las ganancias obtenidas por el otro durante la unión.

Respecto al inciso segundo del mismo artículo, el cual nos remite al Art. 38 C. Fm, impone a los convivientes la obligación de sufragar en proporción a sus recursos económicos, los gastos de familia. Protegiendo a la mujer quien ha sido a través del tiempo la que ha sufrido de desprotección y abandono por parte del hombre y por ende por el Estado. Por lo tanto si uno de los convivientes no hiciere un aporte económico, se tomará el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, como su contribución a los gastos.

Doctrinariamente se presenta la tendencia que existe una sociedad de hecho entre los convivientes, y por razones de equidad debe dárseles el beneficio de una liquidación equitativa, lo cual, no obstante, significaría con frecuencia, desposeer de esperanzas legítimas a los herederos, quienes no son responsables de la irregularidad de la situación de sus causantes.

Frente a terceros la compañera de vida actuará, de hecho, con mucha frecuencia, como si estuviera casada y es posible o más bien seguro que nada haga para deshacer el error de quienes la tengan por tal. La vida en común que se prolonga durante algunos años no puede dejar de tener influencia profunda en los bienes de los convivientes. Quienes no contentos con unir sus vidas a menudo confunden sus bienes; hacen fondo común, cada uno aportando muebles y enseres a la vivienda, dedican sus ahorros comunes para realizar compras o inversiones, a veces explotan juntamente un negocio comercial (tienda-kiosco, etc) y los rendimientos y utilidades que de el obtienen son utilizados para el mantenimiento de su relación. De este modo, se va creando poco a poco una confusión en los bienes, que no hace sino crecer con la duración de la unión.

Ante esta situación Rodiere ha escrito: “No hay comunidad de vida sin una cierta mezcla de intereses pecuniarios”. Deseable sería que esta mezcla no suponga demasiada confusión.

Por el mero hecho de vivir en Unión no Matrimonial y aunque se prolongue en el tiempo con mayor o menor estabilidad, el conviviente no puede ostentar la jefatura familiar ni ninguna clase de autoridad jerárquica sobre la compañera de vida. Evidentemente no puede desconocerse la subsistencia de un vínculo jerárquico supuesto conyugal, en virtud del cual responde el compañero de vida la jefatura de la familia, quedando la mujer en una posición de segundo plano, podría el compañero de vida atribuirse el derecho a fijar la residencia familiar debiendo la mujer y los hijos seguirle, así como atribuirse arbitrariamente el decidir si su compañera de vida desea ejercer un trabajo liberalmente, asimismo, incluir el principio de unidad de dirección que existe en el matrimonio, pues en toda agrupación hay una exigencia vital de dirección e impulso que se le atribuye al marido; sin embargo, ninguno de esos efectos de orden personal puede predicarse en la unión no matrimonial.

✦ **Hijos procreados en la Unión no Matrimonial.**

Podemos afirmar sin duda, que la unión no matrimonial en nuestro medio es prolífera, la fecundidad ilegítima es bastante mayor a la legítima, la llegada del hijo constituye un hecho que el Derecho no puede pasar desapercibido. Pueden desentenderse de las relaciones que existen entre los compañeros de vida, pero no cuando existe la prole. El reconocimiento de la llamada “Familia Natural” constituye un tema sumamente prolijo el cual aquí no estudiaremos, sólo hemos de advertir que no se agota en el tema de la unión no matrimonial, ya que los hijos pueden haber nacido de relaciones puramente accidentales o pasajeras de padres ajenos totalmente a cualquier idea de unión estable y

permanente, la cual a pesar de ello puede surgir luego de existir hijos por parte de cada uno de los convivientes como hijos comunes, para lo cual el código de familia regula lo siguiente:

- Haber sido reconocidos voluntariamente por el padre y haber sido adoptados antes del reconocimiento por uno o ambos padres.
- Que los convivientes, después de un tiempo formalicen su relación, la conclusión no es rara, el Derecho se interesa en ello cuando existen hijos, para establecer el beneficio de este regreso al orden para legitimarlos por el matrimonio de sus padres, al lado de la tradicional legitimación del hijo natural, hay lugar en adelante, para atribuir el beneficio de la legitimidad al hijo sin padres.

PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

La Disolución puede darse:

- Por la muerte de uno de los convivientes.
- Por mutuo consentimiento,
- Por abandono.
- Y por el inicio de una nueva unión o el matrimonio de alguno de los convivientes con persona diferente al conviviente actual.

Cualquiera que sea la razón de la disolución esta trae aparejadas consecuencias jurídicas, dentro de las cuales podríamos mencionar:

- **Que se dé la existencia de la Unión no Matrimonial, a través de la declaratoria judicial. Art. 123 C.Fm.** siendo ésta como el mecanismo que se acciona para exigir los derechos que les corresponden a los compañeros de vida.

Como parámetro se incluye la experiencia recogida del sistema Guatemalteco, del cual se extrae la formalidad de la declaratoria judicial y el Registro posterior de la unión, de esto se concluye que la declaratoria judicial de unión no matrimonial solo procederá en los casos de ocurrir el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión; la revisión hecha en dicho artículo no puede limitarse únicamente a los supuestos señalados en el precepto; es decir, reconocer los derechos una vez haya finalizado la unión, en cuanto que hay circunstancias que será preciso exigir; responsabilidades a uno u otro conviviente durante el momento mismo que exista la unión, para lo cual se encuentra la declaratoria judicial de conviviente, con la que se exigirán derechos; de tal suerte que sería ilusorio esperar hasta que la unión termine para exigir los derechos que confiere la supuesta normativa; para obviar tal situación que constituye un serio inconveniente para los compañeros de vida, el hecho de necesitar y solicitar una declaratoria para hacer uso de cada derecho que se requiere; respecto a la declaratoria judicial de conviviente debería de exigirse todos los derechos que a favor de los convivientes se disponen en el Código de Familia con una sola de ella, sin necesidad de requerir una nueva declaratoria, con el fin de evitar trámites para el tribunal como para los convivientes.

- **Acción Civil:** En caso de muerte de un compañero de vida, el conviviente sobreviviente tiene derecho a exigir la indemnización correspondiente al responsable civil, según lo establecido en el Art. 122 C.Fm.. Esta disposición constituye una solución a uno de los problemas que ha sido uno de los más difíciles de solucionar, incluso en legislaciones mas avanzadas, hasta la fecha no había sido resuelto ni por la jurisprudencia asentada en nuestros tribunales; pero en la actualidad constituye el reconocimiento pleno a los derechos que deben de otorgarse a los compañeros de vida; para

que produzca los efectos legales pertinentes, la unión no matrimonial debe ser declarada judicialmente, de tal suerte que así será como podrán exigirse los derechos que le corresponde al compañero de vida sobreviviente; en el Registro del Estado Familiar se inscribirán los fallos declaratorios de uniones no matrimoniales, así como también en los distintos registros públicos del país, para el caso en Registro del Estado Familiar de las Alcaldías.

- **Derecho a suceder:** El Derecho a Sucesión lo regula el Artículo 121 C. De Fm., disponiendo que en caso de que ocurra el fallecimiento de uno de los compañeros de vida, el otro tiene derecho a ser llamado a la sucesión intestada en el mismo orden que los cónyuges. Dicha disposición viene a resolver situaciones injustas de común ocurrencia en nuestro medio, pues anteriormente ya se han visto en diversas ocasiones que al momento de fallecer uno de los convivientes, el supérstite o el que sobrevive en lugar del que queda desamparado y, es más, los bienes inmuebles que han sido adquiridos con el esfuerzo de ambos compañeros de vida y que solo se inscribe a favor de uno de ellos, al acaecer la muerte de aquél que en el Registro aparece como propietario del mismo, el otro no puede alegar el derecho que justamente le corresponde en dicho bien y para resolver esta situación, entra en vigencia el Código de Familia para que los convivientes tengan derecho a sucederse recíprocamente en el mismo orden que los cónyuges en ausencia de testamento (Art. 988 no. 1 C.C.).

- **Caducidad de la Acción:** El artículo 125 del Código de Familia, dispone que para solicitar la declaratoria judicial de la unión no matrimonial o de convivencia, el interesado o interesada podrá ejercer

la acción correspondiente en el plazo de un año, contado a partir del momento mismo que acaeciere el fallecimiento de uno de los convivientes o se produzca la ruptura de la unión; de no ejercitarse la acción en dicho plazo, esta caduca; es importante señalar el porqué se ha incluido un plazo de caducidad y no de prescripción, debemos recordar en principio que el Derecho de Familia corresponde a la Rama del Derecho Social, el cual regula las garantías, derechos y obligaciones, que como seres humanos que vivimos en interrelación con los demás, ya por trabajo o familia podemos exigir o cumplir, por la misma razón, el Estado debe intervenir en la regulación de dichas relaciones, las cuales no pueden quedar al arbitrio de los interesados; de ahí, que de haberse incluido la prescripción ésta debe ser declarada a solicitud de la parte que la solicita, lo cual no ocurre en la caducidad, pues opera de oficio para así evitar situaciones de tanta relevancia que no pueden ser tratadas igual al derecho común, y que sea la Ley la encargada de encausar en forma ordenada la participación de las partes que reclaman sus derechos.

- **Protección a la vivienda Familiar:** Se permite a los compañeros de vida la constitución del derecho de habitación, artículos 46 y 120 del Código de Familia, y la protección de que goza la vivienda familiar en la que habitan los convivientes y su familia.

Con el objeto de evitar en una unión que alguno de los convivientes tome decisiones que puedan afectar la vivienda en la que habitan ambos, sus hijos o familiares, es que se introduce la disposición anotada, la cual nos remonta a la necesidad que para gravar o enajenar el inmueble en el que viven los convivientes, debe de concurrir la voluntad de ambos, pues de lo contrario, el acto será sancionado con la pena de nulidad. La razón de esta disposición va

encaminada, a proteger los intereses de la familia y desde el momento en que se exige la concurrencia de ambas voluntades, es porque los convivientes han discutido y decidido que se efectúe el acto para obtener determinado beneficio a su favor y los suyos, tal puede ser el caso de que solventen un mutuo con la finalidad de hacer mejorar la vivienda y en garantía se constituye hipoteca sobre el inmueble.

3.1.2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

Según Decreto Legislativo número 677 de fecha 1 de octubre de 1994, entró en vigencia el Código de Familia en El Salvador, el cual en sus considerandos reconocen a la familia como la base fundamental de la sociedad. Además reconoce el deber de armonizar la Legislación secundaria con los preceptos constitucionales, sobre todo en materia familiar, debido a que sobre este ámbito era el Código Civil el que lo regulaba, el cual data desde 1860.

Al entrar en vigencia el Código de Familia crea una nueva Institución: **“Protección a la Vivienda Familiar”**, la que nace inspirada en otra institución ya existente como es el Bien de Familia, siendo esta última excluida del contenido de dicho Código.

Si el Bien de Familia sirvió de antecedente para la creación de la protección a la vivienda, conveniente es desarrollar en este apartado dicha figura jurídica.

El proyecto del Código de Familia sustentaba lo siguiente: “Como acertadamente se ha dicho, el moderno constitucionalismo atiende fundamentalmente a la dimensión social de la vivienda y a la consideración de necesidad colectiva. Esto lo hace nuestra ley primaria en el artículo 119, al prescribir que “declara de interés social la construcción de vivienda”. El Estado

procurará que el mayor número de familias salvadoreña lleguen a ser propietario de su vivienda”.

En el marco de esa orientación el proyecto regula el bien de familia. Esta institución consiste en un bien o conjunto de bienes, que la Ley señala como temporalmente inalienables e inembargables para seguridad y beneficio de un grupo familiar determinado. El núcleo familiar, está compuesto generalmente por una o más personas con cierta capacidad económica y otra u otras personas dependientes económicamente de las anteriores. Así, quien tiene una obligación económica familiar y dispone de un bien que la Ley estime afectable, puede afectarlo, convirtiéndolo en inalienable e inembargable para seguridad de los beneficiarios.

El bien de familia, está inspirado en principios de solidaridad social que tienden a promover la consolidación de la familia, y sobre todo, al hecho de que la protección de ésta, responde a un natural designio de la persona, la cual desarrolla en el seno familiar los más elevados sentimientos afectivos. De ahí que el Estado, en su afán de lograr la realización integral de la persona humana, debe buscar no sólo el fortalecimiento de la familia, sino su mejoramiento y bienestar económico, como lo manda el primer inciso del artículo 32 de la Constitución de la República.

Se conceptúa el bien de familia como “la afectación de uno o más bienes destinados a la habitación de la familia”, y por tratarse de una figura excepcional, en cuanto excluye determinados bienes fuera del comercio, se consideró conveniente señalarle un plazo máximo de duración (25 años), tiempo suficiente para que la institución cumpla y finaliza al que en la Legislación mercantil se concede a otra especie de vinculación permitida por la Ley, a través del fideicomiso.

El proyecto amplía la cobertura del bien de familia, pues incluye como beneficiarios a otros grupos familiares que constituyen una realidad en nuestro medio y que provienen de uniones no matrimoniales, grupos matrifocales y heterogéneos, formados por personas que tiene bajo su guarda y cuidado personal a menores de edad o personas discapacitadas minusválidos o incapaces.

Puede constituirse bien de familia en forma voluntaria, sobre inmuebles rústicos o urbanos, con limitación del valor máximo. Para este particular se ha establecido una fórmula matemática, que permite que ese valor pueda ajustarse automáticamente al valor real que tengan los bienes afectados en determinado momento, por efecto de plusvalía o cualquier otra variación del valor del mercado.

Al desarrollar el origen del bien de familia, se puede mencionar como ha venido siendo regulada esta figura jurídica.

Enfocándose al desarrollo de la Protección a la vivienda familiar, y buscando cual es el origen de dicha institución, encontramos en el texto denominado “Documento base y exposición de motivos del Código de Familia” que cuando desarrolla el tema de los regímenes patrimoniales contemplados en el Código de Familia, expresa lo siguiente: “Tres son los regímenes legales adoptados por el Código en el artículo 41: el de separación de bienes, el de participación en las ganancias y el de comunidad diferida, cuyas descripciones se hacen en las correspondientes secciones de ese capítulo.

Estos tres regímenes se denominan legales, pero no tiene el efecto de ser impositivo. Son legales porque están contemplados en la Ley, pero los interesados pueden estar por cualquiera de ellas e incluso no tomar ninguno, y también diseñar otros distintos.

Los regímenes pueden variarse o modificarse, darse por terminados de mutuo acuerdo y sustituirse por otros.

A veces la disolución del régimen puede provenir de la voluntad de los cónyuges, lo que generalmente ocurrirá cuando quieran cambiarlo por otro, pero el artículo 45 de la misma normativa de familia, también prevé la extinción de pleno derecho cuando hay nulidad o disolución del matrimonio y la terminación judicial.

La regla en cuestión es que, cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia, necesitan del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad. Esta norma está destinada a operar en el supuesto de que el inmueble pertenezca a uno solo de los cónyuges, ya que si ambos son propietarios del mismo, el consentimiento conjunto es indispensable, en razón de la copropiedad.

Esta norma de protección de la vivienda familiar, no solo da respuesta a preocupaciones doctrinales y recomendaciones internacionales, sino que se acomoda al espíritu constitucional plasmado en el artículo 119 de la Constitución de la República, que dice: “El Estado procurará que el mayor número de familias salvadoreñas lleguen a ser propietarias de su vivienda”. El interés estatal no se agota en la procura de la familia que le impone el artículo 32 del mismo cuerpo legal, debe tomar las providencias necesarias para la conservación de la vivienda.

El derecho a la vivienda familiar en abstracto, no pasa de ser un postulado declamatorio que, al lograrse, puede desaparecer o ser menoscabado por actos de alguno de los cónyuges en perjuicio de la familia toda, cuando ya hay un derecho a la vivienda, es preciso dotarlo de protección

jurídica, lo cual se hace especialmente necesario en las situaciones conflictivas del matrimonio como también en la unión no matrimonial, y esto es lo que trata de conseguir la disposición que se comenta.

No podemos decir que la Institución de la Protección a la vivienda familiar ha evolucionado, pues el Código de Familia como ley secundaria que la regula no ha sufrido modificaciones.

Anteriormente se hace una descripción generalizada de la realidad existente en nuestro país, para lo cual consideramos los distintos aspectos sociales que han rodeado a este fenómeno tan interesante de las parejas no casadas. Cabe agregar que en lo legislativo que nos atañe, nos enfrentamos al tratamiento normativo del problema, el cual ha sido considerado en forma aislada por medio de leyes dispersas que han recogido de alguna manera un principio rector de la situación.

En lo que a lo social concierne, ya hemos visto que El Salvador, tiene características demográficas muy peculiares, no sólo por tener una población enorme en tal reducido espacio territorial, sino por las distintas connotaciones de tipo familiar en el área urbana y rural, ante esta situación el Derecho, como ciencia encargada de dirigir los actos de los hombres hacia fines específicos y determinados por medio de normas que regulen su actuar, provee de los medios necesarios para que sea el legislador el que adopte la medida más conveniente para responder ante un hecho dado. En muchos países del continente ya se ha promulgado cierto tipo de legislación conducida a mejorar esta situación, ahora cabe preguntarnos ¿en qué medida nuestro derecho vigente ha dado respuestas a la unión no matrimonial?. La base de todo sistema jurídico es la Constitución, Ley fundamental en torno de la cual han de

regirse las demás, es por ello que para dar respuesta a la interrogante planteada, se analizará la Constitución vigente.

CONSTITUCIÓN DE 1983.³³

La Ley Primaria, en la Sección Primera del Capítulo 2, Título 2 (Artículos del 32 al 36) recoge las garantías sociales, específicamente en la parte primera del Artículo 32, establece que el Estado debe crear los organismos y servicios apropiados para la integración, bienestar, y desarrollo social, cultural y económico de la familia. La familia, además de ser una unidad jurídica, social y económica es una comunidad de amor y solidaridad como ámbito para la formación, enseñanza y transmisión de nuestros valores mas altos; el constituyente de 1983, reconoció todas esas connotaciones a la familia salvadoreña, ya que ella es esencial para el desarrollo y bienestar de los miembros que la conforman y que son parte de la sociedad salvadoreña.

Desde hace mucho tiempo nuestras Constituciones han reconocido a la familia su papel como factor primordial de la vida social. En la actual Constitución, en el capítulo de los Derechos Sociales se encabeza la normativa social con las normas protectoras de la familia como la destinataria de gran parte de las restantes normas protectoras en las ordenes social, laboral, cultural, económico y sanitario.

Conocido es que además de la familia legítima, cuya fuente es el matrimonio, existe la familia extramatrimonial o natural que surge de la unión sin vinculo matrimonial; tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse fines comunes: procreación de hijos, sustentación de estos, fidelidad mutua, socorro y ayuda (Valencia Zea,

³³ FESPAD “Constitución Explicada”, Cuarta Edición, Talleres Gráficos UCA, enero 1998

1988). El constituyente, en el Art. 32, inciso segundo, parte inicial se refiere básicamente a la familia matrimonial, pues establece que su fundamento legal es el matrimonio; sin embargo, en el inciso tercero del citado artículo, dispone que el Estado no afectara el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia, aunque esta provenga de una unión sin vínculo matrimonial, de manera pues, que por vía deductiva arribamos a la conclusión que el constituyente incluye derechos y protección tanto para la familia matrimonial como la extramatrimonial.

La carta magna impone el deber al Estado, de regular las relaciones resultantes de la unión estable de un hombre y una mujer, en tal sentido, conviene resaltar las distintas formas de las que el Legislador ha dado cumplimiento al precepto constitucional; no obstante que el constituyente de 1983 tomo en consideración a la familia en forma genérica dentro de los alcances del precepto y que al mismo tiempo hiciera relación al deber de regular la unión no matrimonial, el mandato constitucional reconoce los derechos ya nacidos a favor de la familia proveniente de esa unión. Es así como veremos las diferentes leyes que sus preceptos recogen efectos propios a la unión que carece de vínculos formales.

CÓDIGO PENAL SALVADOREÑO.³⁴

En el Código Penal, podemos observar disposiciones que de alguna manera reflejan protección para las parejas que viven en Unión no Matrimonial, así por ejemplo el ordinal 1° del artículo 129 regula que se considera Homicidio Agravado., "el cometido en ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o **persona con quien se viviere maritalmente**³⁶"

³⁴ Lic. Luis Vásquez López "Nuevos Códigos Penal, Procesal Penal y Ley Penitenciaria", Imprenta FOCET, Cuscatlán, 2000.

Otro precepto que puede acaecer durante la existencia de esta institución es el del Art. 200 C. Pn. Se considera Violencia Intra familiar "la que se ejerciere sobre su cónyuge o **sobre la persona con quien conviviere maritalmente....**"

De las disposiciones antes descritas que recoge nuestro Código Penal, existen efectos jurídicos equitativos con relación al de los cónyuges y compañeros de vida, reconociendo el Principio de Igualdad no solo por la sanción, sino también el de la pareja formada con o sin vínculo matrimonial.-

EL DERECHO SOCIAL SALVADOREÑO

CÓDIGO DE TRABAJO.

En el aspecto laboral, especialmente el Código de Trabajo frente a la unión no matrimonial es sumamente novedoso, puesto que viene a romper el silencio legislativo y representa la realización plena de reconocimiento social - en materia laboral- para el fenómeno estudiado. El Art. 15 del citado cuerpo de leyes hace notar la equiparación de garantías laborales para la familia del trabajador o las que dependen económicamente de él: "Siempre que la Ley haga referencia al cónyuge debe entenderse que se incluye al compañero de vida"; la Ley no hace distinción en el sentido de que sea solo respecto de la compañera de vida, sino que incluye a ambos hombre y mujer; sin embargo, el mismo Artículo, en su Segunda Parte resalta a quien va a considerarse compañero de vida y es así que incluye el elemento de permanencia, al señalar en un periodo de un año, y de no haberse cumplido el elemento temporal, incluye el de procreación de un hijo.³⁵

³⁵ Lic. Ricardo Mendoza Orantes "Código de Trabajo con reformas incorporadas, 1999

En virtud de esta disposición es que nacen las garantías para aquellos que viven sin vínculo formal, sin que deban de sacrificarse tales derechos por encontrarse en tal situación. En la práctica a pesar de constar esta definición en nuestro Código de Trabajo, se da que el inconveniente al solicitar una indemnización, necesita su respectiva comprobación por medio de la Declaratoria Judicial de Unión no Matrimonial o de convivencia, la cual requiere de trámites y requisitos, que muchas veces no se cumplen, para el caso se requiere mayor tiempo (tres años para la declaratoria de la unión); por lo tanto es necesario verificar si en la práctica se cumple con esta disposición legal.-

Ante esta respuesta proveída por el Código de Trabajo, deben sumarse las leyes de Previsión y Seguridad Social que abarcan la condición de compañero de vida para gozar de los beneficios, de ello podemos ver distintas leyes, tales son:

LEY DEL INSTITUTO NACIONAL DE PENSIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS (INPEP).-

Para que la compañera de vida pueda reclamar dicha pensión es necesario que reúna los requisitos a que alude el Art. 65 de la Ley en comento, los cuales son:³⁶

- a. Estar inscrita como tal en el INPEP, siempre que tal inscripción haya sido hecha por el causante como asegurado cotizante obligatorio y, por lo menos un año antes de su fallecimiento, período que no se exigirá si la muerte fuere accidental
- b. Tener hijos procreados y reconocidos por el causante y comprobar cinco años de vida marital antes de la fecha del fallecimiento.

Para que tenga lugar lo dispuesto en este Artículo es indispensable que ni

³⁶ Ley del INPEP

la compañera de vida ni el causante sean casados.

Esta Ley, al igual que la antes anotada, otorga beneficios a la compañera de vida cumplidos – desde luego – los requisitos ya enumerados, también, hace alusión al caso de coexistir varias compañeras de vida que llenen los requisitos señalados de tiempo de vida marital procreación de hijos, solamente gozaría la pensión la que esté inscrita como beneficiaria del asegurado cotizante

LEY DEL INSTITUTO SALVADOREÑO DEL SEGURO SOCIAL (ISSS)

La citada Ley, en su Art. 60 37, dispone: "La compañera de vida tendrá derecho a los beneficios establecidos en los literales a, b, c. d y e del Art. 50"; así, también el Art. 55 del Reglamento Aplicación del Régimen del Seguro Social es amplio y genérico en cuanto que los derechos de la cónyuge se equiparan a los del compañero de vida; para lo cual exige la inscripción como tal en el Instituto nueve meses antes de la demanda de la prestación o que hubiere un hijo en común, no importando que se cumpla el periodo de convivencia, que es de un año; asimismo señala que tanto afiliado como beneficiaria no sean casados. El Art. 42 en el ordinal segundo del Reglamento de Aplicación de los Seguros Familiares de Invalidez, Vejez y Muerte, instituya que los que dependieren económicamente del asegurado, al momento de fallecer este, tienen derecho a la pensión correspondiente indicada a la compañera de vida con quien el asegurado hubiere hecho vida marital, siempre que concurren los requisitos señalados por el art. 55 del Reglamento para la Aplicación del Régimen, ya que si este establece que el afiliado debe inscribir a la compañera de vida como tal, lógico es advertir que solo puede inscribir una, pues la redacción del precepto es en ese sentido singular, de lo contrario sería rechazadas como beneficiarias, por lo que gozará del beneficio la que esté

37 Ibidem. Lic. Mendoza Orantes.

inscrita y que a favor de ella se hubiese designado el beneficio.

LEY DEL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA FUERZA ARMADA (IPSFA.)

También la Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, al igual que las anteriores, ha reconocido la existencia de parejas que conviven sin haber constituido el vínculo formal del matrimonio, a las que reconoce derechos en razón de esa situación; prueba de ello es el Art. 130 de la Ley en comento, que estipula que en defecto del cónyuge reunirá la calidad de beneficiaria la compañera de vida del afiliado cuando este la haya incluido en su plica militar. Para ostentar la calidad de beneficiaria se exige como requisito que tanto el afiliado como la compañera de vida no sean casados y que hayan procreado hijos en común.

Dicha Ley no hace referencia a períodos de vida marital, ni tampoco de la inscripción en la plica, exige únicamente la procreación de hijos en común.

CÓDIGO DE FAMILIA.³⁸

El Código de Familia como institución jurídica de derecho social y para referirse a la protección de la familia no constituida por un vínculo matrimonial, que busca establecer y determinar, a través de la declaratoria judicial los derechos y deberes que desde el momento de ruptura o muerte genera a uno de los exconvivientes, está ampliamente protegida por el Estado mediante una estructura jurídica, tal como lo menciona la constitución de la República por el principio constitucional descrito en el artículo 33 parte final, que en lo pertinente dice: *“Regulará así mismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.”* Dicho principio constitucional es desarrollado

³⁸ Ibidem. Lic. Mendoza Orantes.

por la ley secundaria de carácter especial en su artículo 118 y siguientes, el cual está íntimamente relacionado con otras disposiciones que regulan situaciones jurídicas referentes a derechos y obligaciones para los exconvivientes. Básicamente el Estado protege a través del ordenamiento jurídico toda relación familiar, sin importar el vínculo jurídico que las una.

Nuestra Legislación de Familia, conceptualiza a la Unión no Matrimonial en el artículo 118 como: la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida común libremente en forma singular, continua, estable y notoria, por un periodo de tres años o más.

Con el nacimiento de la ley familiar, como ley secundaria específica, lo establecido en la ley primaria en cuanto a la familia se refiere, que el desarrollo de toda ley secundaria tiene su origen en la constitución, no siendo la excepción el Código de Familia, ya que este depende de la sección primera del capítulo segundo de la constitución, artículos 32-36.

Finalmente, el Art. 126 inc 39, declara que lo dispuesto en el título que corresponde a la unión no matrimonial, debe de entenderse sin perjuicio de los que otras leyes establezcan a favor de los convivientes, para el caso, las leyes de seguridad social no exige la declaratoria judicial de la existencia de la unión para reunir la calidad de conviviente.

Como hemos mencionado anteriormente, que todo lo concerniente a la familia se regulaba en el Código Civil, esto fue antes de la entrada en vigencia del Código de Familia en mil novecientos noventa y cuatro; en este señalados por el Art. 55 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social.

39 Ibidem. Lic. Mendoza Orantes.

El mismo Art. 42 se refiere al caso de que el asegurado tuviere varias compañeras de vida, resolviendo que ninguna gozara del beneficio; sobre esta disposición, se estima una contradicción con lo consignado en el Art. 55 del Reglamento, para la Aplicación del Régimen, ya que si este establece que el afiliado debe inscribir a la compañera de vida como tal, lógico es advertir que solo puede inscribir una, pues la redacción del precepto es en ese sentido singular, de lo contrario serán rechazadas como beneficiarias, por lo que gozara del beneficio la que este inscrita y que a favor de ella se hubiese designado el beneficio. El Reglamento, probablemente con el fin de evitar que surjan discordias, que de manifiesto contarán al orden publico y las buenas costumbres, establece tal sanción -si así se le quiere llamar- pero, debemos entender que tal sanción debe ir dirigida al asegurado y no a la o las compañeras de vida, quien probablemente ignora que su conviviente tiene otra unión con diferente persona a ella, por ello nos parece injusto que sea ella quien soporte las consecuencias del error o ligereza del compañero de vida, sobre todo cuando desconoce que aquel se encuentra en tal forma de vida; es decir, en pluriconcubinato.

En definitiva, la presente Ley y sus respectivos Reglamentos hacen referencia de derechos a favor de la compañera de vida; sin embargo, dejan a un lado al compañero de vida. La Ley es clara pues hace referencia a la mujer, por lo que esta no puede inscribir como beneficiario del seguro de Vida, Invalidez, Vejez o Muerte al compañero de vida, excepto para la prestación de encontraban reguladas muchas figuras que el mismo desarrollo de la sociedad demandaba, es por eso que a través del Ministerio de Justicia, comienzan a desarrollar gestiones para concretizar lo que es la Ley Familiar, ejemplo de esto es la carta de correspondencia que el Ministerio de Justicia por medio del Dr. Rene Hernández Valiente presenta a la Honorable Asamblea Legislativa el tres de septiembre de mil novecientos noventa y dos, en la que se encuentra

plasmado el anteproyecto del Código, el cual fue aprobado por el pleno legislativo. Siendo así que se incorpora a nuestro cuerpo de ley, la normativa familiar, entrando en vigencia el primero de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

3.1.3. MARCO CONCEPTUAL

Unión no Matrimonial: Habitualmente se ha conocido a la Unión no Matrimonial como Concubinato, que deriva del termino latin Concubinatus, sustantivo verbal del infinito y concumbere, que literalmente significa “dormir juntos”, el cual se empleó en el derecho Romano.⁴⁰

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Concubina significa: Manceba o mujer que vive y cohabita con el hombre como si este fuere su marido. Concubinatario: El que tiene concubina; Concubinato: comunicación o trato de un hombre con su concubina; **Manceba:** concubina, mujer con que se tiene un comercio ilícito continuado, **Mancebia:** casa pública de prostitución.⁴¹

Se puede deducir que, la palabra concubinato es vista con un sentido cargado de desvaloración moral y machista, debido a que el hombre es quien toma la concubina, y ésta adquiere un sentido de prostituta. Es por ello que los sociólogos y estudiosos del derecho han creado sus propias definiciones de la institución en estudio, para adecuarlo a un concepto acorde a la realidad social que se vive en cada país, en su momento histórico.

Concepto Sociológico: Es la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; no limitándose sólo a la unión carnal, no legalizada, sino también a la relación continúa y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizado por el matrimonio.⁴²

40 Marín Sánchez, Wilmer Humberto. “Las Uniones no Matrimoniales en El Salvador”, Editoriales Imprenta UES 1993, PÁGINAS 1 Y 2

41 Comisión Coordinadora para el sector justicia “Documentos Base y exposición de Motivos del Código de Familia. Tomo II 1ª. Edición 1994, pág. 487

42 Solórzona Zepeda, Claudia Marlene. “La Seguridad Jurídica de las uniones no matrimoniales y sus efectos en el momento de suceder. Tesis cit.

Concubinato sanción: Es aquel donde uno o varios integrantes de la pareja de concubinos, con posesión de estado matrimonial tienen ligamen anterior. Esta situación crece en progresión geométrica como consecuencia de las legislaciones que mantienen la indisolubilidad del vínculo matrimonial y otorga un divorcio que no es tal, ya que se concede la separación personal y de bienes pero no la aptitud nupcial. Un ejemplo de ello es el matrimonio realizado por la iglesia, en el cual se permite un nuevo vínculo matrimonial, por lo tanto obliga a que las personas, cohabiten bajo la institución de una unión no matrimonial, porque sus creencias no les permite contraer nuevas nupcias.

El concubinato Sanción tuvo su origen en una anomalía del derecho positivo Argentino. La imposibilidad del divorcio con disolución del vínculo. La anomalía referida era persecutoria porque imponía una sanción al divorcio y prohibía el nuevo matrimonio.

La unión no matrimonial se identifica por la cohabitación prolongada entre dos personas, que revisten apariencia de matrimonio, sin que exista dicho vínculo entre ellas. Es frecuente que los convivientes tengan hijos, intereses comunes, y que se presentan ante la sociedad como auténticos cónyuges. La característica propia de este es la posibilidad que la unión cese por decisión de cualquiera de los implicados en ella.

La unión no matrimonial describe sin matices peyorativos ni de condena un hecho social, de la convivencia de la pareja que vive maritalmente, sin mediar entre ellos matrimonios.

Supérstite: El que sobrevive en relación al otro.

Familia: Es el conjunto de parientes, con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se le refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes

sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto.

Derecho: Tomado en sentido etimológico, derecho proviene de las voces latinas *directum* y *dirigiere* (conducir, enderezar, gobernar, regir, llevar rectamente una cosa hacia un término o lugar señalado, guiar, encaminar). En consecuencia, en sentido lato, quiere decir recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro; mientras que en sentido restringido, es tanto como *jus*. De estas expresiones se ha derivado para nuestro idioma otros vocablos como Jurídico, lo referente a ajustado al Derecho; *jurisconsulto*, que se aplica a quien, con el correspondiente título habilitante, profesa la ciencia del Derecho; *jurisprudencia*, la ciencia del Derecho; y *justicia* que tiene el alcance de lo que debe hacerse según Derecho y razón.

Derecho de Familia: Es parte o rama del Derecho Civil relativa a los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia, constituye en toda sociedad.

Derecho de Habitación: Derecho real que confiere a su titular la facultad de ocupar con su familia un inmueble destinado a vivienda, cuya propiedad corresponde a otra persona, sin abonar precio; pero con la obligación de conservarla y la prohibición de ceder o arrendar su derecho. Constituye una modalidad del derecho de uso, hasta el punto de que algunos códigos lo regulan conjuntamente; y se diferencia del usufructo en que no admite otra clase de aprovechamiento. El derecho de habitación puede ser temporal o vitalicio, rigiéndose por el título de su constitución; el cual puede ser contrato (oneroso o gratuito), acto de última voluntad o prescripción; pero, contrariamente a lo que sucede con el usufructo, no existe derecho legal de habitación.

Familia Monogamica: Es uno de los síntomas del nacimiento de la civilización, su fin es procrear hijos cuya paternidad sea indiscutida.

Derecho Social: Si bien todo Derecho tiene carácter social, corriente e impropriadamente se da esa denominación, incluso por autorizados tratadistas, al Derecho del Trabajo.

Horda: Formación social primitiva que coexistió, dentro de la historia, con núcleos tales como el clan y la tribu, que en realidad la integraban. De acuerdo con las conclusiones de los estudios antropológicos, la horda representaba una estructura compuesta y se hallaba constituida por los elementos masculinos del clan junto con sus mujeres que, aun siendo miembros de la horda, podían no serlo del clan; con excepción de las mujeres del clan que se hubiesen incorporado a otras hordas por medio de uniones matrimoniales. La solidaridad de la horda, que era su razón de existir, dependía de la fuerza coercitiva derivada del matrimonio; pero, además, era reforzada por los siguientes lazos: el del territorio, el económico, el de trabajo, el lingüístico y el de la experiencia y la tradición común.

Clan: Nombre que, en Escocia, designaba tribu o familia y que por extensión se aplica a otras formas de agrupación humana. Se caracteriza por el reconocimiento de antepasados comunes y, en consecuencia, por estar los individuos emparentados entre sí.

Unión Libre: Nombre con el que quiere darse enfoque más aceptable al amancebamiento y al concubinato.

Unión no Matrimonial: Es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en

común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años.

Patrimonio: Etimológicamente hace referencia al conjunto de bienes que se heredan del padre o de la madre. La academia entiende por patrimonio, además de lo que queda dicho, los bienes propios adquiridos por cualquier título. En una definición más jurídica, el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona, y que pueden ser apreciables en dinero.

Patrimonio Familiar: Según Cabanellas, que para el clasicismo jurídico, que atribuía un solo patrimonio a cada persona, pero sólo a cada persona, resulta inconcebible un patrimonio familiar, por el argumento de que la familia, aun institución venerable a través de los tiempos, no ha tenido reconocimiento de persona para el Derecho. El conjunto de los bienes que ha recibido tal afectación integra el denominado patrimonio familiar. Se demuestra así con ciertas normas de los regímenes matrimoniales, de las sucesiones y de las liberalidades, a cubierto de disposiciones impremeditadas a favor de los extraños. Otra forma más concreta de patrimonio familiar es el llamado bien de familia.

Bien de Familia: Institución de alto valor humanitario y social que tiene como finalidad asegurar el dominio de pequeñas propiedades rústicas o urbanas a los miembros de una familia, o a algunos de ellos, siempre que se den determinados requisitos o concurren ciertas circunstancias. La precitada seguridad se deriva del hecho de que, constituida la propiedad en bien de familia, se convierte en inalienable, indivisible o inembargable.

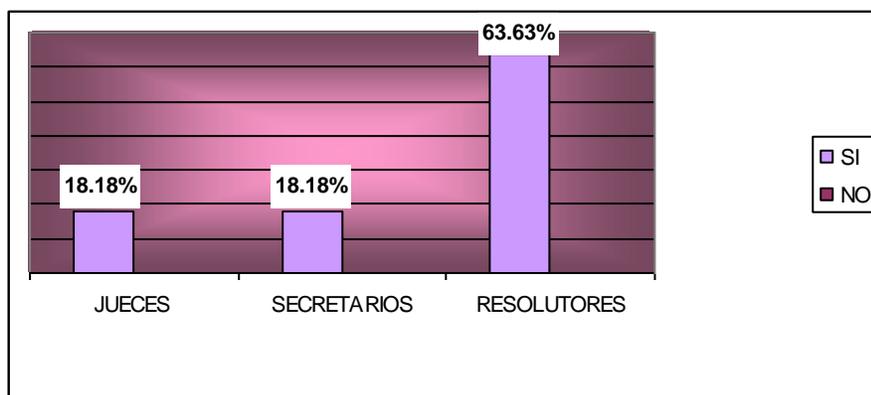
Supérstite: El que sobrevive en relación al otro.

CAPITULO IV

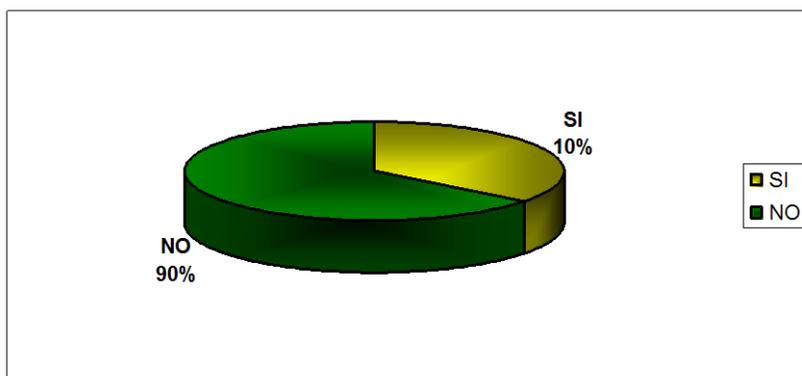
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

En las gráficas se presentan a continuación los resultados obtenidos de las Encuestas y Entrevistas que se formularon en el presente estudio acerca de La Efectividad de la Aplicación del Derecho de Familia en la Protección de la Vivienda Familiar, de Las Parejas en Unión no Matrimonial”.

¿HA RECIBIDO CASOS DE SOLICITUDES DE DECLARATORIA DE UNIÓN NO MATRIMONIAL DE CONVIVENCIA?



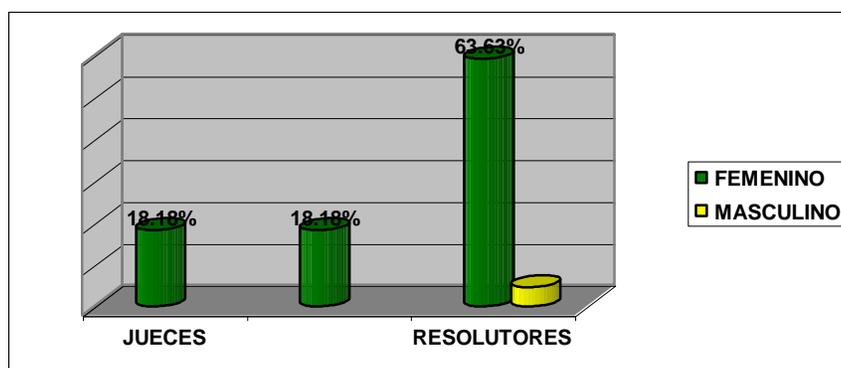
¿SABE QUE ES LA DECLARATORIA JUDICIAL DE CONVIVENCIA?



En relación a la pregunta planteada, tanto los Jueces, Secretarios como Resolutores, responden en un 100% que si han recibido solicitudes de Declaratorias de Unión no Matrimonial o Convivencia. Lo que significa que los tribunales de Familia del Centro Judicial Isidro Menéndez, de San Salvador, si se presentan parejas a solicitar la declaratoria de Unión no Matrimonial.

No obstante al preguntarle a las parejas en unión no matrimonial, que si sabían que era la Declaratoria de Unión no Matrimonial, tanto del sexo masculino como femenino responden en un 90% que no sabían que era la declaratoria de unión no matrimonial y solo un 10 % de la población responden que sí; lo que significa que aunque se responda por parte de los jueces, secretarios y resolutores, que si reciben solicitudes de Declaratoria de Unión no Matrimonial, este solamente responden a un porcentaje mínimo de la población, lo cual nos indica que es necesario explicar a la población en qué consiste las Declaratorias de Unión no Matrimonial.

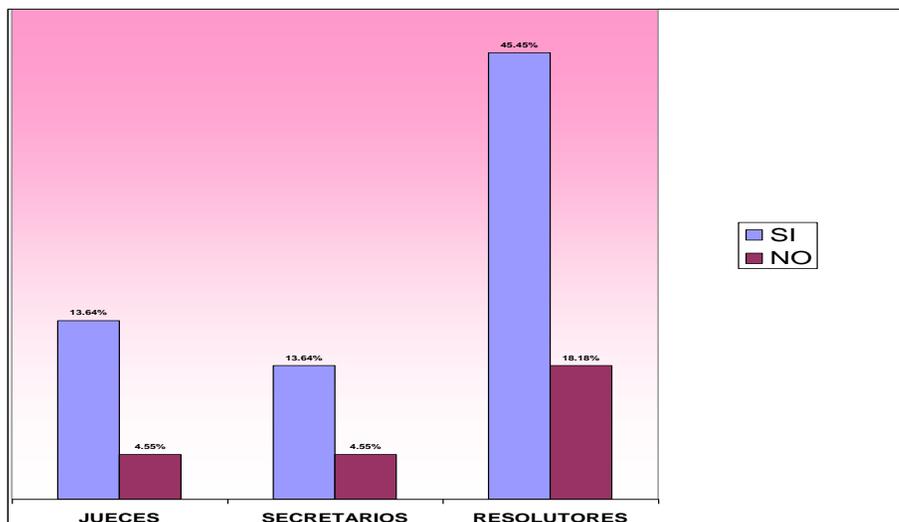
¿DE QUE SEXO HA RECIBIDO MAYOR NÚMERO DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE UNIÓN NO MATRIMONIAL O DE CONVIVENCIA, DE OCTUBRE A DICIEMBRE DEL 2004?



En el resultado obtenido de la población entrevistada responden en un 18.18% los Jueces, en un 18.18% los Secretarios y en un 59.09% los Resolutores, que el sexo femenino es el que más Declaratorias de Convivencia solicita.

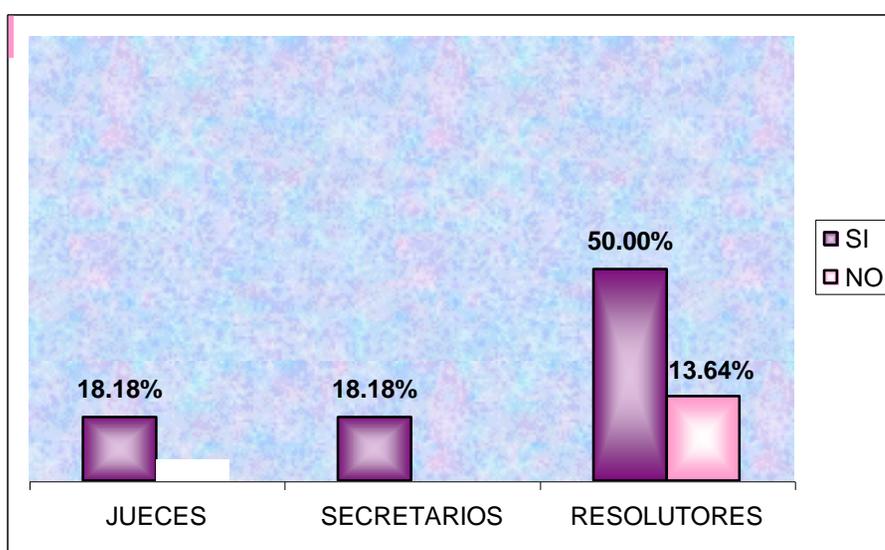
Podemos decir entonces que el índice más alto que ha solicitado la declaratoria de Unión no matrimonial son del sexo femenino y una minoría es del sexo masculino. Es decir que la solicitan solo en aquellos casos en que desean ejercer sus derechos, en este caso el de uso de habitación de la vivienda.

¿ENCUENTRA VACIOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE FAMILIA, EN RELACIÓN A LOS DERECHOS INHERENTES DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES RELACIONADOS A LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA?

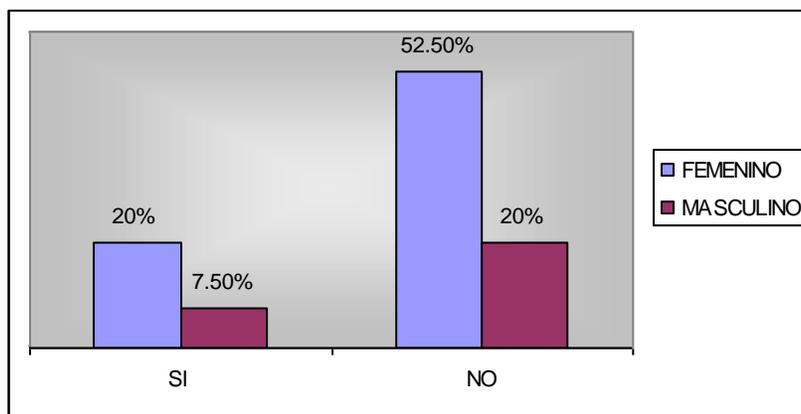


El resultado de esta pregunta es que los Jueces, Secretarios y Resolutores, responden que si hay vacíos legales en el Código de familia, en cuanto a los derechos inherentes que tienen las parejas en unión no matrimonial en relación a la protección de la vivienda familiar. Por lo que se puede analizar que el Legislador no dejó claro el proceso a seguir en cuanto a este derecho; ya que si se trata de bienes, estos procesos son transferidos a los tribunales civiles, por no tener claro los pasos a seguir ante esta situación, por lo que los Jueces de Familias únicamente se limitan a favorecer el derecho de uso de habitación. Por lo que se debería tomar en cuenta en qué estado se encuentra dicho bien, solicitando dicha información al Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente, el historial del mismo.

¿SE APLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A LOS DERECHOS PERSONALES Y PATRIMONIALES EN LA UNIÓN NO MATRIMONIAL, EN CUANTO A LA VIVIENDA FAMILIAR?



POSEE VIVIENDA?



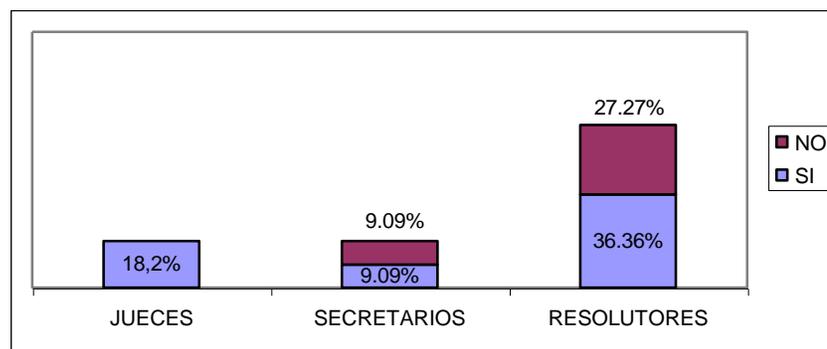
Como resultado tenemos que en su mayoría se responde que si se aplica el principio de igualdad a los derechos personales y patrimoniales en la unión no matrimonial, en relación a la protección de la vivienda familiar; pero un porcentaje significativo opina que no; lo que significa que al otorgarse la Declaratoria de dicha unión, se aplica el principio de igualdad, sin embargo se puede determinar que el principio de igualdad no es aplicado, debido a que no existe un régimen patrimonial como en el matrimonio, sino únicamente se les establece una participación de las ganancias.

La igualdad de los derechos en relación al patrimonio se origina a partir de la Declaratoria de la Unión no Matrimonial o de Convivencia, ya que sin ésta no existe tal derecho, aún cuando la pareja se encuentre unida y por ser esta institución un fenómeno fáctico cultural en la cual se han estigmatizado este tipo de uniones, es por ello que las personas en general se limitan a ejercer sus derechos a pesar de encontrarse en la Ley.

Para fundamentar esta pregunta, se consideró pertinente preguntar a las parejas en unión de convivencia si poseían vivienda propia, de lo cual se obtuvo el siguiente resultado un 20% que corresponden al sexo femenino responden que la vivienda es propia y un 27.50 del sexo masculino responden que posee vivienda propia; mientras que un 52.50% de la población entrevistada tanto masculino como femenino responden que no poseen vivienda propia.

En base a estos datos obtenidos se puede determinar que a pesar de que un 47.50% posee vivienda propia, no toda la población acude a ejercer su derecho de protección a la vivienda por desconocer dicho derecho.

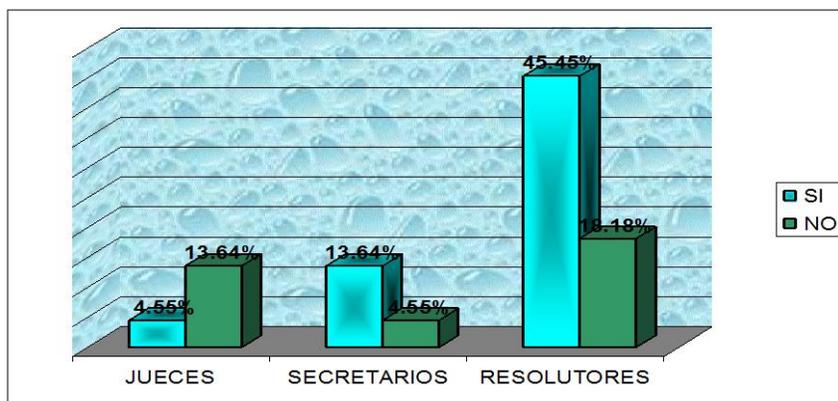
¿CONSIDERA QUE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL EN NUESTRO PAÍS, SE FOMENTA A PARTIR DE LO REGULADO EN EL ARTICULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN?



Existe similitud en las respuestas obtenidas, ya que en un 50% por ciento se responde que sí y un 49% que no, debido a que desde el punto de vista jurídico, esta figura se fomenta de forma legal en nuestra constitución a partir de lo

regulado en el Art. 32, es decir que la Unión no Matrimonial inicia adquiriendo derechos similares a los del matrimonio, ya que se vuelve una costumbre en la sociedad y que no se puede evitar que exista por diversos factores tales como: creer que no es necesario un documento para crear una familia, que en un momento de separación no se ven envueltos en trámites engorrosos etc., sin embargo casi la mitad de entrevistados opinan que la unión no matrimonial se fomenta a partir de lo regulado en el Art.32 Cn.; ya que este tipo de unión ha existido desde hace muchos años, la cual era reconocida como concubinato, manceba etc., con la diferencia que no era aceptada por la sociedad, ya que dañaba las buenas costumbres, por lo que no se regulaba como una figura legal lo que conllevaba a no ser protegida por el Estado.

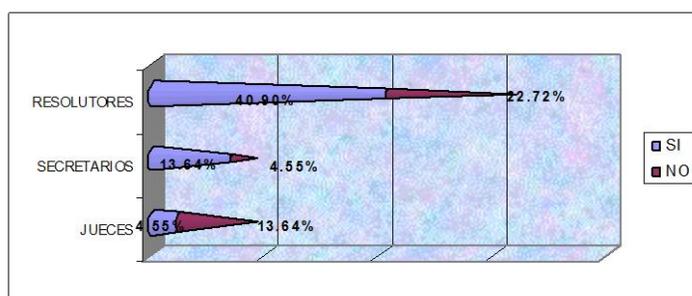
¿CONSIDERA EFICAZ LA APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS RESOLUCIONES DE DECLARACIONES DE UNIÓN NO MATRIMONIAL, CUANDO HA SOLICITADO ESTE DERECHO?



El resultado de esta pregunta es que en un 63.64% responde que si es efectiva la aplicación de la protección a la vivienda familiar al declarar la unión no matrimonial y un 36.37% responde que no.

De lo anterior se puede analizar que la protección de la vivienda familiar es eficaz, en el sentido que la ley regula dicha protección; sin embargo el 36.38% difiere a esta seguridad debido a que consideran que no es eficaz la aplicación del Derecho de Familia en relación a la protección de la vivienda familiar en las declaraciones de unión no matrimonial, debido a que lo que regularmente protegen es el derecho de uso de habitación de la vivienda familiar, ya que no existe seguridad jurídica, a pesar que la mayoría responde que si existe eficacia en relación a la protección de la vivienda familiar en las declaraciones de unión no matrimonial; lo que indica que la aplicación del derecho en muchos casos no surte eficacia a pesar de su aplicación, esto debido a los vacíos que el Legislador dejó en relación a la exigencia de este derecho por parte de estas parejas, pues el Art. 46 del Código de Familia no responde a una verdadera protección de la vivienda familiar, ya que los requisitos exigidos hacen imposible el cumplimiento de los fines que pretendió el Legislador, pues no dejó claro que hacer en caso de existir gravamen para proteger la vivienda familiar.

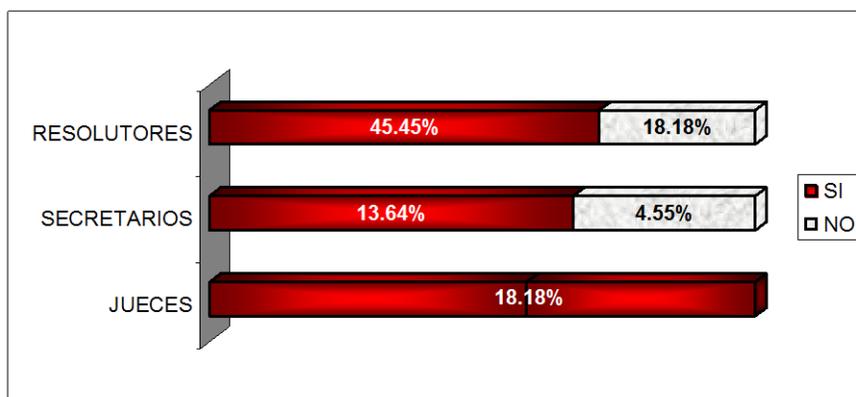
¿EXISTE EFECTIVIDAD JURÍDICA, EN LA CUAL SE PROTEJA LA VIVIENDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL?



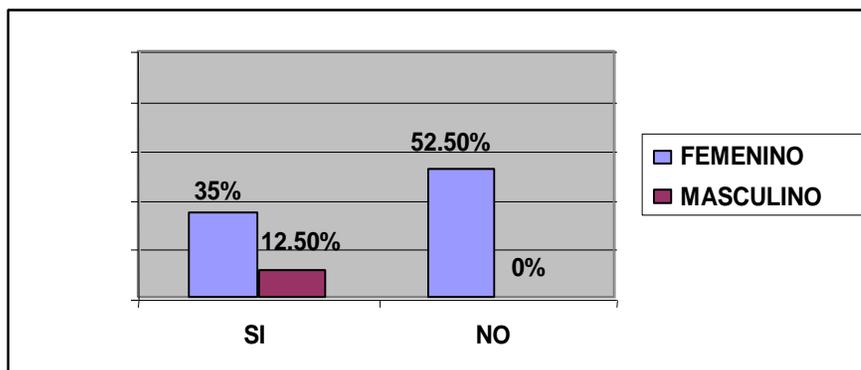
De los resultados obtenidos el 59.09% responde que sí y el 40.91% que no.

De lo anterior se puede analizar que los entrevistados responden que existe efectividad jurídica, lo cual se analiza que no es real, debido a que los que responden que no representan un porcentaje significativo, lo que permite analizar que existe contradicción, ya que si bien es cierto que el Derecho es efectivo, no hay efectividad en cuanto al derecho de protección de la vivienda familiar, esto porque como se mencionó en la pregunta anterior, hay muchas limitantes y vacíos establecidos en el Art. 46 del Código de Familia, lo que conlleva a que se aplica el Derecho pero que este no tiene efectividad jurídica en cuanto a este derecho, debido a que los mismos Jueces reconocen que para ser efectivo este derecho hay que cumplir con muchos requisitos exigidos por la misma ley; lo cual dificulta hacerlo efectivo debido a que casi siempre la vivienda tiene gravamen, a pesar del derecho que le asiste a las parejas en unión no matrimonial según lo establece el artículo 123. C.F.

SE APLICA EFECTIVAMENTE EL DERECHO DE FAMILIA, CUANDO UNA PAREJA EN UNIÓN NO MATRIMONIAL, SOLICITA LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR?



¿ES PROPIA



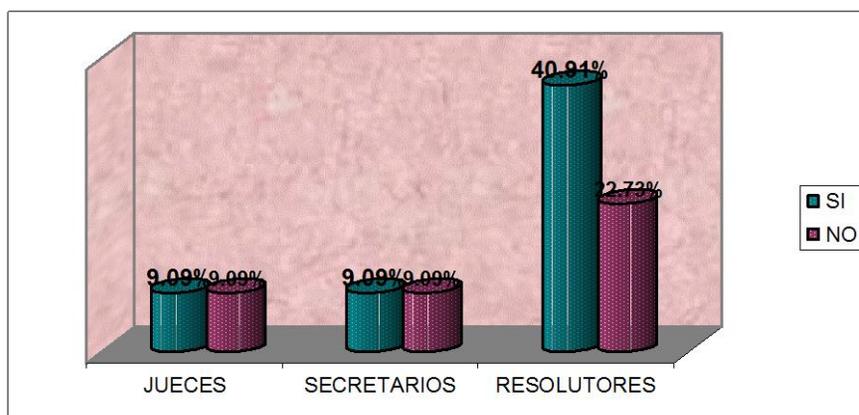
Según los resultados arrojados, un 77.27% responde que si se aplica efectivamente el derecho de familia, cuando una pareja en unión no matrimonial solicita que se le proteja la vivienda familiar; mientras que un 22.73% responde que no.

De los datos obtenidos se puede analizar que al referirse al Derecho de la Protección de la Vivienda Familiar los aplicadores de la Ley se enfocan al Derecho de Uso y Habitación de la vivienda, ya que como se mencionó anteriormente los Jueces de Familia no pueden resolver los derechos reales y personales establecidos en el Código Civil en los artículos 567, ya que ellos únicamente pueden resolver el derecho de uso de habitación y de esta forma le dan efectividad a este derecho establecido en los artículos 146, 119 y 120 del Código de Familia, debido a que no pueden realizar un proceso en cuanto al bien inmueble por no poder superar los requisitos exigidos en el artículo 46 del Código de Familia.

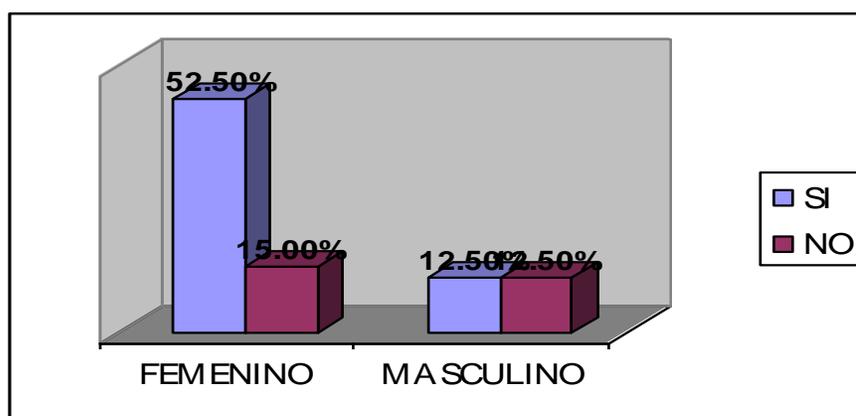
Para saber si las parejas en estudio han solicitado dicho derecho, se les preguntó si la vivienda que poseían era propia a lo que un 47.50% tanto del sexo femenino como masculino responden que sí, esto con el objetivo de

aclarar que solo siendo propia la vivienda se puede ejercer el Derecho de protección de la misma.

AFECTA JURÌDICAMENTE A LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL, EJERCER EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE SU VIVIENDA FAMILIAR, AL TERMINAR DICHA UNIÓN?



¿SOLICITARÍA USTED EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA



FAMILIAR?

La afectación jurídica al ejercer el derecho de protección a la vivienda familiar de las parejas en unión no matrimonial, representan en un 59.09% que

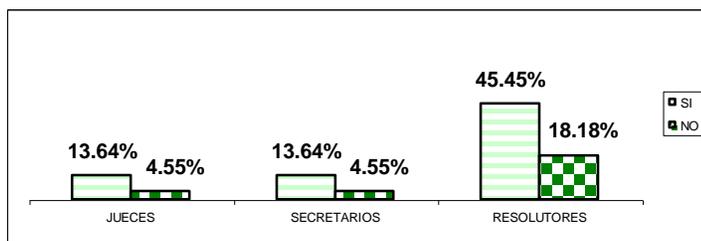
si les afecta al ejercer dicho derecho y solo un 40.91% opinaron que no les afecta.

Al analizar estos resultados se puede determinar que, dicha afectación se puede interpretar desde dos perspectivas de forma negativa como afirmativa, es decir, si uno de los que conforman la pareja es el que ejerce el Derecho de protección de la vivienda familiar, la resolución puede ser que le favorezca o no, por ejemplo: si el hombre siendo dueño de la vivienda solicita dicho derecho podría ser que la resolución sea a favor de la compañera de vida, por ser la madre de los hijos en caso los tuvieren y por no poseer vivienda propia u otro lugar donde residen con los hijos; o podría ser que la resolución le sea favorable por que la mujer fue quien abandonó el hogar u otros factores y es la mujer quien solicita dicho derecho.

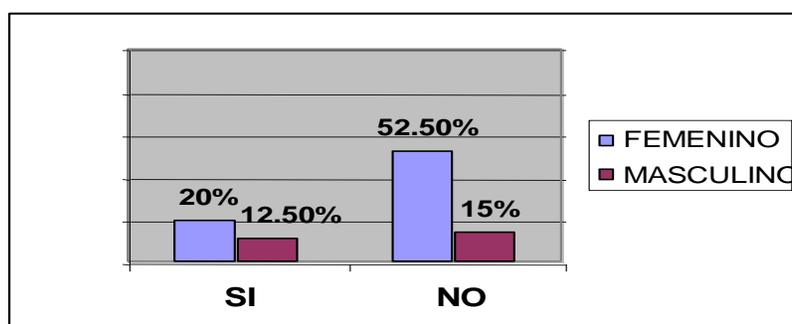
O en otro caso que se le solicita venda el bien si ya es totalmente propio y se repartan las ganancias de la venta del inmueble.

Entonces se puede notar que sí afecta jurídicamente el ejercer del derecho de protección de la vivienda por parte de uno de los que conforman una pareja en unión no matrimonial.

AL DECLARAR LA DISOLUCIÓN DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL, SE PROTEGE LA VIVIENDA FAMILIAR AL QUE LO SOLICITE?



¿CONOCE LOS DERECHOS QUE LA LEY LE OTORGA DURANTE LA CONVIVENCIA Y DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN?



Del resultado obtenido, el 72.73% responde que se protege la vivienda familiar, cuando uno de los miembros de la pareja de la unión no matrimonial, solicita dicha protección; y un 27.28% responden que no.

De lo anterior se puede analizar que, si bien es cierto, que al declarar la disolución del régimen patrimonial de estas parejas, lo que realmente se les protege es el derecho de uso de la vivienda familiar y en relación al régimen es a la participación de las ganancias de las parejas en unión no matrimonial es la participación de las ganancias, como lo establece el Artículo 46, 119 y 120 Código de Familia; el Derecho de Protección a la vivienda familiar se realiza solo si este es solicitado por la parte interesada.

Y para saber si las parejas en unión no matrimonial solicitan este derecho se les interrogó sobre si conocen los derechos que la ley les otorga durante la convivencia y disolución de la unión no matrimonial, a lo cual un 32.50% del sexo femenino y masculino respondió que sí y un 67.50% del sexo masculino y femenino responden que no; por lo que se puede identificar que en su mayoría no conocen de los derechos que les otorga la ley de familia. Aunque

algunas parejas respondieron que conocían únicamente el derecho a la cuota alimenticia de los hijos.

Lo que significa que la poca o nada información que tienen las parejas que conforman este tipo de unión, hace referencia a la ignorancia de los derechos que la Ley les protege al momento de crear una familia en una unión no matrimonial; asimismo conlleva a que no conozcan los requisitos que la misma ley exige para legalizar dicha unión.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.1. CONCLUSIONES

En base a los resultados obtenidos de la investigación sobre la efectividad de la aplicación del derecho de familia en la protección de la vivienda familiar de las parejas en unión no matrimonial, se concluye lo siguiente:

- Que a pesar de ser ésta una unión que se ha practicado desde la antigüedad y se ha vuelto una costumbre, las parejas en esta situación aún no conocen en su totalidad los derechos que les otorga la Ley de Familia.
- Que si las parejas en unión no matrimonial acuden a los tribunales de familia a solicitar la declaratoria de dicha unión para poder ejercer sus derechos, sin embargo es un porcentaje mínimo las que lo solicitan y este es del sexo femenino. Es mínimo debido a que la mayoría de estas parejas no saben que la Ley les protege aún cuando no estén casadas.
- Que existen muchos vacíos legales en el Código de Familia, en relación a la protección de la vivienda familiar, ya que el legislador no dejó claro en la Ley como debía seguirse un proceso efectivo para constituir el derecho de proteger el bien de familia, en el caso de los derechos reales y personales, requisitos que constituyen un obstáculo para proteger la vivienda familiar; únicamente se limitan al derecho de habitación de la vivienda, esto con aras de proteger el patrimonio familiar.
- Que si bien es cierto, que existe una Ley que protege el derecho de la vivienda y ésta es aplicada, no siempre va a ser efectiva, debido a los

vacíos legales que presenta el Artículo 46 del Código de Familia, en relación a la protección de la vivienda familiar, ya que este se enfoca a la protección pero de uso de la vivienda familiar; aunque no se afecta el derecho de propiedad del inmueble por parte del que sea el dueño, sino más bien únicamente se le limita de forma temporal que disponga libremente del bien, con el fin de proteger la vivienda familiar. En ningún momento la ley establece cual será el fin de ese bien familiar; al declarar el Juez en la sentencia dicho derecho, si ésta aplicación de Ley será efectiva, en el sentido de que la familia cuente siempre con dicho inmueble.

5.1.2. RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones obtenidas en la investigación se plantean las siguientes recomendaciones:

A LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

- Que tanto el legislador como los tribunales de familia, tomen en consideración el escaso conocimiento que las parejas en unión no matrimonial, poseen sobre los derechos que la Ley les otorga, en lo relativo a la protección de la vivienda familiar y puedan crear programas educativos que promuevan éste derecho y todos los demás derechos que les asiste en dicha unión; así se disminuiría el desconocimiento que tienen las parejas en unión no matrimonial
- Que los tribunales de familia gestionen a través de la Unidad de “Oficina de la Justicia Juvenil” en su componente de Servicio Social, de la Corte Suprema de Justicia, que impartan charlas en los Centros Educativos dentro del programa Escuela para Padres, en coordinación con el Ministerio de Educación, sobre la figura de la unión no matrimonial y los derechos que les otorga la ley. Para adquirir y desarrollar conocimientos hacia aquellos derechos que pueden ejercer dentro de la unión no matrimonial, lo cual les permitirá obtener beneficios para la seguridad de la familia.

A LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

- Que a través del Departamento de Proyección Social, se pueda brindar asesoría jurídica sobre los derechos que la Ley de Familia otorga a las parejas que se encuentran en unión no matrimonial, con el fin de reducir el

desconocimiento que tienen sobre sus derechos, creando un proyecto educativo dentro del Servicio Social que realizan los estudiantes egresados de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas; lo que contribuiría a que las personas que conforman estas parejas puedan ejercer sus derechos familiares ante los tribunales correspondientes.

A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

- Que el legislador realice una revisión a la Ley de Familia, en lo relativo a aquellas disposiciones que en la actual legislación de familia sustituyeron a las del bien de Familia, en lo pertinente a la protección de la vivienda familiar, ya que se encuentran vacíos legales, con el propósito de realizar procedimientos efectivos para que los jueces no se limiten únicamente a resolver sobre el uso de la vivienda; y de esta forma se protegería efectivamente este patrimonio familiar.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

MÉNDEZ ACOSTA, MARÍA JOSEFA Y OTRO. “**Derecho de Familia,**”, Tomo I y II, Editores Rubinzal-Culsoni, Buenos Aires, Argentina. Año 2000.

BUITRAGO, ANITA Y OTROS. “Manual de Derecho de Familia”, 2ª. Edición, San Salvador. 1995.

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

TREJOS, GERARDO, “Código de Familia, Anotado y Concordado “Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 1983.

CABANELLAS, GUILLERMO, “Diccionario de Derecho Usual”.

OSSORIO, MANUEL, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Hiliasta, S.R.L., BUENOS Aires, Argentina, Sexta Edición.

TESIS:

LEIVA ROMERO, GUADALUPE AMPARO Y OTROS. Tesis “Incidencia de la Falta de Declaratoria Judicial de Convivencia y de Unión no Matrimonial, para el Goce efectivo de los Derechos Patrimoniales que establece el Código de Familia”, Universidad de El Salvador, El Salvador, año 2003.

CHÁVEZ BELTRÁN, JOSÉ LUIS Y OTROS. Tesis “La eficacia de la Protección a la Vivienda Familiar a partir de la vigencia del Código de Familia”. Universidad de El Salvador, El Salvador, año 1995.

LEGISLACIÓN:

Constitución de la República de El Salvador de 1983. Versión comentada, FESPAD, El Salvador 2001

Vásquez López, Luis, Código de Familia, 2ª Edición, año 1999.

Vásquez López, Luis, “ Recopilación de Leyes en Materia Laboral, 10ª. Edición., año 2005.

Vásquez López, Luis “Nuevos Códigos Penal, Procesal Penal y Ley Penitenciaria”, Imprenta FOCET, Cuscatlán, Año 2000.

Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, Diario Oficial No. 225 Tomo 269 de fecha 28 de noviembre de 1980.

Ley del Instituto Nacional de los Empleados Públicos, D.L. No. 373, Diario Oficial No. 198 Tomo 249 de fecha 24 de octubre de 1975

Ley del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, D.L. No. 1263, D.O.No. 226 Tomo 161, de fecha 11 de diciembre de 1953.

Ley del Fondo Social Para la Vivienda.

REVISTAS:

Corte Suprema de Justicia, Quehacer Judicial, No. 30, Publicación Mensual de la Dirección de Comunicaciones, Mayo 2005.

ANEXO I

CUESTIONARIO DIRIGIDA A JUECES, SECRETARIOS Y RESOLUTORES DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA DEL CENTRO JUDICIAL ISIDRO MENÉNDEZ

Objetivo: Identificar los casos en que las parejas en unión no matrimonial o de convivencia, han solicitado protección de la vivienda familiar en los tribunales de familia y si se aplica el principio de igualdad entre las parejas en unión no matrimonial en relación a las parejas en unión matrimonial.

NOMBRE: _____

CARGO: _____

PROFESIÓN _____

FECHA: _____ SEXO: F____ M____ JUZGADO_____

1.- ¿HA RECIBIDO CASOS DE DECLARATORIA DE UNIÓN NO MATRIMONIAL O DE CONVIVENCIA?

Si ____ No ____

2.- ¿DE QUE SEXO HA RECIBIDO MAYOR NÚMERO DE SOLICITUD DE DECLARATORIA DE UNIÓN NO MATRIMONIAL O DE CONVIVENCIA, DE OCTUBRE A DICIEMBRE DEL 2004?

FEMENINO:____ MASCULINO:____

3. ENCUENTRA VACIOS LEGALES EN EL CÓDIGO DE FAMILIA, EN CUANTO A LOS DERECHOS INHERENTES A LAS UNIONES NO MATRIMONIALES RELACIONADOS A LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA? SI____ NO____

4.- ¿SE APLICA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A LOS DERECHOS PERSONALES Y PATRIMONIALES EN LA UNIÓN NO MATRIMONIAL, EN CUANTO A LA VIVIENDA FAMILIAR? SI____ NO____

- 5.- ¿CONSIDERA QUE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL EN NUESTRO PAÍS, SE FOMENTA A PARTIR DE LO REGULADO EN EL ARTICULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN? SI_____ NO_____
- 6.- ¿CONSIDERA EFICAZ LA APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS DECLARACIONES DE UNIÓN NO MATRIMONIAL?
SI_____ NO_____
- 7.- ¿EXISTE EFECTIVIDAD JURÍDICA, EN LA CUAL SE PROTEJA LA VIVIENDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL?
SI_____ NO_____
- 8.- SE APLICA EFECTIVAMENTE EL DERECHO DE FAMILIA, CUANDO UNA PAREJA EN UNIÓN NO MATRIMONIAL, SOLICITA LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR?

SI_____ NO_____
- 9.- AFECTA JURÍDICAMENTE A LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL, AL MOMENTO DE EJERCER EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE SU VIVIENDA FAMILIAR, AL TERMINAR DICHA UNIÓN?

SI_____ NO_____
- 10.- AL DECLARAR LA DISOLUCIÓN DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LAS PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL, SE PROTEGE LA VIVIENDA FAMILIAR AL QUE LO SOLICITE?

SI_____ NO_____

ANEXO II

**GUIA DE ENTREVISTA DIRIGIDO A PAREJAS EN UNIÓN NO MATRIMONIAL
SOBRE SU FIGURA Y LA PROTECCIÓN A LA VIVIENDA FAMILIAR:**

1.- Sabe en que consiste la Unión no Matrimonial?

Si___ No___

2.- ¿Sabe que es la Declaratoria Judicial de Convivencia?

Si___ No___

3.- ¿Tiene conocimiento de los requisitos que debe cumplir, para que se le otorgue la declaratoria judicial de convivencia y de unión no matrimonial, para poder hacer efectivos sus derechos?

Si___ No___

4.- ¿Conoce el período que tiene para solicitar la declaratoria judicial de unión no matrimonial?

Si___ No___

5.- ¿Posee vivienda propia?

Si___ No___

6.- Si es propia, ¿Quién es el dueño?

Compañera de Vida_____ Compañero de Vida_____

7.- Sabe que existe una Ley de Familia, que le otorga derechos y protección en la unión de convivencia o unión no matrimonial.

Si___ No___

8.- Conoce de los derechos que la ley le otorga, durante la convivencia y disolución de la unión.?

Si___ No___

9.- Si usted fuese el dueño de la vivienda, estaría usted dispuesto (a) a dar su consentimiento para que la habite su pareja al momento de disolverse la unión.?

Si___ No___

10.- Si su pareja se opusiera voluntariamente a constituir la protección a la vivienda familiar, estaría usted dispuesto a acudir al juez a hacer la petición que le conceda el derecho a quedarse con la vivienda?

Si___ No___

ANEXO III

SEÑOR JUEZ -----DE FAMILIA:

-----, de ----- años de edad, Abogado, del domicilio de -
-----, con tarjeta de Identificación número -----, sin ninguna de las
inhabilidades reguladas en el artículo 99 del Código de Procedimientos Civiles,
actuando en calidad de Apoderado General Judicial y Especial de la señora -----
--, de treinta años de edad, profesora, soltera, del domicilio de esta ciudad, tal como lo
compruebo con el testimonio de **PODER GENERAL JUDICIAL Y ESPECIAL** y su
respectiva sustitución que en original y fotocopia presento para que sean confrontados
entre sí y una vez realizada tal diligencia, se agregue la fotocopia y se me devuelva el
original, vengo ante su digna autoridad con instrucciones precisas de mi mandante y
con base a lo regulado por el artículo 118 y siguientes del Código de Familia, a
promover diligencias de UNIÓN NO MATRIMONIAL, por lo que, a usted, con respeto
EXPONGO:

- I- Que mi mandante convivió de manera, singular, continua, estable y notoria, con el señor-----, por el período de ocho años contados de desde el día cinco de marzo de mil novecientos noventa y cinco hasta el día quince de marzo del año dos mil tres, fecha de su muerte, acaecida a consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en la ciudad de San Miguel, tal como consta en la certificación de partida de defunción que en original presento para que sea agregada a las diligencias respectivas.

- II- Que al momento de su muerte el señor-----, era de las generales siguientes: treinta y tres años de edad, empleado, del domicilio de esta ciudad, soltero, y no dejo testamento, por lo que son llamados a sucederlo de forma intestada su madre señora-----
-----, de setenta y cinco años de edad, jubilada, de este domicilio, y el niño-----procreado durante los años de convivencia con mi mandante, actualmente de siete años de edad, estudiante, del domicilio, de esta ciudad, lo cual compruebo con la certificación de partida de nacimiento que acompaño a la presente en original para que sea agregada al expediente respectivo.
- III- Que durante los años de convivencia mi mandante y el señor -----
-----, adquirieron en proindivisión un inmueble situado en Calle a Planes de Renderos Kilómetro ocho y medio, número quince, de esta ciudad, valorado actualmente en la cantidad de TREINTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.

Que no existiendo impedimento alguno para que sea declarada la Unión No Matrimonial entre mi mandante y el señor-----, vengo ante su digna autoridad con base a lo regulado por el artículo 118 y siguientes del Código de Familia, a demandar a la señora -----, y al niño-----
-----, quienes son llamados a suceder de forma intestada al señor-----
-----, para que en sentencia definitiva se declare que existió unión

no matrimonial entre la señora-----y el señor-----
 -, la cual fue singular, continua, estable y notoria, y se otorgue a la misma los derechos
 que conforme a derecho le corresponden.

Por lo anteriormente expuesto, a usted, con el mismo respeto PIDO:

- a) Admitir la Presente demanda;
- b) Tenerme por parte en el carácter en que comparezco;
- c) Previo análisis de la prueba que aporto y ofrezco aportar y del trámite legal correspondiente, declare la unión no matrimonial entre los señores-----
 -----y -----, otorgando a esta última los derechos que
 la calidad de conviviente le otorga.

Ofrezco el testimonio de los señores-----y -----
 -----, quienes al igual que la demandante y el suscrito apoderado pueden ser
 citados y notificados de toda providencia judicial del proceso que nos ocupa por
 medio del número de Fax-----.

Los demandados pueden ser citados y emplazados en -----

San Salvador, a los-----, del mes -----, del año dos mil cinco-

ANEXO IV

**MODELO DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR
(ARTICULO 37,46 Y 120 DEL CÓDIGO DE FAMILIA)**

NUMERO.....(encabezamiento),.....Y ME DICEN: I.-DECLARACIÓN DE DOMINIO. Que según aparece en la Matrícula Número..... asiento número....., del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas del Departamento de....., el primer compareciente es actual poseedor de un inmueble de naturaleza urbana y casa de habitación, situado en....., el cual es de una extensión superficial de..... y, cuya descripción es la siguiente:..... Que dicho inmueble no se encuentra embargado, ni está gravado con derechos reales o personales que deban respetarse. **II. FIJACIÓN DE RESIDENCIA.** Que los otorgantes son cónyuges entre ellos y conjuntamente fijan como el lugar de su residencia, el inmueble descrito en el apartado anterior, el cual servirá de habitación a la familia que han constituido. **III. CONSTITUCIÓN DE DERECHO DE HABITACIÓN.** Que en razón de lo anteriormente expresado, el primer otorgante, por este medio, **CONSTITUYE DERECHO DE HABITACIÓN POR TIEMPO INDEFINIDO, SOBRE** el inmueble descrito en el apartado “I” de esta escritura, para que sirva de vivienda a él y a la familia que han constituido con la segunda compareciente y por ello queda sometido al régimen jurídico que establece el artículo cuarenta y seis del Código de Familia. **IV.-**

FORMALIDADES FINALES Y CIERRE DE LA ESCRITURA. Así se expresaron los comparecientes y yo el notario HAGO CONSTAR: a) Que he tenido a la vista la Certificación de la Partida de Matrimonio de los mismos, expedida por.....Jefe del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de....., autorizado por su secretario....., en la que a folio.....del Libro.....de Partidas de Matrimonio que esa Alcaldía llevó durante el año de, se encuentra asentada la Partida de Matrimonio Número....., la que aparece que ellos contrajeron matrimonio civil entre sí, en la ciudad de....., ante los oficios de.....(final).....

Nota:

El anterior modelo puede adaptarse al inmueble que sirve de habitación a los convivientes y su familia. Art. 120 del Código de Familia.