

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
V SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS



**“EL DERECHO DE HABITACIÓN PARA LA CONSTITUCIÓN
DE LA VIVIENDA FAMILIAR, EFECTOS JURÍDICOS QUE
PRODUCE”**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:
FATIMA GUADALUPE GUERRA SALGUERO
MARCIA LUCILA NUÑEZ CASTRO**

**DIRECTOR DE SEMINARIO:
DR. CARLOS AMILCAR AMAYA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2003

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ.

VICE-RECTOR ACADEMICO
ING. JOSE FRANCISCO MARROQUIN

VICE- RECTORA ADMINISTRATIVA
LICDA. MARIA HORTESIA DUEÑAS DE GARCIA

SECRETARIA GENERAL
LICDA. MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL
LICDO. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO
LICDO. FRANSISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

VICE-DECANO
LICDO. EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO
LICDO. JORGE ALONSO BELTRAN

UNIDAD DE INVESTIGACION JURIDICA
LICDO. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO
DR. CARLOS AMILCAR AMAYA

ÍNDICE

CONTENIDO	PAGINAS
INTRODUCCION	i
CAPITULO I	
LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR: MARCO DE REFERENCIA	
1.1. LA FAMILIA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, FUNCIONES Y NATURALEZA JURÍDICA	1
1.2. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SALVADOR	9
1.3. EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN	17
1.3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	17
1.3.2. DEFINICIÓN Y GENERALIDADES DEL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN	19
CAPITULO II	
FUNDAMENTO JURÍDICO NORMATIVO	
2.1. A NIVEL NACIONAL	
2.1.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR	25
2.1.2. CÓDIGO CIVIL	27
2.1.3. CÓDIGO DE FAMILIA	29
2.1.4. LEY PROCESAL DE FAMILIA	30

2.2.	A NIVEL INTERNACIONAL	
2.2.1.	DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS HUMANOS	31
2.2.2.	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES	32
2.2.3.	DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE	33
2.2.4.	CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	33

CAPITULO III

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

3.1.	EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO	35
3.2.	ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN	
3.2.1.	CONCEPTO	40
3.2.2.	CARACTERÍSTICAS	41
3.2.3.	NATURALEZA JURÍDICA	43
3.2.4.	FINALIDAD	43
3.2.5.	PRINCIPIOS QUE REGULAN EL RÉGIMEN ECONÓMICO FAMILIAR	44
3.2.6.	PRESUPUESTOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR	45
3.3.	CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROTECCIÓN PARA LA VIVIENDA FAMILIAR	48
3.4.	EFFECTOS DE LA AFECTACIÓN DE UN BIEN INMUEBLE A VIVIENDA	

FAMILIAR	57
3.5. DESAFECTACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR	59
3.6. EL DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE	64
CAPITULO IV	
ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN	70
CAPITULO V	
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
5.1. CONCLUSIONES	79
5.2. RECOMENDACIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de graduación, corresponde al área de Derecho de Familia y desarrolla el tema “El Derecho de Habitación para la constitución de la vivienda familiar. Efectos jurídicos que produce”.

En El Salvador el Derecho de Familia aun se encuentra en transición porque si bien existía regulación sobre esta institución social, esta no respondía a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el país, ya que tales tratados corresponden a una concepción de familia protagonista de las transformaciones sociales, políticas y culturales, por lo cual está debe ser protegida y fortalecida por el Estado, por lo que crea en 1994 el Código de Familia, el cual contiene normas sin precedente en nuestro país y cuya aplicación aun se esta consolidando.

La realización de esta investigación persigue como propósitos generales determinar los efectos jurídicos que derivan de la constitución del derecho de habitación de la vivienda familiar, como lo son la limitación al derecho de propiedad del dueño del inmueble, la oponibilidad del derecho frente a terceros, así como también analizar la eficacia que en la práctica tiene el art. 46 C.F, al solicitar la protección de la vivienda familiar, la cual debe reunir requisitos como: no estar en proindivisión con terceros, ni gravado con derechos reales o personales que deban respetarse.

El desarrollo del trabajo comprende un estudio analítico sobre los siguientes temas: la familia, por ser esta institución social el objeto de protección de dicha figura; el derecho de uso y habitación, como antecedentes históricos e instituciones retomadas por el derecho de familia para proteger el

inmueble que sirve de habitación al grupo familiar; las formas de constitución del derecho de habitación: la voluntaria y la forzosa y sus consecuencias legales en relación al derecho constitucional de propiedad del dueño del inmueble; la constitucionalidad de la protección de la vivienda familiar y finalmente se ha reflexionado sobre la figura de la proindivisión y sobre los gravámenes como restricciones a la constitución del derecho de habitación y sus repercusiones en las familias que desean beneficiarse con la institución en estudio; así también sobre la sana crítica como sistema de valoración que acompañado de la experiencia del Juez solventan algunos vacíos que tienen las referidas disposiciones fundamentándose para ello en el interés de la familia.

El tipo de investigación que se ha realizado comprende la investigación bibliográfica con la cual sustentamos teóricamente el estudio de la institución, basándonos principalmente en la Exposición de Motivos del Código de Familia y en la doctrina de otros países como Argentina, ello debido a que por ser esta una institución nueva en nuestro país, no existe un amplio desarrollo bibliográfico sobre la misma.

También nos auxiliamos de la investigación de campo por medio de la cual estudiamos la incidencia que en la realidad tiene la protección de la vivienda familiar, apersonándonos para ello a los tribunales de familia de esta ciudad a fin de entrevistar a los Jueces de Familia, quienes pueden brindar información concreta y real sobre los casos sometidos a su conocimiento.

CAPITULO I

LA PROTECCIÓN PARA LA VIVIENDA FAMILIAR: MARCO DE REFERENCIA.

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

EVOLUCION HISTORICA.

El conocimiento de la historia de la familia como núcleo primario anterior y superior al Estado permite la comprensión del papel que el hombre ha desempeñado a través del desarrollo y evolución de la humanidad; el hombre necesita asociarse para sobrevivir, y esa necesidad hace unirse a un hombre y una mujer de donde surge la procreación y la relación entre padres e hijos y es lo que se denomina la familia.

La familia siempre ha sido considerada como la célula básica de la sociedad, por lo tanto, la sociedad genéricamente debe entenderse como una gran familia, como la unión o agrupación de numerosas familias.

Si retrocedemos un poco en el tiempo, en lo relativo a la prehistoria de la humanidad, veremos que ésta ha venido atravesando por una serie de evoluciones, siguiendo la tesis de Federico Engels, el proceso cultural de la humanidad ha pasado por tres etapas principales: El salvajismo, la barbarie y la civilización.¹

En el período del salvajismo predomina la apropiación de los productos naturales, tal como se encuentra en el medio ambiente, la mano del hombre no

¹ Núñez Cantillo, Adolfo. Derecho de Familia. Legislación Colombiana. Pp. 95

interviene para la formación de éstos. En esta misma etapa la especie humana tiene un sistema de vida que corresponde al desarrollo embrionario de su cerebro, como también a la etapa de la “Promiscuidad”, es decir que en esta etapa, hay libertad sexual absoluta. En esta etapa se dio la primera forma de gobierno familiar “el matriarcado”.

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

Conforme el hombre fue formando sus grupos familiares, ha habido un proceso o mejor dicho una evolución conociéndose como tipos de familia las siguientes: Consanguínea, Punalúa, Sindiásmica y Monogámica.²

En la familia consanguínea, las líneas de parentesco o descendencia vienen de una pareja y los descendientes de ésta son entre sí hermanos y hermanas y por eso maridos y mujeres unos de otros. Este tipo de familia ha

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

desaparecido, pero el sistema de parentesco que existe en Hawai expresa grados de parentesco consanguíneo que sólo ha podido surgir de esta forma de familia.

La familia Punalúa, es un tipo clásico de una formación familiar, que tiene una serie de variaciones y su rasgo característico esencial es la comunidad recíproca de hombres y mujeres en el seno de un determinado círculo de familia, el matrimonio es por grupos, la descendencia se demuestra por la línea materna, reconociendo por ello sólo la filiación femenina.

A las relaciones de herencia se les llama “derecho materno”, pero al nivel que se encontraba este estado de sociedad, aún no existía derecho en el sentido jurídico de la palabra, se forma un círculo cerrado de parientes consanguíneos por línea femenina y no pueden casarse unos con otros, pues ahí se van formando las Gens y las relaciones familiares se consolidan cada vez más por medio de instituciones comunes de orden social y religioso.

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

femenina y quien heredaba era la gens del hombre. Este es un primer paso al avance del hombre en el grupo familiar basado en relaciones individuales y exclusivas, hacia la monogamia, la cual se implanta en la mayor parte del mundo civilizado.

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

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

Con la Revolución Francesa de 1789 se dio un retroceso en materia familiar, porque se suspendió el carácter religioso del matrimonio y se concibió a éste como un contrato. En esta época el principio de libertad fue el que

permitió la disolución del matrimonio y el principio de igualdad, permitiendo distinguir que había una familia natural y una legítima.

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

Otro movimiento fuerte que influyó fue “La Reforma”, movimiento que afirma la autoridad del poder civil en el tema del matrimonio.

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

FUNCIONES DE LA FAMILIA.

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

Decimos que la familia es la reguladora de las relaciones sexuales porque en ella se crea un sentido de responsabilidad y estabilidad a través de la

institución del matrimonio que supone una serie de obligaciones y derechos recíprocos que son amparados por la ley, aun así, como sabemos existen en nuestra realidad familias que son productos de uniones de hecho, a estas uniones la ley de familia también les da cierta protección en especial a los hijos menores de edad; pero en definitiva sigue siendo un medio que regula las relaciones existentes entre cónyuges y convivientes que han decidido hacer vida en común. Muy íntimamente ligada a esta función encontramos que la familia también es considerada como reproductora de la especie humana, debido a que la procreación es un efecto biológico y natural de la unión de un hombre y una mujer; lo cual es necesario para la perpetuidad de la especie, sin embargo encontramos casos en que existen familias sin que haya procreación, tal como sucede en aquellas parejas que no pueden tener hijos y hacen uso de la adopción, saliéndonos por ello de los parámetros normales, por ese motivo más que una función de la familia se considera a la reproducción como fuente de la misma.

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

preámbulo de la preparación del hombre para que pueda desenvolverse por sí mismo y prosiga correctamente con el ciclo de vida y la perpetuación de la especie.

La familia tiene también una función afectiva, ella es la que proporciona en forma natural al ser humano, el afecto que es imprescindible para el equilibrio mental y emocional de la persona; esto es más importante en los primeros años de vida del individuo, por ser el tiempo en que se desarrollan los sentimientos más profundos que se originan de las relaciones padres-hijos-hermanos-. Claro está que para que esta función se concrete es necesario que la familia esté bien integrada, rodeada de un ambiente de paz, armonía y seguridad, de no ser así los efectos que se causarían serían dañinos y contraproducentes.

NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA.

Ha sido muy difícil definir la naturaleza jurídica de la familia. Al respecto encontramos tres tesis de diferentes autores que han pretendido hacer un estudio detenido sobre este punto: 1- La tesis de la personalidad jurídica de la familia; 2- La tesis de la familia como organismo jurídico; 3- La tesis de la familia como institución.

La primera tesis, ha sido desarrollada por Savatier, para él, la familia es una persona moral o jurídica que es susceptible de atribuírsele derechos de carácter patrimonial como el de la propiedad del bien de familia, las cargas matrimoniales; y derechos de carácter extra patrimonial tales como el derecho al apellido o nombre patronímico de la familia, los derechos emergentes de la

patria potestad. Con relación a esto Zannoni es de la opinión que el interés personal de cada uno de los miembros de la familia, debe ceder al interés grupal de ella, si se quisiera mantener su unidad, ya que únicamente valorizando su interés familiar como forma de proteger el interés personal de sus miembros se puede lograr el bienestar de ésta.

Sin embargo, el hecho de que se acepte que la familia tenga un interés prioritario, no significa que ésta tenga personalidad jurídica; la principal característica de la personalidad es la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones y es muy evidente que la familia como ente que representa un todo social, no tiene esas facultades ni adquiere personería diferente a la de sus integrantes.

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

La tercera tesis planteada es la más aceptable y seguida por otros autores, aunque se le critica porque el término institución es impreciso; y prefieren denominar a la familia como institución social natural y aún jurídica. La teoría de las instituciones fue creada en Francia por Maurice Hauriou, quien

sostiene que institución: es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de los individuos, tales como la familia, la propiedad o el Estado en particular, y que no pueden ser destruidos ni por la legislación, es un idea objetiva transformada en una obra social y que sujeta así, a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas.

Para Zannoni, Díaz de Guijarro y Guastavino, la familia es una institución social, pues para reconocer su naturaleza jurídica, es necesario remontarnos a su concepto sociológico, o naturaleza eminentemente social. Consideramos esta tesis más ajustada que las anteriores, pues es sobre la base de la estructura social, que el Estado organiza sus mecanismos jurídicos de control de la familia e impone a sus miembros los derechos y obligaciones necesarios para su bienestar y desarrollo.

1.2 LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL SALVADOR.

La idea de protección de la vivienda obedece a que la familia tiene su asiento en esta y que la misma constituye una realidad física y jurídica necesaria e incluso trascendente para el bienestar de la familia. La vivienda familiar constituye una parte esencial del patrimonio familiar, entendido este, en forma genérica, como el haber con que se atiende el sostenimiento de las cargas familiares, y en forma específica, como la cantidad limitada de bienes, adscrita al sostenimiento de una familia.

Galindo Garflas, define el patrimonio familiar, como “el conjunto de bienes destinados por uno de los miembros de la familia, a satisfacer las necesidades”

El patrimonio de familia, lo constituye el conjunto de bienes que se consideran necesarios para la estabilidad de la célula de la sociedad: la familia.

El patrimonio de la familia, en el concepto de propiedad inembargable, inalienable y sujeto a determinadas reglas especiales de transacción por causa de muerte, tiene su origen en Norteamérica y fue establecido por primera vez con el nombre de “Homestead” por ley del Estado de Texas, el 26 de enero de 1839, y después con carácter federal el 26 de mayo de 1862.

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

Canadá adopta la institución del patrimonio familiar por ley de 1878, notificada en 1886 y en 1893. Australia la incluye en su Ley de Colonización de 1895, cuando el gobierno repartió grandes extensiones de terreno para cultivo y fundación de hogar, con derecho a la adquisición del dominio al cabo de 5 años. En Francia, la ley del 12 de abril de 1894, reformada más tarde en 1905 y el 5 de diciembre de 1922. La legislación anterior tenía como finalidad asegurar la estabilidad de la familia mediante la institución de un patrimonio familiar inembargable.

En Rusia el patrimonio familiar estaba ordenado por el artículo 10 de la Constitución de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, cuyo texto decía: “la ley protege la propiedad personal de los ciudadanos sobre los ingresos y ahorros, frutos de su trabajo, sobre su casa vivienda y su economía doméstica auxiliar,

sobre los objetos de mobiliario de uso cotidiano, así como los objetos de uso y comodidad personales”.

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

En España el Fuero de Castilla crea el patrimonio familiar a favor de los campesinos y los constituían: la casa, la huerta, y la era (Ley 10, título I, libro IV); bienes que eran inembargables, así como las armas, el caballo y la acémila (mula o asno); en el Derecho foral español surgió en numerosas regiones el patrimonio familiar con las mismas características señaladas en el citado fuero.³

En el Derecho Positivo Argentino, se observa una tendencia tuitiva a la protección del patrimonio familiar, que se encuentra consagrada por diversas normas de distinto rango: la Constitución Nacional Argentina a través de su artículo 14 bis (1), establece de manera programática “... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Lo que se instrumenta en la Ley 14.394 que determina en su artículo 34 (2) que toda persona puede constituir en bien de familia un inmueble de su propiedad cuyo valor no exceda del sustento y necesidades de la familia. Este bien de familia no es susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción registral (Art. 38) (3) con las excepciones que establece la ley.

México tiene como antecedente precortesiano del patrimonio familiar, las parcelas que se adscribían a las familias que habitaban en los barrios (calpulli)

³ Ricardo Sánchez Márquez. El Patrimonio Familiar. X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Pp. 490.

y cuya extensión era proporcionada a las necesidades de cada una de ellas. En el ámbito nacional, el primer antecedente fue la Ley de Relaciones Familiares ya que en su artículo 284 decía: “la casa en que esta establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los cónyuges o de ambos, no podrán ser enajenados, si no es con el consentimiento expreso de los dos; y nunca podrán ser hipotecados o de otra manera gravados o embargados por los acreedores del marido o de la mujer, o bien de ambos, siempre que dichos objetos no tengan en conjunto un valor mayor de \$ 10.000.00

Si la residencia conyugal estuviera en el campo, ahí los objetos que le pertenezcan tampoco podrán ser enajenados sin el consentimiento expreso de ambos consortes y en ningún caso podrán ser hipotecados o de otra manera gravados juntamente con los terrenos que les correspondan, sin que su valor sea mas de \$10.00000.

Cuando un matrimonio tuviera varias casas o propiedades en que resida en distintos periodos del año, deberá designar ante la autoridad municipal del lugar en que este ubicada la residencia que quiere señalar, cual es la que ha de gozar del privilegio que le concede esta disposición”.⁴

Costa Rica protege el patrimonio familiar al establecer en el artículo 65 de la Constitución que “el Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador”.

En la Constitución de la República de Honduras también se reconoce esta institución en sus artículos 178, 179 y 180, que establecen el derecho de

⁴ Idem. Ob. Cit. PP 491.

los hondureños a una vivienda digna. Y la obligación del Estado a formular y ejecutar programas de vivienda de interés social. En el mismo sentido aparece regulado en las Constituciones de Nicaragua (Art. 64) y de Panamá (Art. 113), englobado dentro de las normas de Asistencia Social.⁵

En El Salvador, el bien de familia aparece formalmente en la legislación secundaria en el año de 1933, aunque es a partir del año de 1939 que el bien de familia es acogido en el texto de todas las constituciones que se han decretado desde esa fecha, como medio de tutela del patrimonio familiar.⁶

La protección de la vivienda familiar se regula en el Capítulo II Régimen Patrimonial del Matrimonio, Art. 46 “Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.

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

No se podrá destinar más de un inmueble a dicha habitación; este no deberá estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deban respetarse. La sustitución del

⁵ Fernández Domingo, Jesús Ignacio. Vivienda y Familia: presente y futuro de una simbiosis. X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Argentina. 1998. pp. 244 y 245.

⁶ Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña “Exposición de Motivos del anteproyecto de Código de Familia”. Pp. 451.

inmueble afectado también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y en la forma prevista en el inciso precedente.

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

Este artículo contempla una de las reglas que integran el llamado régimen patrimonial primario, que son las disposiciones legales aplicables a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal, por constituir normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico-matrimonial, inderogables por tanto, por acuerdos entre los cónyuges. Esta regla establece que, cualquiera que sea el régimen patrimonial que rijan un 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, 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. Con esta norma no solo se da respuesta a preocupaciones doctrinales y recomendaciones internacionales, sino que se acomoda al espíritu constitucional plasmado en el artículo 119 de la Constitución, de acuerdo al cual “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 solución habitacional, sino que, en cumplimiento del deber de protección de

la familia que le impone el artículo 32, está obligado a tomar las providencias necesarias para la conservación de la vivienda.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Familia dice con relación a este artículo: “Un derecho a la vivienda en abstracto, no pasa de ser un postulado declamatorio que, al lograrse puede desaparecer o ser menoscabado por actos de algunos de los cónyuges en perjuicio de la familia toda. Cuando hay ya un derecho a la vivienda, es preciso dotarlo de protección jurídica, lo cual se hace especialmente necesario en las situaciones conflictivas del matrimonio y esto es lo que se trata de conseguir en la disposición que se comenta.

El inciso segundo del artículo facilita la destinación del inmueble a la referida finalidad habitacional al disponer que, deberá ser otorgada por ambos cónyuges en escritura pública, o en acta ante el Procurador General de la República o los Procuradores Auxiliares Departamentales. Por otro lado, para que la protección que se busca tenga operatividad práctica y para que, además, no se afecte el interés de los terceros, se ha previsto que los referidos documentos de destinación se deben anotar preventivamente en el registro correspondiente, para que surtan efectos frente a aquellos.

El inciso tercero de la disposición en comento establece que no se podrá destinar mas de un inmueble a dicha habitación, ya que la protección debe concretarse al mínimo indispensable y no facilitar el abuso, y, por la similitud de supuestos, prescribe que el inmueble afectado debe reunir los mismos requisitos que el artículo 293 del proyecto del Código de Familia fija para aquel sobre el que se constituya un bien de familia; es decir, que puede ser rústico o urbano, debe pertenecer a uno de los cónyuges, aunque esté sometido al

régimen de propiedad horizontal; no debe estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deban respetarse.

Por otra parte se contempla la posibilidad de sustituir el inmueble destinado a la vivienda, con lo cual se da respuesta a un fenómeno de común concurrencia. Tal sustitución debe hacerse también por el mutuo acuerdo de los cónyuges y en la misma forma que se otorga a la destinación original.

El último inciso del artículo resuelve los problemas de desavenencia para la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la sustitución, al prescribir que cuando no pudiese obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges para otorgar cualquiera de tales actos, el juez, a petición del otro, podrá autorizarlo atendiendo al interés de la familia. Será el procedimiento familiar el que desarrolla la forma de obtener tal autorización y de procurar medidas precautorias provisionales mientras aquella no se concede”.⁷

Así pues, en las disposiciones generales del Anteproyecto del Código de Familia, quedan plasmados los principios inspiradores de este en relación al régimen patrimonial del matrimonio, y son: la libertad de estipulación; la igualdad jurídica de los cónyuges; el principio de mutabilidad o flexibilidad; y, el principio de legalidad supletoria.

La institución de la Protección de la Vivienda Familiar tiene su verdadero antecedente en la figura civil del Derecho de Habitación, el cual está íntimamente ligado al Derecho de uso, por lo cual se analizará este derecho en el siguiente apartado.

⁷ Anteproyecto de Código de Familia. Exposición de Motivos de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña. San Salvador, El Salvador. 1990.

1.3 EL DERECHO DE USO Y HABITACION.

1.3.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.

La protección de la vivienda familiar constituye una de las instituciones del Código de Familia que tiene sus antecedentes en las instituciones de uso y habitación, reguladas en el Derecho Civil, las cuales jurídicamente tienen su aparición en el Derecho Romano en la época justineana, en la cual se consideró a los derechos de usufructo, uso y habitación como una de las especies del derecho real de servidumbre, dándoles la denominación de Servidumbres Personales, criterio adoptado por las Leyes de Partida de España, y en general por las escuelas jurídicas, hasta que el Código Francés, repudiando dicha denominación por suponer infundadamente que envolvía un resabio feudal consideró el usufructo como un derecho real independiente, del mismo modo se consideró a los derechos de uso y habitación por tener caracteres técnicos diversos, ya que las servidumbres reales constituyen relaciones jurídicas permanentes mientras que estos otros derechos tienen carácter temporal.⁸

En el Derecho Romano el uso (usus) fue el derecho de utilizar una cosa sin apropiarse los frutos de la misma. Las fuentes decían que aquel a quien se ha dejado el uso puede usar, pero no puede obtener los frutos: *cui usus relictus est, uti potest, frui non potest* (Digesto, lib. VII, tit VIII, De usu et habitatione, fr. 2, pr.) pero este rigor fue modificado por la práctica y la jurisprudencia, fundándose en el simple uso respecto de muchas cosas, no reportaba ventaja apreciable y no podía suponerse que los testadores que la constituían hubieran querido conceder ventajas ilusorias prevaleció pues, que cuando la cosa sujeta

⁸ Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. 4º Edic. Instituto Editorial REUS, S.A. Madrid. 1988. Pp. 9.

a este derecho era susceptible de procurar una ventaja real por el simple uso, se rehusaba al usuario el derecho de percibir los frutos; pero cuando el simple uso no procuraba ningún beneficio o el que procuraba era insignificante, se añadían a él algunas ventajas propias del usufructo.

Las legislaciones modernas han dado carácter normal a esa ampliación del derecho de uso haciendo de éste una especie de usufructo limitada a las necesidades del usuario y su familia.

Respecto al derecho de habitación su naturaleza y extensión fue discutida entre los jurisconsultos romanos. Unos lo equiparaban a la servidumbre de uso, y otros a la de usufructo. Justiniano (en una Constitución del año 530) le dio la consideración de un derecho de propia índole más extenso que el uso, pero más limitado que el usufructo, concediendo a su titular la facultad de habitar por sí mismo o de arrendar la habitación a otra persona, pero no la de cederla a título gratuito (quizá porque se consideraba la habitación como una especie de alimento).

En el Derecho Moderno la habitación se ha asimilado al derecho de uso. Domat decía que la habitación era para las casas lo que el uso para los otros fundos. Y el Código Francés suprimió su particularidad más importante al establecer (Art. 634) “ Que el habitacionista no puede arrendar ni ceder su derecho”. Realmente, como dice Planiol, la habitación no ofrece ya un carácter propio que merezca hacer de ella un derecho distinto del uso.

El Código Español se ha inspirado en este sentido moderno del derecho de habitación pues lo considera como la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para el que tiene el derecho y para las personas de su

familia y lo declara intransmisibles, lo mismo que el uso (Art. 525), suprimiendo la facultad que las Leyes de Partida concedían al titular de la habitación para arrendar ésta a personas de buena voluntad ⁹.

1.3.2 DEFINICIÓN Y GENERALIDADES DEL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN.

Según la definición del Art. 813 C. “El derecho de uso es un derecho real que consiste generalmente en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa, agrega la ley que si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación”.

Esta definición a pesar de ser legal carece de un elemento que es importante y es que la cosa debe ser ajena. El dueño tiene la facultad de usar de la cosa, de gozar y disponer de ella arbitrariamente, porque tiene el dominio; pero el derecho de uso como derecho real independiente significa una limitación del dominio constituido a favor de una persona distinta del dueño; supone entonces dos derechos que coexisten, el del propietario y el del usuario o habitador, y tiene por consiguiente una duración limitada.

Según la definición del Código Civil, el uso es una especie de usufructo del cual difiere en que el usufructuario tiene derecho a percibir la totalidad de los frutos y utilidades de la cosa, mientras el usuario no, éste sólo tiene derecho a una parte limitada que va de acuerdo a sus necesidades, Art. 817 C. Tanto el

⁹ Ídem. Ob. Cit. Pp. 82-84.

derecho de uso y el de habitación son derechos reales, debido a que se ejercita directamente sobre la cosa sin relación a ninguna persona.

La ley dice que el derecho de habitación es el derecho de uso de una casa y se refiere exclusivamente a la utilidad de morar en ella, no hay por lo tanto diferencias esenciales entre éstos, y es más, podríamos decir que el derecho de uso es uno sólo y recibe el nombre de Derecho de habitación, cuando se constituye en una casa, si lo concebimos desde el punto de vista legal.

Si nos vamos a la doctrina, no hay uniformidad de criterios con respecto a éstos derechos. Para Guillermo Cabanellas, el derecho de habitación, “es el derecho que una persona tiene para morar en casa ajena sin pagar alquiler”. Este derecho se rige por: 1. Voluntad de las partes; 2. Título constitutivo (testamento por lo general); y 3. La ley¹⁰.

Según Manuel Osorio, derecho de habitación “es el derecho real que confiere a su titular la facultad de ocupar con su familia un inmueble destinado a vivienda cuya propiedad corresponde a otras personas, sin abonar precio, pero con la obligación de preservarla y la prohibición de ceder o arrendar su derecho. Constituye una modalidad del derecho de uso hasta el punto que algunos autores las regulan conjuntamente, y se diferencian del usufructo en que no admite otra clase de aprovechamiento¹¹”.

De la lectura de los anteriores conceptos podemos afirmar que el segundo de ellos, al igual que la definición del Art. 813 C. están incompletos por

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”, Edit. HELIASTA S.R.L. Viamonte Argentina, 1969.

¹¹ Osorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Edit. HELIASTA S.R.L. Viamonte Argentina, 1962.

lo siguiente: no diferencia al derecho de uso y al derecho de habitación, los confunde o los toma como equivalentes; no incorpora el elemento que mencionamos al principio y es que la cosa debe de ser ajena, y por último no delimita a los beneficiarios del derecho que lógicamente es una persona determinada y su familia. Por estos motivos retomamos el concepto de Manuel Osorio para nuestros fines, por creer que contiene los elementos más importantes que describen en su totalidad el derecho de habitación.

Los derechos de uso y habitación pueden establecerse por actos entre vivos, a título oneroso o lucrativo, o por acto testamentario de la misma forma que el usufructo; por consiguiente son aplicables al uso y habitación, las disposiciones de los Arts. 769 al 812 C., inclusive puede constituirse por tiempo determinado, bien por toda la vida del usuario o habitador, y dice la doctrina que si no se ha estipulado tiempo para su duración, se entenderá constituido por toda la vida¹².

Estos derechos cuando recaigan sobre inmuebles por actos entre vivos deben constituirse por escritura pública, y el habitador o el usuario no puede adquirir legalmente el derecho de uso o habitación sin la inscripción en el registro correspondiente, esto es, porque la habitación es un derecho real, y como tal la ley exige para su validez su inscripción.

El derecho de habitación no se limita a una sola persona, las necesidades personales del usuario o habitador comprende la de su familia; el hombre no vive aislado, y es natural que el legislador al considerar las necesidades del individuo tomará también en cuenta las de su familia. Desde luego es fácil comprender que la familia tenía que ser tomada en cuenta con

¹² Claros Solar, Luis. “Derecho Civil Chileno y Comparado”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo VIII, Pp. 432.

relación al derecho de habitación, ya que sino fuera así, resultaría contraproducente, innatural y hasta desmoralizador al no permitírsele al individuo morar con su familia, Art. 817 Inc. 2º C.

Debido a esto el legislador ha cuidado de definir lo que debe entenderse por familia, (Art. 2 C.F.) dicha definición ha cambiado con el transcurso del tiempo hasta llegar a la familia nuclear y la extensa, no importando que se origine de una unión matrimonial, no matrimonial o del parentesco.

Para Arturo Alessandri, la palabra familia comprende, para los efectos del uso y de la habitación, “la mujer y los hijos legítimos y naturales; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario, y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”.

En cuanto a las características, el autor antes mencionado establece que el derecho de uso es esencialmente personalísimo, a diferencia del usufructo que puede transferirse; presenta todas las características del derecho personalísimo, porque no sólo es intransmisible, sino que también es intransferible a cualquier título que sea, lo cual no obsta a que el usuario negocie en la forma que mejor le parezca los frutos de la cosa a que tienen derecho y que percibe, pues esos frutos le pertenecen en propiedad absoluta.

Entre el usufructo y el uso y la habitación, existen las siguientes diferencias:

1) El usufructo es un derecho completo, porque otorga a su titular toda la facultad de uso y toda la de goce, es decir, el usufructuario, junto con el derecho de servirse de la cosa conforme a su naturaleza, tiene también la facultad de percibir los frutos de la cosa; por la inversa, el uso y la habitación no son derechos completos.

Si bien el usuario y el habitador tienen la facultad de uso, o sea, la de servirse de la cosa conforme a su naturaleza, no tienen toda la facultad de goce, porque como dice el artículo 811 (Art. 813 en nuestro Código Civil), solo pueden percibir una parte limitada de las utilidades y productos de la cosa.

2) El usufructo puede constituirse, entre otras maneras, por el sólo ministerio de la ley; no hay uso o habitación legales.

3) El usufructuario debe rendir caución de conservación y restitución de la cosa fructuaria, obligación que no pesa ni sobre el usuario ni sobre el habitador, porque el artículo 813, inciso 1°, lo releva expresamente de ella; disposición que tiene su equivalente en el Art. 815 C.

4) El usufructuario debe siempre practicar inventario solemne, lo mismo que el habitador; pero el usuario tiene esta obligación cuando recae el uso en cosas que deben restituirse en especie.

5) El usufructo es embargable, con las solas excepciones que vimos, el uso y la habitación son inembargables.

6) El usufructuario debe soportar el total de las cargas fructuarias, mientras que el usuario y el habitador deben concurrir a ellas a prorrata del beneficio que la cosa les reporta.

7) El usufructo es intransmisible, pero transferible; los derechos de uso y habitación son intransmisibles e intransferibles.

En todo lo demás, el usufructo y los derechos de uso y habitación se rigen por unas mismas reglas, en conformidad con lo que dispone el artículo 812 C.C, que insertamos oportunamente¹³

¹³ R., Arturo Alessandri. “Los Bienes y los Derechos Reales”, 3° Edic. , Chile 1974. Pp. 700-701.

CAPITULO II

FUNDAMENTO JURIDICO NORMATIVO

2.1 A NIVEL NACIONAL.

2.1.1 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.

En nuestro país la regulación jurídica de la familia parte de nuestra Carta Magna, en donde tomando en consideración la importancia social y jurídica de la familia que establece en su artículo 32 “La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.

El Estado fomentará el matrimonio, pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”

El artículo 33 de la Constitución de la Republica, establece “ las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas”.

El articulo anterior introduce la obligación de regular a través de las leyes secundarias las relaciones personales y patrimoniales entre los

cónyuges, o entre ellos y sus hijos, estableciendo derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas, es decir, tratando de que tales relaciones sean en un plano de igualdad, de coordinación, además el inciso 3 del artículo 33 establece que el fundamento legal de la familia es el matrimonio, debiendo el Estado fomentarlo, pero asimismo dispone que la falta de éste no afectará el goce de los derechos familiares, ordenando que la ley secundaria regule la unión estable de un hombre y una mujer, es decir, que todo ser humano tiene derecho a constituir una familia sea por la vía matrimonial o por la convivencia de hecho.

Uno de los aspectos más importantes para el real desarrollo integral de los miembros de una familia, es el contar con un techo seguro, y como contradicción, nuestra Constitución no reconoce expresamente el derecho a la vivienda digna, el artículo 119 lo reconoce implícitamente, cuando dice: “se declara de interés social la construcción de viviendas. El Estado procurará que el mayor número de familias salvadoreñas lleguen a ser propietarias de sus viviendas. Fomentará que todo propietario de fincas rústicas proporcione a los trabajadores residentes, habitación higiénica y cómoda; y al efecto; facilitará al pequeño propietario los medios necesarios.”

Pero, que debemos entender por vivienda digna: estar seguros material y jurídicamente en el lugar que habitamos; contar con los servicios básicos, pagar un precio razonable y accesible por la compra o el alquiler de la casa, vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Sobre esto el Estado asume la obligación de destinar recursos y esfuerzos para brindar vivienda a los salvadoreños que no la posean, pudiendo incluso expropiar terrenos, casas y edificios a particulares para que sean utilizados en programas de vivienda popular.

Por otra parte, la Constitución en el artículo 22, regula sobre el derecho de libre disposición de los bienes, el cual es considerado como la facultad que tenemos de decidir lo que haremos con las cosas que son nuestras (uso, goce y abuso); y en su artículo 23, establece la garantía de libre contratación de conformidad a las leyes; estableciendo que quien tenga la libre administración de sus bienes no puede ser privado del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.

En los últimos dos artículos citados se trata de establecer derechos que los individuos poseen en base a la Constitución, pero dicho articulado da lugar a confusión ya que con la protección a la vivienda familiar se protege al grupo familiar, y se perjudica el derecho individual de libre disposición de los bienes; pero el artículo 103 de la Constitución, prevé que la propiedad privada es reconocida y garantizada si es en función social, queriendo con esto, establecer que la propiedad de las personas sobre sus bienes no es absoluta, que de ser necesario el Estado, puede intervenir los bienes de los particulares con el objetivo de que estos sirvan para la utilidad pública o para interés social, es decir, para que satisfagan necesidades de las mayorías.

Con la entrada en vigencia del Código de Familia y la creación de la institución de la Protección de la Vivienda Familiar se ha pretendido que el grupo familiar posea un lugar seguro donde vivir, que permita el desarrollo integral del mismo. Que si ha sido suficiente o no lo legislado, trataremos de enfocarlo en el transcurso de nuestra investigación.

2.1.2 CODIGO CIVIL

La protección de la vivienda familiares se efectúa a través de la constitución del derecho de habitación, el cual es regulado en el Código Civil a

partir del art. 813 que establece " el derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.

Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación siendo aplicable a dicha figura las disposiciones que se refieren al usufructo, art. 769 al 812 C.

El Código Civil no regula directamente sobre la protección de la vivienda familiar, pero al ser ésta efectiva, hace que la vivienda protegida se vuelva inalienable e inembargable (art. 1335 y 1488 C), y es en este sentido que tiene relación, ya que mediante lo dispuesto en el Código Civil en el libro cuarto, específicamente en lo relativo a los contratos se relacionan dichas figuras jurídicas, pues se debe entender como inalienable, aquello que no puede disponer de un bien, por la prohibición existente de no poder vender en todo o en parte, ni hipotecarlo, etc.

El Código de Familia establece que se necesita el consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia, de no ser así, será penado con nulidad. Sobre lo anterior es el Código Civil el que establece cuales son los vicios que puede adolecer el consentimiento: el error, la fuerza y el dolo, regulados del artículo 1323 al 1330.

Con respecto a la pena de nulidad, regula el Código Civil a partir del artículo 1551 al 1568, que todo acto o contrato será nulo cuando falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

2.1.3 CODIGO DE FAMILIA

El Código de Familia regula sobre la protección de la vivienda familiar, en su artículo 46, en donde establece:

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

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

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

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

El artículo 120 del Código de Familia, determina que “será aplicable al inmueble que sirve de habitación a los convivientes, y a su familia, lo que dispone el artículo 46 del mismo código”. Lo que va encaminado a proteger a la familia constituida bajo la unión no matrimonial.

2.1.4 LEY PROCESAL DE FAMILIA

La Ley Procesal de Familia en su contenido hace una aplicación general para todo tipo de proceso, teniendo que acoplarse cada institución regulada en el Código de Familia a la forma en él establecida, es decir, que no existe un proceso especial para aplicar la protección a la vivienda familiar. A pesar de ello consideramos conveniente mencionar el artículo 75 de la Ley Procesal de Familia, que regula sobre la aplicación de medidas cautelares como acto previo al proceso, las cuales operan por regla general a petición de parte bajo la responsabilidad del solicitante y regula además que estas cesarán de pleno derecho si la demanda formal no es presentada dentro de los diez días siguientes a su ejecución; tomando el juez las medidas necesarias para que las cosas regresen al estado en el que se encontraban antes de que las decretara.

Consideramos que la disposición anterior es aplicable a la figura de la protección de la vivienda, ya que el juez a petición de parte, ordena anotar preventivamente el inmueble que sirve de vivienda al grupo familiar.

El artículo 76 de la Ley Procesal de Familia, establece que el juez podrá decretar las medidas cautelares establecidas en las leyes y las que el juzgue necesarias para la protección personal de los miembros de la familia o evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente los efectos de ésta.

Ahora bien, cuando el artículo 130 literal g) establece como medida de protección, la prohibición de disponer de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos, basado esto en la existencia de una demanda, y será decretada dicha medida de protección una vez sea admitida tal demanda, esto de acuerdo al artículo 129 de la Ley Procesal de Familia.

2.2 A NIVEL INTERNACIONAL

Los instrumentos internacionales se constituyen en ley de la República cuando han sido ratificados de conformidad con el Art. 144 Cn. y en relación a la protección de la vivienda familiar tenemos los siguientes:

2.2.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

El primero de los considerandos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos determina que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”

El artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, regula en su numeral 1, que toda persona tiene derecho a la propiedad; y la contempla ya sea en forma individual o colectivamente. El numeral II,

contempla, en cuanto que no podrá privarse a nadie en forma arbitraria de su propiedad.

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

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

2.2.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Este pacto considera que los individuos por tener deberes respecto de otros individuos de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en él, y en su artículo 10 numeral 1, que establece “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más alta protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo ...”

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

2.2.3 DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

En tanto, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá; Colombia, en 1948; en su art. 2 reconoce el derecho de igualdad ante la ley sin distinción de ninguna índole; garantizando en el art.5 la protección de la ley contra los ataques abusivos a la vida familiar; se consagra el derecho de toda persona a constituir una familia y recibir protección para ella (art.6). Se protege a la persona humana a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica.

Además y relacionado a nuestro problema de investigación, el artículo 23, considera que “toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”

2.2.4 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Fue proclamada y suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Es ratificada por El Salvador el 14 de junio de 1978 por acuerdo N° 405, Decreto Legislativo N°5, publicado en D.O. N°113 del 19 de junio de 1978.

Asimismo vemos que el derecho a la propiedad privada, viene a ser considerado un derecho que toda persona expresado en el artículo 21 número

1, “que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Igual de importante es lo establecido en el numeral 2, cuando dice: “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Hemos tratado de citar los aspectos relacionados con nuestro tema de investigación, es decir, la protección a la vivienda familiar, si partiendo de lo regulado en materia de derechos humanos, se violenta o no el derecho a la libre disposición de los bienes al tratar de proteger la vivienda que sirve de habitación para un grupo familiar y nos damos cuenta que en cada uno de los instrumentos de carácter internacional que hemos relacionado, se busca determinar y regular en los derechos humanos individuales del hombre, pero se antepone el bienestar común ante el interés particular.

CAPITULO III.

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

3.1 EVOLUCION DE LA PROTECCIÓN PARA LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL SALVADOREÑO.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño los primeros derechos de índole familiar se reconocieron a partir de la Constitución Federal de 1921, en su Título “Trabajo y Cooperación Social” en el cual se garantizaba la investigación de la paternidad, con el objeto de que los hijos nacidos fuera del matrimonio puedan obtener los medios necesarios para su educación física, moral e intelectual (art. 69 Cn). Así mismo establecía la creación de un Centro Técnico denominado “Instituto de Reformas Sociales”, entre cuyas atribuciones tenía la de proteger el matrimonio y la familia como base y fundamento de la sociedad y organizar el patrimonio de la familia (homestead) art. 171 letra C¹⁴.

También las Constituciones de 1841 y 1864 se referían a la familia al reconocer derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas las cuales tenían por base a la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público. Pero fue hasta la Constitución de 1939 cuando se introdujo un Capítulo relativo a “La Familia y El Trabajo”. Se reconoció ésta como la base fundamental de la Nación, la cual debía ser protegida especialmente por el Estado (art.60); y se estableció el Bien de Familia (art. 61) dejando en ambos casos su regulación a una ley secundaria.

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

¹⁴ Bertrand Galindo, Francisco y otros. Manual de Derecho Constitucional. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia, 2ª. Edición, San Salvador, 1996. p 954.

La Constitución de 1950, removi6 la totalidad de las instituciones jur6dicas salvadore6as que ven6an defendidas por las anteriores Constituciones. La nueva Carta Fundamental de corte capitalista-reformista ten6a por fin, encausar al Estado hacia normas acordes al proceso moderno de desarrollo dentro del sistema capitalista.

Los aspectos nuevos fundamentales de cambio, fueron en materia de territorio nacional, de las personas jur6dicas, doble nacionalidad, r6gimen legal de los empleados p6blicos, r6gimen econ6mico (aceptando el liberalismo econ6mico, lo restring6a al establecer que debe responder esencialmente a principios de justicia social y reconocer y garantizar la propiedad privada en funci6n social).

En cuanto a la familia, constituy6 un Cap6tulo dentro del T6tulo "R6gimen de los Derechos Sociales" en los art6culos 180 y 181, constituyendo un extraordinario avance de las ideas sociales e intervencionistas del Estado.

La Constituci6n de 1962, es la misma de 1950 con innovaciones innecesarias para el sistema constitucional, pues 6nicamente obedeci6a a la motivaci6n pol6tica del gobierno de esa 6poca. As6 en cuanto a la familia la regulaci6n es id6ntica en ambas (arts.179 y 180); considerando igualmente a la familia como la base fundamental de la sociedad, la cual deb6 ser protegida especialmente por el Estado.

Adem6s reconoci6 al matrimonio como el fundamento legal de la familia, el cual descansa en la igualdad jur6dica de los c6nyuges. Estableci6 la igualdad de derechos en relaci6n a la educaci6n, asistencia y protecci6n entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos y que no deb6a

consignarse en las actas del registro civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación del menor como tampoco se expresara en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. La investigación de la paternidad adquirió rango constitucional.

Todas estas Constituciones se vinculan con los sucesos histórico-políticos que les han dado origen; la época en que se dictan estuvo influenciada por las ideas institucionales y democráticas que proclamó la Revolución Francesa¹⁵ con lo cual podríamos considerar que al establecerse en ellas la obligación del Estado de proteger a la familia como la base fundamental de la sociedad, queda comprendido el deber del mismo de tomar las medidas necesarias para proteger la vivienda familiar como el espacio físico en donde los miembros de la familia se desarrollan íntegramente.

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

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

¹⁵ Dr. Carias Delgado, Leonel. Ponencia “Estudio Comparativo del Régimen Económico Social Salvadoreño en la Constitución de 1886-1950 y en la actual vigente de 1962”.

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

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

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

En la actualidad, la mayoría de Constituciones escritas hacen alusión a valores tales como la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona humana, logrando con ello un mayor énfasis en la necesidad de su protección, no solo internacional sino nacional, informando la Constitución y todo el orden jurídico de un Estado.

Estos valores y principios son los que el constituyente de 1983 concretó en los artículos 1 y 2 de la Constitución de los cuales el primero señala como los “tres grandes valores”: la justicia, la seguridad jurídica y el bien común; y en consecuencia, en el inciso 2º del mismo artículo¹ dispone “es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”.

A su vez, el artículo 2 de la Constitución de 1983, que es el artículo 163 de la Constitución de 1950, establece que toda persona tiene derecho a la vida,

a la libertad, a la seguridad, al trabajo, etc., auténticos supra principios que forman el basamento último, nuclear e irreducible de todo el ordenamiento jurídico.

Estos “principios de principios” como los denomina el profesor Álvaro Magaña¹⁶, son además reforzados en materia de su cumplimiento mediante el artículo 246 de la Constitución, el cual establece que los principios, derechos y obligaciones consagrados dentro de la Constitución no pueden ser alterados por las leyes secundarias.

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

La interpretación que de la Constitución se efectuó en El Salvador, debido quizá a una larga tradición, que recogía y aplicaba únicamente los métodos “clásicos” de interpretación de la norma que aún hoy parecen consagrados en el Código Civil en los art. 19 al 23, - y dentro de los cuales no se hacía alusión a la idea de la aplicación de valores para la solución de casos concretos -, implicó que la idea de esos valores no fuera asumida con seriedad por parte del intérprete, aun cuando en algunos casos se haya hecho mención en decisiones judiciales de términos como justicia, libertad e igualdad, pero no con sistematización y seguimiento.

¹⁶ Citado por Rodríguez Meléndez, Roberto Enrique. “El Fundamento Material de la Constitución. Una Aproximación a la Idea de Valor, Principio y Norma Constitucional”. P.3

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

3.2. ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN.

3.2.1 CONCEPTO

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

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

3.2.2 CARACTERÍSTICAS:

1. Protege la tenencia de una casa o habitación que sirve de albergue a una familia. La tenencia de vivienda es una de las necesidades elementales del ser humano y del grupo familiar, pues le permite la satisfacción de necesidades materiales y biológicas como: albergue, defensa contra las inclemencias del tiempo, conservación de la salud física y mental, etc.; necesidades personalísimas como la intimidad, bienestar, seguridad; y en última instancia necesidades sociales y ambientales vinculadas a la forma de vida contemporánea.

Esta variedad de fines, que por medio de la vivienda pueden alcanzarse es reconocida tanto constitucionalmente como por la ley secundaria.

2. Se concreta por medio de la constitución del derecho de habitación sobre el inmueble que sirve de habitación al grupo familiar. Ya la ley especifica la forma de su constitución: por escritura pública ante Notario, o acta ante el Procurador General de la República. Con relación a la voluntad del propietario, puede constituirse voluntaria o forzosamente por medio de decreto judicial, en este último caso tiene que seguirse un proceso familiar en donde el Juez fallará, tomando en cuenta el "interés de la familia".

3. Adquiere las características de inalienable, inembargable e ingravable, lo cual implica que el inmueble afectado no puede ser susceptible de transmisión a ningún título, sino sólo cuando ambos cónyuges o convivientes así lo dispongan, o cuando se pruebe ante el Juez de Familia una emergente necesidad. Tampoco es posible que sea embargado, en el entendido que una

vez inscrito el derecho sobre el inmueble queda excluido de cualquier ejecución que los acreedores intenten persiguiendo los bienes del deudor.

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

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

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

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

3.2.3 NATURALEZA JURÍDICA.

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

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

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

3.2.4 FINALIDAD.

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

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

fortalecimiento moral y espiritual de la familia, sino también su mejoramiento económico como lo manda el inc. 1 del Art. 32 Cn.

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

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

3.2.5 PRINCIPIOS QUE REGULAN EL RÉGIMEN ECONÓMICO FAMILIAR.

Los principios que regulan el régimen económico familiar¹⁷ son los siguientes:

¹⁷ Faraoni, Fabian Eduardo y otros, Alcance de la protección en el régimen económico de la familia, X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Argentina, 1998.

1. Cimentar patrimonialmente la comunidad familiar.
2. Facilitar la coparticipación de los esposos en los negocios familiares.
3. Acentuar la idea de comunidad.
4. Ubicar en un pie de igualdad a los esposos en lo relativo a la administración de sus bienes.
5. Amparar al cónyuge no administrador de la mala fe, negligencia o impericia del otro.
6. Impedir la existencia de situaciones reñidas con la calidad de cónyuge.
7. Impedir el enriquecimiento de uno a costa del otro.
8. Impedir que los cónyuges puedan alterar por sí el régimen patrimonial matrimonial ideado por el legislador.

3.2.6 PRESUPUESTOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

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

1. El bien que se pretende afectar debe ser un inmueble habitable o habitado por la familia.

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

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

2. Existencia de una pareja legal o de hecho.

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

Nuestro legislador fomenta y protege el matrimonio como base legal de la familia, tanto en la norma constitucional como en la legislación secundaria, así

tenemos en los arts. 32 inc. 2º. Y 33 Cn. que establecen en su orden: “el fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges”.

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

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

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

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

inmueble del ejercicio abusivo del propietario en desmedro del bienestar familiar.

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

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

3.3 CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROTECCIÓN PARA LA VIVIENDA FAMILIAR.

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

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

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

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

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

Una vez constituido el derecho, establece el inciso primero del art. 46 C.F., que ningún cónyuge podrá enajenar o constituir derechos reales o personales sin el consentimiento del otro, salvo autorización del Juez de Familia, quien fallará atendiendo los intereses familiares del grupo.

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

Este derecho de propiedad está desarrollado a partir del art. 568 inc.1º C. el cual establece: “se llama dominio o propiedad el derecho de poseer

exclusivamente una cosa y gozar, disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario”.

Siendo estas restricciones o limitaciones las siguientes:

1. Restricciones que se derivan del respeto debido a los derechos de otra persona no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno.
2. Restricciones establecidas por la voluntad del propietario.
3. Restricciones impuestas por la ley.

1) CONTRA DERECHO AJENO:

El derecho de propiedad se encuentra limitado cuando se da un conflicto con el derecho de propiedad de otras personas, en consecuencia el límite natural del derecho de propiedad es siempre el derecho ajeno; al usar el derecho propio no se puede dañar al ajeno, y a su vez es preciso que se tolere lo que es indispensable para que las propiedades individuales puedan corresponder mejor a su finalidad.

2) LAS ESTABLECIDAS POR LA VOLUNTAD DEL PROPIETARIO

En efecto, el mismo dueño de un bien inmueble puede separar de su propiedad el goce, transmitiendo este derecho a otra persona, trayendo como consecuencia que el dueño original no puede gozar ni apropiarse de los frutos del mueble o inmueble porque le pertenecen al usufructuario (art. 769 C.).

Otro caso lo encontramos en la figura de la servidumbre, cuando el propietario de un predio la constituye sobre una franja de su terreno para facilitar la salida del otro predio vecino a la calle (art. 822 C. y sig.)

3) LAS ESTABLECIDAS POR LA LEY.

Estas disposiciones legales limitan la propiedad privada en virtud de tutelar un interés mayor de naturaleza pública. Así encontramos en el art. 106 Cn., la figura de la expropiación que procede por causas de utilidad pública o de intereses sociales legalmente comprobados y previo una justa indemnización.

Otro caso lo encontramos en el art. 103 Cn, en el cual se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social, la cual constituye un factor determinante para buscar el interés general.

Se ha sostenido que a través de la función social se pretende señalarle al dominio los límites del ejercicio de su derecho frente a las exigencias de la colectividad con el fin de buscar el bienestar general de la sociedad, de la cual es germen la familia.

Con relación a la protección para la vivienda familiar el art. 46 inc. último, C.F, establece que el Juez podrá a petición de uno de los cónyuges autorizar la destinación, enajenación, la constitución de derechos reales o personales, o la sustitución de la vivienda familiar cuando no existe el consentimiento del otro. Sustentándose el interés familiar reconocido constitucionalmente en el art. 32 y desarrollado en el art.3 C.F. en el cual establece: “ El Estado está obligado a proteger a la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico”.

Por lo anteriormente planteado consideramos que el derecho de propiedad no tiene el carácter absoluto que muchos autores le atribuyen al referirse a los arts. 11 y 22 Cn., los cuales tipifican como inviolables la propiedad; sin embargo, el art. 568 C., como ya se expresó anteriormente determina como limitante la ley y la voluntad del propietario. En este sentido no habría contradicción entre la Ley Primaria y el Código Civil, pues ahí mismo se determina que la ley se constituye en una restricción al dominio o propiedad.

También podemos considerar que no existe contradicción entre la autorización del Juez para destinar la vivienda familiar y la Constitución de la República, ya que tal resolución, no estaría privando al titular del derecho sobre su inmueble, el único efecto jurídico que acarrea, es la limitación de la libre disposición sobre el mismo en aras de un fin superior como lo es la protección de la familia. Agregando además, el hecho de la obligatoriedad de los cónyuges o convivientes a ampararse mutuamente y proteger a sus hijos; por lo cual concluimos que la autorización judicial para la constitución de la vivienda familiar no violenta el derecho de propiedad ni contradice la Constitución de la República.

Otro aspecto que presenta confusión al considerar que viola garantías constitucionales como la garantía de audiencia y el debido proceso, art. 11 Cn., es cuando el Juez de Familia aplica una medida cautelar sin audiencia previa de la contraparte, pareciendo que esta violentando su garantía de audiencia, pero lo que realmente sucede es que procede de esa manera para garantizar las resultas del proceso y evitar un daño irreparable o situaciones de riesgo o peligro para el grupo familiar.

Así, la adopción de una medida cautelar se justifica por la necesidad real y urgente de proteger los intereses de cualquiera de los cónyuges o convivientes o ambos a la vez, así como los de sus hijos menores o incapacitados, ante una situación de grave crisis familiar, que haga necesaria una intervención judicial inmediata por la especial urgencia o necesidad de la problemática del caso, a apreciar por el juzgador en cada caso concreto, evitando que se causen daños graves o de difícil reparación.

La ejecución de la medida cautelar contiene el elemento sorpresivo que se deriva de la *suspectio debitoris* y el *periculum in mora*, lo cual no puede pensarse que constituya un prejuizgamiento o condena anticipada porque el proceso cautelar no es un proceso de conocimiento sino de aseguramiento de las resultas del proceso y será en el proceso de familia en donde al notificársele la medida cautelar a la parte contraria esta tendrá la oportunidad procesal para alegar su defensa e interponer los recursos correspondiente, y si el demandado resultare victorioso entonces al Juez de Familia no le quedará más remedio que dejar sin efecto la medida cautelar, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de ser decretada.

Lo cual afirmamos a partir del estudio de las medidas cautelares en el derecho de familia las cuales se pueden decretar en cualquier estado del proceso ya sea de oficio o a instancia de parte y es el Juez quien establece el alcance de dichas medidas, su modificación, sustitución o cesación, estas se mantienen hasta la ejecución de la sentencia porque así se asegura el cumplimiento de la misma y si es necesario se prorroga su vigencia.

Las medidas cautelares se definen como “aquellas resoluciones que ha de adoptar el Juez de oficio o a petición de parte, que generalmente reviste la

forma de auto, a causa de una actual o futura demanda de nulidad, de separación o divorcio con el fin de resolver las situaciones personales y patrimoniales de los litigantes y de sus hijos comunes, durante la dependencia del proceso matrimonial”¹⁸. Definición a la que agregamos los procesos suscitados entre los convivientes en virtud de que este tipo de unión es reconocida por nuestro Código de Familia en su art. 120 C.F y 126 inc. 4º. L.P.F.

Debe resaltarse como nota esencial de las medidas cautelares en el derecho de familia las siguientes características:

- a. Instrumentalidad: La adopción de una medida cautelar carece de autonomía funcional por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia practica de la sentencia o resolución que debe dictarse dentro del proceso. Así su instrumentalidad obedece al aseguramiento de las resultas del proceso.
- b. Provisionalidad: Esta característica emerge del ya señalado carácter instrumental de la medida cautelar, su provisionalidad implica que los efectos de la resolución que en el recaen subsistirán mientras duren las circunstancias que la determinaron, pues sus efectos cesarán cuando la resolución o sentencia dictada en el proceso principal o definitivo adquiera carácter firme.

¹⁸ Collado Garcia-Lajara, Enrique. “Manual Practico de Medidas Cautelares, 1º Edición, Editorial Comares, 2000. pag: 149.

- c. Flexibilidad: Se refiere a que el Órgano Judicial se encuentre habilitado para determinar el tipo de medida adecuada a las circunstancias del caso y, por otro lado el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión cuentan con la facultad de requerir en cualquier momento la modificación de la medida o medidas dispuestas.

CLASIFICACIÓN

Las medidas cautelares se pueden clasificar:

- a) por el momento en que se solicitan en:

Extra- proceso: las cuales se decretan sólo a petición de parte, como un acto previo a la demanda, bajo la responsabilidad del solicitante y cesarán de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro de los diez días siguientes a su ejecución, tomando el Juez las medidas necesarias para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de decretarlas (art.75 inc. 2º L.P.F).

Intra- proceso: estas se podrán decretar en cualquier estado del proceso de oficio o a petición de parte, la cual deberá solicitarla al presentar la demanda o una vez admitida ésta. (art. 75 inc. 1º L.P.F)

- b) por su contenido en:

Medidas provisionales de tipo personal: por afectar a los cónyuges o convivientes y a los hijos comunes (patria potestad, guarda y custodia de los

hijos y régimen de visitas, medidas relativas a los cónyuges y su separación provisional) art. 130 L.P.F.

Medidas de carácter o naturaleza patrimonial: las cuales establecen la cuantía que cada cónyuge deba aportar por concepto de alimentos para los gastos de los hijos y el sostenimiento del hogar o la cuota alimentaria para el sostenimiento del otro cónyuge, atribución del uso de la vivienda familiar y del mobiliario y ajuar doméstico en ella existente y las concernientes a la administración y disposición de los bienes privativos (art. 124 L.P.F.)

En cuanto a la medida cautelar del uso de la vivienda familiar, podemos decir que se contempla la vivienda familiar como un bien adscrito no a uno de los componentes de la familia sino como un bien al servicio del conjunto familiar, de suerte que, en caso de extinguirse la convivencia conyugal se autoriza a las partes o se obliga al Juez a determinar cual de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar: independientemente de quien sea el titular de la misma, constituyendo una cuestión de orden público, que se integra en el “ius cogens” dar al hijo menor el uso del domicilio conyugal en unión con el progenitor con quien conviva, sin que de ello deba colegirse que termine este derecho al cumplir el menor la mayoría de edad, debiendo ponderarse en este caso el interés familiar más necesitado de protección. Sin constituir ello como ya dijimos, una violación al derecho de disposición del titular del bien o a la garantía de audiencia del mismo.

Finalmente, conviene aclarar que debemos diferenciar la institución de la protección para la vivienda familiar de la medida cautelar del uso de la vivienda familiar, siendo la primera un gravamen que afecta el bien inmueble que sirve de asiento al grupo familiar con el fin de proteger el patrimonio de la familia ante

la actitud dilapidadora o de fraude del cónyuge o conviviente dueño del inmueble, mientras que la segunda se refiere a una medida preventiva in limine litis, en la que se ordena la prohibición de enajenar la vivienda habitual de la familia, mediante la anotación preventiva de la demanda; para evitar que el cónyuge o conviviente titular de la vivienda pueda enajenarla con el fin de defraudar las expectativas o derecho del otro cónyuge o conviviente y en su caso que a los hijos le sea atribuido el derecho de uso de la misma.

3.4 EFECTOS DE LA AFECTACIÓN DE UN INMUEBLE A VIVIENDA FAMILIAR.

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

Todos los negocios jurídicos que se realicen con desconocimiento de la afectación a vivienda familiar legalmente constituida, quedaran viciados de nulidad absoluta, al tenor del art. 46 inc. 1º parte final, C.F., salvo que medie autorización judicial para su desafectación, enajenación, constitución de derechos reales o personales o sustitución, atendiendo el interés de la familia.

La afectación del inmueble a vivienda familiar produce efectos aún entre los cónyuges y convivientes en cuanto que se origina una situación de posesión de la vivienda familiar, gozando los dos de la posesión y teniendo uno frente al otro la facultad de usar acciones en defensa de su posesión;

cualquiera de ellos sea o no titular de la vivienda, podrá enervar la pretensión de uso exclusivo que, frente a él oponga su consorte o instar la reclamación y recuperación de la posesión de la vivienda familiar cuando se haya visto efectivamente privado de la misma por éste. Cabe también hacer referencia a la responsabilidad en que incurren ambos cónyuges o convivientes con respecto a la utilización de la misma, que perjudique las posibilidades de actuación de su consorte o provoque en ella algún daño o menoscabo.

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

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

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

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

Frente a la disposición del inmueble por parte del titular del mismo, sin el consentimiento del no titular; este puede ejercer las acciones de nulidad sobre

el negocio jurídico realizado, así como oponer su derecho a los acreedores cuyos créditos nacieron con posterioridad a la inscripción del derecho atribuido judicialmente, pues la prenda común de los acreedores a esta época ya estaba disminuida, situación que ellos conocieron o debieron conocer dada la publicidad registral.

3.5 DESAFECTACION DE LA VIVIENDA FAMILIAR

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

1- Por voluntad de los cónyuges o convivientes

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

Punto que merece especial comentario en cuanto a la protección de la habitación familiar, ya que basta el solo consentimiento del cónyuge o conviviente no titular para que el inmueble destinado a habitación familiar sea desgravado, no siendo este el método mas recomendable para la protección del bien que sirve de asiento a la familia dada la facilidad con que podría obtenerse ese consentimiento. En la legislación comparada la indisponibilidad relativa del bien de familia o patrimonio familiar se asegura mediante el establecimiento de otros requisitos más formales que impliquen un estudio de la necesidad de disposición del bien, en el que interviene casi siempre un ente público especializado o los tribunales.

2. Por decisión judicial.

Procede el levantamiento por decisión judicial de conformidad a lo dispuesto en el art. 46 inciso último, C.F, a solicitud de uno de los cónyuges o convivientes que compruebe la necesidad o conveniencia de la desafectación, en la que pueden mediar las siguientes causas:

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

El art. 56 L.Pr.F establece que el Juez apreciará según las reglas de la sana crítica, la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

La doctrina dice que las reglas de la sana crítica son las reglas de la sana lógica¹⁹, siendo no muy explícita esta afirmación, pero basándonos en la jurisprudencia podemos decir que “no es más que el sentido común, la experiencia de la vida, la perspicacia moral de un hombre juicioso y reposado”.

¹⁹ Couture, J. Eduardo. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Folio, Montevideo, p.269.

Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, puede suceder o no y son variables con relación con la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Alvarado Velloso, expresa que cuando el Juez razona no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe, ni en medios de información, sino en circunstancias que le consten al Juez quien tiene la convicción moral que los hechos han ocurrido de tal manera²⁰.

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

1. Constituir el derecho de habitación en contra de la voluntad del propietario del inmueble.
2. La prohibición de constituir el derecho de habitación cuando el inmueble esta gravado, cuando en la realidad la mayoría de familias salvadoreñas

²⁰ Alvarado Velloso, "El Juez sus deberes y facultades. Ediciones Depalma, Argentina. 1982. p. 12-18.

adquieren sus viviendas mediante instituciones de financiamiento gravando el mismo inmueble, con lo cual la familia no puede proteger su vivienda con ese beneficio. De igual forma en la actualidad las instituciones bancarias al otorgar un crédito hipotecario exigen la comparecencia de la esposa del comprador para que de común acuerdo manifiesten su deseo de no constituir la afectación a vivienda familiar sobre el bien inmueble, previendo la lesión a sus intereses, si en un futuro el legislador permitiera la destinación del inmueble gravado a vivienda familiar.

3. La destinación de un sólo inmueble a vivienda familiar, dejando en su caso, fuera aquel inmueble donde puede estar establecido un negocio o empresa que representa la única fuente de sustento para la familia.
4. La duración del tiempo en que dicho inmueble estará afectado. El Juez de familia ante la falta de un plazo en el cual se constituye la afectación de la vivienda y la necesidad de proteger a los miembros más desvalidos de la familia y al mismo tiempo respetar los derechos del titular del mismo. La protección de la vivienda familiar en el supuesto planteado parte del imperativo de lograr el adecuado equilibrio entre el interés individual del dueño del inmueble y la situación psíquico física de los integrantes de la familia como la de los menores de edad o discapacitados, señalando en el caso de los menores el plazo en tanto estos no alcancen la mayoría de edad o persistan las circunstancias que legitimaron la afectación.
5. Por decreto de expropiación del bien inmueble. La expropiación es un acto unilateral por el cual el Estado priva de la propiedad de un bien al

titular del derecho sobre el mismo, con fines de utilidad pública o interés general, legalmente comprobado y, mediante una justa y previa indemnización; en todos los ordenamientos jurídicos se regula esta fórmula por virtud de la cual se hace frente a posibles colisiones de un interés privado y de un interés público, fijando el procedimiento por virtud del cual se transfiere unilateralmente, por modo coactivo una cosa y se le adscribe al patrimonio de una empresa de interés público, bien que transforma el derecho del dueño a la cosa en el derecho a su equivalente económico, ello debido a que en una ordenación racional de valores, el provecho de un particular debe sujetarse y acomodarse al interés general o de la comunidad.

La Constitución en el art. 106 regula la expropiación como medio que tiene el Estado para adquirir bienes que sean propiedad particular y afectados a un fin de utilidad pública o de interés social sin tener en cuenta la voluntad de su dueño actual.

El concepto de utilidad pública puede tener innumerables aplicaciones, según las circunstancias y las épocas, sin embargo lo podemos definir, basados en su sentido estrictamente gramatical como “ lo que produce provecho, comodidad o interés a la comunidad, a la que puede servir y aprovechar en alguna línea”²¹.

El interés social por su parte, significa que el Estado puede expropiar para resolver problemas sociales a favor de las clases económicas débiles.

²¹ Segundo V., Linares Quintana. “Reglas para la interpretación constitucional” Tomo V. Plus ultra, Buenos Aires. 1987. p. 97

La expropiación es una institución de derecho administrativo la cual se caracteriza porque no existe un procedimiento único, ya que las leyes especiales establecen un procedimiento distinto al estatuido por la Ley de Expropiación y Ocupación de Bienes por el Estado que data del año 1939, tal es el caso de la Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados y la Ley del Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria.

El procedimiento establecido en Ley de Expropiación y Ocupación de Bienes por el Estado, en cambio es de carácter mixto puesto que conoce tanto la autoridad administrativa como la judicial; la primera emitiendo la declaratoria de utilidad pública y el decreto de expropiación, y la segunda determinando si a lugar o no la ocupación del inmueble que se trata de expropiar; y en caso necesario por medio de peritos fija el monto de la indemnización cuando falta acuerdo entre las partes, conoce también de la entrega material del inmueble.

Siendo la expropiación una institución de carácter administrativo de la cual se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines, adquiriendo un bien y afectándolo para el provecho de toda la comunidad, esta puede proceder contra un bien destinado a vivienda familiar, en virtud que sobre el interés de la familia pesa un interés de mayor jerarquía como lo es el interés público del Estado.

3.6 EL DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE.

En el art. 46 C.F. destinado a proteger la vivienda familiar no regula como se debe proceder ante la situación del fallecimiento del titular del inmueble que servia de asiento a la familia; vacío legal que los Jueces de

Familia pueden solventar a partir del auxilio de la doctrina y del derecho comparado que regula dicha situación de manera expresa, así en Argentina el derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente se incorpora por la Ley 20798, a través del art. 3573 bis, al Código Civil argentino; rige desde el 27 de octubre de 1974; se ubica en el capítulo III, título IX, sección 1^a. L.4, que trata de la sucesión de los cónyuges. Interesa a los derechos reales, al derecho de familia y de las sucesiones.

Su texto es el siguiente: “si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble como integrante del haber hereditario que hubiera constituido el hogar conyugal, cuyo valor no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas, para ser declaradas bien de familia, y concurrieran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho de habitarlo en forma vitalicia. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias”.

Se limita el sentido de propiedad privada, de raigambre liberal, del heredero o del legatario para intentar dar protección al viudo desprotegido y derecho reconocido legalmente a una habitación, muchas veces levantada con el sacrificio de ambos.

El mismo se inspira en ideas de solidaridad y de protección similares a las que llevaron a su turno al legislador a disciplinar el derecho al bien de familia (art. 34 al 50 de la Ley 14.394) y a la figura de la indivisión del bien por un plazo que no excediere los diez años (art. 53 Ley cit.)

Este derecho real de habitación para el cónyuge supérstite es una norma sin antecedentes en la legislación comparada.

En Roma (siglo VI) existían los usufructos a favor del viudo, pero abarcando todo o una alícuota del caudal o patrimonio relicto, no concretamente la casa conyugal. En igual orientación del derecho romano se puede mencionar el Derecho Castellano, el Fuero Real y las partidas de Alfonso X.

En el Derecho contemporáneo se regula esta figura en el Código Suizo (art. 462 y sig.) y el Código de Portugal (1967).

El derecho real de habitación abarca también los muebles del hogar sin añadir nada al art. 3573 bis, que “si se lega una casa con sus muebles... se entenderá que abarca los muebles que formen el ajuar y que allí se encuentren”.

El Código Civil italiano en su art. 540, incluye el uso de los muebles que equiparan la casa, sean del difunto o comunes; de igual manera se regula en el Código Civil uruguayo en los art. 881 y 882.

En el Código Civil español se regula este derecho mas ampliamente en el art. 1321 que dice: “ ... ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda ... “. Excluye objetos de gran valor: joyas, pinturas, etc.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de habitación del cónyuge sobreviviente se puede decir que el instituto corresponde al derecho sucesorio, además de acuerdo al art. 3573 bis Código Civil, el derecho es oponible a otras personas con vocación hereditaria o como legatarios; ello significa que la condición de heredero, del cónyuge supérstite es *conditio sine qua non* para invocar el beneficio; el cónyuge supérstite recibe como heredero todo lo que le

corresponde en tal carácter. Pero además recibe un plus si acepta la herencia, que consiste precisamente en ese derecho de habitación.

PRESUPUESTOS EXIGIDOS POR EL ART. 3573 BIS C.

1- Un solo inmueble habitable.

El propósito fundamental perseguido por la ley es el de asegurar su casa al cónyuge supérstite, dicho derecho se extiende asimismo a los muebles que conforman el hogar conyugal.

La ley menciona como único beneficiario al cónyuge supérstite, por lo que naturalmente el concubino no está legitimado para invocar tal derecho, como si tampoco los descendientes aunque sean hijos menores o incapaces, no obstante su necesidad mayor o igual a la del cónyuge, por lo que debería ampliarse el derecho a favor de los hijos incapaces o menores.

2- Inexistencia de otros bienes.

Esto implica que no se puede otorgar el derecho de habitación gratuito al cónyuge que posee a título propio otros bienes que le permiten satisfacer sus necesidades de habitación.

3- Inmueble en que hubiere estado radicado el hogar conyugal.

Ello significa que es indispensable que al momento del fallecimiento del causante los cónyuges hubieran residido en el.

4- Valor del inmueble

Se refiere al valor máximo para que una vivienda pueda ser declarada bien de familia, lo cual está regulado en la Ley 14.394/54 art.34, para esto debe tenerse presente los valores a la apertura de la sucesión (no del proceso), siendo irrelevante que se modifiquen luego (art. 3282 al 3283 C.).

5- Petición de parte.

Este derecho debe ser solicitado por el cónyuge viudo, el Juez no puede hacerlo de oficio. El derecho puede ser invocado por el interesado a partir de la apertura de la sucesión (que se produce con la muerte del causante) hasta el momento en que quedare consentida la partición. En este sentido se ha resuelto que el derecho de habitación no opera ipso iure, sino que debe hacerse valer por el interesado, debiendo ser reconocido judicialmente el derecho e inscrito en el Registro de Propiedad para ser oponible a terceros,

En efecto, se trata de la modificación de un derecho real sobre un inmueble cuya inscripción registral produce efectos declarativos, por lo que aun antes de la inscripción el derecho de habitación será oponible a los herederos y legatarios que se hicieren parte en el correspondiente trámite sucesorio. Se ha sostenido asimismo que los efectos de la inscripción serán retroactivos al momento de la muerte del causante.

CAUSALES DE EXTINCIÓN.

1- Nuevas nupcias

Según el art. 3573 bis C. este derecho se perderá si el cónyuge superviviente contrajera nuevas nupcias, cuya extinción requiere decisión judicial.

2- Abandono prolongado del inmueble.

Los derechos reales de usufructo, uso y habitación se extinguen por el no uso durante diez años (art. 2924 C.). el habitador debe cargar con los impuestos ordinarios, expensas y gastos de conservación (art. 2881 al 2884 y 2894 C), no gastos extraordinarios.

3- Muerte del habitador.

Se extingue el derecho (art. 2969 y 2920 C); al igual que el usufructo no pasa a sus herederos.

Finalmente podemos decir que el Juez de Familia también puede integrar las normas de nuestro Código Civil en lo relativo al derecho real de usufructo, uso y habitación (art. 769 y sig.)

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN.

En este apartado analizaremos la información obtenida por medio de las entrevistas dirigidas a los Jueces de Familia de San Salvador, en donde obtuvimos el resultado siguiente:

1. ¿Cree usted que el art. 46 C.F responde a una verdadera protección a la vivienda familiar?

De las respuestas obtenidas de esta pregunta tenemos que de los ocho Jueces entrevistados seis de ellos consideran que el art. 46 C.F no responde a una verdadera protección a la vivienda familiar, porque la disposición señala demasiados requisitos que hacen imposible el cumplimiento de los fines que busco el legislador; siendo que la vivienda tiene que estar libre de gravamen, lo cual constituye un obstáculo para proteger la vivienda que generalmente se adquiere por medio de préstamo hipotecario.

Los dos Jueces restantes respondieron que si responde a una verdadera protección de la vivienda familiar; lo que sucede es que no se hace uso de ese derecho sobre todo por ignorancia de las personas a quienes les asiste ese derecho y muchas veces hasta de los abogados que desconocen esa norma.

2. ¿Ha recibido solicitudes de protección para la vivienda familiar? en caso de ser afirmativa su respuesta ¿Diga de que género ha recibido mayor número de solicitudes?

A esta pregunta todos los Jueces fueron unánimes en responder que la mayoría de solicitudes provienen del género femenino.

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

3. De las solicitudes recibidas ¿Cuántas son presentadas por cónyuges y cuantas por convivientes?

En cuanto a esta pregunta ninguno de los Jueces determinó la cantidad de solicitudes recibidas y del mismo modo todos coincidieron en que la mayoría de solicitudes son presentadas por uno de los cónyuges.

4. ¿Cree Usted que los requisitos de que el inmueble a afectar como vivienda familiar no esté gravado con derechos reales o personales, está acorde a la realidad de la familia salvadoreña?

Todos los Jueces consideraron que ese es uno de los principales obstáculos para la constitución del derecho de habitación sobre la vivienda familiar y, es ahí en lo que no responde a nuestra realidad, porque la mayoría de personas adquieren su vivienda constituyendo créditos hipotecarios a favor de los bancos o de instituciones como el Fondo Social Para la Vivienda. Así que tal como tenemos la disposición esos inmuebles no pueden ser protegidos, de manera que en ese sentido el legislador refleja un desconocimiento de la

realidad del país, o expresan que la redacción del artículo obedece a salvaguardar los derechos reales constituidos a favor de las financieras que antes que verse afectados por la falta de ganancias en el cumplimiento de las obligación optarían por no otorgar esta clase de créditos, afectando con ello a la mayoría de la población.

5. De acuerdo al art. 120 C.F., la protección a la vivienda familiar es extensiva a los convivientes y en caso de ser solicitada por uno de ellos ¿Qué sentido tiene dicha protección, si de acuerdo al art. 123 C.F. la Declaratoria de Unión no Matrimonial sólo procede en los casos de fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión?

A esta pregunta todos los Jueces respondieron que la Declaratoria de Unión no Matrimonial tiene sentido cuando procede por la ruptura de la unión o separación, ya que el conviviente adquiere todos los derechos que le hubieren correspondido como cónyuge de manera que en ese caso es cuando principalmente se da lugar a requerir que para disponer del inmueble sea necesario el consentimiento del otro conviviente o establecer la protección para salvaguardar los hijos que de la unión hubieren.

Asimismo los Jueces de Familia manifestaron que aun durante la existencia de la convivencia se puede hacer uso del derecho a la protección de la vivienda familiar, solicitando la declaratoria de convivencia (art. 123 inc. 2º. C.F.) que se solicita únicamente para el ejercicio de un derecho.

6. ¿Cree usted que la sana crítica es elemento clave para que el Juez de Familia determine el interés familiar?

Todos coinciden que la sana crítica es un sistema de valoración de prueba que le ayuda al Juez a valorar todo el caso, no solo a partir de las pruebas aportadas, sino también de la lógica y la experiencia. El sistema de la sana crítica es la que más garantiza que haya una solución ajustada a la realidad.

Recordemos que una de las características del sistema es la necesidad de fundamentar la resolución que se dicta y es en esa fundamentación o razonamiento cuando se tiene que hacer ver el interés familiar que se está tutelando.

7. ¿Qué comprende el interés familiar para Usted?

El interés familia comprende según todos los Jueces entrevistados a la protección integral de la familia, condiciones que benefician al grupo familiar en todos los aspectos: económico, moral, sexual, psicosocial, etc., es decir, que se ve a la familia en sentido de grupo y no de forma individual por lo que en la protección de la vivienda familiar se está sacrificando de alguna manera el interés individual del propietario del inmueble en aras de garantizar el bienestar del grupo familiar.

8. En caso que los cónyuges o convivientes soliciten la desafectación del inmueble ¿Qué causas considera justifican su procedencia?

A esta pregunta todos los Jueces respondieron que en general la desafectación del inmueble va a proceder cuando este ya no sea útil para los intereses del grupo familiar que se está protegiendo, mencionando entre estas causas las siguientes: la sustitución del inmueble protegido por otro inmueble

de mejores condiciones, que los hijos llegaron a la mayoría de edad, que se necesite enajenar el inmueble para costear los gastos de salud de una enfermedad grave, etc.

9. Además de la Expropiación existe otro caso en que pueda proceder la desafectación del inmueble a petición de un tercero?

En cuanto a esta pregunta cinco de los Jueces entrevistados respondieron que no podía existir otro caso por el cual se pueda autorizar la desafectación del inmueble a petición de un tercero, ya que en el caso de la expropiación entra en juego el interés público y el interés privado, privando el primero sobre el segundo, pues en el interés público se trata del bienestar de una comunidad o colectividad frente a la cual el interés de la familia se ve como un interés de menor jerarquía.

Asimismo en esta pregunta tres Jueces respondieron que si podía desafectarse el inmueble a petición de un tercero como lo es un acreedor con garantía hipotecaria o de un tercero excluyente que por acción reivindicatoria pida que se desafecte el bien inmueble en virtud de ser el verdadero dueño.

10. En nuestro ordenamiento jurídico, no existe regulación sobre cómo se procede a la desafectación del inmueble en el caso en que fallezca su titular ¿Cómo se resuelven estos casos?

En esta pregunta todos los Jueces señalaron que no existe una norma expresa que resuelva este caso y que tampoco ha sido sometido caso alguno a su conocimiento, pero de presentarse el caso ellos resolverían de la siguiente manera:

- Dos de los Jueces expresaron que si el inmueble ha sido protegido por un plazo, esta protección tiene que ser respetada por los herederos hasta la finalización de dicho plazo; además cuando el art. 46 inc. ultimo parte final, C.F. dice "interés de la familia" se refiere a que los legitimados para solicitar la desafectación solamente son los cónyuges en interés del grupo familiar y no el heredero cuya pretensión contraviene el interés familiar.

- Cuatro de los Jueces respondieron que al fallecer el dueño del inmueble termina la afectación y el mismo entra a la masa sucesoral; que pertenece al ámbito del derecho sucesorio y entre sus soluciones están:

"Si en el testamento se deja el bien afectado a la esposa y los hijos, no habría problema alguno porque la propiedad se consolidaría a favor de ellos; pero cuando se deja a otra persona la afectación se extingue de pleno derecho aun habiendo hijos menores la vivienda queda desafectada, sin embargo los hijos pueden pedir alimentos al heredero testamentario con lo cual pueden pagar una vivienda".

- Otro expreso:" que la protección de la vivienda ya no tiene sentido por la finalidad que se persigue al proteger el inmueble, que es el evitar que pueda transferirse sin el consentimiento de ambos cónyuges, al ocurrir el fallecimiento esa circunstancia no podría darse".

- Los dos Jueces restantes consideraron que el heredero puede pedir la desafectación, la cual podría autorizarse dependiendo de las pruebas presentadas en el caso, por ejemplo: demostrar que esa ya no es una vivienda familiar, que existen otros bienes sobre los cuales se pueda constituir la

protección, considerar las fechas en que se estableció el gravamen y la fecha en que se otorgo el testamento.

11. Considera Usted que el art. 46 C.F. debe ser reformado y en que recomendaría una reforma?

Los Jueces fueron unánimes en responder que el art. 46 C.F. si debe ser reformado a fin de que responda a una verdadera protección familiar y este acorde a la realidad de la mayoría de las familias salvadoreñas que adquieren sus viviendas por medio de crédito hipotecario; por lo que las reformas sugeridas son:

- “Minimizar los requisitos que debe cumplir la vivienda para ser protegida, ya que el que este libre de gravamen es un requisito que imposibilita la aplicación del artículo”.

- “Permitir que la protección de la vivienda se pueda dar, talvez no a efecto que se tengan todos los derechos inherentes a la propiedad, pero que se pudiera complementar de tal manera que las personas que tienen hipotecada su casa, tengan la garantía de que mientras pagan la hipoteca el otro cónyuge no va disponer del bien”.

- “Permitir la protección del inmueble sin importar que el inmueble este hipotecado o tenga otro gravamen, pero que a partir de la constitución no se permitan mas gravámenes en el inmueble, estableciendo que se van a respetar los derechos de los acreedores anteriores a la constitución y que si el propietario del bien incumple la obligación, los acreedores puedan ejercer las acciones pertinentes”.

- “Que se permita establecer la protección cuando el inmueble esta gravado con una hipoteca, pero únicamente en el caso que el crédito hipotecario haya sido otorgado para adquirir la vivienda donde habita la familia”.

- “Permitir que se proteja el inmueble independientemente de los derechos reales o personales que sobre el existan, lo cual respondería a la situación económica de las familias en el país; pero podría generar un choque de intereses entre el interés del Estado de proteger a la familia y el interés de las instituciones bancarias y financieras, las cuales en un momento dado podrían dejar de otorgar créditos hipotecarios para vivienda cuyo uso sea destinado a la habitación de la familia resultando esta medida mas gravosa para la situación económica de la familia que se vería imposibilitada de adquirir una vivienda con financiamiento”

- “Que la desafectacion del inmueble cuando hayan hijos menores sea solo mediante autorización judicial en aras del interés superior del menor”.

- “ Que se pueda ampliar la protección a otro inmueble”.

Además uno de los Jueces manifestó que también el art. 46 C.F. podría ser interpretado auténticamente, ya que algunos abogados sostienen que la limitación de este gravamen es después de que se constituye la protección, no cuando se adquiere la vivienda, porque la mayoría de las personas las adquieren con crédito hipotecario.

12. ¿Comprende el mensaje de casa la protección de la vivienda familiar?

Todos los entrevistador respondieron que el art. 46 C.F protege solo el inmueble sin conceder el uso de los bienes muebles que constituyen el menaje de la casa, pero que si la parte interesada lo solicita ellos se pronuncian al respecto, otorgándolo o no según el caso.

13. ¿Cuándo se otorga la protección de la vivienda, a quien corresponde el pago de las reparaciones que deban hacerse al inmueble, así como el pago de servicios básicos recibidos?

A esta pregunta respondieron que estos gastos generalmente corresponden a la persona que se queda habitando en él, pero puede considerarse el caso, que no obstante se haya afectado al titular del inmueble, este pueda pagar también estos servicios y realizar las reparaciones necesarias, si tiene la capacidad económica y si el habitador no se encuentra en la capacidad de realizarlas.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1 CONCLUSIONES

Al desarrollar nuestra investigación en torno a el derecho de habitación que se constituye sobre la vivienda familiar concluimos:

1- Que es importante que el Estado procure el bienestar de todas las familias como institución determinante en la formación y desarrollo de las personas y así mismo cree normas encaminadas a dotar a las familias de los elementos indispensables para su desarrollo como la vivienda.

La vivienda familiar constituye una parte esencial en el bienestar de la familia porque es ahí donde esta tiene su asiento y los individuos desarrollan todas sus capacidades psicofísicas, sociales y afectivas; sin embargo el interés del Estado no debe agotarse en la mera regulación de la protección de la vivienda familiar, sino que debe tomar las providencias necesarias para el eficaz cumplimiento de las normas y actuación de los órganos públicos para promover el bienestar de la familia y sancionar todo aquello que venga en contra del interés o vida familiar fomentando su participación principalmente en la satisfacción de necesidades que la familia no pueda cumplir.

2- El art. 46 C.F. establece la forma como se va a constituir el derecho de habitación en la vivienda familiar en aras de proteger el patrimonio de la familia, sin embargo en el mismo articulo se establecen limitantes que impiden una real protección para el grupo familiar, así: que el inmueble no esté en

proindivisión, ni gravado con derechos reales o personales; requisitos que constituyen un obstáculo para proteger la vivienda, ya que debido a la situación económica del país en donde la mayoría de la población carece de recursos para adquirir una vivienda sin financiamiento, se ven en la necesidad de recurrir a préstamos con garantía hipotecaria para su adquisición, reduciéndose en gran parte el número de familias que pudieran beneficiarse con la protección de la vivienda; requisito que a su vez es el más señalado por los Jueces de Familia como la principal limitante del art. 46 C.F. para establecer una verdadera protección a la vivienda familiar.

En efecto el Estado no ha concedido una verdadera protección a la vivienda familiar al desarrollar en el Código de Familia esta institución alejada del espíritu del anteproyecto del Código de Familia que regulaba a la par de la protección de la vivienda familiar la institución del patrimonio familiar o bien de familia, que estaba más apegado a nuestra realidad y contemplaba el supuesto de la adquisición de vivienda con gravamen hipotecario, disponiendo que los inmuebles adquiridos por instituciones financieras del Estado o del municipio quedaban gravadas por ministerio de ley.

3- En el Código de Familia encontramos que se ha regulado la desafectación del inmueble cuando se solicita su enajenación, sustitución o la constitución de un derecho real o personal sobre el bien, cuando ello signifique mejores condiciones de vida para la familia; no así el supuesto en que el cónyuge titular lo pueda solicitar judicialmente si ha desaparecido ese interés familiar que origina la afectación por lo que es importante regular este supuesto, ya que vulnera el derecho del titular a la libre disposición del bien, situación que se agrava ante la falta de regulación del plazo por el cual se constituyo la

afectación, y que mediante nuestra investigación constatamos que tampoco los jueces de familia son claros en determinar el plazo durante el cual permanecerá afectada la vivienda.

4- Es posible constituir el Derecho de Habitación para Vivienda Familiar en un inmueble que no tenga antecedente de registro, ya que según esta redactado el art. 46 C.F. basta que el solicitante demuestre la propiedad del inmueble en el que se quiere constituir la vivienda familiar, lo cual se hace por medio de la correspondiente Escritura Pública de Compra venta u otro título, independientemente de que este o no inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, siendo que la inscripción solamente es un requisito necesario para oponer el derecho constituido sobre el inmueble frente a terceros, lo que a su vez podemos asegurar a partir de lo regulado en los arts. 814 relacionado al 772 y 680, 681, 683 Inc. 2º y 686 Nº. 2 C.

5- La afectación del inmueble como vivienda familiar por decisión judicial no constituye una violación al derecho de propiedad del dueño del inmueble, sino que se afecta temporalmente el derecho de éste a disponer libremente de sus bienes en aras de un fin superior como lo es la protección de la vivienda familiar; sin embargo la no determinación del plazo por parte del juez da lugar a violar el derecho de propiedad y de seguridad jurídica del titular del inmueble; pues no se puede entender que el gravamen sea indefinido.

Limitar el derecho de propiedad de un miembro del grupo familiar a favor de toda la familia está acorde con nuestra Constitución que en su art. 32

reconoce que el Estado esta obligado a proteger a la familia procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico.

6- Es importante saber diferenciar entre la figura de la protección de la vivienda familiar y el uso de la vivienda. Siendo la primera un gravamen que afecta el bien inmueble que sirve de asiento al grupo familiar con el fin de proteger el patrimonio de la familia contra la disposición abusiva del otro cónyuge y la protección de posibles acreedores que contraten con los cónyuges o conviviente, por lo que se inscribe en el Registro correspondiente, mientras que la segunda se refiere a una medida preventiva in limine litis, en la que se ordena la prohibición de enajenar la vivienda habitual de la familia, mediante la anotación preventiva de la demanda; para evitar que el cónyuge o conviviente titular de la vivienda pueda enajenarla con el fin de defraudar las expectativas o derecho del otro cónyuge o conviviente.

7- En cuanto a la valoración de la pruebas muchos jueces de familia confunden las reglas de la sana critica – a la luz de la cual se debe apreciar y buscar solución al caso sometido a su conocimiento – con la discrecionalidad en la libre apreciación de las pruebas presentadas en el caso, resolviendo a su entender aquellos aspectos que no están regulados expresamente en la norma, sin recurrir al derecho comparado de países como Argentina y España donde se ha regulado ampliamente los diferentes supuestos que en torno a la protección de la vivienda familiar puedan presentarse.

Así por ejemplo al preguntárseles que si la protección de la vivienda familiar comprende el menaje de casa, todos respondieron que el art. 46 C.F. se refiere únicamente a proteger el inmueble sin conceder el uso de los muebles

indispensables para habitar la vivienda, otorgándolo o no según el caso que se les presente o a solicitud de la parte interesada.

En el derecho comparado se entiende que el bien inmueble comprende no solamente el asiento físico de la familia, sino todos los bienes que cumplan la función de proteger a la familia en cuanto a su necesidad de vivienda y de alimentos, como sucede con los bienes muebles de uso doméstico de acuerdo al nivel de vida de la familia.

Tampoco integran las disposiciones del derecho de uso y habitación del Código Civil, olvidando que la naturaleza jurídica del derecho de habitación constituido sobre la vivienda familiar es un derecho real ampliamente desarrollado en materia civil; el cual comprende otros aspectos como: determinar por cuenta de quien corre el pago de las reparaciones ordinarias y extraordinarias que deban hacerse al inmueble, así como el pago de los servicios básicos recibidos.

8- Otro vacío que presenta el art. 46 C.F. es que no regula como se debe proceder en caso de fallecimiento del titular del inmueble afectado; vacío que puede ser resuelto a partir de la integración de la doctrina y el derecho comparado que como ya dijimos puede ilustrar a los jueces sobre la forma en como debe resolverse dicho caso, lo que permitiría tener sentencias más uniformes y crear jurisprudencia en nuestro país.

9- En cuanto a la forma de desafectación del inmueble por mutuo consentimiento de los cónyuges o convivientes se puede dejar en desprotección a los hijos menores o incapaces, debido a la facilidad con que se puede obtener

el consentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar el inmueble en donde viven los menores

5.2 RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que podemos hacer a partir de la realización de nuestro trabajo de investigación son las siguientes:

- Consideramos que el art. 46 C.F debe ser reformado a fin de fomentar la protección de la vivienda familiar y esté acorde a la realidad socioeconómica de las familias salvadoreñas, así pueden ir encaminadas en el sentido de permitir constituir el derecho de habitación sobre un inmueble hipotecado cuando el gravamen provenga de una institución estatal como el Fondo Social para la Vivienda o instituciones privadas como los bancos; estableciendo que se va a respetar el derecho preferente del acreedor hipotecario ante el incumplimiento de la obligación.
- Que se armonice el contenido filosófico del Código de Familia con el contenido filosófico de la Constitución ya que el primero va mas allá de los principios y derechos contenidos en ella como: la seguridad jurídica, igualdad, libre disposición, etc. Concediendo a los aplicadores del derecho un amplio margen de facultades que riñen con la Ley Primaria.
- Otra reforma seria en el caso de la desafectacion del inmueble por mutuo consentimiento cuando hay hijos menores, la cual deberá proceder solo mediante autorización judicial y no por mutuo consentimiento de los

cónyuges por cuanto ello podría implicar privar a los menores de su derecho a tener un techo donde vivir.

- Regular el tiempo por el cual se va constituir el derecho de habitación sobre un inmueble a favor de la familia, tomando en cuenta la situación psicofísica de los integrantes de la familia, en su caso la de los menores, adultos mayores, discapacitados e incapaces.

A los Jueces de Familia:

- Procurar asegurar una tutela judicial efectiva a cada miembro de la familia teniendo en cuenta los derechos y deberes que desempeña cada miembro de la misma así como el principio primordial de solidaridad que expresa y da sentido a la comunión del grupo familiar.
- Integrar los vacíos que presenta el art. 46 C.F. recurriendo a lo dispuesto para el derecho de habitación en el Código Civil, dado que la naturaleza de la institución de la vivienda familiar es constituir el derecho de habitación sobre la vivienda que sirve de asiento a la familia, tal como lo dispone el art. 9 C.F

Asimismo auxiliarse del derecho comparado y la jurisprudencia de países que regulan ampliamente esta figura como Argentina, España, Uruguay, Portugal, etc.

- Que expresamente comprenda la protección de la vivienda familiar los muebles que formen el ajuar de la casa y que incluya a los beneficiarios de acuerdo al concepto extensivo de familia.
- Establecer jornadas de estudio o seminario taller a efecto de analizar a partir de su conocimiento y experiencia en la aplicación del art. 46 C.F. los supuestos que no se han regulado en la norma, proponiendo las soluciones correspondientes mediante un proyecto de reforma que puede ser presentado a la Asamblea Legislativa para que se le de iniciativa de Ley.

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

- Promover políticas sociales que hagan realidad el principio de protección integral de la familia, difundiendo a todos los sectores de la población la existencia de figuras como la protección de la vivienda familiar.

BIBLIOGRAFIA

Libros:

- Abadejo, Manuel. " Comentarios al Código Civil y Compilaciones ". Tomo IV y V, Editoriales de Derecho Reunidas, 2ª. edición, España 1990.
- Anteproyecto de Código de Familia. " Exposición de Motivos de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña ". San Salvador, El Salvador, 1990.
- Álvaro Velloso. " El Juez sus Deberes y Facultades ". 1ª edición Ediciones Depalma, Argentina 1982.
- Álvarez Caperochipi. " Curso de Derecho de Familia, Matrimonio y Régimen Económico ". Tomo I, 1ª. Edición, Editorial CIVITAS, S.A, España 1988.
- Belluscio, Augusto Cesar. " Manual de Derecho de Familia ". Tomo I y II, 1ª edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1993.
- Bertrand Galindo, Francisco y otros. " Manual de Derecho Constitucional ". Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, 2ª. edición, San Salvador, 1996.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. " Diccionario Jurídico Elemental ". Editorial Heliasta S.R.L. Viamonte, Argentina, 1969.
- Castan Tobeñas, José. " Derecho Civil Español Común y Foral ". Tomo V, vol. 1.4ª. edición, Instituto Editorial REUS, S.A., Madrid, 1988.

- Collado Garcia-Lajara, Enrique. " Manual Práctico de Medidas Cautelares ". 2ª edición, Editorial Bosch, España 1985.
- Couture, Eduardo J. " Elementos de Derecho Procesal Civil ". 2ª. edición, Ediciones Depalma, Argentina, 1982.
- Claro Solar, Luis. " Compendio de Derecho Civil ", Tomo III, 2ª. edición, Editorial Jurídica, Chile, 1995.
- Espiau Espiau, Santiago. " La Vivienda Familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español ". 1ª. edición, España 1989.
- Exposición de Motivos de Código de Familia. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador. 1990.
- Gómez Piedrahita, Hernán. " Introducción al Derecho de Familia ". Sin año de edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia 1990.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Protección Jurídica de la Vivienda Familiar", 1ª adición, Edición Hammurabi, Argentina, 1995.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". Tomo II y III, sin año de edición, Editores Rubinzal – Culzoni, Argentina, 1995.
- Lacruz Berdujo, José Luis. " Elementos de Derecho Civil ". 4ª. edición, José Maria Bosch Editor, España, 1997.

- Lafont Pianetta, Pedro. " Derecho de Familia. Unión Marital de Hecho ". 1ª. edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia 1992.
- Lledo Yague, Francisco. " Compendio de Derecho de Familia y Civil ". Sin año de edición, Editorial DYKINSON, España 2000.
- Linares Quintana, Segundo V. " Reglas para la Interpretación Constitucional ". Tomo V. 1ª. Edición, Editorial Plus Ultra, Argentina 1987.
- Méndez Costa, Maria Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. " Derecho de Familia ". Tomo III y IV. 1ª. edición, Editorial Rubinzal – Culzoni, Argentina, 1990.
- Meza Barro. " Manual de Derecho de Familia ". Tomo I – II, 2ª. edición, Editorial Jurídica de Chile, Argentina, 1990.
- Montero Duhalt, Sara. " Derecho de Familia. 1ª. edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1984.
- Montoya Medina. " Jurisdicción de Familia. Jurisprudencia ". 3ª. edición actualizada, Ediciones Jurídica Radar, Colombia 1994.
- Osorio, Manuel, " Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales ". Editorial Heliasta S.R.L. Viamonte, Argentina 1992.
- Sierra Rincón, Néstor Antonio. " Procesos ante los Jueces de Familia ". 1ª. edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1991.

- Suárez Franco, Roberto. " Derecho Matrimonial ". 2ª. edición, Editorial Temis, S.A., Colombia, 1992.
- Zannoni, Eduardo A. y otros. " Derecho de Familia ". Tomo I. sin año de edición, Editorial Astrea, Argentina., 1994

Tesis:

- Cerna Carranza, Miguel Angel. " Bases para un Código de Familia en El Salvador ". Universidad Doctor José Matías Delgado. Diciembre 1986.
- Chávez Beltrán, José Luis. " La Eficacia De La Protección a la Vivienda Familiar a partir de la vigencia del Código de Familia." Universidad de El Salvador, Noviembre 1995.
- Orantes Martínez, Mario Fernando, " La Protección de la Vivienda Familiar en el Código de Familia ". Universidad de El Salvador, Diciembre 1995.

Otras fuentes:

- Carias Delgado, Leonel. " Estudio Comparativo del Régimen Económico Social Salvadoreño en la Constitución de 1886-1950 y en la actual vigente de 1962". Material de apoyo del curso de Derecho Jurídico – Político
- Faraoni, Fabián Eduardo y otros. " Alcance de la Protección en el Régimen Económico de la Familia ". X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Argentina 1998.

- Fernández Domingo, Jesús Ignacio. " Vivienda y Familia: Presente y Futuro de una Simbiosis ". X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Argentina, 1998.
- Rodríguez Meléndez, Roberto Enrique, " El Fundamento Material de la Constitución. Una aproximación a la idea de valor, principio y norma Constitucional ". Material de apoyo del Curso Filosofía del Derecho.
- Sánchez Márquez, Ricardo. " El Patrimonio Familiar ". X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Argentina, 1998.

Legislación:

- Constitución de la República de El Salvador 1983
- Código de Familia.
- Código Civil
- Ley Procesal de Familia.
- Ley de Expropiación y Ocupación de Bienes por el Estado
- Normas Internacionales Básicas sobre Derechos Humanos, Consejo Nacional de la Judicatura, 1998.