

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
VI SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS. PLAN 1993



**“ EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA UNIÓN NO
MATRIMONIAL ”**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:
FIGEAC GALEANO, MERCEDES SOFÍA
FLORES ESPINOZA, CHRISTIAN GERARDO
GUZMÁN DÍAZ, KAREN LETICIA**

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

CIUDAD UNIVERSITARIA, DICIEMBRE 2003.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ**

**VICE-RECTOR ACADEMICO
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ**

**VICE-RECTORA ADMINISTRATIVA
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS**

**SECRETARIA GENERAL INTERINA
LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA**

**FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**DECANO INTERINO
LIC. ARMANDO ANTONIO SERRANO**

**VICE-DECANO INTERINO
LICDA. CECILIA ELIZABETH SEGURA DUEÑAS**

**SECRETARIO INTERINO
DR. JOSE RODOLFO CASTRO ORELLANA**

**UNIDAD DE INVESTIGACION JURIDICA INTERINO
LIC. WILMER HUMBERTO SANCHEZ MARIN**

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

Agradezco a **Dios Todopoderoso y a la Virgen** por acompañarme en cada momento de mi vida y por haberme permitido completar una etapa mas de mi desarrollo personal.

Gracias a mis **Padres Jorge Carlos Figeac y Fara Sofía de Figeac**, que han estado siempre pendientes de mi educación, por haberme motivado en cada momento a seguir adelante, por sus consejos y su apoyo incondicional, ya que están conmigo cuando más los necesito.

A mi **Esposo Christian** por todo el amor, apoyo y comprensión que me ha demostrado a lo largo de toda la carrera y del cual estaré eternamente agradecida.
¡Gracias mi amor...!

Dedico este Trabajo de Graduación a mi **Hija Sofía Nohemí**; por ser quien me impulsa a salir adelante, brindándole así todo lo mejor de mí. **Gracias Sofi !!!**

Quiero dar gracias a mis **Abuelos Carlos e Hilda y Ana Linares**; a mis **Tíos Cecilia, Eduardo, Mauricio, Carolina, Mario, Chema, Katía y Jaime**; mis **Primos Lissette, Sandra, Carlos, Fara, Chema** y a toda mi familia, por haberme apoyado siempre y por permitirme estar en sus oraciones.

A mis **Suegros Carlos Flores y Nohemy de Flores (Q.D.D.G.)**, por todo el apoyo y sus palabras de ánimo para salir adelante; así como todos los consejos brindados para mi vida profesional y personal.

A mis **Cuñados Iris, Carlos, Rolando, Ana Flora, Will y Carolina** por sus palabras y por servirme siempre de apoyo de manera especial.

A mis amigas de infancia **Hazel y Carmen Elena** por enseñarme el valor de la amistad y por todos los momentos que pasamos juntas.

A mis compañeros de estudio **Francisco, Karen, Guadalupe y Gary** por todo el apoyo incondicional, por sus palabras de ánimo y por todos los momentos que hemos compartido juntos.

Gracias a todos y cada uno de los que han colaborado directamente o indirectamente en la realización de mi carrera, de quienes es injusto no mencionarlos, pero son tantas las personas que es muy difícil nombrarlas una a una.

Mercedes Sofía Figeac Galeano

Dedico este trabajo a **MI NOVIO ROQUE**, ya que ha sido una persona decisiva en mi vida, un apoyo incondicional y sincero, que ocupa un lugar muy especial dentro de mi corazón.

Agradezco en primer lugar a **Dios Todo Poderoso y a La Virgencita**, porque siempre han estado conmigo en todos los momentos de mi vida y de mi carrera, y porque gracias a ellos, se ha cumplido mi sueño.

Le doy las gracias a mi abuelo **Mariano**, que me apoyo en la carrera hasta el último momento antes de partir.

Agradezco a mis padres quienes me impulsaron a tomar esta carrera, y en especial a mi madre **Ana Leticia Díaz de Guzmán** que siempre me ha estado apoyando sin importar lo que fuere.

Agradezco a mis amigos que me apoyaron durante la carrera, **Mercedes, Ingrid, Dorian, Carolina y Francisco**, quienes me sacaron de muchas dudas y que siempre me brindaron su ayuda.

Agradezco a **Doña Lidia Erazo**, por tenerme la paciencia de enseñarme el desenvolvimiento de mi carrera; **Doña Fátima Gutiérrez**, que con todo y sus regaños trata de formarme como una mejor profesional; **Doña Zoilita Arce**, que siempre se ha preocupado por mí.

Y a todas las personas que estuvieron de paso, pero que siempre brindaron su apoyo y su amistad para que siguiera adelante, les quiero decir que lo he logrado y seguiré adelante.

Karen Leticia Guzmán Díaz

INDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | i |
| CAPÍTULO I Antecedentes Históricos del Principio de Igualdad en la Unión no Matrimonial | |
| 1.1 Origen del Principio de Igualdad | 1 |
| 1.1.1 Desarrollo Histórico del Principio de Igualdad en El Salvador | 5 |
| 1.2 Reseña Histórica de la Unión no Matrimonial | 6 |
| 1.2.1 La Unión no Matrimonial en El Salvador | 18 |
| 1.3 Aspectos Históricos del Principio de Igualdad en la Unión no Matrimonial | 22 |
| CAPÍTULO II Concepto, Naturaleza Jurídica, Doctrinas y Derecho Comparado del Principio de Igualdad y de la Unión No Matrimonial | |
| 2.1 El Principio de Igualdad. Concepto | 32 |
| 2.1.1 Naturaleza Jurídica | 34 |
| 2.1.2 Posiciones Doctrinarias | 35 |
| 2.1.2.1 Derecho Fundamental y Principio Superior del Orden Constitucional | 35 |
| 2.1.2.2 Principio | 35 |
| 2.1.2.3 Derecho, Principio, Valor | 36 |
| 2.2 Igualdad y Juicio de Racionabilidad | 36 |
| 2.3 Doctrina del Principio de Igualdad en nuestro país | 37 |

| | |
|--|----|
| 2.3.1 La Igualdad en la Formulación de la Ley | 39 |
| 2.3.1.1 Alcances del Principio de Igualdad en la Formulación de la Ley | 39 |
| 2.3.2 Alcances del Principio de Igualdad en la Aplicación Jurisdiccional de la Ley | 40 |
| 2.4 La Unión no Matrimonial. Concepto | 44 |
| 2.4.1 Naturaleza Jurídica | 48 |
| 2.4.1.1 La Unión no Matrimonial como una Situación Inmoral | 48 |
| 2.4.1.2 La Unión no Matrimonial como un Acto Jurídico | 49 |
| 2.4.1.3 La Unión no Matrimonial como Convenio | 49 |
| 2.4.1.4 La Unión no Matrimonial como contrato | 49 |
| 2.4.1.5 La Unión no Matrimonial como Estado de Hecho | 50 |
| 2.4.1.6 La Unión no Matrimonial es una Institución Jurídica | 50 |
| 2.4.2 Posiciones Doctrinarias | 50 |
| 2.4.3 Derecho Comparado | 55 |
| | |
| CAPÍTULO III El Problema del Principio de Igualdad en la Unión no Matrimonial y su aplicación en la Legislación Salvadoreña | |
| | |
| 3.1 Alcances de la Investigación | 69 |
| 3.1.1 Alcance Conceptual | 69 |
| 3.1.2 Alcance Espacial | 70 |
| 3.1.3 Alcance Temporal | 71 |
| 3.2 Planteamiento del Problema | 71 |
| 3.3 Diferencias entre la Unión no Matrimonial y el Matrimonio | 73 |

| | | |
|---------------------|---|----|
| CAPITULO IV | Hipótesis y Resultados de la Investigación | |
| 4.1 | Hipótesis de Trabajo | 76 |
| 4.2 | Técnica de Investigación | 76 |
| 4.3 | Presentación e Interpretación de los Resultados | 76 |
| | | |
| CAPÍTULO V | Conclusiones y Recomendaciones | |
| 5.1 | Conclusiones | 80 |
| 5.2 | Recomendaciones | 81 |
| | | |
| BIBLIOGRAFÍA | | 83 |
| | | |
| ANEXOS | | 87 |

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación versa sobre el tema y el problema del Principio de Igualdad dentro de la unión no matrimonial, debido a que la unión no matrimonial es un hecho real y constante, la cual necesita de una regulación jurídica de acuerdo con dicha realidad, es así como el principio de igualdad trata de equilibrar las desventajas en que se encuentran los convivientes frente al matrimonio intentando proteger la dignidad de la persona humana, no obstante la legislación secundaria no desarrolla dicha realidad, al no darle un reconocimiento efectivo; ya que las personas que se acompañan constituyen familia, no gozan de los derechos y la protección que las leyes otorgan a la familia en el matrimonio, estando dicha situación en contravención con el principio de igualdad, ya que situaciones iguales como la familia tanto en el matrimonio como en la unión no matrimonial, no reciben un trato normativo similar, así como el resto de derechos fundamentales, dando lugar a una actitud discriminatoria que está desprovista de justificación objetiva y razonable, violentando de esta forma el Principio de Igualdad.

En el primer capítulo se encuentra los antecedentes históricos del Principio de Igualdad en la Unión no Matrimonial, así como el origen del Principio de Igualdad en El Salvador, la reseña histórica de la Unión no Matrimonial, la Unión no Matrimonial en El Salvador, y además los aspectos históricos de la Unión no Matrimonial en El Salvador.

En el segundo capítulo se encuentra el Principio de Igualdad como concepto, su naturaleza jurídica, las posiciones doctrinarias, la Igualdad y el Juicio de razonabilidad, la doctrina del Principio de Igualdad en nuestro país;

además la Unión no matrimonial como Concepto, su naturaleza jurídica, las posiciones doctrinarias y su Derecho Comparado.

En el tercer capítulo se tiene El Problema del Principio de Igualdad en la Unión no Matrimonial y su aplicación en la Legislación Salvadoreña, alcances de la investigación conceptual, espacial y temporal; el planteamiento del problema y además las diferencias entre la Unión No Matrimonial y el Matrimonio.

Es así que en el cuarto capítulo se ha formulado la hipótesis de trabajo la cual es la siguiente: “ La falta de una regulación jurídica acorde con la realidad de la Unión no Matrimonial, en los ámbitos personales como patrimoniales, de derechos y deberes de los convivientes y de éstos para con sus hijos; conjuntamente con una actitud discriminatoria sin justificación objetiva y razonable, de la legislación de familia al no otorgar un trato normativo similar al Matrimonio violentan el Principio de Igualdad “; además utilizando como técnica de investigación las entrevistas que ayudaron para obtener la información necesaria para poder determinar la hipótesis; y por último se presentan los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas a los Jueces de Familia, colaboradores Jurídicos, Magistrados y Procuradores de Familia.

En el capítulo quinto se elaboraron las conclusiones derivadas de la información obtenida en el desarrollo del tema de investigación, así como las recomendaciones que se consideran convenientes para la superación del problema.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

1.1 ORIGEN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El principio de igualdad consiste en la exigencia de un trato igual y carente de discriminación por la ley y los poderes públicos que la aplican, es derivado de la igualdad entre todos los hombres.¹

El principio de igualdad se refiere también a conformidad de una cosa con otra de naturaleza, calidad o cantidad similar, de donde se desprenden diversas consecuencias que puedan afectar el orden jurídico. La verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los desiguales.²

Este principio se funda en la ética y se proyecta como condición jurídica exigida por la idea de la persona humana.

La igualdad vista desde los aspectos de la moral y el filosófico jurídico significa ante todo y por encima de todo, pero no exclusivamente en cuanto a la dignidad de la persona individual, por ende, igualdad en cuanto a los derechos fundamentales o esenciales de todo individuo humano, desde un punto de vista axiológico. La igualdad contiene la promoción de un estado de cosas en que haya igualdad de oportunidades.

En el devenir de la historia la igualdad no había existido ni como fenómeno social o real ni como derecho consagrado jurídicamente.

¹ Diccionario Jurídico; Editorial Espasa Calpe, S.A.; Madrid, España; 2001; pág 1163

² Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; Osorio, Manuel; Editorial Heliasta; Argentina; 1999; pág 490

Un enfoque clásico aparece en Burgoa, que recorre desde la antigüedad las instituciones que sancionaron negativamente la igualdad. En los pueblos de la antigüedad existía la esclavitud, vista como el medio por el cual unos hombres someten a otros a su dominio; en cierta medida, y con lógicas variantes de los tiempos, y de las instituciones de los diversos países, el esclavo está asimilado a una cosa, atentando contra el principio de igualdad de la persona humana que es la principal causa de las guerras.³

Hoy en día se considera pervertida la esclavitud que concibió a los seres humanos, bienes objeto de contratación. Para Zarini⁴, riñe con el principio elemental del humanismo, priva de la esfera de libertad necesaria para desarrollar la personalidad, somete a los hombres al dominio de otros y considera a los esclavos como cosa. Las diferencias romanas entre patricios y plebeyos, romanos y extranjeros no fueron situaciones jurídicas extrañas. Las distinciones, sin embargo igualaron por medio del *ius gentium*, la humanidad de las personas, sentido que supeditó la contrariedad al derecho natural que legitimaba la esclavitud.⁵

La Edad Media supeditó los siervos al señor feudal y en ésta se da una valoración de la igualdad desde la doctrina cristiana. Postulados que inician con cimientos moralistas, de conciencia, purificación, elevación de las conciencias, la fraternidad que respetaba la esclavitud, ocasión para ejercitar la paciencia, obediencia, la dulzura de los amos y su mitigación con la caridad. Posteriormente generaliza la humanización de las instituciones, a partir de la

³ Derecho Constitucional; Ramella, Pablo A.; Tercera Edición Actualizada; Ediciones Depalma; Buenos Aires, Argentina; 1986.

⁴ Derecho Constitucional; Zarini, Helio Juan; Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1ª edición, pág. 386; 1992

⁵ Filosofía del Derecho; del Vecchio, Giorgio; Editorial Bosch; Barcelona; 9ª edición; pág. 25; 1991.

buena fe, ventajas para los pobres, niños y disminución de las atrocidades para los gladiadores.

No obstante la propagación de los postulados cristianos como los de San Pablo, que había proclamado la igualdad esencial de los seres humanos como la doctrina permanente de la iglesia se desarrolla el de El Concilio Vaticano II; en el que se proclama que la igualdad fundamental entre todos los hombres exige un reconocimiento cada vez mayor porque todos ellos, dotados de alma racional y creados a imagen de Dios, tienen la misma naturaleza y el mismo origen; y porque redimidos por Cristo, disfrutan de la misma vocación y de idéntico destino; persiguiendo con la idea del principio de igualdad del hombre el reconocer su igual dignidad y naturaleza, dándole iguales posibilidades. La igualdad se presenta entonces como la necesidad de un Estado de sociedad en que los hombres se obligan a respetarse y vivir en paz. Se subordinan a un gobierno que se forma sobre la base del contrato social.

Las dimensiones que aporta al espíritu humano el renacimiento, automatizan la igualdad como género; espíritu y sujeto que independizan a la persona humana. Aquí la libertad es igualdad. Libertad para todos. La igualdad se manifiesta también, en distinciones libertarias de diverso tipo.

La igualdad es el reconocimiento de una misma razón humana, la determinación de relaciones iguales entre los Estados y la contribución por prácticas que eviten la guerra y asienten la paz.

Todas éstas ideas se desarrollaron antes de la Revolución Francesa; ya que prevalecía la desigualdad fáctica que se traducía en desigualdad jurídica, que era el reconocimiento que hacía el derecho positivo de privilegios, potestades y prerrogativas de una clase social y económica sobre otra. Hasta la

administración de justicia se desarrollaba con un marcado sectarismo revelándose en la existencia de fueros.

La modernidad tiene un grave sobresalto en la Europa continental con dicha Revolución; ya que facturó la igualdad como derecho individual. La revolución Francesa deposita la igualdad en la era de los revolucionarios liberales. Surge entonces el lema de un Estado que purifica la igualdad en las formalidades; deposita la identidad en los destinatarios de la ley, efectos y consecuencias. Obedece al cambio, a que en las sociedades estamentales la igualdad se sombrea en la pluralidad de ordenamientos jurídicos y posiciones jurídicas, que condicionan en razón de la posición personal la aplicación de la ley. Se trata de acabar con la fragmentación del orden jurídico, y finaliza consiguiendo la igualdad en los alcances generales de la ley para los destinatarios, y en principio prohíbe regulaciones singulares.

Como reivindicación frente a las desigualdades y privilegios del antiguo régimen, la igualdad es uno de los tres principios proclamados como lema por la Revolución Francesa. Previamente a este acontecimiento, se da la Declaración de Independencia de las Trece Colonias Americanas (Declaración de Virginia de 1776) en la que dispone como verdad evidente que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes”, es decir que todos los hombres nacemos iguales.

Luego se da por la Asamblea Nacional Francesa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789 en Francia que consagró la igualdad jurídica.

En el año de 1948 se dictan una serie de ordenamientos internacionales en los que se reconoce a la igualdad; así para el caso se encuentran: La

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dictada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia; también la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; el 16 de diciembre de 1966 se consagra el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el que se contempla la igualdad ante la ley y en la protección de la misma, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que se consagra la garantía del ejercicio de los derechos en plena igualdad; y en el año de 1969 se da La Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en la que también se reconoce la igualdad ante la ley, ésta fue suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Igualdad no significa que todos hayan de ser tratados por igual, ya que un tratamiento similar para situaciones desiguales puede entrañar más desigualdad. Existe discriminación cuando el trato desigual carece de una justificación objetiva y razonable.

Cabe señalar en términos generales, que la igualdad ha dado dos saltos cualitativos, de la forma pasa a la materialidad, de los hechos ordenados en una norma objetiva; pasa a subjetivarse en la organizaciones políticas, del Estado liberal individualista al Estado social que colectiviza derechos sociales para bienes de algunos desaventajados.

1.1.1 DESARROLLO HISTÓRICO DEL PRINCIPIO IGUALDAD EN EL SALVADOR

La Constitución Federal de 1824 establecía en su preámbulo que los representantes del pueblo de Centro América decretaran dicha constitución

para afianzar los derechos del hombre, los principios inalterables de igualdad, seguridad y propiedad.

La Constitución de 1841 por su parte, consagraba la igualdad ante los tribunales de justicia al abolir las comisiones y tribunales especiales como contrarios al principio de igualdad, de derechos y condiciones.

A partir de la Constitución de 1864 y las sucesivas de 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939 y 1945, reconocieron derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas, los cuales tenían por principio la igualdad, la fraternidad y la libertad.

Las Constituciones Federales de 1898 y 1921 garantizaban a los habitantes de la República, la igualdad en sus artículos 15 y 32. La primera de ellas, reconocía además, la igualdad ante la ley en su artículo 33.⁶

1.2 RESEÑA HISTÓRICA DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

El fundamento legal de la familia es el matrimonio, pero las familias constituidas por personas que se acompañan, es decir, que constituyen una unión no matrimonial, también gozan de los derechos y la protección de la ley.

El fenómeno social de la unión de un hombre y de una mujer que sin haber contraído matrimonio hacen vida marital no tiene una denominación específica en el lenguaje social y jurídico, así, a este hecho social a través del tiempo y de

⁶ Manual de Derecho Constitucional; Bertrand Galindo, Francisco, et.al; Tomo II; Centro de Información Jurídica; Ministerio de Justicia; 2ª edición; El Salvador; 1996; pág. 799-800.

la historia se le ha llamado: “Concubinato, Unión libre, Unión de Hecho, Matrimonio de Hecho, Unión sin papeles, etc.”⁷

La unión no matrimonial es aquella que está constituida por un hombre y una mujer que, sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí hicieran vida en común, pública, estable, permanente y continua.

Sin la pretensión de exponer detalladamente en la historia, la institución de las relaciones no matrimoniales, es preciso determinar, aunque sea sintéticamente, su desarrollo en la comunidad primitiva, en el esclavismo, el feudalismo, el capitalismo, el socialismo y la tendencia contemporánea.

COMUNIDAD PRIMITIVA. En esta fase sólo se vislumbran las relaciones heterosexuales como mero complemento de la institución familiar, en la que comienzan a insinuarse la marital y la extramarital.

Habiéndose desarrollado las relaciones heterosexuales (en la comunidad primitiva) en estado inicial de promiscuidad, para luego pasar a la poligámica de mayor a menor grado, antes de llegar a la relación monogámica de los hombres libre, no puede menos que decirse que tales relaciones eran indiferenciadas y comunes frente a la costumbre jurídica en formación y desarrollo.

Solamente cuando el desarrollo social va permitiendo la aparición de ciertos fenómenos, como, de una parte, los clientes y esclavos, y de la otra, los grupos prefamiliares y las familias, formadas (en la poligamia restringida) por el plazo permanente y autónomo en lo físico (madre común) y en lo subjetivo

⁷ Documento Base y Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Familia; Comisión Coordinadora para el sector justicia; El Salvador, 1994, pág.487

(expuesto en el querer de convivencia o *affectio maritalis*)⁸, comienza, entonces, a distinguirse frente al inicial derecho consuetudinario las relaciones heterosexuales.

ESCLAVISMO. En esta fase, representada en el Derecho Romano⁹, aparece y se desarrolla la pluralidad de las relaciones heterosexuales: Las que se efectuaban entre personas libres con afecto marital, esto es, de convivencia común permanente, que tomó el nombre de MATRIMONIO; también el de afecto personal pero entre ciudadanos no romanos se denominó: MATRIMONIO DE LOS CIUDADANOS NO ROMANOS; o con simple afecto personal pero sin afecto marital, que tomó la denominación de CONCUBINATO, (*concubinatus*, derivado del latín CUM y CUBARE, que significa con y estar acostado); también aquellas relaciones heterosexuales entre o con esclavos, que se llamó CONTUBERNIO y por último el ESTUPRO.

Al igual que el matrimonio, que de facto paso a solemne, y de único se transformó en múltiple (*cun manu o sine manu, justo o injusto, civile o gentium*), así mismo como ocurrió en el *contubernium* (con sus regulaciones especiales con los libertos, etc.) también el concubinato tuvo un desarrollo en su estructura y tratamiento.

El concubinato era considerado como un fenómeno aislado formado entre un hombre y una mujer, con un efecto menor al del matrimonio, que fue variado de lo heterosexual a la convivencia familiar, hasta el momento en que

⁸ Derecho de Familia, La Unión Marital de Hecho; Lafont Pianetta, Pedro; Ediciones Librería del profesional; 1ª Edición; Santa Fe de Bogotá, Colombia; 1990; pág. 11.

⁹ Derecho de Familia; Hernán Gómez Piedrahita; Editorial Temis, S.A.; Santa Fe de Bogotá, Colombia; 1992; pág. 161-162.

se contrajera el matrimonio (éste disolvía projure el concubinato), pero pasando de la indiferencia (sin regulación general alguna), a su condicionamiento legal (respecto a la monogamia matrimonial y concubinaria, inexistencia de parentesco entre los concubenarios, posibilidad de comisión de adulterio, etc.) y trato particular de la concubina y no de la esposa, por mayor afecto de ésta (concubina igitur ab uxore, solo dilectu separatur).

Su tratamiento jurídico se hizo siempre conforme al *ius naturale*, particularmente en cuanto a la convivencia y la alimentación, y, dentro del imperio, lo fue de manera excepcional, algunos aspectos. De ahí que la legitimación romana prácticamente no la haya tenido en cuenta, para regularla y mucho menos para derivarle efectos personales y económicos, pues ante el derecho civil, eran dos personas particulares no vinculadas, ni jurídica ni civilmente.¹⁰

El CONCUBINATO es una especie de matrimonio aunque de condición jurídica inferior, reconocido también por la legislación imperial – a partir de Augusto – como forma de unión legítima de hombre y mujer a base de una comunidad mutua de vida.

En Roma, el concubinato era una institución jurídica y lícita y con características propias. En esa legislación, el matrimonio estaba reservado para los ciudadanos romanos, únicos que podían celebrarlos. Los libertos y peregrinos quedaban al margen de la protección legal. Pero luego, los romanos reconocieron la existencia de estas uniones y pasó a ser un matrimonio de segundo orden, pero lícito y reglamentado.

¹⁰ Lafont Pianetta, Pedro, Ob. Cit. Págs. 10-11.

El concubinato comenzó a ser regulado en el derecho romano¹¹ bajo el primer emperador, Octavio Augusto, A comienzo de la era cristiana, con las Leyes de Lulia de Adutteris, dicho monarca trató de poner orden social donde esta unión era un hecho frecuente; y así, distinguió, mediante requisitos y efectos, el concubinato de las restantes uniones matrimoniales. En cuanto a los requisitos, cabe destacar que en dicha legislación se estableció que debía de tratarse de personas púberes sin vínculo de parentesco afín o consanguíneo que constituyera impedimento matrimonial, debiendo ser soltero el concubino, aunque en el concubinato tenían cabida todas las uniones de personas que no podían contraer matrimonio por impedimentos basados en diferencias e carácter social o político. Se podía tomar como concubina , solamente a una mujer de bajo rango: actrices, mujeres libertas, prostitutas, mujeres sorprendidas en adulterio.

Tenía el concubinato gran importancia como determinante del carácter de filiación. Los nacidos de esa unión eran hijos naturales, en tanto que los habidos de otras uniones extramatrimoniales eran SPURII; éstos no tenían jurídicamente padre, por lo que resultaba imposible su reconocimiento, cosa que no ocurría con los hijos naturales.

La concubina se distinguía de la esposa por la distinción de las partes, por el solo afecto del hombre, por la sola dignidad de la mujer y aquella intención diferenciadora la llamaban AFFECTUS MARITALIS. El consentimiento, la voluntad de contraer matrimonio es, a través del tiempo, un elemento esencial de éste¹².

¹¹ Régimen Jurídico del Concubinato; Ricardo y Alfredo Depalma; Editorial Astrea; 3ª Edición; Buenos Aires, Argentina; 1990. págs. 11-12.

¹² IBID; Pág. 13

FEUDALISMO. En esta fase también tuvo desarrollo el concubinato.

En el Derecho Canónico se deben establecer dos etapas: la primera antes del Concilio de Trento (1563) y la segunda después de éste.

En sus primeros tiempos, la Iglesia más que sancionar el concubinato trató de regularlo, de darle efectos legales para asegurar por este medio la monogamia y la estabilidad de la pareja.

En el año cuatrocientos el primer Concilio de Toledo¹³ admitió la unión monogámica del hombre y su concubina, siempre que fuera con carácter de perpetuidad, y que el hombre no fuera casado. En aquella primera época, el derecho canónico aceptaba el matrimonio “clandestino” o “presunto”, que no era sino la unión de hombre y una mujer que, aún a solas, convenían tomarse por marido y mujer; se hacía aplicación práctica de la primitiva doctrina canónica que consideró siempre ministros de la unión a los propios contrayentes.

Pero a fines del siglo XV, el poder material de la iglesia comienza a debilitarse, no sólo por la trascendencia de la renovación, en la estructura cultural, que implicó el movimiento renacentista, sino principalmente por las transformaciones de toda índole que comenzó a desencadenar la reforma. Surge entonces del seno de la iglesia, como reacción y defensa, el movimiento de la contrarreforma, fueron muchas las medidas adoptadas a fin de preservar y fortalecer el poder de la iglesia, y entre ellas, y figurando quizás entre las demás importancia, se encuentra las adoptadas en 1563 por el Concilio de Trento, destinadas a asegurar el poder eclesiástico, el control absoluto del matrimonio de sus feligreses. Dicho concilio prohibió el matrimonio “presunto”; y estableció

¹³ IBID; págs.15-16

la obligatoriedad de contraer el matrimonio ante el cura párroco, en ceremonia pública, con dos testigos, y creó los registros parroquiales, donde se asentaban los matrimonios, que eran llevados y controlados por las autoridades eclesiásticas de las parroquias. Y en consecuencia con esa nueva política, se proscribió el concubinato; se dictaron penas severas contra los concubinos que, advertidos tres veces, no cesaran su relación; y así, se impuso la excomunión y hasta la calificación de la herejía. Incluso después del siglo XVI, se llegó a autorizar el uso de la fuerza pública para romper las uniones extramatrimoniales.

El Derecho Canónico tuvo, en esta materia, una marcada influencia sobre la legislación imperante en España. Así como antes del Concilio de Tridentino, las partidas contuvieron una cierta regulación de la “barraganía”, prohibiéndola entre parientes, etc.. Tras dicho Concilio en España se aplicaron rigurosamente las disposiciones contrarias a la unión extramatrimonial.

Después de celebrado el Concilio y la aplicación de la sacramentalidad del matrimonio, la legislación canónica rechazó el concubinato y los matrimonios presuntos y clandestinos. Por tal motivo se ordenó su celebración en presencia del sacerdote, castigándose con la excomunión a quienes estuvieran en público concubinato.¹⁴

Con la recepción del derecho romano, desprovisto de normatividad civil permanente, sumado a la concepción de la religión católica última sobre el concepto sacramental y formal del matrimonio y viabilidad exclusiva del concubinato entre solteros; y unido a la estructura familiar en cabeza del padre familiar con derechos y privilegios, la antigua relación concubinaria, no obstante

¹⁴ IBIDEM; pág. 16

la transformación de alguna en matrimonio (para inducirlos a los concubinos a éste), se incrementó en mayor número, quedando igualmente, en mayor grado, al margen de la ley escrita.

En esta etapa del feudalismo el concubinato fue estimado en dos clases: perfecto e imperfecto.

El CONCUBINATO PERFECTO eran los concubinos que no contrariaban la ley prohibitiva, eran aquellas uniones de un hombre y de una mujer solteros o viudos con fines heterosexuales y, desde luego, pudiendo casarse entre sí.

La misma conformación familiar de la época facilitaba que el jefe de familia o señor feudal pudiera tener una o varias concubinas, o provocaba, por sus decisiones su establecimiento; y lo mismo surgió con los sectores familiares marginales.

Los siervos también incurrieron en el concubinato o barraganía.

Era excluyente tanto en lo social como en lo jurídico.

En lo social, este concubinato sólo era tenido en cuenta por su vialidad matrimonial, para reprobalo o repudiarlo, con la exclusión debida, por su realización antes del matrimonio, con su saneamiento, en caso de haberse contraído.

En lo jurídico, para estos efectos no era tenido en cuenta el concubinato en sí mismo y sus efectos (no así con los hijos); pero una vez celebrado el matrimonio se le otorgaba ciertos efectos (para legitimación) o se tenía en

cuenta a favor del señor (incluso de lo que habría de corresponder a su siervo). Por lo tanto, no había vínculo legal, ni efecto alguno.

El CONCUBINATO IMPERFECTO era cuando los concubinos contrariaban la ley prohibitiva; por tal motivo, eran concubinatos ilícitos. Se presentaba en el caso de que el concubinato o barragania (unión sexual de un hombre soltero con una mujer soltera bajo condiciones de permanencia y de fidelidad) constituyera adulterio o amancebamiento, o se estableciera con clérigos, o entre parientes de línea recta o hermandad.

Dentro del Derecho Español¹⁵ se encuentra el fuero juzgo en el que se legisló sobre la barragania, estableciendo algunas prohibiciones; por ejemplo, las relaciones sexuales entre la barragana del padre y sus parientes.

En los fueros municipales se reglamentó con esmero y atención, admitiéndola a fin de garantizar el aumento de la población. Las barraganas fueron consideradas como mujeres de inferior categoría a la esposa, pero en algunos lugares se le concedían similares derechos.

En el fuero viejo se ocupó ligeramente de éste fenómeno y en el fuero real se refirió a él diciendo que los hijos de barragana sólo podían heredar una quinta parte del patrimonio de su padre en concurrencia con los hijos legítimos.

Numerosas causas personales (promiscuidad, restricciones sexuales, etc.), familiares y sociales, etc., religiosas (distorsión religiosa o espiritual, etc.), políticas (integridad feudal y exclusión de estratos)etc., también facilitaron y fomentaron estos concubinatos.

¹⁵ Gómez Piedrahita, Hernán; Ob. Cit.; pág 167

El tratamiento social y jurídico de éstos concubinatos no sólo fue excluyente sino totalmente negativo o perjudicial; ya que frente al derecho estos concubinatos no solamente eran ilícitos civilmente (sin vínculo y afecto alguno) sino también penalmente, siendo por tanto, punibles.

En efecto, dichos concubinatos familiar y socialmente no sólo eran discriminados y excluidos, sino repudiados como relaciones anormales o depravadas, y por lo tanto, sin los beneficios, servicios y utilidades derivadas de este tipo de sociedad.

EPOCA CLÁSICA. En esta fase el concubinato tiene singular desarrollo.

En el Derecho Francés¹⁶ se había considerado al concubinato como algo contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Posteriormente, la Revolución Francesa “igualó” los derechos de los hijos legítimos y naturales referente a la sucesión, modificando el concepto existente en la época.

El Código de Napoleón de 1804, no legisló sobre éste fenómeno, siguiendo como la línea de conducta ignorarlo.

La jurisprudencia francesa le dio efectos al concubinato en los siguientes casos:

- Le permitió a la concubina la acción por perjuicios cuando el concubino rompía la relación en forma injustificada.

¹⁶ IBIDEM; pág.166

- Daba la acción de reparación de perjuicios contra terceros, causantes de la muerte injusta del concubino.
- Reconoce el carácter de obligación natural del concubino frente a las necesidades futuras de su compañera.
- Considera la existencia de sociedad de hecho y las donaciones e intereses pecuniarios entre concubinos.

La relación concubinataria, a pesar de haberse propuesto igualitaria al matrimonio, se caracterizó por tendencia hacia la unidad y autonomía con tratamiento especial.

La especialidad de esta concepción radica en sus objetivos preventivos de unidad y autonomía, acordes con el tratamiento.

Bajo los criterios de libertad, (en este caso de unión heterosexual extramatrimonial, y tolerancia de realidad vital), se reconoció la tendencia para otorgarles a estas uniones un tratamiento materialmente igualitario, que, con el transcurso del tiempo, fueron permitiendo lenta y paulatinamente la supresión de los concubinatos imperfectos, hacia el logro de la unidad concubinaria.

Por otra parte, el concubinato ya no es mirado como un fenómeno vicioso de la institución matrimonial, que hay que condenar, sino, por el contrario, se le tolera y concede un tratamiento autónomo.

Con todo, es un tratamiento social y jurídico tolerante, pero discriminatorio.

La tolerancia social implica la admisión de la existencia de esa relación como un hecho privado, personalmente necesario pero que por estar alejado de

las reglas sociales comunes, debe mantenerse separado de la vida y actos regido por estas últimas.

La tolerancia jurídica de permitir el concubinato perfecto y luego el imperfecto, como un fenómeno autónomo, para que pudiera existir independientemente al matrimonio, facilita, desde luego, el desarrollo de dicha institución. Pero jurídicamente lo existente son dos personas naturales separadas e independientes (sin vínculo, ni efecto alguno) una de la otra.

EPOCA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA. Son épocas completamente distintas, que como consecuencia del desarrollo de la familia (en su tratamiento, importancia, protección y alcance) han permitido observar y satisfacer la necesidad del estudio de la familia natural de hecho.

a) **SISTEMAS MODERNOS:**

La mayor parte de los regímenes que conforman este sistema occidental, lo que han hecho es consolidar y mejorar el régimen de unidad y autonomía concubinaria, con una tolerancia actual, que, a diferencia de la anterior, es más consiente y más querida. De ahí que ahora la no intervención jurídica tenga fundamentos y fines particulares que no tenía antes.

b) **SISTEMAS CONTEMPORÁNEOS:**

A diferencia del anterior los regímenes en la época contemporánea son intervencionistas, a fin de consagrar en forma plena o restringida la libertad marital dual (el matrimonio o la unión marital de hecho).

1.2.1 LA UNIÓN NO MATRIMONIAL EN EL SALVADOR.

Según la historia, antes de la conquista, la familia era monogámica y patriarcal, se realizaba y mantenía por un hombre y por una mujer; y dependían de la autoridad del padre; a la par de esto se desarrollaban las prácticas poligámicas, las cuales no eran muy comunes, ya que para disponer de otra mujer era necesario tener los medios para sostenerla a ella y a los hijos procreados con ésta.

Las Crónicas históricas relatan que la familia indígena era una institución bien constituida, con reglas definidas y respetadas por sus miembros, con costumbres y creencias totalmente enmarcadas dentro de su cultura y religión.

Al efectuarse la conquista, esto produce una profunda mutación del orden establecido, introduciéndose normas, costumbre y forma de vida de los españoles; éstos, al haber llegado a esta tierra sin la compañía de sus mujeres, forman familia con los indígenas sin constituir matrimonio, de esto surge el concubinato, que fue sostenido por varios siglos.

Al producirse, en 1821 la independencia política de España, las Leyes de Indias continuaron vigentes. Es hasta 1841 que se promulga la Constitución del Estado de El Salvador, la cual hace referencia a la familia en forma tangencial.

En vista de querer borrar el pasado de la conquista, en leyes posteriores se prohibía el adulterio y la mancebía, al grado de tipificarse como delitos contra la honestidad; para el caso, en el Código Penal de 1904, se tiene que tales conductas estaban sancionadas con penas de tres y dos años de prisión respectivamente; no obstante que la practica del concubinato conocida como mancebía, estaba prohibida por ser contraría a las buenas costumbres y a la

sociedad; la Constitución de 1983 reconoce el matrimonio de hecho (Unión estable de un varón y de una mujer); con esto el concubinato cubre una nueva etapa, de la cual, pasa de sancionado y prohibido al reconocimiento del mismo.

De 1950 a 1983 se da un cambio en cuanto a la evolución histórica de las uniones no matrimoniales, ya que se reconocen ciertos derechos que se desarrollan en el Código de Familia y que antes sólo se retomaba por el Código Civil.

Actualmente en El Salvador, al igual que en muchos otros países latinoamericanos, se ha visto sumergido dentro del fenómeno de la unión no matrimonial. El paso del tiempo y la imitación de prácticas y costumbres han dado arraigo a ésta en El Salvador, independientemente de otras causas de origen distinto que lo producen, lo cual, en alguna medida ha preocupado al legislador respecto de la actitud que debe asumir a este hecho gestionado en nuestra historia.

Sabido es que la unión no matrimonial es un fenómeno sociológico; ya que es un hecho reiterado a lo largo de épocas diversas.

En muchas ocasiones, la doctrina, en forma vaga e imprecisa ha señalado cierto número de posibles causas productoras de la unión no matrimonial; así, ésta obedece a motivaciones diferentes, que en ciertas ocasiones pueden concurrir en el caso concreto.

La pregunta estriba en que ¿Por qué un hombre y una mujer, en lugar de celebrar un matrimonio legal, optan por unir sus vidas informalmente?

Esta pregunta no puede contestarse en forma concluyente; en algunos casos pueden haber obstáculos de tipo legal de distinta naturaleza, que se opongan a la celebración válida de un matrimonio, podría tratarse de insuficiencia de edad, quizá se deba a las formalidades exigidas por la ley y que ninguno de los aspirantes a contraer nupcias han podido cumplir.

Aún con todo, la unión no matrimonial puede nacer al principio, como un fruto de convencimiento personal por la bondad de ideologías libertarias, por lo que descubre una peligrosa actitud de rebeldía ante el orden jurídico establecido; o bien pudiera ser el producto de una situación de miseria, tal sería el concubinato en el mundo del subproletariado y del vagabundo; u obedecer al propósito de lograr una ruptura más fácil que el divorcio, o tener su causa en la desigualdad social, o en la depravación moral.

Es evidente, que las observaciones indicadas y algunas otras que pudieron enumerarse nos permite, en casos concretos, explicarnos las causas de la unión no matrimonial. También está claro que algunas de ellas pueden eliminarse con relativa facilidad, así, siempre que se simplifiquen las formalidades para la celebración del matrimonio, se eleve la moralidad pública, se mejore la condición económica y social de las clases de menores recursos de la población; de esta forma se estará combatiendo indirecta pero eficazmente la difusión de la unión no matrimonial.

Sin embargo, frente a la causas subjetivas o individuales, parece que podrían encontrarse causas objetivas que han provocado el crecimiento mayúsculo de uniones no matrimoniales, en este punto, las diversas opiniones que se han apoyado pueden sintetizarse así:

a. Causas de orden Religioso y Moral

Dentro de estas se mencionan la disminución de la fe, pérdida del sentido religioso del matrimonio y mayor libertad de costumbres.

b. Causas de orden Ideológico

Entre ellas se incluyen la difusión de las ideas libertarias por medio de la filosofía, literatura y teatro, el auge de los movimientos feministas en su primera época, la mujer con independencia económica y social equiparándose al hombre prefiere, en ciertos casos, un asociado que le agrade y con quien sigue si le parece bien.

c. Causas de orden Económico, Social y Cultural

Se indica de modo predominante la gran aglomeración urbana, con el consiguiente éxodo del campo hacia la ciudad de grandes masas de campesinos que fueron arrancados o se vieron obligados a abandonar el medio normal de su existencia.

Otro de los factores que no puede escapar de este estudio, que corresponde al ámbito cultural, lo constituye el machismo enraizado en Latinoamérica; sus orígenes se remontan a factores históricos-sociales de la época de la conquista, debemos recordar que los españoles trajeron consigo sus costumbres y forma de vida, a parte de ello, la necesidad de formar o constituir un estado marital les hizo unirse a las mujeres indígenas de esta región. Claro, es de advertir que estos se consideran superiores a los indígenas, ya por cuestiones económicas o militares, por haber logrado el sometimiento también se dirigía a sus barraganas (concubinas), imponiendo la

superioridad del hombre hacia la mujer, esto ha sido arrastrado hasta nuestros días, el hombre se estima un ser superior a la mujer, razón por la cual ésta debe de someterse a sus decisiones y prácticas sobre todo, en la forma de vivir, imponiendo incluso, la situación marital más conveniente para ellos.

1.3 ASPECTOS HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA UNIÓN NO MATRIMONIAL.

La unión no matrimonial es un hecho real y constante en nuestra sociedad, sociológicamente grave pues no ha tenido una regulación jurídica consecuente. Por ello el legislador secundario ante este hecho social evidente, que no se puede ignorar, no ha tenido más que aceptarlo y procurarle aunque sea una mínima protección, especialmente dentro de las leyes sociales, lo que ha significado el inicio del reconocimiento legal de la familia natural, a la par de la familia legítima tradicional.

Corresponde pues, al legislador secundario, desarrollar la orden constitucional de regular las relaciones familiares resultantes de la unión no matrimonial, tanto personales como patrimoniales, los derechos y deberes de los convivientes o compañeros de vida, así como los derechos y deberes de éstos respecto a sus hijos comunes.

En la evolución de nuestra normativa familiar, se puede constatar la discriminación y denominaciones peyorativas que ha sufrido la unión no matrimonial salvadoreña durante un largo período; ya que en las legislaciones constitucionales y secundarias no se le ha dado un reconocimiento efectivo como se hace en la Constitución de la República de El Salvador de 1983 y el Código de Familia de 1994.

El principio de igualdad dentro de la unión no matrimonial tiene su base en los artículos 32 inciso 3º, 33 y 36 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983¹⁷; ya que no existe ningún otro precedente formulado de tal mandato.

Antes de promulgar el Código de Familia, la única mención de la unión no matrimonial en la legislación civil era el artículo 283 numeral 5 del Código Civil, el cual hacía referencia al concubinato como uno de los motivos de reconocimiento forzoso de hijo natural.

El referido artículo decía “La declaratoria judicial de los hijos naturales procederá en los casos siguientes: numeral 5: en el caso en que el pretendido padre y la madre hayan vivido en concubinato notorio en la época en que según el artículo 74 pudo verificarse la concepción, si la madre ha observado durante el tiempo de la concepción una conducta honesta”.

La ley salvadoreña no da una definición de lo que debe entenderse por concubinato y vía jurisprudencial se entendió que comprende el concepto de concubinato a aquellas relaciones sexuales entre personas que no fueran libres para contraer matrimonio y además en forma discriminatoria para la mujer se le exigía para poder declarar la paternidad que tuviera una conducta honesta.

Este fue el antecedente legislativo que en materia civil tuvo la unión no matrimonial.

¹⁷ Constitución de la República de El Salvador; Decreto No.38; D.C. S/N, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. No. 234; Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

Por esa razón el Código de Familia no utilizó el término concubinato y además cumpliendo el precepto constitucional de igualdad jurídica entre los miembros de la familia, en el capítulo que regula la unión no matrimonial los convivientes son tratados en un plano de igualdad.

El reconocimiento de la unión no matrimonial en otros cuerpos de leyes pertenecientes al Derecho Social salvadoreño surge por la demanda a soluciones personales y económicas en forma inmediata al establecer algunos derechos para los convivientes; así, para el caso, la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña manifiesta que “ en diversas leyes que pueden considerarse pertenecientes al derecho social de El Salvador, se ha recogido el concepto estricto del concubinato o concubinato perfecto, es decir, en el sentido como lo define, por ejemplo, el tratadista Zannoni: Unión estable de un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o de hecho, ello es, sin atribución de legitimidad, pero con aptitud potencial a ella”.

Entendiéndolo de manera análoga a la definición anterior, el Código de Trabajo expresa en el artículo 15 : “En todas las disposiciones de este código, en las que se haga referencia al cónyuge, debe entenderse comprendido compañero de vida, en su caso.

Considerándose compañero de vida de un trabajador o de un patrono, a la persona que viviere en concubinato con cualquiera de ellos a la fecha en que se invoque tal calidad, cuando dicha relación hubiere durado siquiera un año, o que de ella hubiere nacido por lo menos un hijo común, y siempre que ninguno de ellos fuere casado.”¹⁸

¹⁸ Código de Trabajo; Decreto No. 15; Publicado en Diario Oficial No. 142, Tomo No. 236 del 31 de julio de 1972

A propósito de ciertas prestaciones, concretamente, de la pensión de sobreviviente, varias normas de seguridad social hacen referencia y definen al compañero de vida, prefiriendo esa expresión al de concubino por considerarse éste peyorativo o comprensivo del concubinato ilícito o irregular.

Así, el artículo 60 de la Ley del Seguro Social ¹⁹ establece que: “El asegurado que fuere varón, tendrá derecho a que su esposa, o compañera de vida, si no fuere casado, reciba los beneficios establecidos en los literales a), b), d) y e) del artículo anterior” (beneficios por maternidad).

En el Reglamento de Beneficios y otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Público²⁰ se acoge la normativa del Código de Familia al establecer en su Artículo 42 que a partir de la fecha de inicio de operaciones del Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP), tendrán derecho a pensión por sobrevivencia las siguientes personas: numeral 4) La conviviente, si existieren tres años o más de vida común con el causante, de conformidad con el Art. 118 del Código de Familia.

Dicha condición se deberá comprobar por la interesada, presentando la declaración judicial de conviviente, emitida por la autoridad competente, aunque ya estuviere inscrita como beneficiaria en el ISSS o INPEP; y en el numeral 6) se establece también que es para “ El conviviente invalido, si existieren tres años o más de vida en común con la causante, de conformidad al Artículo 118 del Código de Familia, lo que deberá ser comprobado por el interesado.

¹⁹ Ley del Seguro Social; Decreto No. 1263; Publicado en Diario Oficial No. 226, Tomo No. 161, del 11 de diciembre de 1953

²⁰ Reglamento de Beneficios y otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Públicos; Decreto Ejecutivo No.38; Publicado en el Diario Oficial No.65, Tomo No.339, del 3 de abril de 1998.

De acuerdo al artículo 43 de éste mismo reglamento, no se hará exigible el tiempo del Artículo 42 numeral 4) en cualquiera de éstos casos:

- 1) Si la viuda o la conviviente, estuviere embarazada;
- 2) Si existieren hijos procreados en común con el causante; hecho que se comprobará mediante la presentación de los documentos legales correspondientes.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, en el caso de la conviviente, ésta deberá comprobar dicha condición, presentando la declaración judicial de conviviente emitida por la autoridad competente.

En el caso señalado en el numeral 1 del presente artículo, el hijo en período de gestación, adquirirá el derecho a la prestación respectiva en el Sistema Público para Pensiones (SPP), a partir de la fecha de su nacimiento.

De las condiciones para otorgar pensión a los hijos entre dieciocho y veinticuatro años.

En cuanto a las pensiones el artículo 51 dispone lo siguiente: Las pensiones de la viuda, del viudo inválido, **de la conviviente sobreviviente o del conviviente sobreviviente inválido**, según sea el caso, serán de carácter permanente y se abonarán mensualmente, por un monto igual al 50% de la pensión que percibía el causante o que habría tenido derecho a recibir por vejez a la fecha de su fallecimiento.

Estas pensiones caducan por matrimonio, unión no matrimonial o fallecimiento del beneficiario.

En los casos de matrimonio o unión no matrimonial, la viuda, la conviviente sobreviviente, el viudo o conviviente sobreviviente, inválidos, según sea el caso, tendrán derecho a recibir una asignación final equivalente a veinticuatro mensualidades de la pensión que recibía. Para estos efectos, el o la interesada deberán presentar ante la Institución Previsional respectiva, los documentos probatorios de la condición requerida.

Art. 52.- Para determinar la continuidad del derecho a las pensiones de sobrevivencia, para el viudo o la viuda, para el o la conviviente sobreviviente, según sea el caso, el ISSS o el INPEP, según corresponda, verificarán por lo menos una vez al año, si el beneficiario ha contraído matrimonio o si ha sido declarado judicialmente conviviente.

En el Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social ²¹, genérica y terminantemente dispone en su artículo 14 literales b), c) y e), quienes tendrán derechos a prestaciones de salud y serán: El cónyuge o compañera de vida inscrita del asegurado activo; el cónyuge o compañero de vida inscrito de asegurada activa; la compañera de vida con derecho a pensión y en el artículo 55: “Todos los derechos que se establecen a favor de la cónyuge del asegurado, corresponderán también a la compañera de vida de éste, a condición de que hubiese sido inscrita como tal en el Instituto por lo menos nueve meses antes de la demanda de la prestación o que hubiese por lo menos un hijo común, y siempre que ni el asegurado ni ella fueren casados”.

²¹ Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social; Decreto No. 37; Publicado en el Diario Oficial No. 88, Tomo No. 163, del 12 de mayo de 1954

En concordancia con lo anterior, el artículo 42 numeral 2 del Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte ²² preceptúa: “Serán beneficiarios de las pensiones por muerte, los familiares sobrevivientes que dependían económicamente del causante a la fecha de su fallecimiento, que señalan a continuación, en el orden que se indica: 2) La compañera de vida con quien el asegurado hubiere hecho vida marital, si se cumplen los requisitos del artículo 55 del Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social. En casos de haber varias concubinas que llenaren los requisitos, ninguna gozará del beneficio”.

En la ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos (INPEP) ²³, se regula pormenorizadamente sobre el punto, en el artículo 61: “Cuando no exista viuda, la pensión de sobreviviente indicada en el numero uno del artículo anterior, se concederá a la compañera de vida con quien el asegurado hubiere hecho vida marital, si reúne los siguientes requisitos a la fecha del fallecimiento del asegurado o pensionista:

- a. Está inscrito como tal en el INPEP siempre que tal inscripción se haya hecho por el causante como asegurado cotizante obligatorio y por lo menos un año antes de su fallecimiento; y
- b. Tener hijos procreados y reconocidos por el causante o comprobar cinco años de vida marital antes de la fecha del fallecimiento.

Para que tenga lugar lo dispuesto en este artículo es indispensable que ni la compañera de vida ni el causante sean casados.

²² Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte; Decreto No. 117; Publicado en el Diario Oficial No. 240, Tomo No. 221, del 20 de diciembre de 1968

En caso de existir varias compañeras de vida que llenen los requisitos, únicamente gozará de la pensión de sobreviviente, la compañera inscrita como tal de acuerdo a la letra a) de este artículo”.

A su vez, la Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada²⁴, define en forma similar a la compañera de vida, en el artículo 130: “En defecto del cónyuge, adquirirá la calidad de beneficiaria la compañera de vida del afiliado cuando éste la haya incluido en su Plica Militar, El reconocimiento de la calidad de beneficiaria procederá siempre que tanto el afiliado como la compañera de vida no sean casados y que hayan procreado un hijo en común. El Instituto fomentará por todos los medios a su alcance la formación de la familia legítima”.

En la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones²⁵ se determina que en cuanto a las pensiones de sobrevivencia el Artículo 106 dispone que “Tendrán derecho a ésta los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca por enfermedad o accidente común, entendiéndose por el mismo él o la cónyuge, él o la conviviente de unión no matrimonial de conformidad con el Artículo 118 del Código de Familia, los hijos fuera o dentro del matrimonio, los hijos adoptivos y los padres, legítimos o adoptivos, que dependen económicamente del causante.

A través de medios legales, cada afiliado deberá acreditar ante la respectiva institución administradora, los nombres y existencia de sus

²³ Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos; Decreto Legislativo No. 373; Publicado en el Diario Oficial No. 198, Tomo No. 249, del 24 de octubre de 1975.

²⁴ Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada; Decreto ; Publicado en Diario Oficial No. , Tomo No. , del .

²⁵ Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones; Decreto Legislativo No. 927; Publicado en Diario Oficial No. 243, Tomo No. 333, del 23 de diciembre de 1996.

eventuales beneficiarios al momento de su afiliación y cuando desee efectuar cambios.”

El Artículo 107 establece que: “Para acceder a pensión de sobrevivencia, en caso de unión no matrimonial, el o la conviviente, deberá comprobar al menos tres años de vida en común.

No obstante, si a la fecha de fallecimiento del afiliado, la conviviente estuviere embarazada o existieren hijos en común, o si, el o la conviviente, fueren inválidos según dictamen de la Comisión Calificadora, tendrá derecho a pensión de sobrevivencia independientemente del cumplimiento de las condiciones señaladas en este artículo.”

En los términos en los que está redactado el artículo 16 de la Ley de Inquilinato ²⁶, se ha entendido que está comprendida en la expresión: “grupo familiar” del inquilino, su cónyuge o compañero de vida, para el efecto de continuación del contrato de arrendamiento de mesón que aquel celebró, en los eventos que la disposición indica (muerte, incapacidad o ausencia prolongada).

De todo lo expuesto se puede concluir, en primer término, que la existencia profusa de uniones no matrimoniales ha tenido que ser tomada en cuenta, primero por nuestra jurisprudencia y luego por nuestra legislación desde hace ya largo tiempo. El Código de Familia no viene sino a continuar con una tendencia de nuestro derecho, inspirada por la justicia social, que pretende dar protección principalmente a la madre abandonada – que es uno de los principios de la legislación – y de los hijos en situación de desamparo.

²⁶ Ley de Inquilinato; Decreto Legislativo No. 2591; Publicado en Diario Oficial No. 35, Tomo No. 178, del 20 de febrero de 1958

A través de la historia, en nuestro país se ha visto que el principio de igualdad en la unión no matrimonial tiene sus orígenes en aspectos jurídicos, sociales, económicos, culturales y políticos; ya que no se desarrollan efectivamente los derechos y deberes que se tienen entre los convivientes, de éstos para con los hijos y frente a terceros.

Todo esto se hace basándose en las disposiciones de la Constitución de la República que en su artículo 32 inciso tercero establece una excepción al cimiento de que la familia es la base fundamental de la sociedad, por consecuencia el fundamento legal de ésta es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. Así, la excepción radica en que “el Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia”. Entendiendo por igualdad jurídica la igualdad de derechos y obligaciones entre los cónyuges y en consecuencia para los convivientes.

Por consiguiente, se establece un silogismo; ya que también constituyen “familia” las personas que se acompañan (uniones no matrimoniales) gozando así de los derechos y la protección que las leyes otorgan a la familia.

Se trata pues, de darle un reconocimiento a un estado de hecho, a fin de que produzcan efectos jurídicos que aseguren los derechos de las personas unidas. El fundamento principal del régimen propuesto está, en que esas personas que han vivido ya cierto tiempo juntas, han procreado y adquirido bienes con esfuerzos de ambos, en el momento de la ruptura de la unión debe protegérseles para no dejar en manos del más fuerte la disposición de los bienes adquiridos y en desamparo al otro conviviente que contribuyó a la formación de ese patrimonio. De igual manera debe proveerse a la mayor protección de los hijos habidos en la unión con respecto a sus padres.

CAPÍTULO II

CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, DOCTRINAS Y DERECHO COMPARADO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL

2.1 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. CONCEPTO

El estudio de la Igualdad nos lleva a considerar su complejidad clasificando las desigualdades naturales y artificiales, las primeras que devienen del origen, de la naturaleza ya que no todas las personas tienen el mismo grado de inteligencia, de salud, de fuerza, habilidades, entra otras y dentro de las segundas sobresalen en el poder, riqueza, educación o cultura, esto conlleva a que las desigualdades deben ser objeto de acción política para que las reduzca o anule, encontramos aquí el pensamiento liberal y socialista que no permiten una libertad o igualdad absoluta²⁷.

La Igualdad, como ya en el capítulo uno se explicó, es una de las conquistas de la Revolución Francesa, aunque ya se habían dado algunas proclamaciones en momentos anteriores, no obstante para el liberalismo burgués la igualdad es concebida como una simple abolición de privilegios, estableciéndose de esta forma la ley con carácter general y de igual eficacia frente a todos, conocido esto como la concesión liberal clásica²⁸, siendo todas las personas iguales ante la ley, sin distinción de credos, razas, ideas políticas, posición económica.

²⁷ Tensión entre los Derechos de Igualdad y Libertad; Rodríguez Molinero, Marcelino; En XI Jornadas de Estudio, El Principio de Igualdad en la Constitución Española. Pag. 565 y ss.

²⁸ Bertrand Galindo, Francisco; et.al; Ob.Cit.; pág. 797.

Los Socialistas en cambio objetaron que los sujetos no eran iguales, que no estaban en condiciones de igualdad, sino que esto era algo por alcanzar, criticando la generalidad de la ley porque era justamente el instrumento para perpetuar la desigualdad, más bien el legislador tiene que introducir desigualdades para lograr la igualdad real de todos los administradores²⁹.

La Igualdad como principio jurídico trata de equilibrar las desventajas de los que están en posiciones desfavorables y equipara el equilibrio cuando los sujetos están en posiciones de igualdad horizontal, funciona entonces como un desarrollo del valor dignidad de la persona humana, fundándose en la ética y en la idea de persona, que se proyecta en los derechos fundamentales; desde el punto de vista moral y filosófico jurídico, igualdad quiere decir ante todo y por encima de todo, igualdad en cuanto a la dignidad de la persona individual y por tanto, igualdad en cuanto a los derechos fundamentales o esenciales de todo individuo humano, desde el punto de vista axiológico³⁰.

Un enfoque contemporáneo desde la filosofía constitucional, vincula el sentido de la Igualdad con el valor Libertad, es decir que se está ante un valor que completa el sentido de la libertad lo que implica que la igualdad debe ser interpretada desde la libertad, puesto que ésta es insuficiente sin igualdad, “la igualdad se legitima y se justifica si potencia la libertad y se detiene o pierde sentido cuando puede limitarla o perjudicarla”³¹.

La igualdad es un concepto emotivamente positivo, porque es algo que se desea y esta íntimamente vinculado con la justicia. En tal sentido debe decirse que tal derecho se desplaza y anida en cada uno de los procesos

²⁹ IBID, pág. 797

³⁰ IBIDEM; pág. 797

jurisdiccionales, dándole igualdad de oportunidades a cada una de las partes para el solo efecto de que puedan defender a cada uno el derecho que estima tutelable.

2.1.1 NATURALEZA JURÍDICA.

Uno de los problemas que plantea el principio de igualdad constitucional es el de su naturaleza jurídica, ya que hoy en día es admitido que no solamente se está frente a un Derecho Fundamental, sino más bien de un Principio General del Derecho, que inspira a todo el sistema de derechos y libertades y es así como debe ser interpretado³², funcionando este como criterio de desarrollo de los derechos fundamentales, convirtiéndose este en una condición básica para su ejercicio; no obstante nuestra Constitución en el artículo tres, que nos dice que todas las personas son iguales ante la ley, añadiendo que para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión, ubica dicho principio dentro del apartado del título II, referente a los derechos y garantías fundamentales de la persona, por lo que se aborda la posición de la Igualdad como *derecho fundamental*, es pues, que nuestra Constitución salvadoreña incorpora los elementos definitorios que puedan considerarle como derecho fundamental en razón de poder considerarla como un mandato con un ámbito normativo propio, pero no perdiendo de vista las generalidades que incorpora su contenido, que se define y proyecta para cada caso concreto en los cuales debe ser definido³³. Dicha postura se abordara con más detenimiento en un apartado posterior.

³¹ Curso de Teoría del Derecho; Peces Barba, Gregorio, Fernández, Eusebio y de Asis, Rafael; Pág. 338.

³² Ramella, Pablo A., Ob.Cit.; Pág. 299.

³³ Igualdad Constitucional; Soriano Rodríguez, Salvador Héctor; Consejo Nacional de la Judicatura; Escuela de Capacitación Judicial; El Salvador, 2000; Pág. 12.

2.1.2 POSICIONES DOCTRINARIAS

2.1.2.1 Derecho Fundamental y Principio Superior del Orden Constitucional.

Sostiene que la cláusula general de igualdad es un derecho fundamental, postura que acoge nuestra Constitución al incorporarla en el apartado II, referente de los derechos fundamentales como ya anteriormente se expresó, asimismo Javier Pérez Royo, autor del Libro “Curso de Derecho Constitucional” comparte la naturaleza de la igualdad como derecho fundamental y subjetivo, al postular los derechos de igualdad, derechos subjetivos de los ciudadanos, titulares de los mismos, que constituyen un derecho de crédito ante el estado y poderes públicos³⁴; esto viene a exigir que situaciones iguales reciban un trato normativo igual, de la misma manera que el resto de derechos fundamentales, por su plena naturaleza y no por asimilación al régimen jurídico.

2.1.2.2 PRINCIPIO

Una parte de la doctrina enfoca la igualdad desde otro punto de vista de la naturaleza fundamental de un derecho. Destacan más que un derecho fundamental, que la naturaleza es de un Principio informador del ejercicio de los derechos fundamentales. La igualdad es entonces una exigencia básica para el ejercicio de los derechos fundamentales, así pues encontramos una serie de autores que enfocan la igualdad como principio, así pues Norbert Bilbeny que comparte el rango de principio³⁵, Suay-Rincon destacan que es un valor y un

³⁴ IBIDEM; Pág. 12

³⁵ Igualdad y Principio de Solidaridad; Norbert Bilbeny; En XI Jornadas de Estudio; El principio de igualdad en la Constitución Española; Volumen I; Ministerio de Justicia; Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones; 1991; Pág. 54.

principio normativo nada más; Ignacio Martínez sostiene la igualdad como elemento estructural de todo derecho³⁶.

En el caso de la Constitución Española, en su artículo catorce, pese a estar en la Sección I, Capítulo II, que se refiere a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, es comúnmente admitido que no se está únicamente en presencia de un derecho fundamental, tratándose más bien de un Principio General del Derecho, inspirador de todo el sistema de derecho y libertades y como tal debe ser interpretado³⁷.

La Jurisprudencia Constitucional Española, en la sentencia 75/1983, de 3 de agosto, puso de relieve que el artículo catorce de la Constitución Española, que expone que todos los españoles son iguales ante la ley, engloba tres figuras: en primer lugar un Principio General del Derecho de manera que cualquier excepción a él tiene que ser sometida a una interpretación restrictiva, en segundo lugar, un derecho subjetivo de todos los ciudadanos y en tercer lugar, un principio limitador de la acción de los poderes públicos³⁸.

2.1.2.3 DERECHO, PRINCIPIO, VALOR.

Dentro de las meditaciones doctrinarias de la naturaleza del principio de igualdad, se encuentran posiciones mixtas, señalando como lo dice Francisco Puy, en su texto “El Derecho de Igualdad en la Constitución Española”, que la igualdad deriva tres dimensiones: primero, en el discurso axiológico es un valor; segundo en el normativo es un principio y tercero, en el postulativo, es un derecho fundamental³⁹.

2.2. IGUALDAD Y JUICIO DE RACIONABILIDAD.

³⁶ Soriano Rodríguez, Salvador Héctor; Ob.Cit.; Pág. 12

³⁷ Ramella, Pablo A.; Ob.Cit.; Pág. 299.

³⁸ IDEM; Pág. 300

El problema del contenido de la igualdad ese reduce a determinar lo que entendemos por juicio de razonabilidad, ya que no se trata de demostrar simplemente que el ordenamiento jurídico conlleva unas consecuencias jurídicas diferentes para dos o más personas, sino que el problema consiste en justificar que esas consecuencias son distintas por ser ello razonable, lo cual plantea la cuestión de la desigualdad en los supuestos de hecho, la desigualdad en las consecuencias jurídicas y la relación de proporcionalidad que debe existir entre los medios empleados y la finalidad perseguida, por lo que la igualdad solamente es violada cuando las discriminaciones, están desprovistas de justificación objetiva y razonable, es pues el juicio de razonabilidad, el elemento determinante para poder apreciar la violación del principio de Igualdad⁴⁰

2.3. DOCTRINA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN NUESTRO PAÍS.

La Igualdad puede analizarse como Principio Jurídico y como Principio Político, en el primer punto se sitúa la concepción clásica, en la que una vez abolidos los privilegios, consagrada constitucionalmente la libertad y la igualdad y proclamada la soberanía nacional, los ciudadanos son iguales, por lo que la ley debe ser general, es pues la generalidad el instrumento para preservar la igualdad de los ciudadanos existente; dentro del segundo punto se encuentra la posición socialista, quienes objetaron que los sujetos no eran iguales en el punto de partida, que no estaban en condiciones de igualdad, sino que ésta era algo por alcanzar, criticando la posición de la generalidad, por lo que el legislador tiene que introducir la desigualdad para lograr la igualdad.

³⁹ Soriano Rodríguez, Salvador Héctor; Ob.Cit.; Pág. 13

⁴⁰ Ramella, Pablo A., Ob.Cit; Pág. 300

Nuestra Constitución procura conseguir el equilibrio entre ambas concepciones, consagrando por una parte la igualdad ante la ley en el artículo tres y la igualdad real, en el inciso primero del artículo ciento uno⁴¹.

En Diligencias de Exhibición Personal, número 2-89, se expone que el principio de igualdad, tiene dos perspectivas constitucionales: a) La igualdad ante la ley; y b) la igualdad en la aplicación de la ley. Conforme a la primera, frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y no justificada, garantizando a los iguales el goce de los mismos beneficios y a los desiguales diferentes beneficios; según la segunda, cuya aplicación se hace en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad, esto último estrechamente vinculado con el Stare Decisis, que obliga a que la actividad decisoria corresponda con la forma de criterio adoptado en anteriores resoluciones, justificando así la igualdad de trato.

Según Sobreseimiento de Amparo referencia 82-99, de fecha diecinueve de octubre de dos mil, la Igualdad como Principio se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como una norma jurídica de optimización que cuando encuentra en su aplicación colisiones en otras categorías jurídicas de trascendencia para la esfera jurídica del individuo o de la colectividad, es susceptible de una mayor o menor concreción plena de su contenido.

⁴¹ Bertrand Galindo, Francisco; et.al.; Ob.Cit; pág. 797.

El Principio de Igualdad garantiza a los iguales el goce de los mismos beneficios y a los desiguales diferentes beneficios, esto es diferencia justificable o razonable; en sus dos dimensiones, dicho mandato vincula tanto al legislador como al operador jurídico encargado de aplicarla.

2.3.1. LA IGUALDAD EN LA FORMULACION DE LA LEY

En el primer caso, es decir en la formulación de la ley, significa que el legislador dicte normas que hagan las diferenciaciones normativas correspondientes a las desigualdades reales señaladas, en dicha labor el legislador al establecer desigualdades en el trato, no pueden ser excesivas, ya que de ser así vendría a violentar el principio de igualdad, por lo que la medida que debe respetar el legislador es la medida que establece el constituyente, pues los alcances de las diferenciaciones que pueda realizar no pueden conculcar los derechos y garantías establecidas para las personas, ya que ello implicaría una desproporcionalidad de los medios utilizados.

Implica en un primer lugar, un tratamiento normativo desigual, y en segundo lugar que si dicha razón existe, está ordenando un tratamiento desigual; el análisis de la desigualdad ante la ley no puede obviar una exigencia que incide cuando ya el legislador ha decidido establecer un tratamiento normativo diferenciado, *el Principio de Proporcionalidad* que tiene en relación con los límites hasta donde puede formularse un tratamiento desigual.

2.3.1.1. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA FORMULACION DE LA LEY.

Según Sentencia de referencia 14-XII-95, inconstitucionalidad 17-95, plasma dicho alcance y establece que el Artículo Tres de la Constitución de la

República de El Salvador, contempla tanto un mandato en la aplicación de la ley, como un mandato en la formulación de la ley, lo que vincula al legislador, no implicando esto que tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presentan las mismas cualidades o se encuentran en las mismas situaciones fácticas, siendo claro que la Igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, aquella a de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles, lo que obliga a recurrir a un término de comparación, (*tertium comparationis*) y este no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien elige el criterio de valoración.

Como sucede con otros derechos fundamentales, el derecho de igualdad no es un derecho absoluto, por lo que corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual; lo que constitucionalmente está prohibido es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, es decir la diferenciación arbitraria, lo cual prohíbe nuestra constitución, dicha diferenciación arbitraria existe cuando no es posible encontrar para ello un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que al menos sea concretamente comprensible, debe entenderse en nuestra constitución que el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse como exigencia de razonabilidad de la diferenciación.

2.3.2. ALCANCES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DE LA LEY.

Según Sentencia del 26-VII-98, Amparo 317-97, la Igualdad es un derecho subjetivo que posee todo ciudadano a obtener un trato igual, obligando y limitando a los poderes públicos a respetarlo, exigiendo que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas,

abarcando también la igualdad en la aplicación de la ley, es pues que frente a supuestos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y subjetiva, así también la aplicación que se hace en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad, lo que se conoce como Stare Decisis, (Amparo No. 1-M-90).

IGUALDAD COMO PRINCIPIO

Según Sentencia en Proceso de Amparo del 25-V-99. Ref. 167-97, encontramos La Igualdad como Principio, ya que éste emana de la naturaleza misma del hombre y tiene su fundamento en su identidad de origen y destino, se presenta como una relación en virtud de la cual cabe reconocer a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad, evitando discriminaciones arbitrarias.

Plantea la misma que tratar igual a los desiguales es tan injusto como tratar desigual a los iguales. El derecho de igualdad posee rango Constitucional y esta previsto en el artículo 3 de la Constitución, del que puede decirse que constituye una de las reivindicaciones por las que el hombre ha luchado en su devenir histórico; constituye jurídicamente una labor jurisdiccional a darle positividad a tal derecho, ello básicamente por que la igualdad nace de la estructura y conformación de dos conceptos universalmente conocidos, a saber: la equidad y la justicia, conceptos que en su conjunto constituyen la piedra angular sobre la que debe descansar la actividad jurisdiccional, cada uno de estos es semejante por converger en el intento de conseguir lo más adecuado y el mejor tratamiento al individuo en la resolución de reyertas sociales.

Según las Sentencias de Inconstitucionalidad del 20-VII-99 Ref. 5-99 y del 22-X-99. Ref. 3-93, la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, por que aquella a de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o cualidades, lo que obliga a recurrir a un término de comparación y este no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria del que exige el criterio de valoración, en consecuencia lo que se ha dicho que lo que esta Constitucionalmente prohibido es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, es decir, la diferenciación arbitraria, que existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que al menos, sea completamente comprensible, concluyendo que en la Constitución Salvadoreña, el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse como exigencia de razonabilidad de la diferenciación.

LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO JURÍDICO

Nuestra Constitución reconoce la igualdad jurídica, la que se puede clasificar de la siguiente manera:

(1) IGUALDAD ANTE EL ESTADO:

a) Igualdad ante la ley: reconocido en el art. 3 Cn., que establece que todas las personas son iguales ante la ley, es decir, que frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y no justificada.

b) Igualdad ante la administración: consiste en que los órganos que ejercen la función administrativa deben en igualdad de circunstancias, no dar a unos lo que nieguen a otros y viceversa.

c) Igualdad ante la Jurisdicción, que implica:

- i. En cuanto a los tribunales, no basta que le reconozca el derecho, sino que debe de ir acompañado de la medida de protección adecuada para asegurar su cumplimiento.
- ii. En la aplicación de la ley, es decir, que las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean órganos jurisdiccionales distintos los que entraren en conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad⁴².

(2) IGUALDAD ANTE Y ENTRE PARTICULARES, esta puede ser:

a) Igualdad en las relaciones privadas; nuestra Constitución reconoce algunos aspectos de este tipo de igualdad:

- i. Igualdad Laboral; contemplado en el art. 38 ordinal 1°.
- ii. Igualdad Jurídica de los cónyuges; contemplado en el art. 32, inciso 2°.
- iii. Igualdad de los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos; contemplado en el art. 36, inciso 1°.
- iv. Igualdad en cuanto a la educación; establecido en el art. 58 Cn.

b) Igualdad en la admisión en los cargos públicos: se manifiesta como el derecho que tiene toda persona a ser admitida en los empleos públicos sin otra consideración que la idoneidad.

⁴² Gabriel Mauricio, Gutiérrez Castro ; Catálogo de Jurisprudencia; Derecho Constitucional Salvadoreño; Tercera Edición, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; El Salvador; Pág. 121, 335-338

- c) Igualdad en las cargas públicas: el cual estatuye que todos los contribuyentes en las mismas categorías deben recibir igual trato y que el monto debe ser proporcional a la capacidad contributiva de quien paga.

2.4. LA UNIÓN NO MATRIMONIAL. CONCEPTO

A diferencia del matrimonio y de sus miembros y las instituciones con él relacionadas cuyos vocablos que los nombran tienen acepciones terminológicas, sinónimos y voces perfectamente consolidados en el uso del idioma, el hecho social de la unión no matrimonial de un hombre y una mujer, la denominación de éstos y de sus relaciones, no aparecen claramente mencionados con vocablos inconfundibles.

La unión de un hombre y una mujer que sin haber contraído matrimonio hacen vida marital no tiene una denominación específica en el lenguaje, así, a este hecho a través del tiempo y de la historia se le ha denominado: “Concubinato, Unión libre, Unión de hecho, matrimonio de hecho, Unión sin papeles, etc.”⁴³

La denominación más antigua, es la de concubinato, la cual en nuestro lenguaje tanto popular como académico, tiene matiz peyorativo y estigmatizante. El Diccionario de La Real Academia de la Lengua Española, define este hecho haciendo referencia primero al vocablo Concubina para pasar luego al concubinato expresando lo siguiente: Concubina: manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera este su marido. Concubinario: el

⁴³ Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia; Comisión Revisora de la legislación Salvadoreña; San Salvador, El Salvador, 1992; pág.193

que tiene concubina. Concubinato: comunicación o trato de un hombre con su concubina. Manceba: concubina; mujer con quien se tiene un comercio ilícito continuado.⁴⁴

La denominación Unión Libre aunque no es peyorativa indica claramente que la unión es libre, sin ninguna traba ni prohibición, se forma y se disuelve la relación libremente sin ningún trámite. Otro aspecto del por qué no se aceptó esta denominación es porque la constitución manda regular la unión estable de un hombre y de una mujer, y en la unión libre no hay permanencia y tal situación de libertad absoluta en la conformación de la unión puede poner en peligro la situación de los hijos que puedan surgir de la unión.

La denominación Matrimonio de hecho da la idea de dos clases de matrimonio, uno de derecho y el otro de hecho, calificando de matrimonial una relación que no lo es, implica además la idea de un matrimonio de segunda categoría que no concuerda con el espíritu constitucional.

Ninguno de tales nombres escapa a críticas ni convence a la mayoría; pero el Código de Familia prefiere utilizar la expresión “Unión no matrimonial”, por considerarla alejada de calificativos condenatorios o peyorativos del hecho social a que se refiere y reflejar sin dificultad las normas de unión que se regulan en dicho código como: La unión matrimonial y la unión no matrimonial.⁴⁵

Expuesto el aspecto terminológico, nos disponemos a enunciar el concepto sociológico y jurídico de la unión no matrimonial.

⁴⁴ Manual de Derecho de Familia; Anita Calderón de Buitrago, César Rolando García, et.al; Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial; 1ª edición; El Salvador; 1994; pág. 423

⁴⁵ Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia; Ob.Cit.; pág.193

CONCEPTO SOCIOLÓGICO:

Se trata de la vida que el hombre y la mujer hacen como si fueran cónyuges sin estar casados; de la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer cuya significación propia y concreta no se limita sólo a la unión carnal no legalizada sino también a la relación continua y de larga duración existente entre un hombre y una mujer sin estar legalizado por el matrimonio.

Es una comunidad de lecho que sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio como una expresión de la costumbre.⁴⁶

CONCEPTO JURÍDICO: (Artículo 118 del Código de Familia)

La unión no matrimonial que regula este código, es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años.⁴⁷

Lo que la ley regula como unión no matrimonial es un hecho social lícito, distinguiéndose de otros hechos irregulares o inmorales. Los convivientes, deben tener el camino abierto para contraer matrimonio.

De éste concepto se determinan las siguientes características (que tanto la doctrina como la legislación en América Latina exigen para que la unión no matrimonial produzca efectos jurídicos):

1. La unión debe ser heterosexual: este requisito, algunas legislaciones no lo menciona pues lo consideran obvio, sin

⁴⁶ La Familia en el Derecho; Manuel Chávez Asencio; Relaciones Jurídicas Conyugales; Editorial Porrúa, S.A.; México; 1985; pág. 265

embargo, tratándose de una relación que produce consecuencias específicas debe quedar claro.

2. Comunidad de vida, cohabitación: este es el elemento que distingue la unión no matrimonial de una simple relación circunstancial, la cohabitación implica comunidad de vida, es decir, haber constituido un hogar común, tal característica convierte a la unión no matrimonial en un matrimonio aparente; que exteriormente no puede distinguirse del matrimonio real.
3. Publicidad, Notoriedad: la unión del hombre y la mujer que cohabitan constituyendo una comunidad de vida debe ostentarse públicamente, pues si se oculta puede no producir efectos jurídicos; es decir, que la unión debe ser notoria de conocimiento público.
4. Permanencia, Temporalidad, Estabilidad: la relación sexual circunstancial, momentánea o intermitente no constituye unión no matrimonial, se requiere pues que la cohabitación y la comunidad de vida sea duradera, es decir, debe tener permanencia en el tiempo. Si falta esta característica resultarían inaplicables casi la totalidad de los efectos que se atribuyen a la unión, tal es así que algunas legislaciones entre ellas la nuestra requiere que se haya convivido un número de años determinado.

⁴⁷ Código de Familia; Decreto No. 677; Publicado en el Diario Oficial Número 231 del día 13 de diciembre de 1993, artículo 118.

5. Singularidad: esto significa que son un solo hombre y una sola mujer que se deben fidelidad recíproca, la relación debe ser monogámica.
6. Debe existir capacidad nupcial: tal requisito implica que las personas que constituyan la unión no deben tener ningún impedimento para contraer matrimonio.

2.4.1. NATURALEZA JURÍDICA

Son dos fundamentalmente las posiciones extremas que se estudian respecto al hecho de la unión no matrimonial: la de querer postular un reconocimiento jurídico, general y amplio de la unión no matrimonial por el ordenamiento jurídico, y la de querer sostener la inmoralidad de tal situación y su radical ilicitud civil. De ahí que nazcan las diversas posiciones, algunas intermedias que ensayan una explicación jurídica de aquellos.

2.4.1.1. La Unión no matrimonial como una situación inmoral:

La unión no matrimonial fue fuertemente sancionada por el Concilio de Trento, en el cual la Iglesia la condenó y sancionó, al grado de excomulgar a aquellas parejas que no habían formalizado su situación marital; ya que el concubinato (nombre que se le daba en esa época a la unión no matrimonial) era una flagrante violación a los mandamientos y preceptos establecidos por el Supremo Creador.

Se han originado distintas posiciones, dentro de las cuales destacan aquellas que estiman que la unión no matrimonial constituye una rebeldía, en principio contra las bases morales de la sociedad, y segundo, contra el ordenamiento jurídico, ya que se abstrae por completo de las diferentes normas

sociales y atenta contra las buenas costumbres y el orden público que la ley en toda buena sociedad debe existir.

2.4.1.2. La Unión no matrimonial como un Acto Jurídico:

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

En la unión no matrimonial puede verse claramente que no existe una manifestación de voluntad en forma clara, espontánea y directa ante un funcionario competente, ya que la manifestación de voluntad está implícita en virtud de que ésta se ha expresado día a día.

Tampoco es un acto jurídico en vista que los presupuestos necesarios para que éste exista y valga como tal no tienen cabida en nuestro sistema legislativo.

2.4.1.3. La Unión no matrimonial como Convenio.

Entendiendo por convenio el acuerdo de voluntades interesadas en una misma finalidad en el que intervienen dos o más personas; en este sentido, es preciso hacer notar que la unión no matrimonial se constituye como un acuerdo entre hombre y mujer para que den nacimiento a la unión, el cual se pone de manifiesto a medida transcurre el tiempo y la situación de vida de los convivientes; pero tampoco se considera sea un convenio ya que éste entra en un acto jurídico y sino cumplió el requisito de manifestar su voluntad ante un funcionario competente entonces no se origina tal situación.

2.4.1.4. La Unión no matrimonial como Contrato

Como ya habíamos visto, no reúne las particularidades propias del acto jurídico, en consecuencia, no podemos sostener que la unión no matrimonial constituya un contrato; por otro lado, los convivientes no se someten a ningún tipo de estipulación de los cuales se deriven derechos y obligaciones para ambos y que pueden exigir su cumplimiento.

2.4.1.5. La unión no matrimonial como Estado de Hecho

Se le consideraba un hecho extrajurídico, ya que por mucho tiempo ha sido ignorado por la ley, no obstante ser notorio, continuado y organizado.

Anteriormente se definía al concubinato como una situación o estado de hecho en sentido amplio, como toda aquella que reposa entre una estructura material y cuyo nacimiento no ha puesto la intervención de un estatuto jurídico válido.

2.4.1.6. La Unión no matrimonial es una Institución Jurídica

La institución es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persigue una finalidad pública.

Con la nueva legislación de familia, la unión no matrimonial se encuentra regulada como un todo orgánico en lo que a Derecho de Familia se refiere; ya que en el Código de Familia se detallan los requisitos para que nazca, características de ésta y formas de tratarla en cuanto a patrimonio, relaciones personales, etc. Por esto se considera a la unión no matrimonial como una institución legalmente organizada.

2.4.2. POSICIONES DOCTRINARIAS

La posición de FLAVIO GALVAN RIVERA, señala que en virtud de los usos idiomáticos y de los largos siglos de evolución jurídica en la organización social primaria del género humano, pareciera no existir duda alguna sobre el contenido de la expresión: “Unión de Hecho”.

Dada la evolución o involución de la mentalidad humana, de los principios morales, de la educación en general y de la sexualidad en particular, de la libertad de pensamiento, expresión y asociación, así como de la diferente conformación psicosomática de los seres humanos, de las diversas situaciones socioeconómicas y de muchas otras circunstancias, no hay concepto común y por ende único que es la “Unión de Hecho”.

La Unión extramatrimonial en estudio ha sido denominada unión libre, unión de hecho, unión no matrimonial, unión conyugal libre, unión conyugal de hecho, cohabitación sin matrimonio, parejas no casadas, matrimonio de hecho, matrimonio natural, matrimonio no formalizado, matrimonio anómalo, matrimonio por equiparación, barragania, concubinato notorio, concubinato propio, concubinato legal, concubinato jurídico o simple y llanamente concubinato.

Desde que se tiene conocimiento de la formación humana, particularmente civil o estatal (pero también religiosa), el hombre ha tratado de regular su unión heterosexual, bajo una estructura y forma que llamó matrimonio, de una o varias formas, sin otra consideración, aunque se hubiese observado uniones y situaciones diferentes.

Independientemente de las razones particulares, jurídicas o religiosas, las sociedades siempre han pretendido, salvo excepciones, asegurar una conformación familiar (en su nacimiento y desarrollo) acordes con el principio de la monogamia y la función dominante de la relación que se le ha otorgado. De

ahí que haya surgido la necesidad de que dicha relación haya debido ceñirse a una sola regulación.

En la actualidad con base en la libertad familiar, surgen, por el contrario, varias tendencias y sistemas para la formación familiar; esto con la finalidad de limitar a la unión no matrimonial a la regulación única tradicional, sino en reconocer la existencia de un movimiento dirigido a aceptar o admitir la posibilidad de otra regulación, acompañada la existencia de una libertad para la formación familiar, en una u otra forma.

Pedro Lafont Pianetta, en su libro: Derecho de Familia señala la existencia de regímenes o sistemas maritales: Régimen marital único (el matrimonio) y el régimen marital dual (el matrimonio y la unión no matrimonial-de facto-)⁴⁸

Para esta sistematización fue necesario organizar las tendencias familiares (que hoy día aparecen en el universo), con base en criterios y principios legislativos y doctrinales, tomando como presupuesto el reconocimiento de la libertad familiar.

RÉGIMEN MARITAL ÚNICO (EL MATRIMONIAL)

Es aquél régimen que sólo reconoce el matrimonio. Se caracteriza por su unidad y matrimonialidad; su unidad jurídica se refiere al matrimonio.

Consiste en el reconocimiento jurídico en forma expresa (dándole la regulación amplia y necesaria) al matrimonio como institución casi

⁴⁸ Pedro Lafont Pianetta; Ob.Cit.; págs.79-89

absolutamente reglada, sin que, por el contrario, aparezca regulación distinta de otro fenómeno.

Con los fundamentos particulares de diversa índole (políticos, jurídicos, sociales, religiosos, morales, etc.) y el principio de monogamia, el mencionado régimen se organiza en la actualidad bajo una sola relación, la matrimonial, a fin de unificar la fuente de todas las familias que sustentan al Estado, bajo una misma regulación, y, de lograr mejor la realización de los fines propios de éste último.

Los sistemas matrimoniales de éste régimen pueden reducirse a dos:

* Matrimonio Civil obligatorio: es aquel sistema legislativo que reconoce como existente frente al Estado, única y exclusivamente al matrimonio celebrado conforme a las leyes civiles, no admitiendo como tal a los matrimonios religiosos.

* Matrimonio Civil facultativo: es aquel sistema que reconoce varias formas matrimoniales, otorgándole, por consiguiente, facultad a las personas para escoger entre la forma marital civil y todas o algunas formas religiosas.

RÉGIMEN MARITAL DUAL (MATRIMONIAL Y DE FACTO)

Surge como una respuesta a las críticas que se le hacen al régimen marital único.

Es aquél régimen que permite la coexistencia de varias formas maritales, idóneas para la conformación de la comunidad de vida familiar. Las características esenciales de éste régimen se refieren a su regulación y contenido. Es decir, que el régimen dual se caracteriza por la existencia de una

normatividad jurídica expresa, contenida en el estatuto o en varias leyes, que regulan las formas maritales.

Este régimen tiene por finalidad reconocer y reglar la libertad marital que tienen las personas para la formación familiar; y esta finalidad se basa en la necesidad de que el Estado intervenga para establecer jurídicamente la solución a esta problemática, facilitando su regulación y prevención.

Lo anterior conduce a un tratamiento jurídico diferente dada la forma como se manifiesta este régimen, su estudio (interpretación, principios, aplicaciones analógicas, etc) y tratamiento de los fenómenos (para dale solución jurídica a la problemática familiar) resulta especial, y por lo tanto, completamente diferente a la tradicional o clásica (de la tolerancia jurídica).

La importancia de este régimen dual consiste en la normal eficacia jurídica que se encuentra en su contenido regulado, frente, por el contrario, a la común ineficacia que acarrea el régimen marital único con relación a las uniones extramatrimoniales.

Existen dos clases de regímenes maritales duales:

- a) Igualitario: es aquel que le da a ambas instituciones (al matrimonio y a la unión no matrimonial) el mismo tratamiento, lo que puede ocurrir en forma plena o restringida.

FORMA PLENA: acontece cuando el tratamiento es idéntico, lo que bien puede acontecer por considerar igualmente idéntico uno y otro fenómeno.

FORMA RESTRINGIDA: tiene este carácter aquel régimen dual que, no obstante tener ciertas diferencias, asimila la unión no matrimonial al matrimonio, para darle igualmente un tratamiento jurídico semejante, tal

como cuando se transforma o se considera al primero como una forma matrimonial como acontece con unos algunos países latinoamericanos.

- b) Discriminatorio: se caracteriza porque, partiendo de la diferenciación de ambas instituciones se les da un tratamiento discriminatorio en forma plena o restringida.

FORMA PLENA: es aquella donde existe una absoluta o general discriminación en el sentido de darle prevalencia al matrimonio sobre la unión no matrimonial, colocando a aquél como principal y ésta como sustituta, estableciendo mayores y mejores efectos y beneficios, con menores perjuicios para el primero con relación al segundo. Ello ocurre con la mayoría de los países que adoptan el régimen dual.

FORMA RESTRINGIDA: es aquella que no obstante distinguir una y otra institución, adopta un tratamiento jurídico relativamente discriminatorio porque en parte los asemeja y en parte los distingue.

2.4.3. DERECHO COMPARADO

La mayoría de países latinoamericanos tienen a la unión no matrimonial como forma de convivencia generalizada, con una extensión considerablemente mayor que el matrimonio.

El referido fenómeno social explica que, desde ya hace bastante tiempo y en forma paulatina, las legislaciones de varios países de la región (americana) hayan previsto efectos jurídicos derivados de tal tipo de uniones, en las que descansan un buen número de familias.

Como tuvimos la oportunidad de exponerlo anteriormente, el derecho de los diversos Estados, relativos a la unión no matrimonial, se mueven entre los regímenes marital único y dual.

Dentro del régimen marital único se encuentran varios sistemas, entre ellos:

* **SISTEMA FRANCÉS**: la mayor parte de los códigos que se inspiran e integran este sistema, se enmarcan dentro del régimen marital único, con tolerancia concubiniaria con la flexibilidad y las peculiaridades que a cada uno de ellos le asisten.

El Código Civil Francés no contempló, ni quiere contemplar regulación alguna sobre el concubinato, ni siquiera de manera incidental en la filiación natural, lo cual encuentra justificación no sólo en la tolerancia legislativa sino también en el ostensible deseo, movido por diversas causas (religiosas, sociales, políticas, morales, etc.) de guardar un silencio frente a este fenómeno.⁴⁹

ESPAÑOL: En la legislación Española también se guarda silencio sobre el concubinato, que, bajo las influencias propias existentes en este país (principalmente las de orden político religioso y social), no solamente fue estimado ineficaz y reprochado como inmoral durante mucho tiempo sino que su desarrollo legislativo (en materia de filiación), jurisprudencial y doctrinal ha sido muy lento, a tal punto que éstos últimos se tornan accidentales para reparar injusticias y no fomentar dicho fenómeno. Sin embargo, la constitución actual abre la posibilidad de protección extramatrimonial.⁵⁰

⁴⁹ IBIDEM, págs. 446-447.

⁵⁰ IDEM, pág. 448

Dentro de este sistema se encuentra la mayor parte de las legislaciones civiles que se fundan en el Código civil Francés, tal como la Belga.

Con algunas excepciones (Guatemala, Panamá, Honduras, Venezuela, etc.), la legislación latinoamericana se encuentra en forma semejante a la expuesta para el régimen francés, principalmente las de Argentina, Chile, Colombia (antigua) y Ecuador.

ARGENTINA: la legislación de este país, al igual que el Código Civil de los Franceses de 1804, omite una referencia directa para la regulación del concubinato o unión no matrimonial, aunque sí algunas indirectas al mismo (matrimonio in extremis) o a la filiación. Pero la jurisprudencia y la doctrina, siguiendo a su homóloga francesa, no sólo adopta su desarrollo jurídico sino que, de un lado, adopta el concubinato como fenómeno socio jurídico y, del otro, avanza en algunos efectos jurídicos, como es el de la regulación de la adopción por concubinos.⁵¹

CHILE: El Código Civil de don Andrés Bello, expedido para la República de Chile y que luego fuera adoptado en Colombia, también estuvo orientado bajo la mencionada tolerancia legislativa, omitiendo referencia y regulación directa a las relaciones extramatrimoniales para declararles efectos jurídicos, sino por el contrario para negárselos (cuando se trataba de dañado y punible ayuntamiento); en tanto que su mención positiva se hacía de manera indirecta, para efecto de regular la posibilidad o no del establecimiento de la filiación natural. Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal en la construcción de sus efectos jurídicos, ha transitado del desinterés absoluto a uno poco

⁵¹ IBIDEM, pág. 448

significativo dentro del concierto internacional, pues dado su sometimiento matrimonial, su necesidad no ha sido una problemática de primer orden.⁵²

COLOMBIA: (LEGISLACIÓN CIVIL ANTERIOR) también se encuadraba dentro de éste régimen marital único con tolerancia concubinaria a la filiación natural, pero que, dada la extensión de su problemática, la jurisprudencia y la doctrina nacionales, siguiendo también la francesa, adoptaron e incorporaron a dicho ordenamiento los diversos efectos jurídicos que en esta materia se habían expuesto en el viejo continente.⁵³

ECUADOR: por corresponder su legislación civil al Código Civil de Don Andrés Bello, conservando en sus lineamientos generales, su contenido, dentro del régimen marital único tolerante, simplemente tolera (valga la redundancia) al concubinato o unión no matrimonial, pero que la doctrina sólo reconoce como unión extralegal fuente de familia, con poco interés en el estudio u otorgamiento de eficacia jurídica.⁵⁴

* **SISTEMA ALEMÁN:** este sistema también adopta el régimen marital único con tolerancia concubinaria en sentido restringido.

El Derecho Civil Alemán se quedó simplemente en la adopción del régimen marital único con la simple (mediante su silencio) tolerancia de su existencia de las uniones no matrimoniales, porque, a diferencia del sistema francés en general, su consideración jurídica es rígida e inexpressiva: Lo uno,

⁵² IDEM, pág. 449

⁵³ IDEM, pág. 449

⁵⁴ IBIDEM, pág. 449

porque le niega sus efectos; y lo otro, porque ni la ley (salvo en la filiación natural), ni la doctrina, ni la jurisprudencia han tratado de construir directamente efectos jurídicos a dicho fenómeno, sino que más bien se ha otorgado mayores facilidades para la realización familiar dentro del matrimonio.

Otras codificaciones también tienen esta concepción: el Código Civil de Suiza de 1907, la legislación civil austriaca de 1904 y la griega de 1946.⁵⁵

ITALIA: por su parte, el derecho italiano siguiendo el régimen marital único con tolerancia concubinaria, no sólo omite el fenómeno en su regulación legislativa, sino que también la jurisprudencia y la doctrina resultan regidas en su tratamiento jurídico negativo (como ocurre con este sistema), pero expresiva (en lo que se distingue del sistema alemán), porque aquellos se manifiestan generalmente para no concederle efectos jurídicos a dicho fenómeno.⁵⁶

Constitución de la República Italiana.

En la Constitución de la Republica Italiana⁵⁷, en su Título II “De las Relaciones Ético – Sociales”, en su Art. 19 establece “ La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio.

El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia”.

En su Art. 30 establece “Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio.

⁵⁵ IDEM, pág. 450

⁵⁶ IBIDEM; pág. 450

⁵⁷ Constitución de la Republica Italiana,
<http://es.camera.it/deputati/funcionamento/03.cosituzione.asp>.

En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos.

La ley garantizará a los hijos nacidos fuera del matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

La ley dictará las normas y los límites de investigación de la paternidad”.

BRASIL: esta legislación se aparta del mencionado criterio por razones particulares. Ninguna de las legislaciones que tradicionalmente se ubican dentro de este sistema, han adoptado o seguido esta orientación germánica, porque adoptan bajo la influencia francesa y portuguesa, una tolerancia concubinaria más flexible, con tendencia al reconocimiento de ciertos efectos jurídicos.

Las razones de Brasil se encuentran en las circunstancias particulares y generales que integran el contexto familiar (sociales, económicas, culturales, religiosas, etc.) que han influido en el abandono de la rigidez de este régimen marital único, para, en búsqueda de una solución más acorde a una realidad determinada, entrar a regular dicho fenómeno de una diferente.⁵⁸

OTROS SISTEMAS: además de los sistemas francés y alemán, pueden citarse los sistemas, orientales y africanos.

* **SISTEMAS ORIENTALES:** estos sistemas, guiados por su particular espiritualismo, también se encuadran dentro del régimen marital único con cierta tolerancia, y, en algunos casos, con permisibilidad justificada de las uniones extramatrimoniales.

⁵⁸ Lafont Pianetta, Pedro; Ob.Cit.,, pág. 451

SISTEMA RELIGIOSO MUSULMAN Y OTROS: Conforme a la legislación del Corán, así como antes ocurría la de Hamurabi (en esta codificación se lee que si la esposa no daba hijos, podía una concubina ser elevada a caso, sin igualarla en derechos), la amplia posibilidad (permitió liberar las esclavas por el mero hecho de tener hijos del dueño) en la conformación familiar (incluso mediante la poligamia matrimonial, hasta de cuatro) y su reestablecimiento (la admisión del divorcio mediante repudiación), reduce notablemente la viabilidad y posibilidad de uniones fuera del matrimonio, las que, en todo caso, son apenas toleradas cuando no están prohibidos por constituir adulterio) con ineficacia plena y repudio social.

Por eso mismo y por la disolubilidad matrimonial admitidas por otras religiones (judaica) con excepción a la católica, la unión extramatrimonial excepcional, resulta solamente tolerada sin trascendencia legal entre la pareja.⁵⁹

DERECHO JAPONÉS: siendo el matrimonio la forma que, además de unir la pareja, permite, con los requisitos del caso, su entrada a la familia de ambos, la unión no matrimonial tolerada, no alcanza, dentro de su ineficacia jurídica este propósito.⁶⁰

* **SISTEMA AFRICANO:** al destruirse en sumo grado la organización tribal en las regiones rurales, que hacen depender la pareja (unidas mediante matrimonio con compensación) y su familia del clan correspondiente, ciertas poblaciones del continente africano se han visto influenciadas por las religiones que no combaten la poligamia matrimonial, así como por el incremento de las

⁵⁹ IDEM, pág. 452

⁶⁰ IBIDEM, pág.452

uniones no matrimoniales, que, por su temporalidad, se han tolerado con la ineficacia jurídica del caso.⁶¹

Dentro del régimen marital dual se encuentran dos regímenes: el igualitario y el discriminatorio; ambos se subdividen en forma plena y restringida y éstos a su vez en sistemas. Así:⁶²

* **REGÍMENES IGUALITARIOS:** son aquellos que regulan expresamente el régimen tratando de igualar las alternativas, matrimonial y no matrimonial, en forma plena o restringida.

IGUALDAD PLENA:

Se refiere a su esencia, es decir, cuando el matrimonio y la unión no matrimonial se analiza por su mismo carácter consensual, independientemente de su expresión (si es formal o libre), el tratamiento jurídico resultante es igualitario, de tal manera que éste último suele confundirse con aquél y derivársele los mismos efectos jurídicos.

* **SISTEMA ANGLOSAJÓN:** lo anterior se presenta en el régimen del Common Law, con ciertas limitaciones.⁶³

El Derecho común de la Gran Bretaña concibió el matrimonio como aquél “consenso” para la unión heterosexual estable, libre de formalidades, que a pesar de su escaso reconocimiento actual en Inglaterra, aún suele admitirse (aunque con cierta discusión) en la mayoría de los estados de Estados Unidos con no poca aplicación legal y presunta, pero con los inconvenientes funcionales de la unión misma (del matrimonio y la unión no matrimonial) y sus consecuencias jurídicas.

⁶¹ IDEM; pág. 452

⁶² IBIDEM; pág. 454

⁶³ IDEM; pág. 455

Sin embargo con el paso del consensualismo matrimonial (en forma expresa, o tácita con las relaciones sexuales seguidas a la promesa matrimonial a la exigencia del certificado religioso ante quien el consentimiento se manifiesta), dicha unión matrimonial pasa luego a distinguirse de las simples uniones de hecho, temporales por esencia e ineficaces jurídicamente por lo general. Ello acontece en la Gran Bretaña actual y en gran parte de los estados de Estados Unidos de Norteamérica.

IGUALDAD RESTRINGIDA:

Es aquella que no asemeja directamente al matrimonio con la unión no matrimonial, sino de manera indirecta, esto es, que partiendo de la distinción de la unión no matrimonial con el matrimonio, la igualdad se logra mediante la conversión, equiparación, homologación o equivalencia del primero, con el segundo, tal como acontece con el sistema soviético, cubano y cierta legislación latinoamericana.

* **LEGISLACIÓN SOVIÉTICA:**⁶⁴ contempla y asegura la eficacia del matrimonio derivado del comportamiento marital. En efecto, “solo el matrimonio registrado origina entre los cónyuges los derechos y obligaciones previstas en el Código del matrimonio, familia y tutela de las Repúblicas Federales. Las personas que mantuviesen relaciones maritales de hecho, al ser publicado este derecho, podrán formalizarlas mediante registro del matrimonio, indicando el tiempo durante el que efectivamente hubiese vivido en común” (art. 19 del Decreto del 8 de julio de 1944) y agrega que “queda abolido el derecho de la madre de acudir ante el tribunal estableciendo la paternidad y reclamando alimentos para la manutención del hijo a un hombre con quien no está unida en matrimonio legalmente registrado” (art.20)

⁶⁴ IBIDEM; pág. 456

El artículo 418 del Código Civil otorga el derecho a heredar al cónyuge superviviente, así como a las personas incapacitadas para el trabajo e indigentes que de hecho hubieren permanecido bajo manutención del fallecido durante un plazo no menor de un año inmediatamente antes de su muerte.

* **LEGISLACIÓN DE CUBA:** en ella se prescribe que los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio sea equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil.⁶⁵

Constitución de la República de Cuba.

En la Constitución de la República de Cuba⁶⁶ en su Capítulo IV denominado “Familia”, establece en su Art. 35 que “El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio.

El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones”.

En su Art. 37 Inc. 1º establece “ Todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio”.

* **LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS:** dentro de ésta cabe mencionar:

⁶⁵ IBIDEM; pág.456

⁶⁶ Constitución de la Republica de Cuba 1972, Asamblea Nacional del Poder Popular en el XI Periodo Ordinario de Sesiones de la III Legislatura, Proclamada el 24 de febrero de 1976, reformada en 1992.

BOLIVIA: la legislación de este país reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, solo con el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraerla. La ley del registro civil perfeccionará estas uniones de hecho.⁶⁷

GUATEMALA: de igual manera la constitución de éste país, señala que la ley determina los casos en que, por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio debe ser equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil.⁶⁸

Constitución Política de la República de Guatemala.

En la Constitución Política de la República de Guatemala⁶⁹, en su Título II “Derechos Humanos”, Capítulo II “Derechos Sociales”, Sección Primera “Familia”, establece en su Art. 47 “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

En su Art.48 establece “El Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma”.

Establece además en su Art.50 “Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible”.

⁶⁷ Lafont Pianetta, Pedro; Ob.Cit.; pág. 457

⁶⁸ IBIDEM; pág. 457

⁶⁹ Constitución de la Republica de Guatemala,
<http://infoguat.guatemla.org/quezalnet/fundesa/infoguat/Constitución.html#T7>

HONDURAS:**Constitución de la República de Honduras.**

En la Constitución de la República de Honduras⁷⁰ en su Título III “De la Declaraciones, Derechos y Garantías” , Capitulo III “ Derechos Sociales ” en su Art.111 establece “La familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia están bajo la protección del Estado”.

En su Art. 112 inc.3º expresa: “Se reconoce la unión de hecho entre las personas legalmente capaces para contraer matrimonio. La Ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil”.

En su Art.114 inc. 1º establece “Todos los hijos tienen los mismos derechos y deberes”

PANAMÁ: en esta legislación se prescribe que la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante diez años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, motiva todos los efectos del matrimonio civil, siempre que sea registrado directamente, o en su caso con previa orden judicial adoptada en audiencia con intervención del ministerio público, y teniendo presente que la acción de los herederos para solicitar la declaratoria de existencia de una unión de hecho prescribe al año de la muerte del último de los miembros de la unión.⁷¹

⁷⁰ Constitución de la Republica de Honduras 1982, WWW.HOMDURAS.NET.

⁷¹ Lafont Pianetta, Pedro; Ob. Cit.; pág. 457

Algunos estados de México adoptan una semejanza estrecha entre matrimonio y concubinato, estableciéndose entre ellos una diferencia meramente formal, pues el primero, a diferencia del segundo, la voluntad se declara ante oficial.

* **REGÍMENES DISCRIMINATORIOS**: son aquellos que también regulan expresamente en régimen, pero tratando de hacer discriminación plena o restringida, de las alternativas matrimonial y marital.

DISCRIMINACIÓN PLENA:

Se presenta en forma excepcional, relativa, porque ya no existe ningún sistema que excluya para todos y cada uno de los eventos al concubinato cualquiera fuesen las circunstancias, sino que éste fenómeno queda establecido y, si fuere el caso, reconocido, en ausencia de matrimonio.

* **SISTEMA CANÓNICO**: solo tiene una aplicación eminentemente confesional (para los creyentes dentro de su jurisdicción) y no civil, ya que en estos regímenes corresponde a la potestad civil del Estado (y no a la religiosa) la regulación de la unión marital de hecho.

DISCRIMINACIÓN RESTRINGIDA:

Acontece cuando la legislación reconoce jurídicamente al matrimonio y al concubinato como instituciones familiares con la posibilidad de la eficacia jurídica concurrente (y no subsidiaria, como en el caso precedente), pero difieren en el tratamiento jurídico de sus efectos, donde desde luego son mayores y prevalentes los del matrimonio. Sin embargo tal discriminación se ha venido reduciendo debido al reconocimiento y otorgamiento lento y paulatino de algunos derechos y deberes a favor de la unión marital de hecho, casi siempre, guardando semejanza con los correspondientes del matrimonio. De allí que

solamente nos refiramos a estos aspectos positivos que restringen la mencionada discriminación.⁷²

* **LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS:** dentro de ellas puede mencionarse: México, Venezuela, Perú, Colombia (legislación de familia), etc.

⁷² IBIDEM; pág. 458

CAPÍTULO III
EL PROBLEMA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA UNIÓN NO
MATRIMONIAL Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

3.1 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1 ALCANCE CONCEPTUAL

La investigación versará sobre el principio de igualdad en la unión no matrimonial, para lo cual se deberán definir los siguientes conceptos:

Compañero / a de vida: es la persona que viviere en concubinato con cualquiera de ellos a la fecha en que se invoque tal calidad, cuando dicha relación hubiere durado siquiera un año, o que de ella hubiere nacido por lo menos un hijo común, y siempre que ninguno de ellos fuere casado.⁷³

Concubina: manceba o mujer que, sin haber contraído legítimo matrimonio con un hombre, vive y cohabita con él como si fuera su marido.⁷⁴

Concubino: sin admisión académica, por ahora al menos, el vocablo se utiliza, incluso con referencia a concubinario, para referirse al hombre que vive en concubinato; y, más aún, en la forma pluralizada, concubinos, para nombrar a los amancebados, “juntados o amantes”, con cierta estabilidad y vida común.⁷⁵

⁷³ Código de Trabajo; Ob.Cit.; artículo 15 inciso 2º

⁷⁴ Cabanellas, Guillermo; Ob.Cit.; Tomo II; pág. 261

Concubinato: comunicación o trato de un hombre con su concubina; o sea, con su manceba o mujer que vive y cohabita con él como si fuese su marido.⁷⁶

Convivientes: cada uno de los que conviven.⁷⁷

Principio de Igualdad: es el que se traduce en el derecho a que no se apliquen excepciones o privilegios que excluyan a unos individuos de lo que concede a otros, en similares o idénticas circunstancias.⁷⁸

Unión Libre: nombre con el que quiere darse un enfoque más aceptable al amancebamiento y al concubinato.⁷⁹

Unión no Matrimonial: es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años.⁸⁰

3.1.2 ALCANCE ESPACIAL

Las unidades de observación en donde se desarrollará esta investigación son: Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia; Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro; Juzgado de Familia de San Salvador, Nueva San Salvador, Apopa, Soyapango y Procuraduría General de la República; donde se procederá a realizar entrevistas a magistrados, jueces y colaboradores

⁷⁵ Ibidem; pág. 262

⁷⁶ Osorio, Manuel; Ob.Cit.; pág. 205

⁷⁷ Cabanellas, Guillermo; Ob.Cit.; Tomo II; pág. 369

⁷⁸ Diccionario Leyeonet; Jurisprudencias Clásicas; Bogotá, Colombia; 1995; pág.624

⁷⁹ Osorio, Manuel; Ob.Cit.; pág.1000

⁸⁰ Código de Familia; Ob.Cit.; Artículo 118

jurídicos; además se obtendrán datos que servirán de base a la presente investigación.

3.1.3 ALCANCE TEMPORAL

La investigación se realizará desde julio de 2002 hasta octubre de 2003, por ser el tiempo que consideramos poder abarcar para analizar el objeto de investigación. Se ha seleccionado este período por ser el adecuado para indagar de los avances y retrocesos que se han obtenido en materia de familia con respecto al principio de igualdad en la unión no matrimonial.

3.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La investigación versará sobre el Principio de Igualdad en la Unión no Matrimonial.

En este apartado de la realidad social, como en cualquier otro, podemos analizar que es un hecho real y constante la Unión no Matrimonial, por lo que se vuelve indispensable una regulación jurídica acorde con dicha realidad, al igual que se hace con el Matrimonio, ya que nuestra Constitución de la República del año 1983, en los artículos 32 inciso 3°, 33 y 36, regula el Principio de Igualdad dentro de la Unión no Matrimonial, correspondiendo a la legislación secundaria desarrollar la orden constitucional, regulando las relaciones familiares resultantes de la Unión no Matrimonial, tanto personales como patrimoniales, los derechos y deberes de los convivientes y de éstos para con sus hijos comunes, ya que también constituyen una familia, gozando así de los derechos y la protección que las leyes otorgan a la familia.

Es así, que el Principio de Igualdad trata de equilibrar las desventajas en que se encuentran los convivientes frente al Matrimonio, salvaguardando de esta forma la dignidad de la persona humana, no obstante, la legislación secundaria no desarrolla consecuentemente dicha realidad, al no darle un reconocimiento efectivo como lo hace la Constitución de la República, en el sentido de que no se enumeran al igual que en el matrimonio los derechos y deberes para cada uno de los convivientes, asimismo al pretender ejercer algún derecho que como conviviente se cree tener, es necesario la declaratoria de dicha situación por parte de un tribunal de familia y siendo que las personas que se acompañan constituyen familia, no gozan de los derechos y la protección que las leyes otorgan a la familia en el matrimonio, estando dicha situación en contravención con el principio de igualdad, ya que situaciones iguales como la familia tanto en el matrimonio como en la unión no matrimonial, no reciben un trato normativo similar, así como el resto de derechos fundamentales, dando lugar a una actitud discriminatoria que está desprovista de justificación objetiva y razonable, violentando de esta forma el Principio de Igualdad, ya que nuestra Constitución al exponer el principio en mención, exige que en supuestos de hechos iguales como es la familia, sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas.

El cumplimiento del Principio de Igualdad en la formulación de la ley, significa que el legislador dicte normas que hagan diferenciaciones normativas correspondientes a las desigualdades señaladas (matrimonio y unión no matrimonial), pero dichas diferenciaciones deben tener una justificación objetiva y razonable, pero tales diferenciaciones no pueden ser excesivas, ya que afectan la esfera jurídica de los demás, por que implican una desproporcionalidad en el trato de situaciones similares, siendo la diferenciación entre el matrimonio y la unión no matrimonial carente de razón suficiente, violentando de esta forma el Principio de Igualdad.

Para los convivientes, la Igualdad es un derecho subjetivo, que implica tener un trato igual, limitando a los poderes públicos en el sentido de que exige a éstos que en supuestos de hechos iguales como es la familia, sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, lo cual no es regulado efectivamente por el código de familia, ya que no existe una unidad orgánica para regular el régimen de familia en forma homogénea o integral.

3.3 DIFERENCIAS ENTRE LA UNIÓN NO MATRIMONIAL Y EL MATRIMONIO

| UNIÓN NO MATRIMONIAL | MATRIMONIO |
|---|---|
| Es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años. Artículo 118 C.F. | Es la unión legal de un hombre y de una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida. Art. 11 C.F. |
| Se constituye al momento de hacer vida en común libremente y cumpliendo las características establecidas por el Código de Familia por un período de tres años o más. | Se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante funcionario autorizado. Artículo 12 C.F. |
| Para gozar de los derechos que confiere la unión no matrimonial se | Los derechos, deberes y obligaciones surten efectos desde el momento de su |

| | |
|--|--|
| <p>requiere de DECLARATORIA JUDICIAL PREVIA DE SU EXISTENCIA; procede al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión.</p> <p>Artículo 123 inciso 1º C.F.</p> | <p>celebración.</p> <p>Artículo 12 C.F.</p> |
| <p>Para gozar de cualesquiera de los derechos otorgados por el Código de Familia, el conviviente tiene que presentar la petición durante la existencia de ese estado y en la resolución se autoriza el ejercicio del derecho pretendido; siendo esto la DECLARATORIA DE CALIDAD DE CONVIVIENTE.</p> <p>Artículo 123 inciso 2º C.F.</p> | <p>La celebración del matrimonio se consignará en el Libro de Actas Matrimoniales que llevarán los funcionarios autorizantes o en la escritura que formalizará el notario. Luego dentro de los quince días hábiles siguientes se remite al Registro del Estado Familiar del lugar en que se celebró el matrimonio la certificación del acta o testimonio de la escritura, para que se asiente de inmediato la Partida de Matrimonio, el régimen patrimonial y que se hagan las anotaciones marginales correspondientes. Siendo la Partida de Matrimonio la forma de prueba de estar casados.</p> <p>Artículo 29 C.F.</p> |
| <p>Los integrantes de la unión se denominan CONVIVIENTES O COMPAÑEROS DE VIDA.</p> <p>Artículo 118 inciso 2º C.F.</p> | <p>Los integrantes del matrimonio se denominan Cónyuges.</p> <p>Artículo 36 C.F.</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Se les aplica el Régimen de la Participación en las Ganancias.</p> <p>Artículo 119 inciso 1º C.F.</p> | <p>Pueden optar por los siguientes regímenes patrimoniales:</p> <ul style="list-style-type: none">Separación de BienesParticipación en las GananciasComunidad Diferida <p>O pueden formular otro distinto que no contraríe las disposiciones del Código de Familia.</p> <p>Artículos 41 y 42 C.F.</p> |
|---|---|

CAPÍTULO IV

HIPÓTESIS Y RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 HIPÓTESIS DE TRABAJO

La falta de una regulación jurídica acorde con la realidad de la Unión no Matrimonial, en los ámbitos personales como patrimoniales, de derechos y deberes de los convivientes y de éstos para con sus hijos; conjuntamente con una actitud discriminatoria sin justificación objetiva y razonable, de la legislación de familia al no otorgar un trato normativo similar al Matrimonio violentan el Principio de Igualdad.

4.2 TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo se utilizará como técnica de investigación ENTREVISTAS que ayuden a obtener la información necesaria para determinar si la hipótesis es positiva o negativa y también que ayuden a lograr los objetivos planteados al principio de la investigación. (ver ANEXO 1)

4.3 PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

En este apartado se presenta la interpretación de los resultados obtenidos en la realización de las entrevistas.

1. ¿ Cómo entiende usted el principio de igualdad?

El principio de igualdad tiene su origen en las relaciones desiguales de poder que han surgido en las sociedades; es decir, que partiendo de una desigualdad debe de haber una igualdad por ley.

El principio de igualdad no es un principio matemático, sino que es un principio de justicia, el de tratar a todos los iguales igualmente, es decir, que no siempre la igualdad se orienta a una equivalencia, sino a aclarar las condiciones para equiparar la falta de equidad.

El principio de igualdad se ve también como un plano de reciprocidad entre una persona y otra, en el que tanto hombre y mujer tienen iguales derechos en todos los aspectos.

2. ¿ Cómo concibe usted el principio de igualdad dentro de la unión no matrimonial?

El principio de igualdad dentro de la unión no matrimonial consiste en una igualdad dada u otorgada para ambos miembros de la convivencia; es decir que tengan ambos un trato igual, con los mismos derechos, deberes y obligaciones .

3. ¿ Cómo explica usted las diferencias en cuanto a la regulación de la unión no matrimonial frente al matrimonio?

Las diferencias en cuanto a la regulación de la unión no matrimonial frente al matrimonio se deben en cierto sentido a una discriminación para la unión no matrimonial; esto aunado a los factores culturales, sociales, religiosos y morales, en donde al matrimonio se le privilegia con todos los derechos. La relación de una unión no matrimonial ha sido vista históricamente como uniones fuera o al margen de la ley civil.

Otro punto a considerar son las orientaciones doctrinales adoptadas por el legislador al momento de normar la unión no matrimonial.

4. ¿ A su criterio cuáles serían las razones del por qué existe una actitud discriminatoria de la legislación de familia, al no desarrollar el mandato constitucional del principio de igualdad en la unión no matrimonial frente al matrimonio?

Las razones de que exista una actitud discriminatoria de la legislación de familia al no desarrollar el principio de igualdad establecido en nuestra Constitución en cuanto a la Unión no Matrimonial se debe al carácter garantista por parte del legislador constitucional, al proteger la figura del matrimonio, pues el mismo artículo 32 inciso 2º , establece claramente que: “el fundamento legal de la familia es el matrimonio” esto con el propósito de hacer prevalecer el matrimonio sobre las uniones no matrimoniales y buscar con ello una desventaja jurídica para aquellas parejas que no gozan del estado familiar de casados. Incluso el mismo inciso tercero de este artículo establece que el Estado fomentará el matrimonio y una forma de ello es poner en un plano discriminatorio a las uniones no matrimoniales con relación al matrimonio.

De ahí que, aunque el legislador secundario al crear en el Título IV del Código de Familia, la Unión no Matrimonial, la reguló en una forma discordante con la del matrimonio, aunque le otorgara los mismos impedimentos legales que para contraer matrimonio; aún más, lo vuelve riguroso al expresar que para que exista una declaratoria judicial ésta unión debe serlo por un período de tres o más años; olvidándose así que la mayoría de parejas se encuentran conviviendo en la forma establecida por la ley pero desprotegida, pues aquellas parejas que han hecho vida en común y no alcanzan los tres años requeridos quedan al margen.

5. ¿ A su criterio a qué se debe la falta de una regulación jurídica acorde con la realidad de la Unión no Matrimonial, en los ámbitos personales como patrimoniales, de derechos y deberes de los convivientes y de éstos para con sus hijos?

La falta de regulación jurídica se debe a que si se le da un trato diferente a la unión no matrimonial sería ponerlos en un plano de igualdad con relación al matrimonio, y ocurre que la mayoría de la población que se encuentra conviviendo dentro de las uniones no matrimoniales al verse facultados por ley incurrirían en esto y dejarían por un lado al matrimonio; es decir, que no tendría objeto que contrajeran matrimonio civil.

Otro de los factores es la falta de interés por parte del Estado en hacerle frente al problema de las uniones no matrimoniales; ya que ésta población cada vez es mayor y no se crean políticas integrales que conlleven a que reciban de parte del Estado el trato igualitario de aquellas parejas que han contraído matrimonio, no se han buscado reformas legales ni la creación de una verdadera política familiar que conlleve a prevenir las uniones no matrimoniales y fomentar el matrimonio.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

* Las uniones no matrimoniales han perdurado a través de todos los tiempos y su realidad cultural y social es ampliamente aceptada, por lo que hay que hacerle justicia, reconociéndolas jurídicamente como corresponde.

* La legislación secundaria al no regular efectivamente la Unión no Matrimonial, la coloca en una situación de desventaja y a su vez de desequilibrio frente al Matrimonio, dificultando el ejercicio de los derechos y deberes de los convivientes.

* Las uniones no matrimoniales, conforme al ordenamiento constitucional salvadoreño, son auténticos matrimonios con caracteres y requisitos propios.

* La actitud discriminatoria de la legislación de familia, para con la Unión no Matrimonial, al no otorgar un trato normativo similar al Matrimonio, está desprovista de una justificación objetiva y razonable, ya que no desarrolla la orden constitucional en cuanto al principio de igualdad.

* La naturaleza jurídica de las uniones no matrimoniales es institucional, por lo que su ubicación en el Derecho de Familia, a nivel constitucional le otorga iguales efectos que al matrimonio civil.

* La desproporcionalidad en la legislación, en el trato de situaciones similares como la familia, ya sea del Matrimonio como de la Unión no Matrimonial, sin un criterio de justificación objetiva y de razón suficiente, violenta la Igualdad, como derecho subjetivo que tiene cada ciudadano.

* El desconocimiento por parte de legisladores y aplicadores de justicia, acerca de las resoluciones de Procesos de Amparo, relacionadas con los alcances en la interpretación del principio de igualdad, constituye un factor determinante en el trato desproporcional entre la unión no matrimonial y el matrimonio.

* Se hace necesario alcanzar una nueva legislación integral de la familia, en las que a las uniones no matrimoniales se les reconozcan iguales efectos que al matrimonio civil, ya que más del 35% de las familias están unidas de hecho.

* El régimen que se aplica en nuestro país es el del sistema marital dual discriminatorio de forma restringida; ya que no obstante distinguir una y otra institución, adopta un tratamiento jurídico relativamente discriminatorio porque en parte los asemeja y en parte los distingue.

5.2 RECOMENDACIONES

* Reformar la legislación de familia para que se aplique un verdadero principio de igualdad sobre la base de la norma constitucional que así lo establece.

* Crear una política integral de familia, en la que se le brinde un reconocimiento jurídico a los derechos y deberes que tienen los convivientes de forma igualitaria al matrimonio.

* Establecer un sistema marital dual con igualdad restringida; es decir, que no asemeja directamente al matrimonio con la unión no matrimonial, sino de manera indirecta, esto es, que partiendo de la distinción de la unión no matrimonial con el matrimonio, la igualdad se logra mediante la conversión, equiparación, homologación o equivalencia del primero, con el segundo y así brindarle una atención efectiva a las uniones no matrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

* Ramella, Pablo A.; Derecho Constitucional; Tercera Edición Actualizada; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 1986.

* Zarini, Helio Juan ; Derecho Constitucional; Editorial Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1ª edición,1992.

* Del Vecchio, Giorgio ; Filosofía del Derecho; Editorial Bosch; Barcelona; 9ª edición; 1991.

* Bertrand Galindo, Francisco, et.al; Manual de Derecho Constitucional; Tomo II; Centro de Información Jurídica; Ministerio de Justicia; 2ª edición; San Salvador; 1996.

* Comisión Coordinadora para el sector justicia; Documento Base y Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Familia; El Salvador, 1994.

* Lafont Pianetta, Pedro; Derecho de Familia, La Unión Marital de Hecho; Ediciones Librería del profesional; 1ª Edición; Santa Fe de Bogotá, 1990.

* Gómez Piedrahita Hernán; Derecho de Familia; Editorial Temis, S.A.; Santa Fe de Bogotá, 1992.

* Depalma, Ricardo y Alfredo; Régimen Jurídico del Concubinato; Editorial Astrea; 3ª Edición; Buenos Aires, 1990.

* Rodríguez Molinero, Marcelino; Tensión entre los Derechos de Igualdad y Libertad; En XI Jornadas de Estudio, El Principio de Igualdad en la Constitución Española, 2000.

* Soriano Rodríguez, Salvador Héctor; Igualdad Constitucional; Consejo Nacional de la Judicatura; Escuela de Capacitación Judicial; San Salvador, 2000.

* Norbert Bilbeny; Igualdad y Principio de Solidaridad; En XI Jornadas de Estudio; El principio de igualdad en la Constitución Española; Volumen I; Ministerio de Justicia; Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones; 1991.

* Gutiérrez Castro, Gabriel Mauricio; Catálogo de Jurisprudencia; Derecho Constitucional Salvadoreño; Tercera Edición, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, 2001.

* Comisión Revisora de la legislación Salvadoreña; Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia; San Salvador, 1992.

* Calderón de Buitrago, Anita, García, César Rolando, et.al; Manual de Derecho de Familia; Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial; 1ª edición; San Salvador; 1994.

* Chávez Asencio, Manuel; La Familia en el Derecho; Relaciones Jurídicas Conyugales; Editorial Porrúa, S.A.; México; 1985.

DICCIONARIOS:

* Diccionario Jurídico; Editorial Espasa Calpe, S.A.; Madrid, España; 2001.

* Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; Osorio, Manuel; Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires; 1999.

* Diccionario Leyeonet; Jurisprudencias Clásicas; Bogotá, Colombia; 1995.

LEYES:

* Constitución de la República de El Salvador.

* Código de Familia

* Código de Trabajo

* Ley del Seguro Social

* Reglamento de Beneficios y otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Públicos; Decreto Ejecutivo

* Reglamento para la Aplicación del Régimen del Seguro Social

* Reglamento de Aplicación de los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte

* Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos

* Ley del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada

* Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones

* Ley de Inquilinato

ANEXOS

ANEXO No. 1

ENTREVISTA.-

NOMBRE: _____

INSTITUCIÓN: _____

CARGO: _____

1. ¿Cómo entiende usted el principio de igualdad?

2. ¿Cómo concibe usted el principio de igualdad dentro de la unión no matrimonial?

3. ¿Cómo explica usted las diferencias en cuanto a la regulación de la unión no matrimonial frente al matrimonio?

4. ¿A su criterio cuáles serían las razones del por qué existe una actitud discriminatoria de la legislación de familia, al no desarrollar el mandato constitucional del principio de igualdad en la unión no matrimonial frente al matrimonio?

-
-
5. ¿A su criterio a qué se debe la falta de una regulación jurídica acorde con la realidad de la Unión no Matrimonial, en los ámbitos personales como patrimoniales, de derechos y deberes de los convivientes y de éstos para con sus hijos?
-
-

ANEXO No. 2

**ESTADÍSTICA OBTENIDA EN ÓRGANO JUDICIAL – TRIBUNALES DE
FAMILIA - TIPOLOGÍA DE CASOS A NIVEL NACIONAL – DE ENERO 1996
A DICIEMBRE 2002.-**

En este cuadro podemos ver que los **Divorcios** ocupan el **33.53%**, teniendo el rubro más alto, dentro de las dificultades que enfrenta la familia salvadoreña. Seguidamente, la **Violencia Intrafamiliar** refleja el **15.73%**.

Debe tomarse en cuenta que la violencia intrafamiliar se encuentra inmersa en toda la problemática familiar que se atiende en los Tribunales de Familia, como por ejemplo: Divorcios (cualquier causal), Protección al Menor, Medidas de Protección, Incumplimiento al Deber de Respeto, Pérdida de Autoridad Parental, etc.

Dentro del rubro de * **“Otros”**, el cual ocupa un **9.60%**, podemos mencionar los más relevantes: “Medidas de Protección, Medidas Cautelares, Audiencias Conciliatorias en Juzgados de Paz remitidas a Familia, Diligencias del Deber de Convivencia, Régimen de Visitas, Protección a Personas de la Tercera Edad, Autorización para Internamiento, Derechos Fundamentales de los Menores, Reconocimiento Judicial de Paternidad, etc.

Fuente: Sala de lo Civil, Corte Suprema de Justicia

| | | |
|---|---------------|--------------|
| Violencia Intrafamiliar | 16385 | 15.74% |
| Otros * | 9996 | 9.60% |
| Estado Familiar Subsidiario | 6559 | 6.30% |
| Protección al Menor | 8624 | 8.28% |
| Rectificación de Partida de Nacimiento | 4693 | 4.51% |
| Alimentos | 4439 | 4.26% |
| Declaración Judicial de Paternidad | 3868 | 3.72% |
| Guarda y Cuidado Personal | 4817 | 4.63% |
| Reconocimientos Provocados | 2449 | 2.35% |
| DECLARACIÓN JUDICIAL DE UNIÓN NO MATRIMONIAL | 1859 | 1.79% |
| Pérdida de la Autoridad Parental | 797 | 0.77% |
| Adopciones | 775 | 0.74% |
| Impugnación del Reconocimiento Voluntario | 673 | 0.65% |
| Tutelas | 849 | 0.82% |
| Protección a la Vivienda Familiar | 325 | 0.31% |
| Modificación de Sentencia | 555 | 0.53% |
| Suspensión de la Autoridad Parental | 490 | 0.47% |
| Utilidad y Necesidad | 430 | 0.41% |
| Impugnación de Paternidad | 312 | 0.30% |
| Impugnación de Maternidad | 226 | 0.22% |
| Declaración Judicial de Maternidad | 62 | 0.06% |
| Total | 104105 | 100% |

ANEXO No. 3

**ESTADÍSTICA OBTENIDA EN EL REGISTRO NACIONAL DE PERSONAS
NATURALES – DE NOVIEMBRE 2001 A 12 DE OCTUBRE 2003.-**

FUENTE: Lic. Roberto Iraheta

Director Ejecutivo del Departamento Jurídico.

