

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
SEMINARIO DE INVESTIGACION EN CIENCIAS JURIDICAS.**



**EL RECURSO DE CASACION EN MATERIA DE FAMILIA  
ANALISIS DOCTRINARIO Y LEGAL.**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS.**

**PRESENTAN:  
AQUINO IRAHETA, SANTOS MARIBEL  
DIAZ RAMÍREZ, REYNA MARISOL  
SORIANO ELIAS, DORIS YAMILETH**

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

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR ENERO DE 2004**

## DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso por darme la fortaleza y sabiduría necesaria en el transcurso de mis estudios y a lo largo de mi vida.

**A mis queridos padres por su amor y sacrificio realizado, por creer en mí y hacer posible uno de mis sueños, culminar mi carrera.**

A mis hermanos y hermanas que también me apoyaron y me brindaron siempre su cariño.

A mis sobrinitos preciosos y toda mi demás familia que de una u otra forma han estado conmigo.

A una persona muy importante en mi vida y a mis amigos que sé comparten conmigo la alegría de terminar una meta más en mi vida.

A mis compañeras y amigas de tesis con quiénes compartimos buenos y malos momentos.

**Maribel Aquino.**

## **DEDICATORIA.**

Al concluir mi carrera agradezco infinitamente a **DIOS TODO PODEROSO** el único ser perfecto; el cual a pesar de mis defectos no olvida que soy una de sus Hijas y me ha dado la oportunidad de lograr mis objetivos, puesto que sin su voluntad ni el mas mínimo movimiento de los seres mas pequeños de la humanidad seria posible.

A la virgencita de los Dolores, por haberme acompañado siempre desde el inicio de mi existencia.

A mis queridos padres **CONCHITA Y RAULITO**, por haberme dado la existencia, y el amor mas sincero que he recibido en esta tierra y por haberme apoyado no solo en mi Carrera Universitaria; si no desde que Dios me dio el ser y por aceptarme tal y como soy.

A mis hermanos a quienes quiero mucho... Sin orden de predilección, Nora, Wilfredo, Luzma, Bety y Tito, por su gran apoyo sincero y desinteresado.

A mis sobrinitos por ser el regalo mas tierno que Dios me a dado Raulito, Wilito, Guallito y Gillermito.

A mi Jefe Ing. Bukele, por su comprensión en el desarrollo de mi trabajo de graduación.

A mi asesor Dr. Carlos Amilcar Amaya, por excelente asesoria y dirección, y a mis compañeras de tesis.

Y a todas las personas que de una o de otra forma me hayan brindado su apoyo.

**Reyna Marisol Díaz Ramírez**

## **DEDICATORIA**

En honor a Dios y a mis padres.

Si Dios no edificare la casa, en vano trabajan los que la edifican; si Dios no guardare la Ciudad, en vano Dela la guarda.

Por demás os es el madrugar al levantarnos, el veniros tarde a reposar, el comer pan de dolores pues que a su amado dará Dios el sueño.

He aquí heredad de Dios son los hijos.

Cosa de estima el fruto del vientre.

Como saetas en manos del valiente, así son los hijos habidos en la juventud.

Bienaventurado el hombre que hinchó su aljaba de ellos, no será avergonzado cuando hablare con los enemigos en la puerta.

(A.M.A.)

Gracias hermanos: Esmeralda, Jairo, Lupe y a mi bebé Valerie por todo su apoyo.

**Doris Soriano.**

## INDICE.

INTRODUCCIÓN .....	i
CAPITULO I	
DERECHO DE FAMILIA, ASPECTOS GENERALES Y DOMATICOS	
1.1 La familia como base del Derecho de Familia .....	1
1.2 Análisis Constitucional de la familia.....	2
1.3 Ubicación del Derecho de Familia en la sistemática Jurídica .....	8
1.4 Autonomía del Derecho de Familia.....	13
1.5 Características del derecho de Familia .....	17
1.6 Fines del Derecho de Familia .....	19
CAPITULO II	
DERECHO PROCESAL DE FAMILIA	
2.1 Especialidad del Derecho Procesal de Familia con relación al Derecho Procesal Común.....	22
2.2 El Proceso de familia.....	24
2.3 Jurisdicción Voluntaria .....	33
CAPITULO III	
La Casación	

3.1	Evolución histórica del Recurso de Casación .....	39
3.1.1	A nivel Extranjero .....	39
3.1.2	A nivel Nacional.....	50
3.2	Aspectos doctrinarios del Recurso de Casación.....	52
3.3	El Recurso de Casación en lo Civil.....	62
3.3.1	Error in-judicando .....	62
3.3.2	Error in-procedendo .....	77

#### CAPITULO IV

##### EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA. ANÁLISIS DOCTRINARIOS Y LEGAL

4.1	Estructura Procesal del Recurso de Casación Civil .....	89
4.1.1	Interposición del Recurso.....	90
4.1.2	Admisión .....	94
4.1.3	Sentencia .....	96
4.2	Análisis Legal del Recurso de Casación en materia de Familia ...	99
4.2.1	LA Sana Crítica.....	100
4.2.2	Motivos específicos del Recurso de Casación en materia De Familia.....	104
4.2.2	La Jurisdicción Voluntaria en materia de Familia .....	107
4.3	Los Tratados Internacionales en el Recurso de Casación en materia De Familia .....	109

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones ..... 112

5.2 Recomendaciones..... 115

BIBLIOGRAFÍA ..... 116

ANEXOS ..... 119

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación ha sido elaborado como requisito previo para optar al grado de Licenciatura en ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Esta investigación fue realizada durante el presente año, dentro del seminario de graduación en Ciencias Jurídicas, plan curricular 1993, en el área de derecho de familia y versa sobre “ El recurso de casación en materia de familia. Análisis doctrinario y legal”

Con la presente investigación pretendemos analizar y determinar cual es el funcionamiento del recurso de casación en materia de familia, por constituir el área de familia una parte especial y novedosa del derecho, con una naturaleza y finalidad muy diferente a la civil; y sobre todo, por no existir regulación específica al respecto. Y teniendo en cuenta que el recurso de casación en materia de familia constituye un mecanismo garante de la legalidad de las actuaciones de los tribunales de familia; siendo dicho recurso un medio impugnativo de carácter extraordinario que franquea la ley a las partes cuando han agotado los recursos ordinarios y cuyo objeto principal es corregir errores in Judicando e in Procedendo en que hayan incurrido los jueces de familia al emitir una sentencia al caso concreto; por lo que el problema de investigación es: ¿Cuál es el funcionamiento del recurso de casación en materia de familia,



ante la falta de regulación específica y su remisión a las reglas de la casación civil? Debido a que dicho cuerpo legal no desarrolla lo relativo al recurso de casación, sino que supletoriamente se sujeta a la Ley de Casación.

La delimitación de la investigación, consistió en establecer los límites y alcances de la misma; consistiendo los primeros en que no se hará un estudio sobre la aplicabilidad del recurso de casación en materia de familia, es decir, sobre la cantidad de recursos en materia de familia que se interponen o si verdaderamente se cumplen los plazos establecidos para resolver el recurso; sino que nuestra investigación va dirigida a determinar el funcionamiento del recurso de casación en materia de familia, y el análisis doctrinario y legal de aspectos muy importantes como son: el sistema de valoración empleado para la resolución del recurso, los motivos específicos del recurso en materia de familia, y el papel que juegan los Tratados Internacionales en el recurso.

En el sistema de hipótesis, se establece como hipótesis general: “El recurso de casación en materia de familia funciona de forma diferente respecto al recurso de casación civil, en virtud de la distinta naturaleza y finalidad del proceso de familia con relación al tradicional proceso civil”; y como hipótesis específicas: “ La regulación específica respecto a los requisitos de procedencia y admisibilidad del recurso de casación en materia de familia permitiría un mejor funcionamiento de dicho recurso”, “ El sistema de valoración de prueba usado para la resolución del recurso de casación en materia de familia difiere al empleado en la casación civil “; y “ la violación de los Tratados internacionales

puede ser motivo de interposición del recurso de casación en materia de familia y ser tomado como base para la resolución del recurso”; con ellas se pretende comprobar el tema de investigación, basándonos en las entrevistas realizadas a las personas que tienen una estrecha relación y conocimiento del tema de investigación.

La metodología usada en la investigación es bibliográfica y de campo; con la primera consultamos información que se encuentra plasmada en libros y leyes que nos dan el fundamento doctrinario-jurídico del recurso de casación; y con la segunda se comprueba de manera directa el problema de investigación, para lo cual nuestra unidad de análisis es la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, por ser el ente idóneo para proporcionarnos la información necesaria para el desarrollo de la presente investigación, siendo la misma la unidad de análisis que se tomó como muestra.

Las técnicas e instrumentos utilizados es la entrevista, la cual fue dirigida a personas entendidas en la materia, como son: Magistrados de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, el Secretario de la Sala y el coordinador del área de familia de la Sala.

En ese sentido, el primer capítulo desarrolla los aspectos generales y dogmáticos del derecho de familia; aspectos necesarios de conocer para comprender la naturaleza y finalidad del proceso de familia; entre los que cabe mencionar: la familia como base del derecho de familia, la autonomía del derecho de familia, los fines del derecho de familia, etc.

Por su parte, los aspectos procesales del derecho de familia se encuentran desarrollados en el capítulo dos, lo cual nos sirve de base para tener conocimiento sobre la forma en que ha sido diseñado el proceso de familia, en atención a su naturaleza y finalidad, como lo es el novedoso proceso por audiencias, o mejor denominado, “ proceso mixto con predominio oral” .

Por ser nuestro tema de investigación el recurso de casación en materia de familia, algo que no debe faltar en este trabajo de investigación es el desarrollo de aspectos generales del recurso de casación, lo cual se encuentra contemplado en el capítulo tres; así como también, el estudio de los motivos específicos regulados en la Ley de casación, todo esto se hace necesario para comprender el funcionamiento del recurso de casación en materia de familia.

En el capítulo cuatro se desarrolla lo relativo al recurso de casación en materia de familia, haciendo un análisis de aspectos de suma importancia como son: la sana crítica, los motivos específicos del recurso de casación en materia de familia, la jurisdicción voluntaria en materia de familia y los Tratados Internacionales en materia de familia, de acuerdo a los resultados obtenidos en la investigación de campo, lo cual nos conlleva a afirmar la imperiosa necesidad de la reforma de la Ley Procesal de Familia, en donde se regula de manera especial dicho recurso.

De igual forma, en el capítulo cinco, se encuentran las conclusiones y recomendaciones, producto de la investigación realizada, en las cuales se hace énfasis a los resultados obtenidos en la investigación de campo.

# **CAPITULO I**

## **DERECHO DE FAMILIA, ASPECTOS GENERALES Y DOGMATICOS.**

### **1.1 LA FAMILIA COMO BASE DEL DERECHO DE FAMILIA**

El derecho de familia, parte de la existencia de la misma y trata de descubrir sus relaciones y fines, en consecuencia, el derecho no crea a la familia solamente la reconoce y disciplina.

La familia es la esencia del ser humano. El hombre al relacionarse con los demás da origen a un grupo muy sencillo que es la familia, pero también a uno más complejo y poderoso que es el Estado.

El hombre no puede estar solo, necesita asociarse para sobrevivir, y de esta asociación de dos seres humanos hombre y mujer, surge la procreación y la relación por lo menos entre padres e hijos, a esta asociación humana necesaria se le llama familia; que es el grupo sencillo y espontáneo más importante, ya que es la célula de la sociedad, la base y piedra angular de la sociedad, pues tiene por misión asegurar la reproducción e integración de la humanidad y es donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las fuerzas y virtudes necesarias para la supervivencia de la comunidad política. Es así como la familia constituye el factor primordial de la vida social y de la vida política.

Teniendo conciencia de la trascendencia social de la familia se deduce su importancia jurídica ya que las normas que regulan las relaciones familiares tienen repercusiones en lo más íntimo del ser humano, como son sus relaciones conyugales y filiales, es por ello que se hace necesario que el derecho de

familia lleve inmerso valores éticos morales y jurídicos de forma armonizada y sin excluir alguno.

Las instituciones familiares sobrepasan el dominio del derecho, debido a la influencia que en ellas ejerce la ética, la moral y la religión, en tal sentido el derecho no incide en todas las relaciones familiares, muchas llegan a resolverse en base a criterios morales, sin embargo existe la necesidad de que el Estado intervenga para lograr una mayor certeza y estabilidad en las diferentes relaciones del derecho familiar. El hecho de que la familia se base principalmente en el amor, que es la causa del matrimonio y las uniones no matrimoniales, que así mismo se manifiesta en las relaciones paterno filiales y en las demás relaciones familiares, hacen que esta rama del derecho sea especial y que deba ser regulado por cada país de acuerdo a la realidad de su propia familia nacional, a fin de que pueda lograrse la protección social y jurídica de la familia, reglamentando las obligaciones y derechos familiares y estableciendo los deberes del estado hacia la familia, todo ello en función de la protección y bienestar.<sup>1</sup>

## **1.2 ANALIS CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.**

En nuestro País la Regulación Jurídica de la Familia parte de nuestra carta magna, en donde tomando en consideración la importancia Social y Jurídica de la Familia, en su Art. 32 Cn. Establece que “ La Familia es la base fundamental de la Sociedad y tendrá la Protección del Estado.....” esto con el

---

<sup>1</sup> Calderón de Buitrago, Anita y otros. Manual de Derecho de Familia, centro de investigación y capacitación Proyecto de Reforma Judicial. 3ª Edición. San Salvador, 1996. Pág.5.

objetivo de lograr su integración, su bienestar y desarrollo cultural, social y económico.

La Constitución ordena que el Estado debe buscar la Integración Familiar, la cual solo se consigue por medio de la solidaridad, el respeto a la personalidad y dignidad de cada uno de los miembros de la Familia y el cumplimiento responsable de los deberes familiares, además por la actividad que el Estado despliegue a favor de la familia y cada uno de sus miembros asegurándoles el goce de la Libertad, la salud, la educación, el bienestar económico y la Justicia Social, tal como lo preceptúa el Art. 1 de la Cn.<sup>2</sup>

La Protección Constitucional de la Familia se contempla en el capítulo II, Sección Primera, en el régimen de Derechos Sociales de la Cn. Del Art. 32 al 36, en donde se plasman importantes innovaciones en materia familiar en relación a las constituciones de 1950 y 1962 que también establecían que la familia es la base fundamental de la sociedad y que tiene la Protección del Estado, pero las innovaciones de la Constitución de 1983 son trascendentales, pues consagran a favor de la Familia la Igualdad, uno de los principios más importantes del Derecho de Familia y se reconocen además los postulados de los tratados y convenciones internacionales sobre la Materia Familiar.

Veamos entonces como se concreta la protección de la Familia en los preceptos constitucionales.

#### **a. La Familia.**

Factor Primordial de la Vida Social, Art. 32 Inc. 1° de la Sección dedicada a la Familia es la primera del capítulo de los Derechos Sociales, el hecho de

---

<sup>2</sup> Calderón de Buitrago, Anita y otros. Ob. Cit. Pág. 27

encabezar la normativa social con las Normas Protectoras de la familia significa que se considera a la Familia como destinataria de las restantes normas protectoras en el orden social, cultural, laboral y económica.

En efecto el Art. 32 considera a la familia como factor primordial de la vida social, que merece una protección especial del Estado, pero tal protección, no es una simple protección jurídica, lo expresa la exposición de motivos de la Constitución de 1983 “ La Protección del Estado hacia la Familia, no es una simple protección Jurídica. Se crea un mandato constitucional de integrar los organismos, los servicios, y formular la Legislación necesaria para la integración, el bienestar y desarrollo social, cultural y económico. Esto es, que ya hay un énfasis mayor en el concepto sociológico de familia, que trasciende a la esfera de lo Jurídico”.<sup>3</sup>

Ahora bien, que implica reconocer a la familia como base fundamental de la Sociedad, como Célula Jurídico Social.

La familia como sustrato natural anterior al Estado está llamada a desempeñar un rol que la convierte en un instrumento irremplazable dentro del contexto social, ya que dentro del ámbito familiar se cumplen fines específicos que son inherentes a la Familia, indelegables e insustituibles.

Esos fines según Suárez Franco primordialmente consisten en:

1. En sus relaciones familiares el hombre encuentra la satisfacción de sus legítimas aspiraciones y efectos.
2. La familia constituye el medio moral y legalmente idóneo para la perpetuación de la especie humana, y por ende a la conservación de la sociedad.

---

<sup>3</sup>Calderón de Buitrago, Anita y otros. Ob. Cit. Pág. 28



3. La familia es el marco ideal con el que cuentan las personas para recibir educación; es en el seno familiar donde se aprende la solidaridad, la justicia, y demás valores morales que son tan importantes en la formación de todo ser humano.
4. En la vida familiar se conservan las tradiciones religiosas, sociales y políticas, transmitiéndose de generación en generación. Aún cuando hayan discrepancias en razón de la diferencia de edad, la influencia familiar es decisiva.<sup>4</sup>
5. La familia es el factor primordial de la estabilidad social, es el elemento de cohesión social, por lo tanto las normas que regulan la familia son de orden público.

En resumen la familia es la primera instancia natural en la que el individuo se adapta a la vida colectiva, a la vida en comunidad, constituye la estructura social que reproduce los elementos ideológicos, morales, y Jurídicos que permiten asegurar las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, es por eso que la norma constitucional base fundamental de la sociedad.

#### **b. Derecho a constituir familia.**

El precepto constitucional establece que el fundamento legal de la familia es el matrimonio, debiendo el Estado fomentarlo, pero de igual forma estable que a falta de matrimonio no afectará el goce de los derechos familiares, ordenado que la Ley secundaria regule la Unión estable de un hombre y una mujer, es decir que las normas mencionadas consagran el

---

<sup>4</sup> Calderón de Buitrago, Anita y otros. Ob. Cit. Pág. 29.

derecho de todo ser humano de constituir familia sea por la vía del Matrimonio o por la convivencia de hecho.<sup>5</sup>

### **c. Principio de Igualdad.**

Art. 32 Inc. 3°; art. 33 y 36 Cn. Tomando en cuenta que el Principio de igualdad es indispensable para la transformación y bienestar de la Familia, la Constitución establece la igualdad como principio informador de los derechos que consagra a favor de la familia, en el Art. 32 Inc. 2° se proclama la igualdad jurídica de los cónyuges y en el último inciso del mismo Artículo al prescribir que la falta de matrimonio no afecta el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia protege aquellas familias que se han formado sin los requisitos de una unión legalmente constituida.

En el Art. 33 se introduce la obligación de regular a través de la Ley secundaria las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y entre ellos y sus hijos, estableciendo derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas, es decir, tratando de que tales relaciones sean en un plano de igualdad y no de subordinación.<sup>6</sup>

### **d. Protección de los menores.**

En los Art. 34 y 35 Cn. Se constitucionalizan los derechos fundamentales de los menores y la obligación del Estado de hacerlos efectivos ordenado que la Ley secundaria establezca los deberes del Estado y la creación de instituciones para la protección de la maternidad y la infancia.

---

<sup>5</sup> Calderón de Buitrago, Anita y otros. Ob. Cit. Pág. 29

<sup>6</sup> Calderón de Buitrago, Anita y otros. Ob. Cit. Pág. 30.

La Constitución da las bases para desarrollar una Protección social y Jurídica, reconociendo la importancia de los menores en el futuro de la familia, trata de asegurarles las mejores condiciones para su desarrollo.

**e. Investigación de la Paternidad.**

El Art. 36 Cn. Inciso último, establece que la Ley secundaria determinará las formas de investigar la paternidad , como un medio de reconocer el derecho que tiene todo menor de saber quiénes son su progenitores y para asegurar en alguna medida el ejercicio de una paternidad responsable que tienda a reducir los índices de abandono de la madre y el niño.

Se ha reconocido en las normas constitucionales que la protección a la minoridad constituye una de las más importantes misiones de la sociedad y uno de los más prioritarios fines del Estado.<sup>7</sup>

Como hemos visto en la anterior exposición el Estado ha buscado la forma de darle protección a la Familia colocándola en un nivel muy alto e importante en la sociedad , el cual es la base fundamental de la misma, como hemos visto ésta expresión encierra un importante significado, lastimosamente y no obstante de la protección que se le ha pretendido dar a la familia, nuestra realidad refleja que un buen número de las familias salvadoreñas se encuentran en situaciones de afección en todos los aspectos, principalmente en el sentido económico y en la educación, son muchos los casos en los cuales las familias se ven afectadas por la desintegración, violencia doméstica y necesidades económicas que no permiten el pleno desarrollo de sus miembros.

---

<sup>7</sup>Calderón de Buitrago, Anita y otros. Ob. Cit. Pág. 31.

### **1.3 UBICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA SISTEMÁTICA JURÍDICA.**

Tradicionalmente el derecho de familia ha sido enmarcado dentro del derecho privado, específicamente en el derecho civil; sin embargo, el hecho de poseer características propias que le producen una especial fisonomía, ha despertado en algunos juristas la inquietud sobre si es correcto ubicar al derecho de familia como parte del derecho privado, ubicarlo en el derecho público o si constituye una rama independiente de ambas.

La importancia de la distinción entre normas de derecho público y de derecho privado radica en su contenido teórico y didáctico y en ese sentido, la doctrina señala principalmente tres criterios:

1. Criterio de la distinción del interés en juego. Señala que son normas de derecho público las dirigidas al interés general de la colectividad y son de derecho privado, las que garantizan el interés particular.
2. Criterio del contenido de la norma, son normas de derecho público las que determinan los órganos y funciones del Estado y son normas de derecho privado las que regulan relaciones entre sujetos en las cuales el Estado no interviene ni forma parte de sus estructura.
3. Criterio de los sujetos que intervienen en la relación jurídica. Sostiene que son normas de derecho público aquella que regula las relaciones en las que el Estado interviene en su carácter de soberano y el individuo se subordina a los mandatos del Estado; y son normas de derecho privado,

aquellas que regulan relaciones en las que los individuos se encuentran en un plano de igualdad, es decir en una situación de coordinación en la cual el estado no interviene.

De acuerdo a estos criterios resulta difícil ubicar al Derecho de Familia como un sistema normativo cuyas disposiciones pertenezcan íntegramente al derecho público o al Derecho Privado, pues aún dentro de una rama específica hay normas que no participan de la naturaleza propia del todo regulado.

Por otra parte, el derecho de familia es considerado como una tercera rama del derecho, algunos autores sostienen que al derecho de familia no pueden aplicársele los principios generales del derecho privado pues el pilar de los mismos, la autonomía de la voluntad, es inoperante en la normativa de las relaciones familiares, esto por que al analizar su estructura se advierte que en ellas no predomina el interés particular de los individuos sino el interés superior del grupo familiar.

La normativa familiar es por regla general de carácter imperativo o prohibitivo, en ese sentido destaca también que en el derecho de familia la autonomía de voluntad juega un papel muy importante, pues ella no es eficaz para constituir modificar o disolver vínculos derivados de las relaciones familiares, ya que en tales relaciones el centro de gravedad es el deber y no el derecho como ocurre en el derecho privado.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Cicu, Antonio, El Derecho de Familia. Traducción de Melendo, Santiago Santis, Buenos Aires, 1947. Citado por Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa México, 1984. Pág.26-27

La familia es un organismo con fines propios, distintos y superiores a los de sus integrantes, de allí surge un interés familiar que debe distinguirse del individual o privado y del estatal o público, hay además una voluntad familiar vinculada a la satisfacción del interés familiar.

La postura que considera al derecho de familia como una tercera rama del derecho recibió serias críticas, por partir de una premisa falsa referente a la distinción entre el interés privado, el familiar y el público.

**a) Teoría que considera al derecho de familia perteneciente al derecho publico.**

La familia en la filosofía marxista adquiere una especial importancia como núcleo central del desarrollo de la sociedad, por considerarla como centro elemental en que debe iniciarse la educación comunista, de modo que arraiguen en niños y jóvenes como hábitos sólidos y permanentes, las normas de la ayuda mutua, del colectivismo, amor a la patria socialista, el estudio y trabajo de la disciplina social y de la fortaleza del carácter.

De acuerdo a esta teoría el Estado tiene una injerencia continua en la vida familiar, los padres actúan frente a sus hijos como simples delegados del poder del estado lo cual va en contra de los más elementales principios de libertad e intimidad del ser humano.

Rébora y Spota han sostenido que el derecho de familia, aún cuando forme parte del derecho civil tiene un aspecto innegable del derecho público, que se manifiesta en el interés del Estado en el cumplimiento por parte de los particulares de sus poderes funciones en las relaciones jurídico familiares, lo

que constituye un tránsito del derecho de familia, del ámbito del derecho privado al derecho público.<sup>9</sup>

**b) Teoría que ubica al derecho de familia dentro del derecho privado reconociendo que sus normas son de orden publico.**

Esta teoría es apoyada por gran parte de la doctrina iberoamericana especialmente la Argentina, la Española y la Mexicana, al sostener que en las relaciones jurídicas familiares derivadas del vínculo conyugal, filial y parental no opera la autonomía de voluntad, ni la autorregulación de intereses propios como en el derecho civil, ya que la regulación jurídica de la familia va encaminada a satisfacer fines individuales, familiares y sociales y en tal sentido el Derecho de Familia esta integrado por normas imperativas o prohibitivas e inderogables, características propias de las leyes de orden público.

El orden público en el derecho privado, tiene por función limitar la autonomía privada y evitar que los particulares dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas.

**c) Teoría según la cual el derecho de familia forma parte del derecho social.**

Las grandes revoluciones de principio de siglo dieron origen a nuevas ramas del derecho con características propias, diferentes al derecho público y privado, y se les denomina derecho social, originando la partición tripartita del derecho en Público, Privado y Social. La denominación Derecho Social califica

---

<sup>9</sup> Belluscio, Augusto C. Derecho de Familia. Tomo I. Ediciones Depalma, 1979. Pág. 29.

a ciertas ramas del derecho que según Sara Montero Duhalt tiene las características siguientes:

- Que no se refieren a los individuos en general sino en cuanto a integrantes de grupos sociales o sectores de la sociedad bien definidos;
- Que tienen un carácter protector de las personas, grupos y sectores que caen bajo sus disposiciones;
- Que son de índole económica, pues regulan fundamentalmente intereses materiales como parte del progreso moral;
- Que tratan de establecer un completo sistema de instituciones y controles para transformar la contradicción de intereses de las clases sociales en una colaboración pacífica y en una convivencia justa.<sup>10</sup>

Para Gurvith el derecho que surge en el seno de la familia y que tiene por objeto integrarla, mantener su unión, es un derecho social puro, pero sobre el está el orden del derecho estatal y es en base a esta sumisión al derecho estatal es que la libertad y la seguridad individuales pueden ser garantizados contra el abuso de poder social de los grupos en donde se manifiesta de una manera intensa.

Por otra parte, Sara Montero ubica al derecho de familia en el derecho social, quien sostiene que el derecho social se refiere a los individuos en cuanto que son integrantes de grupos sociales o sectores bien definidos de la sociedad y la familia no pertenece a un grupo especial de individuos, sino que la sociedad entera está configurada por familias, por lo tanto el derecho de familia no pertenece de manera absoluta al derecho social.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa México, 1984. Pág.20

<sup>11</sup> Montero Duhalt, Sara, Ob. Cit. Pág. 28



#### 1.4 AUTONOMIA DEL DERECHO DE FAMILIA.

Para que una ciencia Jurídica pueda decirse autónoma, es necesario que reúna ciertas características de extensión, de interés propio, de instituciones peculiares a las de las otras ramas del Derecho, que tenga materia y perfiles propios que la determinen como particular e independiente, es decir , autónoma. Existen ciertos criterios de autonomía que han sido elaborados por varios autores, estos criterios son los siguientes: a) Legislativo ( Sustantivo y Procesal), b) Científico, c)Didáctico, d) Jurisdiccional.

Aplicados los mismos al Derecho de Familia, señalaríamos:

- a) **Criterio Legislativo** .Significa el mismo que la materia Familiar comienza a independizarse del viejo tronco de la rama civil, sale la Regulación de los Códigos de esa materia y se elaboran Leyes aisladas de Materia familiar ó Códigos completos de Derecho de Familia. Se da también la incidencia de incluir dentro de la Normativa Constitucional uno ó más artículos relativos a la Familia, señalando sus primordiales Derechos y la Protección Legal a los mismos.<sup>12</sup>

Como ejemplo de la primera clase de autonomía a través de Códigos independientes en Materia Familiar, se pueden señalar los países del bloque Socialista. En Latinoamérica existen también los ejemplos , Costa Rica es uno señalado. Por lo que hace a México, puede decirse que fue pionero en la Materia al elaborar en 1917 La Ley sobre Relaciones familiares , que derogó la parte relativa del Código Civil de 1884 vigente en ésa fecha.

---

<sup>12</sup> Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 28.

b) **Criterio Científico.** La materia Doctrinal en Derecho de familia empieza a surgir con pujanza. El interés que ha despertado la problemática de las relaciones Familiares abarca diferentes órdenes, no sólo el específicamente Jurídico.<sup>13</sup>

La preocupación por la desintegración familiar, por su crisis manifiesta de todos los lugares de la Tierra, se ha reflejado en innumerables estudios de Filósofos, moralistas sicólogos, especialistas en la medicina física y mental, sociólogos, pedagogos, humanistas en general. La Literatura es profusa y rica en los temas relativos a las crisis de valores en el mundo contemporáneo y su reflejo en las relaciones familiares. La descomposición de la Familia se entiende como efecto y como causa de la descomposición social en general; atacar sus raíces a través de la Célula Social, es el desirátum de todas las reflexiones de los estudiosos en las diversas áreas mencionadas.

Todo este conjunto de pensamientos objetivados en libros, artículos, notas periodísticas y otros medios de difusión: cine, radio, televisión, etc. Nos hablan de una auténtica autonomía del Derecho de Familia en Materia científica.

Por lo que hace al Orden Jurídico, los estudios son abundantes, son numerosas las obras publicadas bajo el nombre preciso de Derecho de Familia y prolijo sería enumerarlas, más están al alcance de cualquier interesado en las Bibliotecas Jurídicas Públicas, Españoles, Italianos, Alemanes, Latinoamericanos han contribuido con sus estudios. México cuenta ya con algunas obras propias dentro de las cuales cabe citar a Juristas como Rojina Villegas y Antonio de Ibarrola con Libros específicos de Derecho de Familia, a más de otros destacados maestros, que a través de su obra escrita en libros y

---

<sup>13</sup> Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 29.

revistas , o en constantes reuniones de trabajo, manifiestan su inquietud y su pensamiento por la correcta adecuación de las normas Jurídicas a la Realidad Mexicana familiar, aspirando a su mejoramiento.<sup>14</sup>

c) **Criterio didáctico.** Las escuelas y Facultades de Derecho en todo el mundo incluyen dentro de sus programas el curso de Derecho de Familia, ya dentro de la enseñanza del Derecho Civil, ya como rama aparte e independiente. A su vez, Instituciones Públicas y Privadas organizan a intervalos cursos o conferencias relacionadas con la familia y sus Instituciones Jurídicas y administrativas. La Facultad de Derecho de la UNAM incluye, a más del cuarto Curso de Derecho Civil en la Licenciatura que se llama específicamente Derecho de Familia y Derecho Sucesorio, otro curso con el mismo nombre en los estudios de Posgrado, en el que se profundiza en el conocimiento de las Instituciones familiares de mayor relevancia, y en el que se pone acento en el estudio comparativo, sobre todo con los países que han desarrollado una dinámica evolutiva acorde con el cambiante mundo contemporáneo, Existe pues, una autonomía de carácter didáctico en la rama que nos ocupa.

d) **Criterio Jurisdiccional** .Consiste el mismo en que existan Juzgados y Tribunales especializados en Problemas de Derecho de Familia. La mayor parte de los Estados que han realizado la Autonomía Legislativa a través de Códigos de Familia, han instaurado además Competencia

---

<sup>14</sup> Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 30.

Jurisdiccional en la Materia, creando Juzgados de lo Familiar. Para el Distrito Federal, esto se convirtió en una realidad a partir de 1971, en que con fecha 18 de Marzo se publicó en el Diario Oficial de la Federación la creación de los Juzgados de lo Familiar, misma que entró en vigor el 18 de Junio del Propio año de 1971. (4)

La existencia de Tribunales especiales de Derecho de Familia es una verdadera necesidad, dada la conflictiva tan particular que en ellos se dirime, tan alejada de los simples intereses patrimoniales que son la materia exclusiva de los tribunales de lo Civil.

Lo ideal estribaría en que los Juzgados de lo Familiar existiera permanentemente el auxilio y la asesoría de especialistas en materias tales como la psicología, la medicina, el trabajo social, etc. Aunado a ello, debería crearse la Carrera Judicial con especialidad en asuntos familiares para que los Jueces que llegaran a esos Tribunales fueran siempre personas Idóneas preparadas. Las cuestiones familiares llevan siempre una enorme carga de emotividad y la Asesoría oportuna y eficaz de un especialista, podría en numerosos casos evitar desastres, entre ellos el mayor: el rompimiento de las relaciones familiares.<sup>15</sup>

Analizados los cuatro criterios que permiten determinar que una rama Jurídica pueda llamarse autónoma, podemos concluir que los mismos se dan en el Derecho de Familia dándole por consiguiente la calidad de una rama Autónoma del Derecho, ahora bien lo importante realmente es que el Derecho de Familia, responda a las verdaderas necesidades del interés del Núcleo

---

<sup>15</sup>Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 31.

familiar y de cada uno de sus componentes. La Protección a los menores de edad, a la madre soltera, a los ancianos, a los incapacitados y desvalidos, la atención a la problemática particular de la mujer dentro de la Familia y a la madre o padre que responden solos, sin pareja del cuidado y atención de los infantes, son los renglones más importantes que debe contemplar y regular justamente el Derecho de Familia sustantivo, Procesal e institucional administrativo, particularmente éste último.

### **1.5 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE FAMILIA**

El Derecho de Familia posee características exclusivas que le dan una especial fisonomía, siendo las siguientes:

- a) Fondo ético de sus instituciones. Esto significa que las normas que integran el derecho de familia tienen carácter más moral que jurídico, pues en ningún otro campo como en este influye la religión y la moral, ya que antes que jurídico la familia es un organismo ético.
  
- b) Predominio de las relaciones personales. En el ámbito del derecho de familia predominan las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales y la consiguiente subordinación de las últimas a las primeras. Todo el derecho de familia disciplina condiciones personales o estados familiares que son inherentes a la persona y se imponen como derechos absolutos y son estas condiciones personales y estados familiares los que dan origen a las relaciones patrimoniales. En igual

forma en las relaciones paterno filiales. El aspecto patrimonial queda en segundo término respecto de las obligaciones personales que se imponen a los padres en interés de los hijos.

- c) Primacía del interés social sobre el individual. Por medio del cual se le imponen grandes limitaciones al principio de autonomía de la voluntad. En el derecho privado la autonomía de la voluntad es la regla general, en materia familiar por el contrario el interés individual es sustituido por un interés superior que es el familiar, y por medio de este el de la sociedad y el Estado.
- d) Las relaciones derivadas del estado familiar: son en gran parte derechos y deberes, los cuales se encuentran fusionados, la idea del derecho-deber significa que en el derecho de familia, las facultades o poderes que en otras ramas del derecho aparecen como derecho subjetivo no se conceden para que su titular persiga una finalidad estrictamente personal, sino como medio para el cumplimiento de los deberes familiares.
- e) Los derechos familiares por ser de orden público, son inalienables, intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles e inexpropiables.
- f) Intervención del Estado: En las relaciones familiares interviene el Estado, lo cual no significa que sea parte en ellas, sino que hay un interés de la

sociedad y del Estado en regular eficazmente las relaciones familiares, por la importancia de la familia como célula base de la sociedad.

## **1.6 FINES DE EL DERECHO DE FAMILIA.**

Aspecto muy importante de conocer del Derecho de Familia es lo referente a los fines que persigue, es por ello que se establecen como tales los siguientes:

- a) El derecho de familia a través de su conjunto amplio de normas jurídicas, contenidas no solo en la legislación de familia, si no también en la Constitución de la Republica, Convenios Internacionales y decretos, persigue la protección de la familia, procurando que los miembros de la familia vivan juntos y que sus relaciones sean armoniosas.
- b) El derecho de familia no solo persigue una protección por parte de el Estado para el núcleo familiar, si no que además persigue una igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges, superándose de esta manera el concepto antiguo de que el varón tenia mas derechos que la mujer o que el hombre era el que decidía los asuntos de la casa y la esposa solamente se limitaba a obedecerle; en la actualidad se concibe que ambos comparten los asuntos del hogar y que estos gozan de iguales derechos y obligaciones, realizando mas una labor en quipo que una competencia entre ellos.
- c) Con la regulación especifica no solo en la Legislación de Familia, si no también en nuestra Carta Magna, se persigue el cumplimiento del Principio de Igualdad, no solo entre los cónyuges, si no además

persigue una igualdad y no discriminación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; esto en atención en que históricamente existían clasificaciones que originaban distintivos entre los hijos “ naturales” o “adulterinos” , en la actualidad la legislación vigente dispone que todos los hijos tienen los mismos derechos frente a los padres y que debe existir de parte de estos respeto de todos sus hijos, ya sea que nazca dentro o fuera de el matrimonio.

d) En vista de la existencia real con la cual nuestra legislación familiar vigente reconoce que así como se debe regular el Matrimonio de igual medida de debe regular el divorcio, el derecho de familia persigue que aun con la existencia de el divorcio debe existir claridad en cuanto a que las relaciones de los padres no deben trascender a afectar las relaciones de ellos con sus hijos; es decir que, el divorcio de los cónyuges no significa que acabe la relación del padre o madre que se va de la casa, respecto de los hijos que quedan en la casa con uno de los dos cónyuges.

e) La legislación de familia además persigue dar protección a aquel que no tiene la suficiente capacidad para hacerlo debido a su edad, y es cuando entra en discusión que cuando exista un problema en el cual debe escogerse entre los intereses de los adultos y los intereses de los menores; debe optarse por el bienestar de los menores, al igual que lo que sucede a manera de ejemplo en una adopción, lo importante no es tanto darle a una pareja el hijo que nunca tuvieron; si no



mas bien brindarle a un niño donde encuentre la satisfacción de todas las necesidades.

- f) El Derecho de Familia, persigue una regulación auxiliándose no solo de las normas jurídicas si no que se auxilia con el conocimiento de otros profesionales, como Sociólogos, Psicólogos, los trabajadores sociales, médicos, y los microbiólogos, logrando así ser un Derecho no solo con un carácter puramente jurídico si no además “interdisciplinario”.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> La tramitación de los Procesos de Familia, González Mora. Ricardo. Programa de formación a distancia para auxiliares judiciales, Poder Judicial, escuela judicial San José, Costa Rica.

## **CAPITULO II**

### **DERECHO PROCESAL DE FAMILIA**

#### **2.1 ESPECIALIDAD DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA CON RELACIÓN AL DERECHO PROCESAL COMUN.**

Los aspectos procesales del derecho de familia son el resultado de la necesidad de darle la aplicabilidad práctica a la parte sustantiva del derecho, en cualquiera de sus ramas.

La ley procesal de Familia desarrolla el proceso de familia, como la forma procedimental de hacer efectivos los derechos establecidos en la Constitución de la República, los tratados y convenios internacionales debidamente suscritos y ratificados por El Salvador y el Código de Familia.<sup>17</sup>

Es así, como el especial y novedoso Derecho Procesal de Familia se rige por los principio rectores establecidos en el artículo 3 de la Ley Procesal de Familia, entre los cuales se pueden mencionar: iniciación a instancia de parte, salvo excepciones legales (iniciación oficiosa), impulso oficioso, presencia indelegable del juez, concentración , oralidad, publicidad, igualdad de las partes, inmediación, preponderancia del inquisitivo, preclusión relativa, lealtad, etc.

La nueva normativa familiar hace indispensable su desarrollo procesal, ya que, tanto el Código Civil, como el de procedimientos civiles demostraron su ineficacia y obsolescencia para resolver la problemática de la familia

---

<sup>17</sup> Echeverría Landaverde, Vilma Irene y otro. Iniciación oficiosa del proceso familiar. Tesis de graduación. UES. 1997. Pág. 36.

salvadoreña, por lo que surge la Ley Procesal de Familia, con una tendencia moderna, proteccionista y acorde con la realidad de nuestro pueblo.

La normativa procesal de familia al igual que su parte sustantiva surge como parte de la realidad social y como necesidad de desarrollar los preceptos constitucionales.

Por otra parte, el Derecho Procesal de Familia, es un mecanismo indispensable para que se lleve a la práctica la parte sustantiva del Derecho de Familia, ya que mediante el procedimiento común, no es posible lograr y desarrollar los fines u objetivos con los cuales se sustenta el Derecho de Familia. Es por ello que se hace necesario e indispensable la existencia de un proceso especial que cumpla las expectativas de esta rama del derecho.

Así también, es indispensable que el derecho de familia en general se haga operante por medio de procedimientos especiales, diferentes a los comunes, debido a la índole eminentemente social de la materia familiar, y no ser tratado como algo patrimonial, lo cual es perjudicial para el sostenimiento de la familia. Es en atención a esa índole social de la materia familiar que el derecho procesal de familia recoge los principios éticos y morales que fundamentan el Derecho de Familia.<sup>18</sup>

Pues, el objeto del proceso de familia no es determinar quien gana o quien pierde, sino la búsqueda de la eliminación del conflicto dentro del grupo familiar que permita una adecuada adaptación del cambio de roles en los miembros de a familia.

---

<sup>18</sup> Herrera Torres y otros. La creación de los tribunales de familia en la legislación salvadoreña. Tesis de graduación. UES. 1994. Pág. 39

La especialidad del derecho procesal de familia debe considerarse como sinónimo de independencia, lo cual significa separación absoluta de otras ramas jurídicas con las cuales solo debe tener relación de carácter coordinativo.

En síntesis, podemos decir que el Derecho Procesal de Familia es especial respecto al derecho procesal común, pues es una regulación específica que viene a complementar y desarrollar la parte procesal del Derecho de Familia, que es a su vez autónoma, recogiendo los principios morales y éticos necesarios para el logro efectivo de los fines propuestos en esta rama del derecho.

## **2.2 EL PROCESO DE FAMILIA.**

La administración de Justicia es un servicio Público y sin lugar a dudas contribuye con el mantenimiento del orden y la Paz Social, las personas buscan la intervención de los Tribunales para resolver sus controversias y requieren que la respuesta que se les pueda brindar sea justa, rápida y adecuada a sus necesidades.

Debe tomarse en cuenta que la atención de las partes básicamente está en manos del personal de apoyo ó auxiliares Judiciales quienes tienen el peso principal de la atención al público y conforman la imagen que refleja el Aparato Jurisdiccional.

Precisamente una de las tareas más importantes en la función de administrar Justicia es la tramitación de los expedientes, tramitar un proceso

implica básicamente tomar las peticiones de las partes y llevarlas por un camino que usualmente es la Sentencia , que no es otra cosa que la respuesta de esas peticiones que se plantearon al principio.

Las vías que existen en todo el ordenamiento para canalizar los problemas y necesidades de cada materia son muy variadas y el Derecho de Familia no es la excepción.<sup>19</sup>

La Constitución en su Art. 1 establece que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado y es obligación de éste asegurar a los habitantes de la República el goce de la Libertad, La Salud, la cultura, el bienestar económico y la Justicia social y bajo la circunstancia que los individuos se desarrollan en todos los aspectos dentro de la Familia, en su Art. 32 Cn. Se contempla que “La familia es la base fundamental de la Sociedad y tendrá la Protección del Estado, quien dictará la Legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico” otorgando de ésta manera suma importancia a las relaciones surgidas en el seno Familiar.

Existen muchos aspectos importantes relacionados con el Proceso de Familia, a continuación trataremos brevemente algunos de ellos:

### **Finalidad del proceso de familia.**

Según el Art. 91 de la Ley Procesal de Familia “el Proceso de Familia tiene por finalidad la decisión de los conflictos surgidos de las relaciones de Familia”. Lo que significa que el Proceso de Familia se seguirá siempre que

---

<sup>19</sup> González Mora, Ricardo. La tramitación de los Procesos de Familia, Escuela Judicial, San José Costa Rica, 2000, Pág. 19

exista conflicto entre las partes, es decir, que si en un dado caso, en alguna diligencia de Jurisdicción voluntaria se presentare o surgiere conflicto entre las partes, el Juez debe adecuar el trámite del Proceso de Familia. (Art. 183 L. Pr. F.)

### **Competencia.**

Los Tribunales competentes para conocer del Proceso de Familia son: Los Juzgados de Familia que conocen en Primera Instancia y Las Cámaras de Familia que conocen en Segunda Instancia, de igual forma éstos tendrán la competencia territorial que determine la Ley Orgánica Judicial. ( Art. 4 L. Pr. F.)

### **Principios del proceso de familia.**

Como todo Proceso, en el Proceso de Familia deben observarse ciertos principios Procésales que tienen como objetivo lograr que se realice una adecuada administración de Justicia, éstos son: Principio de oralidad, Inmediación, concentración, impulso Oficioso, preclusión relativa, probidad, buena fé, etc. Los cuales los podemos encontrar contemplados en el art. 3 de la L. Pr. F.

### **Procuración Obligatoria.**

En materia de Familia toda persona que debe comparecer a un Proceso de Familia ya sea por un Derecho Propio ó como Representante Legal, debe hacerlo por medio de Apoderado debidamente constituido, a excepción que esa persona esté autorizada para ejercer la Procuración, es decir que en éste caso

no es necesario nombrara Apoderado, perfectamente puede hacerlo por sí misma ( Art. 10 L. Pr. F.)

En caso por ejemplo que la persona que deba comparecer es de escasos recursos económicos y no pueda pagar un Abogado particular, la Ley otorga la facultad que dicha persona pueda perfectamente solicitar ser Representada por el Apoderado designado por el Procurador General de la República. ( Art. 10 Inc. 2° L. Pr. F.)

La llamada Procuración Obligatoria responde a los mecanismos creados para proteger el interés de los miembros de la familia, considerada ésta como ya lo hemos dejado ver la base fundamental de la sociedad, y es de ésta manera que se busca la Protección de los derechos de los miembros de la Familia que se vean involucrados en un Proceso de Familia.

Bajo esa línea de pensamiento el Art. 19 L. Pr. F. Establece que “ En cada Juzgado de Familia habrá un Procurador de Familia, delegado del Procurador General de la República, quien velará por el interés de la Familia, de los menores, incapaces y de las personas de la tercera edad y además actuará en Representación de la parte demandada en los casos previstos por la Ley.....” así mismo se le da la facultad que puede intervenir y hacer uso de sus derechos en todos los actos Procésales.

### **Inicio del Proceso de Familia.**

El Proceso de Familia generalmente inicia a petición de la parte interesada, pero existen algunas excepciones mediante las cuales puede el Juez iniciarlo a Oficio, es así que el Art. 3 literal. “a”, establece “ el Proceso se

inicia a Instancia de parte, salvo las excepciones Legales” , dicha excepción precisamente la constituye la Iniciación Oficiosa.

De ésta manera nos remitimos al Título III, Actividad Procesal, Capítulo I , Sección Primera, Iniciación Oficiosa de la Ley Procesal de Familia que establece que la misma procederá de conformidad al Código de Familia.

Veamos brevemente los casos en que según el Código de Familia Procede la Iniciación Oficiosa:

a) Pérdida y Suspensión de la Autoridad Parental: encontramos en el Art. 242 Inc. 1° C. Fam. Que el Juez puede de Oficio y por medio de Sentencia Judicial decretar la pérdida y suspensión de la Autoridad Parental, ahora bien, esta suspensión puede decretarse contra uno ó ambos padres, en éste último caso debe nombrarse tutor de conformidad a lo establecido en el Art. 299.

b) Obligación de Proveer tutor: Art. 300 en relación con 242 y 299 C. F. El cual establece que “ El Juez de Oficio, proveerá de tutor al menor ó incapacitado que no lo tenga, en cuanto tuviere conocimiento del hecho por cualquier medio”.<sup>20</sup>

c) Nulidad Absoluta del matrimonio: Según lo establecido en el art. 91 C. F. El Juez puede decretar la Nulidad absoluta del Matrimonio cuando aparezca de manifiesto dentro de un Proceso.

---

<sup>20</sup> Echeverría Landaverde, Vilma Irene, Ob. Cit, Pág. 22.



d) El Art. 41 L. Pr. F. en su inc. 2º deja una amplia gama d posibilidades de iniciar a Oficio un Proceso, pues establece que “ El Proceso también se podrá iniciar de Oficio con solo la manifestación verbal de los hechos por el interesado, en vista de la urgencia del asunto, calificado por el Juez, en el interés d la familia.....”.

Es así que se pretende con la iniciación oficiosa crear una herramienta de Protección para la defensa de los Derechos de los miembros más vulnerables del grupo familiar.<sup>21</sup>

Es importante hacer notar que en el Proceso iniciado a Instancia de parte, necesariamente se debe dirimir una controversia de intereses; mientras que en el Proceso iniciado de Oficio, existe un hecho evidente, que debe ser resuelto de forma inmediata, independiente de que haya controversia o no.

Una vez que hemos planteado aspectos importantes sobre el Proceso de Familia, pasaremos a tratar brevemente su tramitación, el cual consta de las siguientes fases:

### **1) Actos previos a la Audiencia Preliminar.**

Dentro de ésta fase se realizan algunos actos antes de llevar a cabo la Audiencia Preliminar. Una vez que la demanda ha sido presentada con todos los requisitos que establece el Art. 42 L. Pr. F. El Juez debe resolver sobre su admisibilidad dentro de los cinco días de presentada la misma ( Según el Art. 24 L. Pr. F. Los días son hábiles), si la demanda es admitida debe ordenar el emplazamiento del demandado ( Art. 95 L. Pr. F.).

---

<sup>21</sup> Echeverría Landaverde, Vilma Irene, Ob. Cit. Pág. 53

Si la demanda carece de algún requisito exigido por la Ley, el Juez se ve en la Obligación de puntualizarlos y ordenar al demandante que los subsane dentro de los tres días siguientes a la notificación respectiva ( Art. 96 L. Pr. F.).

Una vez que el demandado ha sido emplazado, éste debe contestar la demanda dentro del plazo de 15 días contados a partir de la Notificación respectiva.

Dentro de ésta fase también el Juez realiza lo que se conoce como Examen Previo, que consiste en que el mismo examinará la demanda, su contestación y todos los documentos presentados, de lo cual dejará constancia ( Art. 98 L. Pr. F.) y una vez concluido debe señalar fecha y hora para la Audiencia Preliminar ( Art. 99 L. Pr. F.)

## **2-) Audiencia Preliminar.**

La Audiencia Preliminar está constituida por dos fases: Una Fase conciliatoria y una fase saneadora.

La fase conciliatoria tiene como objetivo resolver en forma amigable el conflicto suscitado, el Juez debe invitar a las partes a que propongan fórmulas de arreglo o proponerlas el mismo, de todo lo ocurrido el Juez debe dejar constancia en acta ( Art. 102 a 105 L. Pr. F.).

La fase Sanadora por su parte tiene como propósito dar la oportunidad para que el Juez pueda decretar las medidas necesarias para sanear o precaver los vicios del Proceso, de igual forma poder corregir los errores y omisiones de Derecho, integrar el Litis consorcio necesario y adecuar el

Trámite Procesal y así poder evitar que el Proceso concluya con una Sentencia Inhibitoria y lograr prevenir el fraude Procesal ( Art. 107 L. Pr. F.)

Posteriormente el Juez fijará los hechos alegados por las partes , oirá a las mismas para establecer aquellos en los cuales estuvieran de acuerdo ( Art. 108 L. Pr. F.). Luego el Juez resolverá sobre los medios probatorios solicitados por las partes, rechazará los que fueran inadmisibles, impertinentes ó inútiles y admitirá los medios probatorios que estime pertinentes para el caso, esto según lo establece el Art. 109 L. Pr. F.

Puede suceder el caso que el Juez pueda dar su fallo en la Audiencia Preliminar, esto si las partes están de acuerdo en los hechos y solo se trate de aplicar la Ley al Objeto del Proceso ó si es el caso que las pruebas presentadas en ella fueren concluyentes, el Juez fallará y si es posible dictará la Sentencia en la misma Audiencia o la pronunciará dentro de los cinco días siguientes ( Art. 110 L. Pr. F.)

Si el Proceso continúa y se concluye la fase saneadora el Juez debe fijar la fecha para la celebración de la Audiencia de Sentencia y debe ordenar la citación de los testigos , especialistas, peritos y del Procurador de Familia (Art. 113 L. Pr. F.)

### **3-) Audiencia de Sentencia.**

Es la última fase Procesal del Proceso de Familia, una vez iniciada, se verificarán la presencia de las partes y se procede a la lectura de las peticiones de la demanda y contestación de la misma ( Art. 114 L. Pr. F.), se resolver todos los asuntos que estuvieren pendientes como excepciones dilatorias e incidentes, y se procede a la recepción de la prueba, en ésta

fase se leerán y anexarán las pruebas anticipadas si las hubieren, las conclusiones de los dictámenes periciales y los estudios sico-sociales , cuando fuere el caso ( Art. 115 L. Pr. F.).

Luego se da la recepción de los testimonios ( testigos), de uno en uno, comenzando con los que ofrece el demandante y posteriormente con los que ofrece el demandado, pudiendo alterar el orden de ser necesario( Art. 116 L. Pr. F.)

Iniciado el interrogatorio, el Juez, las partes, el Procurador de Familia pueden interrogar directamente los declarantes (quienes podrán consultar documentos, cuando el Juez lo autorice) y a las partes para el esclarecimiento de la verdad, el Juez en todo momento estará moderando dicho interrogatorio, evitando las preguntas capciosas, sugestivas e impertinentes ( Art. 117 L. Pr. F.). Así mismo los documentos que constituyen prueba deben exhibirse en la Audiencia con indicación de su origen pudiendo las partes o sus Apoderados controvertir el contenido de los mismos ( Art. 118 L Pr. F.)

La Audiencia puede suspenderse en caso que no fuera posible recibir toda la prueba en la Audiencia , la cual deberá ser continuada dentro de los diez días siguientes ( Art. 120 L. Pr. F.).

Una Vez que ha sido concluida la recepción de la Prueba se oirán las alegaciones del demandante, del demandado y del Procurador de Familia si fuere el caso por un tiempo máximo de treinta minutos cada uno y bajo ese orden (Art. 121 L. Pr. F.) y una vez concluidas las mismas se procederá en la misma Audiencia a dictar el fallo en que se resolverán todos los puntos propuestos y los que por mandato Legal sean su consecuencia, de ser

posible el Juez dictará sentencia y en caso contrario se pronunciará dentro de los cinco días siguientes (Art. 122 L. Pr. F.), la Sentencia deberá contener los requisitos contemplados en el Art. 82 L. Pr. F.

Es de importancia hacer notar que el Proceso de Familia puede terminar de forma extraordinaria por medio de la Conciliación y Transacción, cuya procedencia se trata en la sección segunda, Conclusión Extraordinaria, Parte Primera, ó mediante el desistimiento contemplado en la parte Segunda Art. 86 L. Pr. F.

### **Recursos.**

Según lo establecido en el capítulo VI Recursos, Sección Primera, Disposiciones Comunes, Art. 147 L. Pr. F., Contra las Resoluciones que se dicten proceden los Recursos de Revocatoria y Apelación conforme a lo establecido en la Ley ( Procesal de Familia).

La parte importante y que es objeto de nuestro estudio, que por el momento dejaremos planteado y trataremos más adelante, se encuentra contemplado en el Inc. 2º de éste Art. Donde se establece que “ También procederá el Recurso de Casación el cual se interpondrá y tramitará conforme a las reglas de la Casación Civil”.

## **2.3 JURISDICCION VOLUNTARIA.**

### **A) Jurisdicción.**

Para iniciar el estudio de este tema consideramos necesario entrar a definir lo que es la Jurisdicción en sentido genérico- puesto que se debe tocar

este tema a groso modo para luego entrar a especificar lo que se entiende por Jurisdicción voluntaria. De acuerdo a diversos autores se entiende por Jurisdicción; la función publica realizada por los órganos competentes del estado con las formas requeridas por la ley.

## **B) Aspectos doctrinarios de jurisdicción voluntaria.**

En textos antiguos se le denomino a la Jurisdicción Voluntaria; a aquellos procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida. Otras definiciones establecen que son aquellos procedimientos en los que es necesario o se solicita la intervención del Juez.

En la actualidad se considera que la denominación Jurisdicción Voluntaria no es la mas acertada, puesto que esta no es del todo voluntaria por que en muchos casos la intervención de los jueces se halla impuesta por la ley bajo pena de sanciones pecuniarias o privación de el fin esperado.

### **a. Forma de la jurisdicción voluntaria.**

El acto judicial no jurisdiccional no tiene partes en sentido estricto; y es en este punto donde le falta pues el primer elemento de forma de la jurisdicción; en este acto el peticionante no pide nada contra nadie, le falta pues un adversario, en sentido técnico se argumenta que el no es parte porque no es contraparte de nadie tampoco tiene controversia puesto que si a la petición del peticionante se opusiere alguien que se considere lesionado por ella, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y por lo tanto en jurisdiccional.

En estos actos la condición del juez en esta materia difiere en cierto sentido de su actuación en materia jurisdiccional al actuar “*Inaudita Altera Pars*” puesto que carece de los elementos mas convenientes a la emisión de un juicio jurídico, por lo consiguiente la sentencia proferida en jurisdicción voluntaria se dicta bajo la responsabilidad del peticionario, esto por que el juez no conoce mas verdad que la verdad que le dice la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de ver la verdad.

En cuanto a este tema se ha planteado reiteradamente el problema de saber si tales decisiones admiten apelación por el requirente en el a caso que su petición sea denegada; puesto que el problema consiste en saber, si puede causar agravio y en consecuencia en saber si es apelable una decisión que no Juzga ni prejuzga y que puede ser reconsiderada en otro procedimiento de jurisdicción Voluntaria ante el mismo u otro juez, por lo que de acuerdo a el principio de Economía Procesal se a concluido que lo que se puede obtenerse en otro procedimiento y ante otro juez, también puede obtenerse por vía de apelación, y esto con un menor desgaste de energía y consto; en este sentido debe pues admitirse la apelación del peticionante cuando su pretensión a sido desechada; en cuanto a la apelación por terceros, nos remitimos a lo expuesto respecto a la legitimación por terceros.

**b. Contenido de la jurisdicción voluntaria.**

Existen diversas apreciaciones del contenido de Jurisdicción Voluntaria; estableciéndose que este tendrá el valor de una presunción legal; puesto que cuando un hecho a sido declarado mediante este procedimiento se presume

cierto hasta la existencia de prueba en contraria, así como también a los terceros que han adquirido derechos de aquellos en cuyo favor se a hecho la Declaración Judicial, se presumen de buena fe hasta que aya prueba en contrario.

Es por tanto que las resoluciones que se dictan en un procedimiento judicial no contencioso, se emiten en cuanto proceda, sin el perjuicio eventual de ser revocadas si estas resoluciones perjudican a terceros, mediante este tipo de resoluciones los jueces no Juzgan ni prejuzgan, si no que simplemente se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es con arreglo a la justificación que el mismo suministra; es una tara de verificación externa unilateral formal.

Es por tanto que por oposición a la sentencia jurisdiccional, cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración ni son de condena ni constituyen nuevos derechos.

En atención a todas las aseveraciones antes expuestas se puede concluir que ***el contenido de los pronunciamientos de jurisdicción voluntaria es por este motivo de carácter documental, probatorio, fiscalizador.*** Puesto que tienden a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos.

En los casos en que el cumplimiento de jurisdicción voluntaria supone la obtención de una anuencia prescrita por la ley, tal como acontece en las autorizaciones judiciales, el contenido de el acto es de mera fiscalización puesto que el Juez acuerda o niega la autorización con elementos que tiene a la vista,



la ley no le exige mas que eso; su decisión no juzga rigurosamente en el sentido jurídico de la palabra, si no en su sentido meramente lógico formal.

**c. Función de la jurisdicción voluntaria.**

Se sostiene habitualmente que la Jurisdicción Voluntaria cumple una función administrativa y no jurisdiccional .

Es por tanto que consideramos necesario remitirnos a lo que es el Acto Administrativo, para luego lograr comprender en mayor manera la anterior afirmación, se puede definir el Acto Administrativo como aquel que a petición de parte o *Ex Officio*, expide un órgano del poder publico para reglamentar una ley, para promover su mejor cumplimiento, para aplicarla a un caso particular o para dirimir una controversia entre partes, por su contenido propende al bienestar general, al funcionamiento de los servicios públicos, a la aplicación de la ley a un caso concreto, por su eficacia es siempre susceptible de revisión en vía jurisdiccional.

Dentro de una noción amplia, en la que se trata de abarcar lo general y lo particular, puede admitirse que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa; puesto que estos no se dictan normalmente de oficio si no a petición de interesado, procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legitima, propenden a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico y al no pasar en autoridad de cosa juzgada permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional.

La Jurisdicción Voluntaria perteneció en su primeros tiempos a los notarios y con el andar del tiempo fue pasando a los órganos del poder judicial, por lo que nada impediría que con el pasar de el tiempo posen a la

administración y aun que vuelvan a su fuente de origen. Lo que no podría acontecer nunca es que los cometidos jurisdiccionales queden sometidos a la administración sin procesos ulteriores de revisión, y esto acontece por que una de las garantías sustanciales del acto jurisdiccional es que él emane de jueces que sean independientes, responsables, y dotados de poder como para imponer su autoridad a la de los gobernantes<sup>22</sup>.

**C) Diligencias de jurisdicción voluntaria en la ley procesal de familia.**

La figura de jurisdicción voluntaria se encuentra regulada en el Título Quinto en la Legislación Procesal de Familia, Art. 179 en adelante, en donde dichos preceptos legales tienen íntima relación con lo que es la doctrina que anteriormente citamos; puesto que dichas diligencias se siguen en todos los asuntos que no presentan conflicto entre partes esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 179 L. Pr. Fm. estableciéndose en dichos preceptos legales que se deben de reunir ciertos requisitos para darle admisión a dichas solicitudes, esto llenando los requisitos establecidos para la admisión de la demanda; argumentándose que el juez de familia hace una apreciación de las pruebas que se presentan por los solicitantes regulándose en dicha legislación una serie de procesos que se pueden seguir mediante esta figura entre esto los que se encuentran regulados en los artículos 184 al 105 de la Ley Procesal de Familia.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Couture, Eduardo.- Fundamentos de derecho procesal.

<sup>23</sup> Vázquez López, Luis. Ley Procesal de Familia

## **CAPITULO III**

### **LA CASACIÓN**

#### **3.1 EVOLUCION HISTORICA DEL RECURSO DE CASACIÓN.**

##### **3.1.1 EN EL DERECHO EXTRANJERO.**

A través de la historia la casación fue recibiendo los diversos elementos que configuran su estructura actual, enriqueciéndose con nuevos significados que progresivamente elaboró la actividad de los jueces antes de la obra Legislativa, aunque la reunión y sistematización de esos elementos ha madurado recién en El Estado Moderno.<sup>24</sup>

El recurso de casación como mecanismo controlador del Derecho Objetivo, y con su principal función de proporcionar una recta aplicación de la Ley y la Uniformidad de la Jurisprudencia, su origen se encuentra en el Derecho Francés, posterior a la Revolución Francesa de 1789.

Históricamente este aspecto se fue perfilando en tres etapas.

- La idea del origen Romano por la cual una sentencia injusta por error de derecho debe considerarse mas gravemente viciada que la injusta por un error de hecho.
- La concesión a las partes de un remedio diverso de los demás otorgados para el caso de simple injusticia, lo que reconoce mas reciente origen.

---

<sup>24</sup> Calamandrei, Piero, Casación Civil. Tomo I, Edit. Bibliográfico, Argentina, Buenos Aires, 1945. Pág. 46.

- En el llamado Derecho Intermedio ( Dentro del desarrollo del Derecho Romano ) cuando se incorporan los errores In Procedendo como motivo de Casación.<sup>25</sup>

## **EN EL DERECHO ROMANO**

El origen de Casación se volvió una controversia entre los autores, puesto que unos manifiestan que se encuentra en el Derecho Romano y otros argumentan que su origen se dio en la Revolución Francesa; esto en atención a algunas figuras Jurídicas procesales que aun cuando contenían en si mismas un carácter semejante al Recurso de Casación, las mismas no llegaron al grado que la institución alcanzo propiamente en el Derecho Francés.

Inicialmente se señala en Roma, que el proceso Romano era el producto de una organización Jurídica fundamentalmente Civilista y en consecuencia muchas de las soluciones adoptadas en los negocios, se aplicaban a los procesos.

Un primer caso registrado en esta legislación es cuando surgía la asimilación de las consecuencias contractuales, en vista de que en un contrato existían la exigencia de la presencia de todos los requisitos para lo que era la constitución del mismo, y en su defecto si faltaba uno de los requisitos el contrato se anulaba; dándose así de manera semejante en el proceso, puesto que si la sentencia no constituía los requisitos necesarios para su correcta constitución la misma era anulada.

---

<sup>25</sup> De la Rúa, Fernando.- El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino.

La sentencia era totalmente eliminada y de ahí surgía la imposibilidad de impugnación de la misma, con dicha cancelación absoluta de la sentencia en Roma obedecía al interés por lo que era el garantizar la seguridad jurídica en la sociedad Romana, esto en atención a la consideración que se hacía de que una sentencia que contenía irregularidades no podía ser la solución al conflicto.

Es así que con el estricto interés por tutelar la seguridad jurídica se dio origen en Roma a una figura jurídica que pretendía evitar la emanación de sentencias invalidas, mediante un control de legalidad o de su estricta conformidad con la ley, en este sentido se opero en el Periodo Clásico del Derecho Romano y consistió en el establecimiento de una posibilidad para recurrir la sentencia viciada, puesto que ciertamente el impugnar la sentencia en estos casos no perseguía ofrecer una oportunidad a las partes litigantes para reclamar su inconformidad con la sentencia; si no que simplemente se proponía hacer posible la efectiva actuación de la ley.

Esta medida tenia un tipo político pues con ello se obligaba al Juez a el respeto del derecho imperial en las diferentes religiones Romanas; En donde también existían sistemas normativos locales.

Por otra parte frente a lo que era el particular, las cosas permanecían iguales, puesto que la sanción de nulidad cerraba para este todas la vías de recurribilidad ya que se decía que el control se efectuaba solo por error “ *lus Constitutionis*” mas no en “ *Error Ligatoris*” que era aquel contra el derecho subjetivo de las partes.

Pero no obstante la anterior argumentación con el pasar del tiempo ya no tubo lugar; puesto que se le dio creación a un nuevo mecanismo para recurrir de las Sentencias que perjudicaban al privado.

Al inicio del imperio Romano se investió al Emperador del poder de reformar las resoluciones tanto emanadas de “ Extra Ordem” como las que emanaban de los “ Iudex Privatus”, pero en vista de que esto se vio impedido para atender todas las sentencias se delegó estos poderes a sus funcionarios y es aquí donde según el autor Calamandrei que nació la jerarquía en la administración de justicia Romana y como consecuencia de la misma aparece lo que fue la Instancia Superior y es aquí donde también se dio el nacimiento a la “ Apelatio” en Roma.

Consecuentemente se puede establecer que en el Derecho Romano, convergían para entonces dos sistemas diferentes para recurrir; la nulidad de la sentencia por un lado y la apelación que estaba en manos del privado para impugnar su sucumbencia y por otro el sistema controlador, para establecer la nulidad o inexistencia de la sentencia “contra legem” que fue esencialmente un instrumento político usado por el poder emanador de las leyes, para imponerse sobre las decisiones judiciales.<sup>26</sup>

## **EN EL DERECHO GERMANICO**

En el Derecho Romano persistió la idea de que determinadas resoluciones afectadas por vicios de nulidad podían invalidarse, pues solo eran decisiones en apariencia, eran sentencias inexistentes, en cambio los pueblos Germánicos tenían un principio de validez formal es decir; estimaron que las sentencias una vez pronunciadas quedaban saneados los vicios contener, después se abolió este principio y las asambleas del pueblo aprobaban o no la

---

<sup>26</sup> Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.- Revista de Ciencias Jurídicas, N° 41 San José Costa Rica, Mayo – Agosto 1980.-

propuesta del accionante, Querellante contra sentencia atacada por defectos de forma.

## **EN EL DERECHO INTERMEDIO ITALIANO**

Según lo establecido por Fernando de la Rúa no hay en el Derecho Romano un medio especial de hacer valer la Nulidad, lo que operaba sin sujeción a términos como si la sentencia jamás hubiere existido solo cuando la nulidad deja de ser equipada a la inexistencia, para convertirse en un vicio de una sentencia existente, se acuerda un recurso especial para anularla y es aquí donde aparece entonces la distinción entre la “Querella Iniquitatis” y la “Querella Nullitatis” como contra posición del “lus Litigatoris” y el “lus Constitutions” lo que equivalía a anticipar la distinción entre error de derecho y error de hecho.<sup>27</sup>

Ahora la sentencia nula no es inexistente si no impugnada por vía del recurso y sujeta por tanto a la posibilidad de pasar a Cosa Juzgada, el Juez de segundo grado debía intervenir para reconocer NULLIUS MOMENTI, y por lo tanto CASSATA E IRRITA. La sentencia ya no era inexistente si no anulable.

La Querella Iniquitatis se concedía contra la sentencia viciada por error de juicio, mientras que la Querella Nullitatis se daba contra la sentencia por errores in procedendo; vicio aun mas grave que la errónea aplicación del derecho, por que se trataba precisamente inobservancia del derecho.

En las diversas de la Querella Nullitatis, lo esencial fue la idea de un medio de impugnación necesario para pronunciar la nulidad de la sentencia,

---

<sup>27</sup> De la Rúa, Fernando.- Ob. Cit. Pag.45

concebido no ya como una acción declarativa, si no como una acción modificativa, orientada a hacer anular por un juez superior una sentencia viciada, pero en si jurídicamente valida.

La Querela Nullitatis del derecho estatuario Italiano y del derecho común en cuanto permitía llevar ante un juez superior y por medio de una acción de parte, una sentencia viciada por error Iuris In Iudicando tenia ya bajo el solo aspecto procesal la estructura actual de la Casación en cuanto a su forma, aunque no se contemplaba la función política, extra procesal de unificación.

## **EN EL DERECHO FRANCES**

El verdadero origen de la Casación debemos buscarlo en el Derecho Francés, en el periodo feudal debido a la existencia de la organización política existencia una enorme división de poderes; por lo que dicha situación condujo a una serie de cambios del orden jurídico de enorme importancia.

Durante lo que fue el feudalismo la administración de justicia residía en el Emperador; pero debido a que este se le hizo casi imposible controlar; es así como el Monarca se hace auxiliar de sus funciones por medio de los cuales prolonga potestades judiciales y con estas delegaciones, el problema en lugar de resolverse se complica pues con ello el soberano iniciaba a perder poder.

Como la medida tomada no fue eficiente es por tanto que se decidió crear un órgano auxiliar en la administración de justicia, el cual fue denominado “ Consejo” el mismo progresivamente se fue convirtiendo en un órgano independiente con poderes decisorios propios que le confieren la calidad de un tribunal autónomo y superior con competencia en todo el territorio el cual fue llamado Parlamento.



Luego el constante aumentar de poderes del parlamento hizo que el monarca pensara en la manera de cambiar los mismos, pero todos sus esfuerzos fueron inútiles pues el desarrollo y la fuerza del órgano eran ya consolidados sobre todo, por que su potestad judicial se extendía no solo al control de las sentencias regias sino también a las que emanaban de los feudos.

Fue así como el constante crecer del parlamento llego a ser considerado como un órgano supremo cuyas decisiones eran un acto soberano y prevalecían sobre todas las restantes decisiones; tanto reales como de los tribunales feudales.

### **Enfrentamiento entre el Parlamento y el Monarca en materia Judicial y Legislativa; origen de la casación de las sentencias en Francia.**

Los poderes no solo judiciales sino también políticos que concentraba el Parlamento, le permitían llevar a cabo labor legislativa, la cual se concentraba en la ratificación de las “ Letter” Reales o de “Justice” para conferirles obligatoriedad.

La consecución natural de esta transformación del Parlamento fue la lucha entre este y el Monarca, lo que condujo a su vez a que de nuevo el soberano pensara en un medio de limitar el poder parlamentario que fue la casación de las sentencias del parlamento por parte del Emperador.

La casación de las sentencias consistía en declarar nulas las sentencias del Parlamento que desobedecía las ordenes reales, nulidad que se extendía tanto a la parte procesal como a la decisoria. El recurso era realizado de oficio por el Monarca y el mismo se encargaba de casar las sentencias.

### **Origen del recurso a solicitud de parte.**

Debido a la enorme saturación que existía y la dificultad del Soberano para controlar todas las violaciones a sus ordenes, busco una manera de auxiliarse por medio de lo que era la decisión que las demandas debían ser presentadas por el privado.

Convirtiéndose en una solicitud para que actuara la voluntad del Monarca conservándose siempre lo que era el poder de demandar la casación de oficio cuando se trataba de ordenes de carácter publico.

Fue entonces el origen de las dos solicitudes; el que dio origen a la creación de dos órganos que debían conocer según la providencia de las demandas, fue así como las solicitudes del privado llevan al llamado “consejo de las partes” y las del monarca al “consejo de Estado” .

### **Consejo de las partes.**

Este proceso se dividió en dos partes; la primera que consistía en la admisibilidad de la demanda, así se determinaba si la misma merecía o no ser sometida a conocimiento, y la segunda parte consistía en analizar los fundamentos de la demanda y los errores que alegaban cometidos por el Juzgador en la sentencia impugnada.

Haciéndose la diferencia entre lo que era los errores In Iudicando y errores In Procedendo, el error in iudicando se reducía a establecer la incongruencia de la sentencia frente al orden Real; consistía entonces en sancionar con nulidad la desobediencia de la orden; estableciéndose la remisión de la cuestión al tribunal para que corrigiera el vicio, pero nunca se

enviaba al mismo que había emanado la sentencia, esto en atención a que se consideraba que este se había formado una idea incorregible del asunto.

En el error improcediendo una vez determinado enviaba la orden procesal a un tribunal ordinario que podía ser el mismo que había emanado el acto defectuoso y corrigiera la violación.

El tipo de actividad de desarrollo por el consejo de las partes, fue pues de mero control de las normas reales mediante un proceso eminentemente legalista en donde el interés del particular no tubo la mas mínima importancia, ya que todo se resolvía en la protección del criterio del Monarca.

### **La casación en la Asamblea nacional Francesa; ambiente Político – Filosófico.**

En 1979 se propuso a la asamblea nacional, una reforma para reestructurar una serie de instituciones, dentro de las cuales se incluía el recurso de casación tal actitud se explicaba mediante el descontento que las practicas del poder real dejaban sentir en la sociedad francesa.

Y es así como surge la idea de crear un órgano de casación aislado y controlador de ilegalidad de la actividad judicial de manera que a través de este se lograba garantizar la no inferencia entre los tres poderes del estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial ) conservando entre ellos el respeto por la ley que debía ser norma emanada exclusivamente del poder legislativo, la cual constituía un canon que regulaba las conductas sociales dentro de la mayor perfección, y por ello el órgano Judicial debía aplicarla sin efectuar sobre la misma ningún poder interpretativo constituyendo pura y simple aplicación de ley.

Por lo que se puede concluir que el animo de los asambleístas revolucionarios se fundaba en la creación de un instituto de casación con funciones de estricto control de legalidad y por ello, con una posición intermedia entre el poder legislativo y el judicial, de este modo se inicio en el seno de la Asamblea una serie de discusiones sobre varios y diferentes proyectos presentados.

Calamandrei manifiesta que fue el ultimo proyecto que acogió se por la asamblea el que dio lugar al recurso en su forma mas pura ósea el 27 del primero de noviembre de 1970.

### **Funciones que debía cumplir el Tribunal de casación 1790**

Se a establecido que la estructura de casación creada por la asamblea de 1970 era una continuación de la figura del consejo de las partes variándose únicamente algunos aspectos, teniendo la esencial función de controlar la recta observación de la ley y la consecuente realización de la unidad jurisprudencial.

Correspondiendo al tribunal de casación la verificación de las sentencias que presentaban coincidencia o no con las disposiciones legales, una vez constatados los vicios que contrariaban la ley, su función se concretaba a una simple anulación de la sentencia; sin que le fuere posible entrar a conocimiento de la controversia en virtud de esta limitación, la violación de la ley debía explicarse en la parte dispositiva de la sentencia y nunca en la parte considerativa, pues en cuanto al merito era incompetente.

Cuando la sentencia era casada por el tribunal de casación, esto no podía pronunciarse y así debía remitir la cuestión a otro tribunal que se encargaba de corregir los vicios.

## **Evolución del recurso de casación 1970.**

El primer cambio fue en cuanto a la concesión de la demanda de casación al privado la cual sobreviene por los mismos motivos que la originaron en tiempos del Monarca, es decir el exceso de casos por violación de ley, lo que obligo a otorgar al privado la demanda que hasta entonces había correspondido al Ministerio de Justicia.

En el año 1806 se dio la introducción en el Código Procesal Civil, que consideraba como motivos por violación de ley no solo los contenidos en la sentencia si no también por violación de las normas por el legislador para un correcto desarrollo del proceso.

Con la codificación Napoleónica, se dio una distinción entre lo que para la interpretación Judicial y la interpretación Legislativa; y trajo como consecuencia lo que era la interpretación de los jueces y es aquí donde surgió la posibilidad de alegar en sede de la casación por “falsa interpretación de la ley” y la “falsa aplicación de la misma”.

Luego el tribunal de casación dejo de llamarse de esta manera y recibió el nombre de “Corte de Casación”<sup>28</sup>

De fundamental importancia fue la reforma efectuada en 1837 en el cual se elimino el reenvió; es decir que una vez que una sentencia había sido casada dos veces por los mismos motivos esta volvía al tribunal de casación, y en este caso que decidía en forma vinculante para el reenvió transformándose su función meramente negativa de anular o en una positiva en cuanto podía influir en forma obligatoria el criterio que debía aplicar el tercer tribunal de reenvió.

---

<sup>28</sup> Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Ob. Cit. Pág. 48

De este estudio se puede determinar como todavía en los pueblos o culturas muy Antiguas que antecedieron a la gran cultura francesa revolucionaria en donde se germinó el verdadero recurso de casación, existieron figuras que podemos considerar verdaderas aproximaciones al instituto, en cuanto se dirigían especialmente a regular un control sobre la actividad jurisdiccional en la aplicación correcta de la ley.

### **3.1.2 EN EL DERECHO NACIONAL.**

#### **EVOLUCION HISTORICA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.**

Con la conquista Española se impusieron muchas leyes que fueron agrupadas y que se les llamo “ Recopilación de las Leyes de Indias, Normas de Derecho Indiano.

En América fue en el año de 1763 mediante la Cedula Real que se estableció el Recurso extraordinario de Nulidad, por injusta notoria, para ante el Juez de las Indias.

En El Salvador, como Estado independiente fue en la Constitución del 4 de Diciembre de 1883, que aparece estatuida la Casación y se abolió la tercera instancia, y es así como bajo la Administración del Doctor Rafael Zaldivar, que se introdujo una de las reformas mas importantes del Poder Judicial, en el Atr. 103 de la Constitución antes mencionada, en el cual se establecía que el Poder Judicial seria ejercido por una Corte de Casación, por Cortes de Apelación y por los demás Tribunales y Jueces que establece la Ley. Estableciéndose en el Art. 104 que la Corte de Casación residiría en la Capital de la Republica,

estando compuesta la misma por Magistrados, dándosele a la corte de casación como primera atribución conocer del Recurso de Casación conforme a la ley.

Con la Ley de Casación que fue decretada el catorce de diciembre de 1883, con publicación en el Diario Oficial numero 298 Tomo 15, de fecha 23 del mismo mes y año, se suprimió como ya se estableció anteriormente lo que era la Tercera Instancia y se dio además la derogación del Recurso de Suplica, en todo género de causas Civiles, quedando así mismo suprimida la Apelación de aquellas causas que conocían en primera instancia los Tribunales de Apelación; además esta ley señaló los fundamentos y motivos que facultaban la interposición del recurso, los requisitos para su admisibilidad o rechazo, el modo de proceder y los efectos de las sentencias pronunciadas.

Con la Constitución promulgada el 13 de Diciembre de 1886, se derogo la Constitución de 1883 y entre los cambios existentes en la Carta Magna, se encuentra lo que es la sustitución de la Corte de Casación y reinstauró la Tercera Instancia, produciéndose la supresión del Recurso de Casación, y como consecuencia de esto se implementa el Recurso Ordinario de Suplica. El Recurso de Casación fue suprimido por que el legislador de aquella época considero de que el referido recurso no era acorde a ese momento histórico.

El treinta de agosto de 1959, se decreta la nueva ley de Casación, la que regula el Recurso en Materia Penal y Civil, y fue hasta en la Constitución Política de 1950, emitida según Decreto Legislativo numero catorce de fecha 7 de Septiembre del mismo año y publicada en el Diario Oficial numero 196 Tomo 149, del ocho de Septiembre del mismo año, la cual entro en vigencia a partir

del 4 de septiembre de 1950, la que nuevamente introdujo en nuestro sistema jurídico el instituto de casación, el cual tiene rango Constitucional, lo que no permitía suprimirlo por una ley secundaria, si no mediante una reforma constitucional y en la exposición de motivos de esta Constitución de estableció que la casación permitiría unificar la jurisprudencia de los Tribunales inferiores, después de cierto número de sentencias uniformes de la Corte por velar por la legalidad de los Tribunales inferiores<sup>29</sup>.

### **3.2 ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.**

#### **CARACTERÍSTICAS.**

Suelen designarse al Recurso de Casación dos notas distintivas que, en sentir de la doctrina más autorizada lo distinguen y separan netamente de los demás, se trata afirma la dogmática de un recurso presidido por el interés público y que además tiene un carácter extraordinario.<sup>30</sup>

**a) Es de carácter Público:** pues mediante el no se permite establecer el Juicio sino sobre la cuestión de derecho que, es la que, en último término, interesa a la Sociedad. En los Juzgados y audiencias decía Anazola, sólo se atiende al interés de los litigantes, pero en el tribunal Supremo “ hay una cuestión más alta que resolver; la interpretación Judicial de la Ley, la uniformidad de la Jurisprudencia en todos los tribunales”, a su vez Gómez de la Serna tan ligado a la reforma del recurso que fue obra de la Ley de Enjuiciamiento de 1855,

---

<sup>29</sup> Ayala Duran, Vilma Elizabeth, y otros.- La formación de la Doctrina Legal en Materia de Casación Civil y la Obligación de su Aplicación.- Tesis.- UES. 2003

<sup>30</sup> De la Plaza, Manuel, La Casación Civil, 3ª. Edic, tomo II, 1968, pág. 31.



mantenía la tesis de que, en éste Recurso, el interés público domina a la Ley: por que principalmente en consideración a él se otorga éste medio de impugnación.

Sólo pensando que el Proceso es una Institución de derecho privado y no de carácter público , que en frase de Carnelutti " ha transferido el interés de las partes del plano de los fines de los medios de la Justicia", es posible sostener que el Proceso en instancia esta regido exclusivamente por el interés particular y el recurso de casación guiado y precedido exclusivamente por el interés de la Ley.

Ni siquiera puede decirse que ( Calamandrei lo ha hecho notar) mientras los tribunales ordinarios sirven conjuntamente el interés privado y el público, el tribunal de casación satisface únicamente éste último, puesto que no se permite establecer esa acusada e inexacta separación.

Es así que se presenta a los particulares instando la actividad Judicial, poniéndola en movimiento y aún señalándole el camino que ha de recorrer, con el objetivo de lograr un bien al que creen tener derecho o ser restituidos en el goce de aquel de que legítimamente fueron desposeídos, por su parte al Estado le corresponde velar, en provecho común porque las aplicadas sean las que convienen al caso y las establecidas de antemano como garantía común de igualdad y de certidumbre jurídica, es así que ambos intereses en juego se coordinan en una relación jerárquica que presenta en el recurso de casación como primario el interés público ( es decir el noble afán de velar por la uniformidad de la doctrina) y como secundario el interés del litigante (la consecución del bien por que litiga y recurre.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> De la Plaza, Manuel , ob. Cit, pág 33.

Dicho de forma diferente : la característica del interés público radica en éste caso, en la situación preeminente en que se encuentra y en la condición subalterna del interés privado en relación con los fines que persigue.

**b) Es extraordinario:** en relación a otros medios de impugnación que, por contraste, se denominan ordinarios, y se refiere a la imposibilidad de entablarlo, mientras no se hayan agotado estos últimos .

En otro aspecto menos conocido y estudiado puede ser calificado de extraordinario porque en relación con los demás, sólo se autoriza por motivos preestablecidos y no pueden ser ampliados ni extendidos por interpretación analógica; y por que además, y en contraste con los recursos ordinarios , limita los poderes del tribunal *ad quem* obligado a decidir dentro del círculo que el recurso le traza y que no le es posible rebasar.

**c-)** Puede añadirse otra característica que aunque subalterna, no deja de ofrecer interés y es el **rigor formal** que campea en el régimen procesal de la casación, que, dirigida a conseguir sus fines propios con indudable preferencia sobre los más secundarios que los particulares pueden perseguir, si por un lado, limita extraordinariamente los poderes organismo Jurisdiccional, por otro, condiciona acuciosamente la actividad de las partes con el notorio propósito de impedir que se frustren aquellos supremos designios.

El interés del Estado consiste en evitar que el recurso se desvíe habilidosamente por derroteros que pudieran desnaturalizar su fin peculiar, al que esta subordinado el fin de las partes.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> De la Plaza, manuel, ob. Cit., pág. 38.

Es por esto que en la Ley se exigen una serie de requisitos que tiene que cumplir el recurrente para la admisión del recurso y su inobservancia produce inadmisibilidad del mismo.

**d) No constituye Instancia:** puesto que la Sala se limita a revisar la Sentencia combatida en casación y únicamente por los motivos que el recurrente invoca, es decir que se ve limitada a los mismos.

**e) Tiene un fin renovador:** pues mediante éste recurso, al casar la sentencia impugnada puede haber una revisión de todo el Proceso, es decir, que puede haber una renovación del mismo en los aspectos fácticos y probatorios, a fin de dictar una sentencia nueva.

### **NATURALEZA.**

Se considera que la casación es un verdadero y propio medio de impugnación, un recurso acordado a las partes en el Proceso, bajo ciertas condiciones, para pedir y obtener el re examen de las sentencias desde el punto de vista de su corrección Jurídica.

A pesar de ésta conclusión, no se impide desde luego la clasificación de los distintos medios acordados por la ley para atacar las sentencias; pero los elementos fundamentales del recurso subsisten en todos los casos. Ellos son la voluntad de la parte y la postulación de la injusticia atribuida a la resolución sobre la base de la existencia de un gravamen. La regulación de la manifestación de esa voluntad y la forma y condiciones exigidas para postular la justicia, configuran su disciplina y constituyen los medios de impugnación regulados por la Ley.

Este concepto unitario ha sido resistido por muchos y prestigiosos autores: buena parte de la doctrina, aunque se refiere en general a los medios para impugnar las sentencias distingue entre impugnaciones ( acción de impugnación) y medios de gravamen ( o medio ordinario<sup>9</sup>, v. Gr. La apelación. A aquel que determina el re examen inmediato de la misma controversia en una nueva fase procesal, no para rescindir un fallo ya formado sino para juzgar nuevamente la causa , sustituyéndose la anterior sentencia por la pronunciada a consecuencia del recurso. El *ad quem* juzga *ex\_novo*, como si el primer fallo nunca hubiera existido. La acción de *impugnación* ( medio extraordinario) , en cambio tiende a rescindir el fallo ya formado, eliminándolo en cuanto puedan comprobarse en él determinado tipo de vicios que lo hagan anulable, pero el *ad quem* no conoce de la causa *ex\_novo* sino que se limita a decidir una cuestión diversa , originaria, que es la relativa al examen de la validez de la sentencia primitiva ; un nuevo juicio sobre la causa solo puede sobrevenir mediatamente, una vez producida la anulación del anterior; recién cuando el primer fallo es eliminado (*iudicium rescindens*) dentro de los límites alcanzados por la anulación. Con el medio de gravamen se obtiene el inmediato re examen de la causa; con la acción de impugnación ese re examen sólo sobreviene de manera mediata.<sup>33</sup>

En la base de ésta distinción esta inmanente la idea de que la Sentencia puede ser considerada bajo un doble perfil: como acto y como Juicio. Como acto debe ajustarse a las normas legales y su no adecuación constituye un vicio que la invalida y se releva por medio de la nulidad; como juicio puede ser justa ó injusta , y el recurso es un medio que procura lograr un mayor grado de Justicia.

---

<sup>33</sup> De la Rúa, Fernando, Ob. Cit., pág. 51.

Pero la injusticia, como bien se ha señalado, no es un vicio de la sentencia porque no se puede determinar *a priori* si una sentencia es justa o injusta: “ la justicia es solo una aspiración del ordenamiento que para lograrla establece varios grados de Jurisdicción sin referirse en concreto a la justicia o injusticia de la sentencia”. De ese error proviene aquella clasificación entre acción de impugnación tendiente a eliminar la sentencia, y medio de gravamen que solo procura reemplazarla. Pero esta distinción conduce inevitablemente a aceptar que se pueda dar recurso contra una sentencia justa lo que no parece admisible: piénsese que si una parte impugna una sentencia proclamando al mismo tiempo su justicia , el recurso será rechazado in limine por cuanto esa declaración implicaría aceptación y conformidad con ella. Por otra parte, aunque la acción de impugnación persiga la anulación del fallo, también al pedir la nulidad por considerarlo no adecuado a las normas legales se postula su injusticia, porque no es justa la sentencia que, en cualquier aspecto, se aparta del imperativo jurídico. Otro error de perspectiva que puede reprocharse a aquella división entre acción de impugnación y medio de gravamen consiste en que lleva a considerar como dos entidades aisladas y distintas al *juicio y al proceso*, cada uno provisto de su propio medio de impugnación. El medio de gravamen sería *intraprocessum*, interno al proceso, y constituiría un grado más, un paso más para llegar a la sentencia; la acción de impugnación obraría *extraprocessum*, fuera del proceso, sobre el juicio, respecto del cual el recurso daría base a una relación procesal independiente y distinta del proceso principal.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> De la Rúa, Fernando, ob. Cit, pág. 52

La diferencia entre los distintos recursos es de estructura , no de naturaleza; se distinguen en su regulación y en su disciplina procesal , pero no en su esencia. Por otra parte cuando la ley se refiere a ciertos errores de la sentencia erigiéndolos en motivo de recurso , está determinando cuáles vicios pueden invocarse para que la impugnación sea viable; pero la efectiva existencia de ellos no es una condición del recurso: lo contrario exigiría un juicio preliminar de admisibilidad y un juicio sucesivo de mérito.

Por eso puede suministrarse un concepto unitario de impugnación definiéndola como “ el remedio jurídico para remover una desventaja emergente de una decisión del juez, a través de una decisión”. De acuerdo a este concepto unitario, la casación es un recurso, un medio de impugnación de las sentencias acordado por la ley a las partes, bajo ciertas condiciones y por motivos específicamente previstos, exclusivamente vinculados con la cuestión jurídica. En consecuencia consideramos la casación como un recurso dentro de los medios de impugnación de la sentencia, definiéndola aquel mediante el cual , por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos de la sentencia de mérito que le perjudica, reclamando la correcta aplicación de la norma sustantiva , o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión , con o sin reenvío a nuevo juicio. Elemento esencial del concepto es la limitación de su ámbito a las puras cuestiones de derecho, tanto para la parte que la promueve como para el tribunal que lo decide. El recurso procede contra la sentencia de mérito , es decir la que concluye el juicio en sus instancias ordinarias, donde se determinan los hechos que son luego intangibles para el Tribunal de Casación. La casación lleva en sí el reclamo de una nueva decisión sea pronunciada , ya en

sede de casación cuando el error es de derecho sustancial y la ley no establece el reenvío cuando la ley lo exige o se trata de errores *in procedendo*. La anulación no es siempre fin del recurso: por él se puede pedir, simplemente la correcta aplicación del derecho a los hechos establecidos en el mérito, lo que ocurre cuando el tribunal declara mal aplicada la ley sustantiva y pronuncia nueva sentencia sin reenvío, donde sobrevendrá la nueva decisión si se anulara la sentencia y el mismo tribunal emitiera una nueva, tendría inevitablemente que descender a la valoración de las pruebas y a la determinación de los hechos, lo que es ajeno a su competencia específica.<sup>35</sup>

## **FINES U OBJETIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN**

Doctrinariamente se establecen dos fines extraprocesales del recurso de casación, los cuales trataremos en este apartado de acuerdo al orden más aceptado actualmente en atención a su importancia.

### **Función de unificación**

Fuera de la estructura netamente procesal de la casación, ella está rodeada de aspiraciones de orden constitucional o político tenidas en cuenta por el legislador al establecerla, según lo demuestra su evolución histórica y los motivos expresados en las distintas leyes.<sup>36</sup>

El recurso de casación, con su particular característica de limitar el reexamen a las solas cuestiones de derecho, brinda la posibilidad de favorecer,

---

<sup>35</sup> De la Rúa, Fernando, ob. Cit. Pág. 55

<sup>36</sup> De La Rúa, Fernando. El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino. Víctor P. De Zavalía Editor. Buenos Aires. 1968. Pág. 40

mediante una regulación precisa que tienda a la centralización, la unificación del derecho y de la interpretación jurisprudencial<sup>37</sup>.

Es innegable que el hecho de que exista pluralidad de jueces ocasiona interpretaciones diferentes, que repercute en la aplicación de criterios diferentes a casos similares. El riesgo de criterios diferentes se puede atenuar en la medida que se unifique y centralice el órgano supremo al cual se confía el conocimiento del recurso de casación.

Además de su influencia en el caso concreto la decisión del juez tiene influencia en los casos futuros, por su valor de precedente. Muchas veces, en la práctica, de las abstractas argumentaciones jurídicas que el juez expone en la motivación de la sentencia y que no tienen nada que ver con la cosa juzgada, pueden derivar mas tarde, no de derecho sino de echo, importantes consecuencias sobre la resolución judicial de otras relaciones concretas controvertidas, similares a la decidida.

La diversidad de interpretaciones y la posibilidad de que interpretaciones erróneas adquieran la autoridad de precedentes constantes y admitidos, lleva, por una parte, al peligro de quebrantar o desconocer el principio de igualdad ante la ley que la unificación de las normas del derecho positivo procura, y por otra, la no menos grave de crear confusión sobre el derecho o a sustituirlo por interpretaciones equivocadas, afectando el principio de certidumbre jurídica.

La importancia de la función unificadora de la jurisprudencia que desempeña la casación, se manifiesta en toda su plenitud, cuando las leyes son oscuras y por eso dan origen a varias interpretaciones, o son contradictorias, antinomias que en muchos casos solo son aparentes, pero las normas que en

---

<sup>37</sup> De La Rúa, Fernando. Ob. Cit. Pág. 40



tal situación se encuentran exigen armonización para ser aplicadas correctamente, o cuando existen vacíos en la ley, casos estos últimos en los cuales los tribunales de casación desempeñan, además, una función integradora del derecho objetivo.

### **Función de control jerárquico o monofilaquia**

El Estado controla la conducta de los particulares a través de la jurisdicción, integrada por órganos instruidos al efecto. Ahora bien, también sobre estos órganos es posible una forma de control jurídico por parte del mismo Estado, para examinar si su actividad se adecua a las normas debidas, y si su conducta responde a las reglas de conducta prescritas.

El tribunal de casación controla la actividad jurisdiccional de los jueces, expresada en las sentencias. Los jueces deben ajustar su actividad a las normas jurídicas, ellos tienen potestad para juzgar *secundum ius*, dentro de la ley, y cuando se desvían de ella, incurre en un abuso de poder que excede los límites de la potestad que se les ha confiado. Además de ese control, se controla también su conducta procesal, tanto en ocasión de los actos exteriores *in procedendo* como en ocasión de las actividades lógicas *in judicando*. Nacen de las leyes, respecto del juez, concretos preceptos jurídicos que se dirigen a disciplinar su conducta, no solo en las contingencias materiales del procedimiento, sino incluso en la estructura y en la sucesión de los razonamientos a través de los cuales realiza su juicio.

Pero no todas las actividades procesales caen bajo el control del tribunal de casación, sino solo aquellas fundamentales formas que la ley protege con

sanciones determinadas error in procedendo, que la ley considera causas de anulabilidad.

Se dice que “ cuando el juez se aparta de la ley, no solo juzga mal sino que no juzga”<sup>38</sup>.

A esto llama Calamandrei función monofilaquia. Esta función no tiene carácter originario, sino derivado; es decir, se da como consecuencia emergente del recurso de casación.

### **3.3 EL RECURSO DE CASACIÓN EN LO CIVIL**

#### **3.3.1 ERROR IN-JUDICANDO**

La Ley de Casación se refiere a este error en la frase que determina “Infracción de ley o de doctrina legal”, Art. 2 Lit. a) y 3.

Antes de proceder al análisis de los vicios de fondo que pueden afectar la sentencia y que pueden ser motivos de casación, es necesario esclarecer cual es el sentido que debe darse a la palabra infracción a que se refiere la Ley de Casación en los artículos 2 Lit. a) y 3. Gramaticalmente, infracción significa “trasgresión”, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinal; por su parte, “violar” también significa infringir o quebrantar una ley o precepto. En un lenguaje corriente infracción y violación pueden usarse como sinónimos, pero no en la casación salvadoreña, por que aquí la violación es una forma de infracción. Entonces, podemos decir que el término infracción es genérico para nuestra ley, y sus clases son las

---

<sup>38</sup> Calamandrei, Piero, La Casación Civil, Tomo I, Edit. Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1945. Pág. 46.

comprendidas en el Art. 3, dentro de las cuales está la violación, cuyo concepto está dado por la propia ley.

### **Infracción de ley.**

El recurso de fondo contra las sentencias pronunciadas en apelación por las Cámaras de Segunda Instancia pueden tener lugar, o por que se ha infringido la ley, o por que ha infringido la doctrina legal.

La ley cuya infracción es motivo de casación, es sólo la que constituye “una declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución manda, prohíbe o permite”. Esa que así define el artículo 1o. del código civil, es la ley secundaria, puesto que se basa en principios constitucionales o es dada por mandato expreso de la Constitución, cuyo contenido constituye la ley primaria.

No solo la ley en sentido material y formal queda comprendido en el concepto en que tal término ha sido usado en el ordenamiento de casación, y cuya infracción es motivo del recurso, sino también: la costumbre, en los casos en que constituye derecho, esto es, cuando la voluntad soberana se remite a ella; los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con otros organismos internacionales, por constituir leyes de la República al entrar en vigencia; los Decretos del Órgano Ejecutivo emitidos en la forma y dentro de las facultades que la Constitución establece; los Decretos-leyes dados por los gobiernos de facto; y en general, toda norma de derecho general y abstracta.

A la ley se califica, por su contenido, en material o sustantiva y en formal y adjetiva, esta última también llamada procesal o procedimental; la primera es

aquella de la cual dimanar los derechos sustantivos, y la segunda la que provee los medios para hacer efectivos esos derechos, mediante el proceso jurisdiccional. Cuando se pronuncia una sentencia injusta o ilegal, lo que infringe son normas sustantivas, ya que es en ellas que debe basarse el juzgador para pronunciar su fallo. Por consiguiente la ley cuya infracción da lugar al recurso de fondo es la material o sustantiva, por que estos errores se cometen al momento de juzgar. Excepcionalmente procede el recurso de fondo por infracción de preceptos procedimentales, ello tiene lugar cuando la infracción de tales preceptos procedimentales influyen en la decisión del juzgador.

### **Infracción de doctrina legal**

Las doctrinas que interesan al derecho son: la doctrina de los expositores del derecho, que es fuente mediata de éste y que consiste en “el conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas”; y la doctrina legal, que es la que en lenguaje forense se entiende como jurisprudencia, pero suscrita a la del mas alto tribunal del país, el que unifica la interpretación de las leyes a través de la casación. Es la doctrina legal la que en un sentido estricto interesa a los fines de este estudio, y es esta , por cualquiera de los motivos previstos por la ley, la que da lugar a un recurso de casación en el fondo.

Si las sentencias de los tribunales de casación que resuelven la misma cuestión, sobre materias idénticas en casos semejantes, no alcanza el número de tres, por que son interrumpidas por otra en contrario, las ya pronunciadas

quedarán con la categoría de simples “precedentes judiciales”, que para nuestra ley no tiene ninguna fuerza vinculatoria.

El Art. 3 de la Ley de Casación establece que tendrá lugar la interposición del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal por los motivos siguientes:

1º) Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal.

Piero Calamandrei, en su obra “La Casación Civil”, y otros autores, comparan la sentencia con un silogismo, es decir, con un argumento que consta de tres proposiciones, la primera llamada premisa mayor, la segunda premisa menor y la tercera conclusión. En la sentencia, que es el silogismo judicial, la premisa mayor es la norma judicial; la premisa menor es el hecho y su inclusión en la hipótesis contenida en la norma; y la conclusión es el fallo.

La violación de ley o de doctrina legal es un vicio que afecta la premisa mayor del silogismo judicial, puesto que consiste en la no aplicación de una norma vigente que era aplicable al caso concreto. Esta infracción es una de las que son calificadas como directas, ya que es la negación o desconocimiento del precepto, de la voluntad abstracta de la ley, del derecho objetivo, cuya defensa es uno de los fines de la casación.

La jurisprudencia salvadoreña, en su resolución judicial de 1973 Pág. 407, sostiene que la violación consiste en “ no tomar en cuenta los efectos que produce una norma en el tiempo o en el espacio, esto es, la inaplicación de una norma por la falsa aplicación de otra. Esa jurisprudencia fue acogida por el Decreto de reformas del 28 de septiembre de 1989, diciéndose en el número 1o. Del artículo 3 de la Ley, que “hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra”. Para este

motivo casacional, debe considerarse no solo el hecho que la norma infringida sea efectivamente aplicable a la especie, sino que su omisión se deba a la “falsa elección de otra” u otras disposiciones legales.

2º) Cuando el fallo se base en una interpretación errónea de la ley o de doctrina legal.

Este vicio también se da en la premisa mayor del silogismo judicial y constituye una infracción directa de las normas legales.

La interpretación de la ley puede ser auténtica, es la que hace el mismo Órgano Legislativo ,observando los mismos trámites que se exige para su formación; y judicial, es la que hacen los tribunales de justicia para poder resolver los asuntos que se someten a su decisión, y es la que puede dar lugar al vicio en estudio.

La interpretación errónea se produce cuando el juzgador aplica la norma legal que debe aplicar al caso concreto, pero lo hace dando a la norma una interpretación equivocada. Esta equivocación puede producirse por haber desentendido el tenor literal de la ley cuando su sentido es claro, caso en que el juzgador puede haber ido mas allá de la intención de la ley o puede haberla restringido, a pretexto de consultar su espíritu; por que al consultar la intención o el espíritu de una norma oscura, no se dio con el verdadero; por que no se supo resolver la contradicción entre dos normas; o por que tratándose de una norma susceptible de varias interpretaciones, se escogió la que menos convenía al caso concreto, o se eligió una que conduce al absurdo.

No solo la ley sustantiva o la doctrina legal, pueden ser objeto de errónea interpretación, a los efectos de casación, sino también la ley procedimental,

siempre que, por su relación con normas sustanciales, tenga relevancia en la decisión de el asunto, cuando “afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate” como dice la ley.

3º) Cuando no obstante haber el juzgador seleccione e interprete debidamente la norma aplicable y calificado y apreciado correctamente los hechos, la conclusión contenida en el fallo no sea la que razonablemente corresponda.

Este motivo es conocido en la doctrina como aplicación indebida, y al contrario de las dos infracciones anteriores tiene lugar en la conclusión y no constituye una infracción directa de la ley o de la doctrina legal, sino una infracción indirecta, por que se comete al pronunciar el fallo.

Según la ley, para que la aplicación indebida se dé, además de haber el juzgador seleccionado e interpretado debidamente la norma, es necesario que los hechos se hayan calificado y apreciado correctamente.

**Esto solo puede ser atribuido a una profunda negligencia judicial, ya que presupone una dosis de irracionalidad en el fallo.**

4º) Si el fallo fuera incongruente con las pretensiones deducidas por los litigantes, otorgue mas de lo pedido o no haga declaraciones respecto de algún extremo.

Estos tres motivos de casación por infracción de ley forman parte de lo que se denomina congruencia en las resoluciones judiciales, que es la correspondencia o conformidad de lo resuelto en el fallo con las pretensiones

hechas valer en el juicio por las partes. La falta de congruencia entre lo pedido y lo resuelto produce incongruencia.

La incongruencia puede presentarse en tres formas: cuando se otorga mas de lo pedido (plus petita o ultra petita); cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita). La sentencia puede ser entonces plus o ultra petita, extra petita o citra petita, según otorgue mas de lo pedido, algo distinto a lo pedido o no resuelva sobre algún punto que fue pedido, respectivamente. En todos estos casos hay incongruencia, pero como la ley no se ha referido a ella de manera genérica como motivo de casación, sino que ha puntualizado como motivo cada una de las tres diferentes formas en que puede presentarse, habrá que señalar específicamente al atacar la sentencia, cual de las tres es la que la afecta.

El caso de la sentencia citra petita no debe confundirse con el de la demanda en el que se hace una plus petitio, que se da cuando se pide mas de aquello a que tiene derecho, lo que produce la pérdida de las costas procesales.

5º) Por contener el fallo disposiciones contradictorias.

La estructura lógico-jurídica de una sentencia es la de un silogismo; consta de una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, que corresponde, por su orden, a la ley, los hechos y el fallo. También se distinguen en ella en su estructura meramente material, en cuanto a la forma que se da a su redacción, tres partes: el preámbulo o exordio, parte introductoria donde se hacen constar los datos que identifican a las partes, sus señas generales, el objeto de la disputa y la naturaleza del juicio; los considerandos, que contienen



la relación y estimación de la prueba vertida en el proceso y las razones o argumentos jurídicos que el juzgador aduce fundamentando su decisión; la parte dispositiva o fallo, a la que por excelencia se llama sentencia, por constituir su parte impositiva o declarativa.

Se establece como motivo de casación por infracción de ley o de doctrina legal, “contener el fallo disposiciones contradictorias”, el cual se trata también de problemas de incongruencia, pero no de las que deben existir entre el fallo y las peticiones deducidas por los litigantes, sino de la congruencia que debe existir en el fallo mismo, cuando este está compuesto de varias partes, cuando comprende mas de una decisión, dependiendo esto de lo pedido por las partes, en los casos de acumulación de acciones por ejemplo, o de que algunas sean consecuencias de otras. Esta incongruencia esta en el fallo mismo, es un defecto interno, que consiste en la incompatibilidad entre sus partes. Si las contradicciones están en los argumentos de la sentencia, en las motivaciones de fallo, pero no obstante entre las disposiciones de aquel existe la necesaria armonía, no habrá lugar al recurso por este motivo.

6º) Por ser el fallo contrario a la cosa juzgada sustancial, o en él se resolviere algún asunto ya terminado en primera instancia; por deserción o desistimiento, siempre que dichas excepciones se hubieren alegado oportunamente.

No es lo mismo que una sentencia quede ejecutoriada o cause ejecutoria, a que pase en autoridad de cosa juzgada o adquiera autoridad de cosa juzgada. Lo primero ocurre cuando la sentencia ya no es susceptible de recurso alguno. Esto puede deberse a que contra la sentencia pronunciada en

única instancia la ley no concede ningún recurso o concediéndolo fuere renunciado anticipadamente; a que contra la pronunciada en segunda instancia, yo no se admite otro recurso; a que concediéndose el recurso, este no fuera interpuesto, precluyendo la oportunidad para hacerlo; a que quien tenía el derecho de recurrir se conformó expresamente con la sentencia. Todo con independencia de si el asunto puede volverse a ver en otro juicio; por consiguiente, toda sentencia, en su debido momento, causa ejecutoria.

Si lo resuelto en una sentencia que ha causado ejecutoria puede revisarse en otro juicio posterior, esa sentencia queda únicamente con esa calidad de ejecutoria, sin pasar lo decidido a constituir cosa juzgada. Esta existe cuando la sentencia no solo causa ejecutoria sino que el fondo del asunto de ella decidido no puede ser objeto de otro juzgamiento en un juicio posterior, adquiriendo así la característica de inmutable; en estos casos, al quedar ejecutoriada la sentencia pasa instantáneamente a ser cosa juzgada.

Algunos procesalistas califican la cosa juzgada en formal y material o sustancial. Con la denominación cosa juzgada formal se refieren a la sentencia que solo causa ejecutoria, aquella que ya no es susceptible de recurso, pero cuyo fondo se puede volver a discutir en otro juicio, y cuando hablan de cosa juzgada material o sustancial, hacen referencia, a la que según otros, es la verdadera y única cosa juzgada, consiste en que lo resuelto en una sentencia no puede ser objeto de otro juicio; para los últimos, calificar a la cosa juzgada en formal y material es impropio. Esta distinción fue acogida por la ley de casación, al calificar de sustancial la cosa juzgada a la que el fallo debe ser contrario para que este constituya motivo de casación.

La cosa juzgada se da cuando entre el proceso posterior y el anterior existe identidad de persona, de cosa y de causa; si falta una de ellas no habrá cosa juzgada. Si existen las tres identidades entre el juicio posterior y el anterior, procede oponer en el nuevo juicio la excepción de cosa juzgada; caso de ser desestimada indebidamente y se pronuncie sentencia que de algún modo contraríe la cosa juzgada, hay lugar al recurso de casación. Pero son requisitos indispensables el haber opuesto la excepción y que el nuevo fallo sea contrario a la cosa juzgada, de lo contrario el recurso es inadmisibile.

Así también, el juicio puede terminar en primera instancia por desistimiento o por deserción, que son modos extraordinario o anormales de terminar un juicio; el que desistió de una demanda no puede proponerla otra vez contra la misma persona, ni contra las que legalmente la representen; y por la deserción declarada en primera instancia no puede volverse a intentar la acción abandonada. Si la demanda se propone otra vez, o se vuelve a intentar la acción, habrá lugar al recurso de casación siempre que el desistimiento o la deserción se hayan alegado como excepción en su momento.

7º) Cuando hubiere abuso, exceso o defecto de jurisdicción por razón de la materia.

La jurisdicción es la potestad de administrar justicia, en las diferentes ramas del derecho sustancial. Según sea la rama del derecho en que se administra justicia, en que se ejerza la jurisdicción, así se califica, lo que no significa que existan varias jurisdicciones, puesto que consistiendo en la potestad de administrar justicia tiene que ser única. Relacionada con la jurisdicción está la competencia, que es la porción de jurisdicción que a cada

órgano jurisdiccional le corresponde. Pero lo que se plantea en el ordinal en estudio son varios problemas de jurisdicción y no de competencia que quedan reservados al recurso por quebrantamiento de forma.

Por exceso de jurisdicción se entiende el haber conocido un tribunal del orden judicial de un asunto que no corresponde al Órgano Judicial, por ser administrativo, como es el supuesto de que un tribunal de lo laboral haya conocido de un asunto que corresponde al Tribunal de Servicio Civil. En este caso hipotético el Tribunal Judicial carecía de jurisdicción, y al conocer del asunto la sentencia esta viciada por exceso de jurisdicción.

El defecto de jurisdicción ocurre cuando la materia si correspondía al órgano jurisdiccional, pero el tribunal de este orden que ha sido requerido para que conozca del asunto, se niega a hacerlo, por considerar que es administrativo. Es decir, que el tribunal tiene jurisdicción pero se negó a ejercerla, cayendo en defecto de jurisdicción, por que faltó su ejercicio.

En el derecho, por abuso se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de la propiedad; en definitiva, todo acto que, saliendo de los límites impuestos por la razón, la justicia, ataque en forma directa o indirecta las leyes o el interés general. Habrá abuso siempre que los jueces entren a conocer sobre asuntos que no son justiciables, aquellos acerca de los cuales ninguna autoridad tenga competencia para pronunciarse o decidir. El abuso presupone la existencia de la jurisdicción, pero se ejercita abusivamente, extralimitándose, no solo conociendo del asunto en la parte que sí le corresponde a un Tribunal del Órgano Judicial, sino de otra anexa que corresponda a otra clase de jurisdicción.

8º) Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho; o error de hecho, si este resultare de documentos auténticos, públicos o privados reconocidos, o de la confesión cuando haya sido apreciada sin relación con otras pruebas.

Error es **el vehículo a través del cual se llega a una falsa apreciación** . “ Error es la falsa noción que se tiene de una cosa o de un hecho. Consiste por lo tanto, en ese estado intelectual en que la idea de la realidad se halla oscurecida y ocultada por una idea falsa<sup>39</sup>. El error se clasifica en error de derecho y error de hecho; el primero en el falso concepto que se tiene de la ley, y el segundo en el falso concepto que se tiene de una cosa o de un hecho.

En el caso que nos ocupa la palabra error es usada en sentido restringido, ya que la palabra error viene a ser como el género de los motivos de casación en el cual tiene un sentido amplio, cuando recae sobre la apreciación que de las pruebas hace el juzgador. Al apreciar esas pruebas puede haberse producido error, tanto de derecho como de hecho, y por esta equivocación puede atacarse la sentencia mediante este recurso.

### **Error de derecho**

**El error de derecho lleva intrínseca una trasgresión a normas legales regulatorias de la prueba; y se produce al apreciar las pruebas, esto es, al estimar el valor o merito que conforme a la ley tienen, en una palabra, al valorarlas.**

---

<sup>39</sup> Claro Solar, L. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Vol. V de la edición facsimilar, Tomo X , editorial jurídica de Chile, 1979, Pág. 139

Para apreciar las pruebas el juzgador debe considerar, en primer lugar, su pertinencia y la forma en que han sido allegadas al proceso, pues no hacen fe las que no se han producido en el término probatorio, excepto los casos expresamente determinados por la ley; sin citación de la parte contraria que podrá constituir un quebrantamiento de forma); ni rendido ante el juez que conoce de la causa o por su requisitoria; luego, si hace o no hace fe por otros motivos. Darle valor a la prueba que no hace fe, el que sea según la tarifa legal establecida, con excepción de la recibida sin la citación debida, constituye un error de derecho en su apreciación, atacable en casación.

Cuando la prueba ha sido legalmente producida y hace fe, el juzgador debe darle el valor que la ley le asigna, si se le asigna un valor diferente, ya sea en mas o en menos, habrá error de derecho en la apreciación de esa prueba, con infracción del precepto valorativo correspondiente. Este error puede darse no solo respecto a una prueba en especial, sino cuando toda la prueba vertida no se aprecia en conjunto, caso en que puede desatenderse la escala de preferencia de la prueba, o las reglas sobre presunciones y unión de semiplenas pruebas.

El haber dado a una prueba un valor distinto al que la ley le asigna, puede deberse no solo a una simple inobservancia de la tarifa legal, sino a haber considerado equivocadamente que con un determinado medio probatorio no se establecieron los hechos que trataba de probar, en estos casos se comete error de derecho.

La jurisprudencia sostiene que la causal de casación de error de derecho en la apreciación de la prueba, se produce cuando el juzgador aprecia incorrectamente una prueba, dándole un valor distinto al que le asigna la ley,

negándole todo valor, desestimando una prueba producida, aplicando incorrectamente el sistema preferencial de prueba que establece la legislación procesal, o cuando la apreciación de la prueba efectuada por el juzgador ha sido arbitraria, abusiva o absurda.

Los principales sistemas para valorar la prueba son el de la prueba tasada, en el que es la ley la que de antemano el asigna el valor a cada medio probatorio de los que ella admite; y el de sana crítica, por el que el juzgador forma libremente su convicción, pero racionalmente, excepto en aquellas clases de prueba que no la admiten, como las técnicas y científicas. El error de derecho en la apreciación de la prueba está relacionada con la prueba tasada, sin embargo, reconocidos autores sostienen que excepcionalmente también puede prosperar un recurso de casación al amparo de este motivo cuando el sistema de valoración de pruebas establecido es la sana crítica, especialmente en el caso de la prueba testifical.

### **Error de hecho**

El error de hecho en la apreciación de la prueba proviene de actitudes fácticas del juzgador al tergiversar, al mutilar las pruebas a que se refiere la ley; es decir, que no implica una violación a una norma legal sino que depende de una actitud fáctica del juez.

El error de hecho solo puede producirse en dos tipos de pruebas, de no haberse tomado en cuenta lo que aparece de algún documento auténtico, público o privado reconocido, o de que una confesión fue apreciada sin relacionarla con otras pruebas. En estos casos la resolución del juzgador puede ser atacada en casación.

El Código de Procedimientos Civiles divide los instrumentos en públicos, autenticos y privados. Los instrumentos públicos son los extendidos por personas autorizadas para ejercer el notariado, y estos son: la escritura matriz, escritura pública o testimonio y actas notariales. Son auténticos los extendidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones y los demás que enumera el Art. 260 de ese Código. Y son privados los escritos por particulares sin intervención de notario ni de otro funcionario; los instrumentos privados, al ser reconocidos por cualquiera de las formas que indica la ley, adquiere el valor de instrumento público. El error de hecho solo puede alegarse en casación cuando resulta de esos documentos auténticos que se han mencionado, los públicos, en donde quedan comprendidos los que se otorgan ante notario y los que el Código de Procedimientos Civiles menciona con el nombre específico de “auténticos”, y los privados reconocidos.

La confesión es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma, sobre la verdad de un hecho. El recurso de casación, también puede fundarse el motivo de error de hecho, si dicho error resulta de una confesión que fue apreciada sin relación con otras pruebas.

Es importante hacer notar que la jurisprudencia extranjera sostiene que los tribunales de instancia son libres y soberanos en la apreciación de la prueba, pero cuando esa apreciación se ha hecho en conjunto, por que se han dejado fuera alguna que consista en documentos o actos auténticos, que desvirtúan la apreciación hecha con base en las otras pruebas, la sentencia puede atacarse en casación por este motivo<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Romero Carillo, Roberto. Normativa de Casación. 2ª Edición, Centro de Información Jurídica. Pág. 125-167.



### **3.3.2 ERROR IN-PROCEDENDO**

La Ley de Casación se refiere a este error en la frase que determina “Quebrantamiento de alguna de las formas esenciales de juicio”, Art. 2 Lit. b) y Art. 4 en el cual se establece que tendrá lugar la interposición del recurso de casación por las causas siguientes:

1º) Por falta de emplazamiento para contestar la demanda o para comparecer en segunda instancia.

Entendiéndose por emplazamiento, según el Código de Procedimientos Civiles Art. 205. “el llamamiento que hace el juez al demandado para que comparezca a manifestar su defensa”

Este ordinal da lugar a ciertas confusiones, como es el caso en que la misma ley reglamenta el modo de proceder en el juicio ordinario al decir que el juez corra traslado de ella al demandado y en el caso que este estuviera ausente, establece la misma ley que se concederá en el término designado; aclarándose que el día de la notificación no se cuenta en el término fijado para los emplazamientos, si no fuera que la ley dispusiera otra cosa. Si el demandado no llegase a contestar la demanda en el término correspondiente al plazo establecido según el procedimiento que se esté siguiendo, se tiene por legalmente contestada la demanda para proceder en rebeldía.

De lo anterior podemos concluir y hacer ver la diferencia existente entre lo que entendemos por emplazamiento, citación y correr traslado, puesto que cuando una persona está presente, es decir, que se encuentra en el lugar del

---

juicio es que concurre esta figura. Para que conteste la demanda o comparezca a presenciar la rendición de la prueba respectiva; por su parte la figura del emplazamiento concurre cuando el demandado esta ausente, puesto que en este caso el emplazamiento es el término que da el juez, además del que concede la ley para contestar la demanda, según la clase de juicio de que se trate.

Teniendo en cuenta que la falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda producen nulidad. La falta de citación o emplazamiento no solo es el resultado de que estos se hayan omitido, sino que también, resulta de que al verificarlos no se cumplieron los requisitos que la ley exige para su validez.

En el caso de la interposición del recurso ordinario de apelación, es el tribunal inferior que tiene el deber de emplazar a las partes para que estas comparezcan a mostrarse parte al tribunal de la alzada, es decir, a la Cámara de segunda instancia respectiva, y la misma obligación le concurre a estos en caso de que exista recurso de súplica. Diferente es lo que ocurre con el recurso de casación, pues no existe el requisito de mostrarse parte ante el tribunal superior, debido a su especial naturaleza, en el que el escrito de interposición se tiene como demanda contra la sentencia impugnada.

Si el emplazamiento, tanto para contestar la demanda como para comparecer en segunda instancia, no se verifica la sentencia puede atacarse en casación por quebrantamiento de forma.

2º) Por incompetencia de jurisdicción no prorrogada legalmente.

La frase “incompetencia de jurisdicción” ha sido criticada por los doctrinadores españoles, por pecar de impropiedad, ya que mezcla la incompetencia con la jurisdicción, que son cosas que no deben confundirse. Al decirse de esa forma, suscita la idea de que se refiere a que un tribunal no puede conocer de determinado asunto por que le falta jurisdicción, lo que es inexacto.

La competencia es la distribución de la jurisdicción entre los diferentes tribunales, por tanto, concurre la incompetencia de jurisdicción en los casos en los cuales no exista una debida distribución de la jurisdicción en los tribunales, esto en atención a la porción que de esta le corresponda y según los factores que la fijan como son: la competencia en razón de la materia, cuantía, territorio, conexión, jerarquía, o por la calidad de las personas.

En todos los casos en que concurren los supuestos de incompetencia, es procedente el recurso por quebrantamiento de forma, y para que sea admisible, debe previamente, durante el proceso, haberse reclamado la subsanación de la falta, oponiendo la excepción correspondiente, o reargüida la inhibitoria o la declinatoria de que el juez ha hecho uso.

3º) Por falta de personalidad en el litigante o en quien lo haya representado.

Persona es todo ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones; por tanto, la falta de esa capacidad se traduce en falta de personalidad. Se le llama capacidad de goce, a la capacidad para ser titular de derechos, para adquirirlos; pero como todo el que es titular de derechos tiene necesidad de

ejercitarlos, en ese sentido, la ley distingue entre quienes pueden hacerlo por sí mismo, y sin la autorización de otro, y los que no pueden hacerlo sin esa autorización. De los primeros se dice que tienen capacidad de ejercicio o de obrar; no así de los segundos.

No pueden ser sujetos de relación procesal los que no tienen capacidad de ejercicio, es decir, no pueden intervenir por si mismos en juicio, ni como actores ni como reos, por carecer de esa capacidad, que “es el poder jurídico que otorgan las leyes a determinados entes de derecho para que ejerciten la acción procesal ante los tribunales”.

Un requisito indispensable para la correcta formación de la relación procesal es la capacidad para comparecer en juicio por si mismo, incluida en la capacidad de ejercicio. Es en ese sentido que se refiere el artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles al decir que el actor y el reo deben ser personas capaces de obligarse, y que por consiguiente no pueden ser actores ni reos por sí, en causas civiles, los privados jurídicamente de la administración de sus bienes por demencia u otra causa legal, como sería la sordomudez, quien no puede darse a entender por escrito o la declaración de concurso o quiebra.

Falta de personalidad en el litigante, no consiste en la falta de interés para entablar determinada acción, ni en que el demandante no sea en realidad el titular de la pretensión que esta haciendo valer, o en que el demandado no sea el legítimo contradictor, sino que esta tiene lugar cuando las partes que

actúan por su propio derecho no tienen capacidad procesal para hacerlo, o si actúan en representación de otro ente jurídico, no la poseen efectivamente.

También es motivo de casación por quebrantamiento de forma, la falta de personalidad en quien haya representado al litigante, es decir, en quien haya actuado como parte formal representando a una de las partes de la relación jurídica sustancial o partes materiales. Esta falta de personalidad en quien ha intervenido en el proceso en nombre de otro, consiste en la falta de poder para representar, en no tener la facultad de actuar en juicio en nombre y representación de otro que se ha ostentado en el proceso; a ello se le suele llamar falta de personería. Algunos ejemplos de ello son un procurador sin poder o con un poder defectuoso, un padre o madre que ha actuado en nombre de su hijo que ya no está bajo su patria potestad, etc.

4º) Falta de recepción a prueba en cualquiera de las instancias.

La falta de recepción a prueba en las causas de hecho o en los juicios en que la ley lo requiere expresamente, produce nulidad relativa, la cual se puede subsanar en el curso de la instancia, mediante el reclamo correspondiente o la iniciativa del tribunal. De lo contrario, podrá alegarse en casación, con base a este motivo.

La recepción de pruebas en segunda instancia varía, ya que para recibir una causa a prueba tiene que pedirse en legal forma y sobre los casos expresamente permitidos por la ley, estos son: cuando las partes quieran ampliar sus peticiones en lo accesorio y alegar nuevas excepciones y probarlas; cuando promuevan el incidente de falsedad o verificación de escrituras presentados en dicha instancia; para probar hechos que propuestos en primera

instancia no fueron admitidos; y para examinar los testigos, que habiendo sido designados nominalmente en el interrogatorio, no fueron examinados en primera instancia, por enfermedad, ausencia u otro motivo independiente de la voluntad de la parte. La petición solo puede hacerse en el tiempo concedido para expresar o contestar agravios, esto es dentro de seis días que la ley concede para tales actos, o al promoverse los incidentes de falsedad o verificación de escrituras presentadas en la instancia.

Habrá lugar al recurso de casación, en primer lugar, en todos los casos en que imperativamente de abrirse o recibirse la causa a prueba en primera instancia, y en segundo lugar, en segunda instancia cuando la petición se ha hecho en legal forma y se trate de los casos previstos, y tal recepción no se verifique o es denegada indebidamente.

5º) Por denegación de prueba legalmente admisibles.

Prueba, según el Código de Procedimientos Civiles, es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido. Un requisito para que las pruebas sean admisibles es el de ser pertinentes, esto es, concernientes al hecho que se pretende establecer. Por su parte, una prueba es impertinente cuando de antemano se sabe que no contribuirá al esclarecimiento del asunto, o cuando por disposición de la ley no es admisible en determinados casos, por ejemplo, no será admisible cualquier otra prueba que no sea un instrumento público en los actos y contratos en que la ley requiera esta solemnidad.

Por tanto, si se deniega una prueba pertinente y legalmente admisible, se habrá producido un quebrantamiento de las formas esenciales de juicio, y la

sentencia podrá impugnarse en casación, si es de las que admiten este recurso; y siempre y cuando la falta de esa prueba haya producido perjuicios al derecho o defensa de la parte que lo solicitó.

Es importante señalar que para que una prueba sea admisible, además de ser pertinente al hecho que se pretende probar, debe producirse en el término probatorio, con las formalidades de ley, a excepción de los casos que se permite producir fuera de dicho término.

El juez puede acordar la prueba pericial y la inspección personal de oficio en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuyan al esclarecimiento de la verdad. También hay pruebas que la ley permite se practiquen a petición de parte fuera de dicho término, como es la de posiciones y el juramento decisorio, en cuyos casos, si son pertinentes el juez está obligado a practicarlas en cualquier tiempo que fueren pedidas, pero si se deniegan y ello produce perjuicios al derecho o defensa de la parte que las solicitó habrá lugar al recurso.

6º) Por falta de citación para alguna diligencia de prueba.

Las pruebas se deben producir con citación de la parte contraria. La falta de citación para los actos en que la ley lo requiere expresamente, producen nulidad respecto a la parte que no ha sido citada; esto es aplicable a la prueba testimonial, ya que la ley prescribe bajo pena de nulidad la citación de la parte contraria para recibirla.

La falta de citación para recibir cualquier prueba, puede constituir este motivo de casación en la forma, esté o no penada con nulidad, siempre que haya causado perjuicio al derecho o defensa de la persona a favor de quien se

establece, como cuando se trata de la prueba testimonial, pericial y la inspección personal, puesto que en todas ellas, si no se cita a las partes se priva del derecho de hacer preguntas a los testigos, y de hacer observaciones a los peritos y al juez, que de haberlas hecho podrían haber inclinado al juez a resolver en forma diferente a lo resuelto.

El tribunal de casación será el que calificará si con la falta de citación se ha causado perjuicio al derecho o defensa de la parte no citada.

7º) Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación.

Cuando se interpone un recurso de apelación, la procedencia del mismo es estudiada primeramente por el juez de la causa y después por el tribunal superior correspondiente. El juez debe comparar su resolución con las que la ley declara apelables, y si encuentra que está comprendida entre ellas, admite el recurso, y si contrastan, lo declara sin lugar. Si la apelación es admitida queda suspensa parcialmente o del todo, según la extensión de la admisión, la jurisdicción del juez, y los autos son remitidos, previo emplazamiento de las partes, al tribunal de la alzada, el que está facultado para hacer un segundo examen de la procedencia del recurso. En caso de encontrar que la apelación fue debidamente admitida, le da el trámite correspondiente; de no encontrarla legal puede declararla improcedente; y si habiéndole dado el trámite legal, juzga posteriormente que la admisión fue indebida, tiene facultad para declararlo así en cualquier estado de la causa antes de la sentencia. En estos casos la denegación es de oficio.



Si el juez niega la apelación queda expedita su jurisdicción aunque su providencia no sea arreglada a la ley, y el apelante puede presentarse al tribunal superior dentro de tres días contados desde el siguiente al de la notificación de la denegativa, mas el término de la distancia, pidiendo que se le admita el recurso. Si el tribunal superior considera que la apelación fue indebidamente denegada por el juez la admite, por el contrario, si está de acuerdo con el criterio de aquel, declara ilegal la alzada. Ene este caso la denegativa es el resultado de un recurso de hecho.

En los casos en que el tribunal de segunda instancia declare improcedente la apelación de oficio o por virtud de un recurso de hecho, si a juicio del apelante esa declaración fue indebida puede recurrir en casación; y el recurso es procedente independientemente de que la sentencia que haya de pronunciarse en segunda instancia sea casable o no, por que solo tiene por finalidad que el asunto sea visto por el tribunal de la alzada.

En relación con este motivo del recurso por quebrantamiento de forma, es de mucho interés el caso de la apelación de tercero que la ley concede en el Art. 982 Pr. Según el cual, el derecho de apelar no solo corresponde a las partes, sino a cualquier interesado en la causa, aquel a quien la sentencia perjudique o aproveche, aunque no haya intervenido en el juicio. Este caso de apelación tiene un procedimiento especial, puesto que el recurso le está siendo concedido a un extraño al proceso, y esto modifica la actuación del tribunal superior.

El tercero deberá pedir al juez que se le notifique la sentencia, con la finalidad de apelar de ella, comprobándole cual es el perjuicio, o provecho, que la sentencia le causa y en cual consiste su interés, que debe ser actual y no un

perjuicio que se pueda presentar eventualmente. Si el juez considera probado el perjuicio que le causa al tercero, ordena la notificación de la sentencia, y el interesado debe interponer el recurso dentro de tres días contados desde el siguiente al de la notificación respectiva. Verificada la notificación, el juez queda obligado a admitir el recurso.

El tribunal de la alzada podrá declarar improcedente la apelación únicamente fundamentado en que la resolución de que apeló no admite tal recurso. En este caso el tercero tiene el derecho de interponer el recurso de casación. El recurso de casación no puede ser interpuesto por quien no ha sido parte en segunda instancia, aunque la sentencia pronunciada en esta perjudique o aproveche.

8º) Por haber concurrido a dictar sentencia uno o mas jueces cuya recusación, fundada en causa legal e intentada en tiempo y forma, hubiese sido declarada con lugar o se hubiese denegado siendo procedente.

Cuando existe sospecha que un funcionario judicial no procederá justa o legalmente, la ley proporciona un recurso para que aquel sea removido del conocimiento de la causa.

Son varios los funcionarios que pueden ser recusados, pero en este caso solo interesa la de los jueces. Específicamente la recusación de los jueces de Primera Instancia y las de los Magistrados de las Cámaras de segunda Instancia y de la Corte Suprema de Justicia y, además, de los árbitros arbitradores.

Las causas de recusación se encuentran taxativamente enumeradas en el Art. 1157 Pr., y la misma ley señala el tiempo y la forma en que debe hacerse la recusación.

La recusación de los jueces de primera instancia se hace ante ellos mismos, quienes deben remitir el escrito que la contenga a la Cámara de segunda Instancia correspondiente, citando al recusante para que dentro del termino de la distancia y tres días mas acuda ante dicha Cámara a hacer uso de su derecho; la recusación de los Magistrados de las Cámaras de segunda Instancia, conforme a la Ley Orgánica Judicial, se hace ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia; y la de los Magistrados de ésta, ante la Corte en Pleno.

Si concurre a dictar sentencia un juez o magistrado separado del conocimiento del asunto por recusación, esto es, la autoriza con su firma, esa sentencia puede ser impugnada en casación. Lo mismo si concurre a dictar sentencia el Juez Magistrado cuya recusación fue denegada siendo procedente.

9º) Por no estar autorizada la sentencia en legal forma.

Este motivo solo es aplicable a los tribunales colegiados, a cuyos miembros se les llama genéricamente jueces; así los denomina nuestra ley en el Art. 428 Pr., debiéndose entender que se refiere a los Magistrados o individuos de estos tribunales.

Según el Código de Procedimientos civiles, los jueces firmaran con media firma las sentencias interlocutorias, decretos de sustanciación y demás diligencias de los juicios, y con firma entera las sentencias definitivas. Los tribunales superiores deben autorizar las sentencias definitivas con la firma entera de los jueces, no expresando la ley como deberán firmar las sentencias interlocutorias; en la práctica lo hacen con media firma, lo que resulta legal por

que la ley no se expresa al respecto. Si se contravienen estas disposiciones imperativas, la sentencia no esta autorizada en forma legal en cuanto a ellos concierne.

También es necesario que, además de la firma o de la media firma (según los casos) del Juez o Magistrados para autorizar la sentencia, esta sea autorizada por el correspondiente secretario poniendo su firma a continuación de la del Juez o Magistrados, bajo la formula que indica la ley. Sin la firma de este funcionario judicial en la sentencia, tampoco está autorizada en legal forma.

Para dictar sentencia definitiva o interlocutoria en las Cámaras de Segunda instancia, se necesita la conformidad de sus dos Magistrados; en los casos de discordia, las sentencias deben ser firmadas por todos los que hubieren tomado parte en la deliberación del asunto, aún por el Magistrado que hubiere disentido ( consignado a continuación su voto razonado). Si en este caso no se cumplen estas prescripciones, habrá lugar al recurso de casación<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Romero Carillo, Roberto. Ob. Cit. Pág. 169 -188.

**CAPITULO IV.**  
**EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA . ANÁLISIS**  
**DOCTRINARIO Y LEGAL**

**4.1 ESTRUCTURA PROCESAL DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL**

El artículo preliminar de la Ley de Casación (1953) determina la competencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, para conocer de los recursos de casación en materia Civil, mercantil y laboral; al mismo cabe añadirle la materia de familia, conforme a la reforma operada en el Art. 54 de la Ley Orgánica Judicial, con la creación de la competencia especializada en asuntos de familia, en 1994.

En materia de recursos, el Art. 147 de la Ley Procesal de Familia establece que “ contra las resoluciones que se dicten proceden los recursos de revocatoria y apelación, conforme lo previsto en esta ley.---- También procederá el recurso de casación el cual se interpondrá y tramitará conforme a las reglas de la casación civil”. La referida disposición regula la procedencia del recurso extraordinario de casación; sin embargo la remisión genérica a la Ley de Casación ha sido atemperada por la Sala de lo Civil, en virtud de la distinta naturaleza y finalidad del proceso de familia, con relación al tradicional proceso civil.

Coadyuva a esa posición, la cláusula de aplicación supletoria contenida en el Art. 218 L. Pr. F. Que prevé: “ En todo lo que no estuviere expresamente regulado en la presente Ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de

las leyes especiales referentes a la familia y las del Código de Procedimientos Civiles, siempre que no se opongan a la naturaleza y finalidad de esta Ley”

En los juicios de familia, por los principios procesales ahí comprometidos, el plazo para interponer el recurso de casación no se suspende en virtud de la revocatoria solicitada con anterioridad e incluso, el recurrente bien puede concentrar en una misma actividad procesal los recursos de revocatoria y subsidiariamente el de casación, así se ha resuelto recientemente por la sala<sup>42</sup>.

Es por ello que se hace necesario dar un vistazo a la estructura procesal del recurso de casación civil, ya que con base a este se resuelve el recurso de casación en materia de familia, sujetándose a los mismos procedimientos y requisitos para la admisión del recurso.

#### **4.1.1 INTERPOSICIÓN DEL RECURSO**

##### **a. REQUISITOS DE FORMA**

###### **Plazo**

El recurso de casación debe Interponerse dentro del término fatal de quince días hábiles que se cuentan desde el día siguiente al de la interposición respectiva (Art. 8 Ley de Casación)

Los plazos legales son unos fatales y otros perentorios. Los fatales son aquellos que no pueden prorrogarse por ningún motivo; y los perentorios son los que una vez finalizados caducan o se extinguen de pleno derecho sin que para ello sea necesario la actividad de las partes ni decisión judicial; vencido un plazo perentorio sin que la parte interesada haya hecho uso de el, no hay

---

<sup>42</sup> Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, *in re* 1614 Ca. Fam. S.S., del 17/7/2003

necesidad de acusarle de rebeldía para hacer precluir esa fase del procedimiento.

Por la característica de fatalidad que la ley ha dado al plazo que concede para interponer casación, dicho plazo es improrrogable.

### **Tribunal ante quien se interpone**

La interposición del recurso debe hacerse ante el tribunal que dictó la sentencia de la cual se recurre. Esto significa que a ese tribunal deberá ir dirigido el escrito; la intervención del tribunal que pronunció la resolución se limita a recibir el escrito y remitirlo con noticia de partes dentro del tercer día, junto con las copias y autos, al tribunal de casación.

### **Firma de abogado**

El escrito de interposición del recurso debe ser firmado por abogado, así lo exige el inc. 2º del Art. 10 de la Ley de Casación, exigencia que fue justificada en la exposición de motivos así: “ ...por que la obligación de una dirección técnica es esencial en esta clase de recursos de estricto derecho, donde un pequeño error puede perjudicar gravemente los intereses de la justicia y los intereses de los litigantes. Y para evitar los abusos posibles se ha mantenido el principio de responsabilizar al técnico, que en caso de improcedencia será condenado en las costas causas a la contraria”. La falta de firma de abogado director produce la inadmisibilidad del recurso.

### **Copias**

Otra exigencia formal de la ley para que el recurso sea admitido, es la de que el escrito se acompañará de tantas copias del mismo, en papel simple,

como partes hayan intervenido en el proceso, más una. Una copia es la reproducción de un escrito, pero los Tribunales de Casación exigen que esas reproducciones del escrito también sean firmadas por el recurrente y por el abogado director, y siempre selladas por este. Actualmente, cuando no se presenta el número de copias exigidas por la ley, se previene al recurrente que la complete, para lo cual tiene un plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva, y si no cumple, es la Secretaría de la Sala la que suministrará las que faltan, pero al dictar su resolución final condenará al desobediente a pagar una multa de quinientos colones ( Art. 12 Ley de Casación).

#### **b. REQUISITOS DE FONDO**

En la interposición del recurso también deben cumplirse los requisitos o elementos de fondo, la falta de algunos de ello, aunque el recurso sea procedente y se hayan cumplido los de forma, dará lugar a la inadmisibilidad de aquel. De modo que el Tribunal de Casación, en su examen, procede primero a determinar si el recurso es procedente o no; si lo es, pasa a examinar los requisitos de forma, y por último si estos se han llenado, se dedica a verificar los de fondo.

Conforme al artículo 10, estos requisitos son: a) el motivo en que se funde; b) el precepto que se considere infringido; y c) el concepto en que lo haya sido.

#### **El motivo en que debe fundarse**



En lo que respecta a este requisito debe tenerse un especial cuidado para no caer en confusión, debido a que el artículo 2 la Ley de Casación expresa: “Deberá fundarse el recurso de casación en algunas de las causas siguientes” y menciona los siguientes: a) Infracción de ley o de doctrina legal; b) Quebrantamiento de algunas de las formas esenciales de juicio; c) Haber dictado la sentencia los amigables compondores fuera del término señalado en el compromiso, o resuelto puntos no sometidos a su decisión.

Si se toma en cuenta lo que se expresa en los artículos 2 y 10, en donde en el último artículo se exige que en el escrito se exprese el motivo en que se funda el recurso, es lógico que se entienda que el recurso debe fundarse en las causas que se establecen en el Art. 2 de la referida ley, pero realmente los motivos a que se refiere el Art. 10, son los vicios o errores de que puede adolecer la sentencia: error in judicando y error in procedendo, los primeros que dan lugar al recurso de fondo y los segundos a un recurso de forma.

Se puede resumir diciendo, que al referirse nuestra Ley de Casación al motivo en que debe fundarse está haciendo referencia a los artículos 3 y 4 de la misma.

### **El precepto que se considere infringido**

Al hablar de precepto que se considera infringido, se hace referencia a la indicación del artículo o disposición legal, sustantiva o procedimental, según la clase de recurso que se interpone, que ha sido controvertida. Por cualquier motivo que se ataque la sentencia hay que expresar el precepto o preceptos que se consideren infringidos o quebrantados.

Cuando se invocan varios motivos, la cita de los preceptos infringidos debe hacerse en relación con cada uno de aquellos, no globalmente. La jurisprudencia sostiene que para que un recurso sea admisible, se requiere que cuando fueren varios los motivos invocados y se citen varios preceptos legales infringidos se relaciona separadamente cada uno de los vicios con la correspondiente norma que se considere vulnerada ( Revista Judicial de 16, Pág. 299)

### **El concepto en que ha sido infringido**

No se trata de dar el concepto de la infracción que se invoca como motivo, lo que interesa saber, por ejemplo, por que afirma el recurrente que el precepto que ha citado como infringido fue interpretado erróneamente, es decir, que el impetrante explique como entiende que se ha producido la infracción, el por que de ella, cual es la idea que se tiene de cómo se cometió la infracción.

Al expresar el concepto en que fue infringida la ley o doctrina legal, además de hacerlo con claridad, aquel debe guardar la necesaria armonía con el motivo alegado; si no existe tal correspondencia, resultará que no se ha cumplido este requisito.

Cuando se alegan varios motivos como fundamento del recurso, hay que dar un concepto separado por cada uno de ellos.

### **4.1.2 ADMISIÓN**

#### **Análisis del escrito**

Al recibir el escrito de interposición del recurso, que junto con las copias y autos le remite la Cámara de Segunda Instancia, o los amigables

componedores, el Tribunal de casación debe revisarlo a fin de constatar, primero, si la resolución de la que se ha recurrido es de los que conforme al Art. 1 de la Ley admiten impugnación extraordinaria; luego si dicho escrito llena los requisitos formales generales que aquella exige y los especiales que en determinados casos requiere; y por último si también cumple con los requisitos de fondo.

### **Admisión o rechazo**

Si el escrito de interposición del recurso llena todos los requisitos exigidos por la ley de la materia y la resolución impugnada es de aquellas contra las que tiene lugar, el Tribunal de Casación lo admite, y en el mismo auto de admisión ordena que pase el proceso a la secretaria, para que las partes presenten sus alegatos dentro del término de ocho días, contados desde el siguiente al de la última notificación.

En el alegato el recurrente puede ampliar las razones que haya dado en el escrito de interposición, y dar las explicaciones que crea convenientes para la mejor inteligencia de lo ocurrido.

El auto de admisión puede presentar variantes. Si la sentencia ha sido impugnada tanto por motivos de fondo como de forma, cuando ello es legalmente posible, el Tribunal puede admitirlo por ambos, solo por los de fondo o solo por los de forma; si se han alegado varios motivos, ya sean de fondo o de forma, puede admitirlos por todos o uno o algunos de ellos, dentro de su respectiva clase.

La parte contraria puede mostrarse parte y presentar su alegato en el término correspondiente, o no hacerlo, a su arbitrio. La ley no le impone la

obligación de mostrarse parte, puesto que no ha previsto el emplazamiento de las partes para que concurran al tribunal de casación, ni le niega el derecho de hacerlo.

Si el recurso es rechazado, ya sea por improcedente o por inadmisibles, esta resolución le pone fin al procedimiento, produciéndose el efecto de quedar ejecutoriada o firme la sentencia de la que se recurrió, ejecutoriedad que estaba en suspenso por la interposición del recurso, y se devuelven los autos al tribunal de origen, para que este expida la ejecutoria de ley. En la misma resolución de rechazo se condena al recurrente a los daños y perjuicios a que hubiere lugar, y al abogado que firmó el escrito en las costas del recurso.

#### **4.1.3 SENTENCIA**

Los tribunales de casación solo pueden resolver en la sentencia: o casar la resolución impugnada o declarar sin lugar la casación. En el primer caso no hay condenaciones accesorias por el recurso; pero si la casación es declarada sin lugar, tiene cabida las mismas condenaciones que en los casos de improcedencia e inadmisibilidad.

Vencido el término de ocho días que la ley concede para la presentación de alegatos el asunto queda en estado de pronunciar sentencia, la que debe dictar el Tribunal de Casación dentro de quince días.

#### **La sentencia en los Motivos de fondo**

Si la sentencia recurrida es casada, el tribunal debe pronunciar la que fuere legal, en sustitución de la anulada. Para pronunciar la nueva sentencia, aquel debe basarse en la misma prueba o material de hecho que sirvió al de

segunda instancia para dictar la suya, ya que en casación no se admite la aportación de pruebas de ninguna clase.

En ese momento el Tribunal de Casación asume las atribuciones de un tribunal de instancia, puesto que no solo anula la sentencia impugnada sino que resuelve sobre el fondo del asunto; por consiguiente esta es la sentencia que caua ejecutoria, y la causa sin necesidad de declaración expresa del tribunal, al ser notificada.

Existe una excepción con relación al motivo de fondo consistente en exceso de jurisdicción por razón de materia, a que se refiere el Art. 1 de la Ley; en este caso el Tribunal de Casación se limita a declarar la nulidad, sin pronunciar sentencia de fondo en sustitución de la anulada.

Si el tribunal declara no haber lugar a la casación, no confirma la sentencia impugnada, sino que esta queda ejecutoriada y en su caso pasada en autoridad de cosa juzgada.

Que el Tribunal de Casación, al casar la sentencia impugnada, la función de tribunal de instancia, pronunciando nueva sentencia, no es un sistema generalmente aceptado; por el contrario, se le acusa de desnaturalizar la función de dicho tribunal.

### **La sentencia en los motivos por quebrantamiento de forma**

Cuando la sentencia se casa por haber quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio, se manda reponer el proceso desde el primer acto válido, conforme al Art. 1 de la Ley.

En caso de una nulidad de procedimiento, el proceso es nulo *desde que* se cometió la nulidad, desde ahí en adelante es nulo; atrás pueden haber varios

actos válidos, desde el primero hasta el último válido. Entonces reponer el proceso desde el primer acto válido reponer todos los que le siguen que también son válidos, y seguir reponiendo los que si son inválidos, lo cual es un contrasentido, aunque no es eso lo que se ha querido decir. Lo cierto es que hay un último acto válido, por lo que la reposición tiene que ser desde el último acto válido, excluido éste. Es decir desde la diligencia nula para adelante, no para atrás.

Cuando el motivo alegado y por el cual se casa la sentencia es el de incompetencia de jurisdicción no prorrogada legalmente, no es una simple reposición de lo actuado lo que se debe ordenar; hay que remitir el proceso al tribunal ante quien el asunto debió ser presentado, para que este instruya la demanda.

Uno de los quebrantamientos de forma que con más frecuencia ocurre, es el haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación, de oficio o por virtud de un recurso de hecho; si este es el motivo que ha dado lugar al recurso y tal sentencia interlocutoria que le puso fin al proceso haciendo imposible su continuación, es casada, no hay nada que reponer, por que en este caso no ha habido nulidad de procedimiento y lo que el Tribunal de Casación ordena es que se admita la apelación.

Quien repone el proceso, cuando procede, y pronuncia la nueva sentencia, es el tribunal correspondiente, que no siempre es el que pronunció la que fue casada.

### **La sentencia en los recursos de fondo y de forma**

Cuando la sentencia la afectan a la vez vicios de fondo y vicios de forma, el recurrente tiene que hacer uso, forzosamente, del principio procesal de la

eventualidad, también llamado de la preclusión, alegándolos en el mismo escrito, por que si primero impusiera el recurso por quebrantamiento de forma, y fracasara, ya abría precluido la oportunidad para interponerlo por motivos de fondo.

Si el tribunal admite el recurso por ambos motivos, debe pronunciarse primero sobre el quebrantamiento de forma, y si la sentencia no fuere anulada, conocerá sobre el recurso de fondo. Si procede la anulación por quebrantamiento de forma, no debe entrar a conocer del recurso de fondo.

La obligación impuesta al tribunal de pronunciarse primero sobre el quebrantamiento de forma se justifica, por que si la sentencia es anulada por este motivo, el proceso tendrá que ser repuesto, cuando el motivo de forma alegado da lugar a ello, y pronuncia una nueva sentencia, de la que podrá también interponerse el recurso por motivos de fondo<sup>43</sup>.

## **4.2 ANÁLISIS LEGAL DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA**

Toda investigación a realizarse sobre un fenómeno, situación o problemática, debe fundamentarse no solo en un conocimiento bibliográfico, sino también en una investigación empírica o practica que nos va a determinar la veracidad del objeto de la investigación; razón por la cual nuestra investigación no se aparta del campo empírico para comprobar los objetivos e hipótesis planteadas en nuestro tema de investigación, para lo cual fue necesario hacer uso de las entrevistas a magistrados de la Sala de lo Civil de la

---

<sup>43</sup> Romero Carillo, Roberto. Ob. Cit. Pág. 189 y sig.

Corte Suprema de Justicia, así como también al Coordinador del área de familia, al Coordinador de Colaboradores Jurídicos y al Secretario, todos los anteriormente mencionados pertenecientes a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a los resultados obtenidos de la investigación de campo sobre el tema “**EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA ANÁLISIS DOCTRINARIO Y LEGAL**” se a sistematizado para un mejor entendimiento de la forma siguiente.

#### **4.2.1 LA SANA CRITICA**

##### **Sana critica como sistema de valoración.**

Este sistemas constituye aquella valoración en la que el juez aprecia las pruebas basado en principios lógicos y máximas de la experiencia, que se entrelazan al momento en que se pone en juego el libre raciocinio, que no tiene mas obstáculos que demostrar ese sometimiento a dichas normas mediante la motivación de la decisión judicial.

Y es así como este sistema se fundamenta en un correcto raciocinio para elaborar la decisión y esta debe ser explicada en la resolución describiendo o enumerando las razones que tubo para tener por ciertos determinados hechos, por lo que es necesario, además, entrelazar estas máximas de la experiencia y los principios lógicos, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el mas certero y eficaz razonamiento. Para COUTURE “ las reglas de la Sana Critica son ante todo, las reglas del correcto



entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez.”<sup>44</sup>

Según el autor antes mencionado estas reglas tuvieron su origen histórico en el Art. 137 de la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1855, sobre apreciación de la prueba testimonial, pero sus redactores no la crearon, por que existía ya en el reglamento de los contencioso, ante el Consejo de Estado Especial, en donde por primera vez apareció en un estatuto procesal.<sup>45</sup>

La expresión Reglas de la Sana Critica paso luego a tener un significado como norma de valoración probatoria y no limitada a la prueba testimonial. Este es el origen de la denominación “ Sana Critica” que Couture utiliza para distinguir el sistema de la libre apreciación razonada, en oposición al de la Tarifa Legal y al de jurado de conciencia, que el llama libre convicción, en el sistema de libre apreciación, el juez debe orientar su criterio por las reglas de la lógica la sicología judicial, la experiencia y la equidad.

### **Función de la sana critica.**

En el sistema de la tarifa legal, se deja de lado la opinión que el Juez tenga sobre la verdad, y lo que interesa es el cumplimiento del orden establecido por el legislador, en cuanto a lo que es verdad y lo que no lo es; y cambio la Sana Critica cambia el papel del juez, puesto que en el sistema de la sana critica ello implica una eliminación del carácter social de la certeza como base de la armonía social.

---

<sup>44</sup> Campos Solórzano, Álvaro Henry.- La Sana Critica Como Criterio de Valoración de Prueba. Tesis, UCA. 1978. T 345.3 C 1985.

<sup>45</sup> Portillo, Joel Esau.- Teoría de la Prueba, Tesis Doctoral 1971, T.343.72 P. 768 t.

En se trata de recuperar la fe quizás perdida de muchos que veían con malos ojos las instituciones judiciales y las decisiones judiciales, puesto que el sistema de la tarifa legal el papel del Juez era un simple mediador entre el caso concreto y la decisión que por anticipado había tomado la ley. Es por tanto que se logra a través de la persuasión racional, abandonar el automatismo que mecaniza la acción valoradora del Juez.

Respecto a la sana crítica se pueden mencionar algunas ventajas y desventajas:

#### **Ventajas.**

- a) Este sistema liberaliza la función del Juez, acentuando su personalidad en el proceso, lo que implica una mayor flexibilidad en las actuaciones del Juez con el objeto de llegar al estado psicológico requerido y alcanzar la aprobación del conglomerado social.
- b) Evita el peligro de que se desvíe la justicia mediante la preparación de pruebas formalmente obligatorias, pero de contenido falso.
- c) Se producen mas decisiones judiciales que contienen las resoluciones certeza – verdad y certeza – convencimiento social.

#### **Desventajas.**

- a) no se puede encomendar a toda clase de jueces, si no que requiere funcionarios con nivel elevado de preparación y cultura.
- b) Las partes jamás pueden calcular con certeza absoluta el resultado que alcanzaran sus pruebas y no pueden prever con seguridad los medios, las

razones, ni el momento en que el Juez habrá alcanzado el convencimiento necesario para fallar.

**La sana critica como sistema de valoración de prueba en materia de familia ( específicamente en el recurso de casación. )**

Según lo establecido en el Artículo 56 de la Ley Procesal de Familia, “las pruebas se apreciarán por el Juez según las Reglas de la Sana Critica, sin perjuicio de la solemnidad instrumental que la ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.”<sup>46[</sup>

En materia de familia, en los casos en que se interpone Recurso de Casación, una vez que se ha verificado que el Recurso de Casación es admisible, previo a casar la Sentencia se entra a valorar la prueba conforme a las reglas de la Sana Critica, esto como regla general en atención a lo establecido en la disposición legal previamente citada, es decir que se hace una valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, mediante la cual el juzgador otorga a cada medio probatorio un determinado valor, así como al conjunto de ellos. Importando en esta labor judicial darse las razones que inducen a otorgar ese determinado valor probatorio, con finalidad de asegurar los derechos de proposición, defensa y contradicción de la prueba por las partes. Pero siempre existen excepciones a dicha regla, una de estas es cuando se entra a valorar prueba instrumental, como en los casos de la presentación de un instrumento publico, se valora

---

<sup>46[</sup>Vázquez López, Luis.- Tercera Edición, Ley Procesal de Familia.

conforme a las reglas de la Tarifa Legal, un claro ejemplo de este tipo de valoración como excepción es lo establecido en el Art. 196 Código de Familia.

#### **4.2.2 MOTIVOS ESPECIFICOS DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA.**

Para hablar de motivos en materia de familia, primeramente hay que hablar del recurso de apelación establecido en el Art. 153 Pr. F. El cual prescribe: “ El recurso de apelación procede contra las sentencias definitivas pronunciadas en primera instancia y contra las siguientes resoluciones: .....”. Por su parte el Art. 158 Pr. F. Expresa que “ Cuando el recurso se interpusiere de la sentencia definitiva deberá fundarse en la inobservancia o errónea aplicación un precepto legal.

Si el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente que se subsane la falta, excepto cuando se trate de vicios de la sentencia”

La inobservancia es el desconocimiento, falta de aplicación o desobediencia de la norma jurídica; dicha inobservancia debe versar sobre las normas generales y abstractas, que establecen derechos y obligaciones.

Del análisis del Art. 158 antes citado, se puede concluir que los motivos enunciados para que proceda el recurso de apelación en materia de familia son motivos para interponer el recurso de casación conforme a la Ley de Casación Art. 3 ordinal 2º.

La forma en que se ha regulado el recurso de apelación en el proceso de familia, da lugar a pensar que se da una Mini Casación. ya que el recurrente

está obligado a fundamentar el referido recurso en la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, entonces por exclusión se pensaría que estos motivos ya no se pueden volver a invocar como motivo de casación, por que ya se ha establecido expresamente, en la Ley Procesal de Familia, que es un motivo de apelación.

Por otra parte, nos podemos dar cuenta que el legislador decidió a última hora regular el recurso de casación en materia de familia y no se percató que como motivos de apelación se establecían motivos que son para el recurso de casación; por lo que se puede afirmar que en materia de familia el fundamento de la apelación no es el agravio en sentido genérico que causa al recurrente la sentencia dictada por el juez, como en materia civil, de conformidad con lo establecido en el Art. 980 Pr. C.: “Apelación o alzada es un recurso ordinario que la ley concede a todo litigante cuando crea haber recibido un agravio por la sentencia del juez inferior...”; sino, que el fundamento de la apelación en materia de familia es la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.

### **Motivos específicos del recurso de casación en materia de familia, conforme a los resultados obtenidos de las cédulas de entrevistas.**

Con relación a los motivos específicos del Recurso de Casación en materia de familia, manifiestan que la causa genérica invocada con mayor frecuencia es la infracción de ley y dentro de los motivos específicos la violación de ley y la interpretación errónea de ley.

Además, el proceso de familia se constituye o desarrolla de una forma oral por audiencias, es decir se constituye por un proceso mixto con predominio oral, por lo cual en el proceso de familia no encuadran todos los supuestos por

infracción de fondo o de forma, resultando estos insuficientes. Un claro ejemplo de ello el caso en el cual se haya omitido una audiencia; evidentemente, significara un quebrantamiento en las formas esenciales del juicio, pero no puede ser atacado por error in procedendo. Así mismo, el Art. 4 Ord. 7° de la Ley de Casación establece que se haya declarado indebidamente la procedencia de una apelación; sin embargo, nada dice al respecto a la inadmisibilidad de la alzada, cuando en el proceso de familia al tribunal de segunda instancia puede rechazar dicho recurso por falta de fundamentación conforme al Art. 158 L. Pr. F.

Por otra parte en lo que se refiere a lo motivos de fondo específicamente al fallo contrario a cosa juzgada regulado en el Art. 3 Ord. 6° de la Ley de Casación, es difícil que ocurra en el proceso de familia atento a que el Art. 45 de la L. Pr. F. Establece la improcedencia de la demanda cuando exista cosa juzgada, ya sea en la prosecución del proceso ( In Presiquendi Litis ) o bien In Limine o al inicio, el Juez de familia tiene amplias facultades para rechazar la demanda.

Así también el error de derecho en la apreciación de la prueba, suele invocarse como motivo de fondo. Cabe destacar que este vicio de la sentencia no recae directamente sobre la ley, de modo que tampoco puede imputarse su violación, si no en la apreciación que se hace de las pruebas con relación a las reglas legales de valoración, lo que en el proceso de familia se realiza a través de la Sana Critica.

En cuanto al error de hecho suele invocarse como motivo casacional con menor frecuencia. Significa fundamentalmente no tomar en cuenta una prueba donde realmente existe, o bien, considerar que existe prueba donde no, en tal caso, la situación se resuelve por omisión de la prueba.

Por ello tampoco se debe confundir cuando estamos en presencia de una denegación de prueba legalmente admisible, contemplado como un error en el procedimiento, según el Art. 4 Ord. 5° L. C. pero en tal situación deberán comprometerse los Art. 6 Letra “b”, 109, 153 Lit. “h” de la Ley Procesal de Familia, debiéndose reclamar oportunamente la subsanación de la falta conforme a los Artículos 158 Pr. Fm. Y 7 L. C.

#### **4.2.3 LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN MATERIA DE FAMILIA.**

Respecto a la Jurisdicción Voluntaria nos manifestaron que la Regulación del proceso voluntario se provee para supuesto en que aparentemente no exista conflicto, ello así, supone la existencia de un divorcio por mutuo consentimiento en el que solo habrá una audiencia, la de sentencia; el trámite de la Adopción que requiere la conformidad, consentimiento y en su caso el asentimiento, otorgadas en una sola audiencia también de sentencia; la tutela o proceso de incapacidad, en los que se resolverá rápidamente a favor del incapaz o pupilo; las diligencias de utilidad y necesidad que requieren la sola autorización judicial de venta de un inmueble, etc.

Es decir que su marco jurídico responde a la celeridad y economía que se comprometen en este tipo de procedimientos. En cuanto al recurso de casación, la regla es que solo se admite el recurso por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

En ese sentido, conviene subrayar que el anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que serán recurribles en casación ... 2° En materia de familia en los términos del inciso segundo del Art. 147 de la Ley

Procesal de Familia ( Art. 526), con lo cual en verdad, el régimen de este recurso extraordinario será el mismo que señala el nuevo código procesal, atenta a la eventual derogación de la Ley de Casación, de manera consecuente, se regula que no procede el recurso de casación contra las resoluciones dictadas en asuntos de Jurisdicción Voluntaria, o en procesos que no produzcan Cosa Juzgada Art. 527 y que “ Este recurso solo se admitirá para impugnar las sentencias que tengan carácter de definitivas pronunciadas en Apelación en materia de familia cuando: la sentencia que se pretenda recurrir contenga una interpretación o aplicación de normas que sea contradictorio con la establecida por la jurisprudencia del tribunal de Casación ( Art. 529 ).

Pro otra parte manifiestan, que la tendencia que acoge este nuevo Código Procesal confirma entonces la jurisprudencia sostenida por la Sala de lo Civil en los últimos dos años, en el sentido que no procede el recurso de casación, por el motivo de infracción de fondo, contra sentencias pronunciadas en diligencias de Jurisdicción Voluntaria ( o mejor llamado proceso voluntario ) y en aquellos que no causan estado en virtud de que se puede entablarse “ nueva acción sobre la misma materia “, como son las sentencias enumeradas en el Art. 83 de la Ley Procesal de Familia.

Por esa razón, la ley de Casación no puede ser mas inteligible para determinar que “ solo procederá el recurso por quebrantamiento de forma, con excepción de los sumarios que niegan alimentos, en los que además procederá, el recurso por infracción de ley o de doctrina legal” Art. 5 inc. 2° L. C.

Por su parte el Dr. Zúniga Veliz manifiesta: 1° Que la Jurisdicción Voluntaria no debe estar regulado dentro del Código, sino, que debe ser objeto



de una ley especial; y 2° Que la Jurisdicción Voluntaria no puede ser tan rígida como el procedimiento contencioso, debe ser mas flexible pues se esta hablando de una solicitud.

#### **4.3 LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA.**

El derecho social ha alcanzado en la actualidad un notable desarrollo, principalmente en el campo del derecho laboral y de seguridad social; con relación a la protección jurídica de la familia, esta ha experimentado un cambio notable en el derecho interno de la generalidad de países, y para mayor eficacia se ha logrado incorporar la protección familiar a la normativa constitucional.

La protección internacional de la familia ha generado un conjunto de declaraciones, resoluciones, teniendo principalmente en cuenta a los grupos familiares de lato riesgo y otras situaciones de desamparo que afectan a los miembros de la familia tales como: los niños, la mujer y las personas de la tercera edad.

Un aspecto fundamental de la protección internacional de la familia lo constituye el hecho de que estos instrumentos imponen obligaciones jurídicas a los Estados signatarios y contienen disposiciones destinadas a crear un sistema de vigilancia internacional de cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados.

En este apartado, nos pareció de suma importancia verificar la repercusión de un tratado internacional al momento de resolver un recurso de casación en materia de familia.

De conformidad a lo establecido en el Art. 144 de la Constitución de la República, “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de ésta Constitución”, lo que significa que un tratado al ser ratificado y al entrar vigencia llega a formar parte de las leyes secundarias del país, por consiguiente perfectamente puede invocarse la infracción de éstos a través del recurso de Casación.

En la parte final del inc. Segundo del mismo Art.144 Cn. se establece que “ En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”, lo que significa que los tratados se encuentran en un rango superior al que se le otorga a las leyes secundarias, pudiendo ser éstos objeto de un recurso de Casación.

La infracción a un tratado como ley de la República y que se refiera a materia de Familia le corresponde a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, pues ésta entidad es la que resuelve el Recurso de Casación en ésta materia.

Actualmente no es muy común que se alegue la infracción a un tratado internacional en materia de Familia por medio del recurso de casación; pero éstos si son tomados en consideración al momento de que la Sala de lo Civil emite sus resoluciones (Ver anexo) de los recursos de Casación, aunque hay que tomar en cuenta que el tratado o declaración internacional debe estar relacionado con la causa del recurso.

Los tratados y declaraciones internacionales ratificados por el Estado y que forman parte de la Legislación interna que con mayor frecuencia son invocados al momento que la Sala emite sus resoluciones tenemos:

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención sobre los Derechos del niño, entre otras.

**CAPITULO V.**  
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

**5.1 CONCLUSIONES**

1. Con la escisión de las relaciones familiares del Código Civil, mediante la sanción del Código de Familia y la Ley Procesal de Familia, el derecho de familia adquirió autonomía normativa en nuestro ordenamiento jurídico, diseñándose a la par un novedoso proceso oral por audiencias.
  
2. En el proceso de familia no encuadran todos los supuestos o motivos de fondo y de forma, resultando éstos insuficientes, ya que el proceso de familia es oral por audiencias y por su parte, la Ley de Casación es taxativa en lo que respecta a los motivos específicos de procedencia del recurso de casación.
  
3. Contra las sentencias pronunciadas sobre alimentos y todas aquellas que no causan autoridad de cosa juzgada de conformidad al Código de Familia, como cuidado personal, suspensión de la autoridad parental, tutelas, fijación de régimen de comunicación y trato, deber de convivencia y uso de la vivienda familiar, y en general, las diligencias que se tramitan mediante “jurisdicción voluntaria” , cuando sea posible

entablar nueva acción sobre la misma materia, únicamente procede el recurso por el motivo de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

4. En materia de familia, en los casos en que se interpone Recurso de Casación, una vez que se ha verificado que el Recurso de Casación es admisible, previo a casar la Sentencia se entra a valorar la prueba conforme a las reglas de la Sana Critica, esto como regla general, con la única excepción de los requisitos exigidos por la ley de fondo para la existencia del acto jurídico.
5. Los tratados internacionales en materia de familia, ratificados en legal forma por El Salvador pueden ser objeto de recurso de casación por infracción de ley, puesto que los mismos llegan a formar parte de la legislación interna, o infraconstitucionales; bajo la misma línea de pensamiento, estos mismos son considerados o tomados en cuenta por la Sala de lo Civil al momento de resolver el recurso, especialmente cuando las leyes secundarias no regulan sobre el tema objeto del recurso.
6. La necesidad de una regulación específica del recurso de casación en materia de familia, depende del punto de vista de cada observador;

puede significar una necesidad en el estado actual de las cosas, por que, como ya se dijo, los supuestos contemplados en la ley de casación resultan insuficientes; por otra parte, puede no significar una necesidad, si se elimina este recurso extraordinario de acuerdo a la naturaleza y finalidad de la materia.

## **5.2 RECOMENDACIONES**

1. En una rama del derecho de naturaleza especial como es el proceso de familia, debe existir una regulación especial, sobre todo tratándose de los requisitos de procedencia y admisibilidad del recurso de casación, para que las partes hagan uso efectivo del mismo, cuando se consideran agraviados con la resolución emitida por el juez.
2. Es necesario que se reforme la Ley Procesal de Familia, en el sentido de que regule, respecto al recurso de casación, todos aquellos aspectos especiales para la procedencia y resolución del recurso, en atención a la naturaleza y finalidad de esta rama especial del derecho.
3. En el recurso de casación en materia de familia, debe tomarse en cuenta la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Civil, para un replanteamiento que juzgue sobre las vicisitudes que tienen lugar en un proceso mixto con predominio oral.
4. La especialización en la atención y la solución de los conflictos judiciales de familia, en cualquiera de las instancias y especialmente, en casación, requiere el concurso de jueces y magistrados entrenados con habilidades adquiridas a través del estudio y una larga práctica con juicios de familia, además de la interdisciplina.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- 1 Belluscio, Augusto C. Derecho de Familia. Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires.1979.
- 2 Calamandrei, Piero, Casación Civil. Tomo I, Edit. Bibliográfico, Buenos Aires, 1945.
- 3 Calderón de Buitrago, Anita y otros. Manual de Derecho de Familia, centro de investigación y capacitación Proyecto de Reforma Judicial. 3ª Edición. San Salvador, 1996.
- 4 Cicu, Antonio, El Derecho de Familia. Traducción de Melendo, Santiago Santis, Buenos Aires, 1947. Citado por Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa México, 1984.
- 5 Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Vol. V de la edición facsimilar, Tomo X, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979.
- 6 Couture, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal.
- 7 De la Plaza, Manuel, La Casación Civil, 3ª. Edición tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968.
- 8 De la Rúa, Fernando.- El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino, Edit. V. Zavalia, Argentina,1968.



- 9 González Mora, Ricardo. La tramitación de los Procesos de Familia, Escuela Judicial, San José Costa Rica, 2000.
- 10 Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa México, 1984.
- 11 Romero Carillo, Roberto. Normativa de Casación. 2ª Edición, Editorial Centro de Información Jurídica, San Salvador.
- 12 Revista de Ciencias Jurídicas, N° 41, Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José Costa Rica, Mayo – Agosto 1980.-
- 13 Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, *in re* 1614 Ca. Fam. S.S., del 17/7/2003

## **TESIS**

- 1 Ayala Duran, Vilma Elizabeth, La formación de la Doctrina Legal en Materia de Casación Civil y la Obligación de su Aplicación.- Tesis.- UES San Salvador, 2003.
- 2 Campos Solórzano, Álvaro Henry.- La Sana Critica Como Criterio de Valoración de Prueba. Tesis, UCA, San Salvador, 1985.
- 3 Echeverría Landaverde, Vilma Irene y otro. Iniciación oficiosa del proceso familiar. Tesis de graduación. UES. San Salvador, 1997.
- 4 Herrera Torres y otros. La creación de los tribunales de familia en la legislación salvadoreña. Tesis de graduación. UES. San Salvador 1994.
- 5 Portillo, Joel Esau, Teoría de la Prueba, Tesis Doctoral, UES, San

Salvador, 1971.

## **LEGISLACIÓN**

- 1 Constitución de la República de El Salvador, 1983.
- 2 Código de Familia.
- 3 Ley Procesal de Familia.
- 4 Ley de Casación, 1953.

## **ANEXO No. 1**

### **CEDULA DE ENTREVISTAS**

1. ¿Cuáles son las causas genéricas y los motivos específicos invocados con mayor frecuencia en la interposición del recurso de casación en materia de familia?
2. Por ser el procedimiento del juicio de familia muy especial ¿Considera que encuadran en el mismo todos los casos de infracción de ley y de doctrina legal, y los casos de quebrantamiento de forma?
3. ¿Qué opina de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria en materia de familia?
4. ¿Qué opina del fallo contrario a cosa juzgada como motivo de casación en materia de familia?
5. ¿Qué opina del error de derecho y el error de hecho en la apreciación de la prueba?
6. ¿Considera que existe la necesidad de una regulación específica del recurso de casación en materia de familia? Explique.

*Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia*

ordenamiento jurídico y de conformidad a los hechos que resultaron de la causa.

Así resultaba de la cláusula de integración normativa, contenida en el Art. 9 C. F., que señala: "Los casos no previstos en el presente Código se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, pero atendiendo siempre a la naturaleza del Derecho de Familia; en defecto de éstas, el asunto se resolverá considerando los principios del Derecho Familiar y a falta de éstos, en razones de buen sentido y equidad".

Aunque esa necesidad de tutela requiere un debido control por parte de la autoridad pública, en principio del legislador, al establecer pautas generales apropiadas, a falta de éstas y hasta tanto se dicten, entendemos que la determinación de la filiación de quien ha nacido mediante dichas técnicas, deberá decidirse, en cada caso singular, dentro de los límites conferidos por la Constitución, los tratados internacionales y demás leyes vigentes.

Por otro lado, la denominada "orientación genetista" que evidencia nuestra legislación, en materia de filiación, como lo afirma el recurrente, no es tal si desde la Constitución, instrumentos internacionales y los principios rectores del Código de Familia, se prioriza la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el respeto a su derecho fundamental de identidad personal

(Arts. 34 Cn., 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 4 C. F.).

Tenemos para nosotros, que la objetivización de un niño o una niña en la llamada "realidad biológica" importa, siguiendo en esto a la psicoanalista argentina Eva GIBERTI, sencillamente a "cosificar" o "animalizar" al niño o a la niña, olvidando los aspectos más dinámicos de su identidad.

Por esa razón, consideramos que el derecho a la identidad personal no debe confundirse con el origen o "realidad biológica", toda vez que el término "realidad", que deriva del latín *ens realiter*, es aplicable a la cosa u objeto, a diferencia del *ens rationis* que es aplicable a la persona.

Que, **el derecho a la identidad personal** constituye uno de los derechos de tercera generación, propios del llamado Estado de Cultura y como tal, se entiende, el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.

En ese orden de ideas, la identidad del ser humano presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea ésta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser "uno mismo", el ser diferente a los "otros". Es el plexo de

### *Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia*

características de la personalidad de cada ser humano que se proyecta hacia el mundo exterior y se despliega en el tiempo; que se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, pero que incluyendo a lo biológico, lo trasciende.

Así, el derecho a la identidad personal involucra no sólo un aspecto estático, que es el normalmente restringido a la identificación, sino otro dinámico. Citando a prestigiosa doctrina, coincidimos que "los atributos estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior y entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas [...] La identidad dinámica se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico- cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se desplazan en el mundo de la intersubjetividad [...] Es el bagaje de características y atributos que definen la "verdad personal" en que cada cual consiste" (Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, Pág. 114).

Que, las normas del Código de Familia son insuficientes para dar solución a los casos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida y ante la falta de una legislación específica sobre la materia, como

lo advierten la Jueza y la Cámara sentenciadora, en sus respectivos fallos, existe el deber legal de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante vacío legal (Art. 7 letra f) L. Pr. F.).

En ese pensamiento y más allá del presupuesto biológico como origen de la filiación, en idéntico encuadre legal que el otorgado a la adopción, en nuestro ordenamiento jurídico, la teoría de la voluntad procreacional para atribuir la paternidad -citada por la Cámara sentenciadora- fue planteada décadas atrás en la doctrina argentina (Cfr. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación, en revista Jurisprudencia Argentina, 1965- III, Buenos Aires, Pág. 21) y en la actualidad ha servido como fuente importante para su determinación en los supuestos de reproducción humana asistida.

Como se dijo más arriba, la procreación asistida trastrueca los valores y creencias tradicionales, pues disocia la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales, aparentes o afectivos.

Dado que en las técnicas de reproducción humana asistida falta el elemento natural de la unión sexual, la manifestación de la voluntad procreacional se da con actos de otra índole, como el consentimiento tácito o presunto, mediante la dación del material genético para que la

*Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia*

concepción se produzca; o el consentimiento expreso, a través de la manifestación verbal o escrita dada con anticipación al uso de la técnica.

En tal situación, la responsabilidad procreacional que surge es evidente porque se ha tenido el deliberado propósito de engendrar y se ha manifestado el deseo de concebir de manera anticipada, por ambos miembros de la pareja (Cfr. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana Esther, Procreación humana artificial: un desafío bioético, Depalma, Buenos Aires, 1995, Pág. 183).

Como lo enseña la doctrina, la fecundación humana asistida puede clasificarse de acuerdo a su naturaleza, en homóloga intraconyugal o extraconyugal, y heteróloga.

En general, debemos entender que la reproducción humana es asistida cuando no es resultado exclusivo de la unión intersexual, sino de la aplicación de determinadas técnicas médico- científicas que la hacen posible; en tanto que, la inseminación artificial es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos de reproducción de la mujer.

Que, la inseminación artificial heteróloga es aquella practicada en la mujer con material genético de un donante, o sea, de quien no es su esposo ni su compañero de vida. Así tenemos que, si la fecundación fue ejecutada sin el consentimiento de éste, se tiene la posibilidad de impugnar (o mejor dicho, anular) con éxito su paternidad, ya que no



sólo falta el presupuesto biológico, sino también el volitivo o consensual; es decir, la decisión del acto procreacional para que ese ser naciera.

De lo que sigue, si la fecundación asistida fue realizada con el consentimiento de aquél, como aquí se trata de una clase de filiación diferente a la consanguínea o natural; ya que no tiene sustento en su origen biológico; la paternidad del nuevo ser se determina por este acto de voluntad, acercándose en esto, aunque sin confundirse, con la filiación adoptiva.

Por esta razón, en una correcta aplicación de la teoría de los propios actos, la que impide volver sobre ellos, en el derecho comparado se sostiene que, si esta especie de inseminación se practica con el consentimiento del esposo o compañero de vida y desde luego, la mujer fecundada, se les priva de la "acción" de la impugnación de la filiación.

Que, a los fines de preservar el derecho a la identidad personal de quien nace mediante la inseminación artificial heteróloga, en la doctrina extranjera no existe una solución pacífica, por cuanto de un lado se expresa que el hijo puede ejercer la correspondiente acción de reclamación de la paternidad, junto con la pretensión de la impugnación de la legalmente establecida (Cfr. LÓPEZ y LÓPEZ, A. M; MONTÉS PENADÉS, V.; ROCA I TRÍAS, E. y otros, Derecho de familia, tirant lo blanch, Valencia, 1997, Pág.

*Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia*

voluntad de procrear, otorgarle al hijo la posibilidad de desplazar la filiación establecida implicaría que quede sin filiación materna o paterna, según el caso (Cfr. IÑIGO, Delia Beatriz; LEVY, Lea Mónica y WAGMAISTER, Adriana Mónica, voz Reproducción humana asistida, en Enciclopedia de derecho de familia, tomo III, Astrea, Buenos Aires, Pág. 560).

Aunque la voluntad procreacional constituye la fuente de una nueva clase de filiación civil, según advertíamos más arriba; también creemos que ella se configura, para el caso concreto, en una ficción del vínculo biológico, de manera que a los efectos de su irrevocabilidad, cabe propiciarle un trato similar como la adopción.

Lo que no puede ser de otro modo, pues decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico. Esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole, mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra, por la cual uno es el genitor y otro el generado.

En general, el concepto de la voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea y tratándose de la inseminación artificial heteróloga, el "padre aparente" es quien manifiesta el consentimiento informado que involucra su voluntad de ser padre, las ansias de la responsabilidad procreacional y la

psicológica, no obstante la falta de nexo biológico. En cambio, el "padre excluido" es aquel que, producto de esa técnica de reproducción, ha donado su material genético sin compromiso o responsabilidad de asumir la paternidad, por lo que si bien existe la identidad cromosómica con el nacido, ha faltado la voluntad de procrear (Cfr. VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores, Huérfanos biológicos, San Pablo, Madrid, 1997, Págs. 77/86).

Por otro lado, en la interpretación y aplicación de las disposiciones de nuestro derecho prevalece el interés superior del niño y como tal se entiende "todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad" (Art. 350 C. F.).

Además, este interés reclama que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (**Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño**, Diario Oficial número 108, tomo N° 307, del 9/5/1990).

Según consta en autos, el señor M. L. M. y la señora B. A. M., establecieron una relación sentimental, cuya duración fue aproximadamente cuatro años y dado que el señor L. M. se había practicado una vasectomía bilateral, en mil novecientos setenta y uno, luego de consultar la

*Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia*

opinión médica, decidieron que la señora M. quedara embarazada por medio de la técnica de inseminación artificial, con material genético de un hermano del señor L. M. En veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y ocho, nace Y. A., ahora de quince años de edad, hija de la señora M. y el señor L. M.

Como se dijo, la técnica de inseminación artificial practicada, no sólo se caracteriza por la falta del hecho biológico, derivado a su vez del acto copulatorio, sino por la manifestación de la voluntad procreacional de ambos padres, determinante en el reconocimiento posterior del hijo como propio, cuando se trata de una filiación extramatrimonial.

En ese sentido, la Sala considera que el vínculo filial paterno entre la niña Y. A. y el señor M. L. M., ha quedado firme con efectos frente al mundo y es, por tanto, irrevocable, desde el momento que operó el reconocimiento voluntario de paternidad, en análogo encuadre legal cuando la adopción es decretada por la sentencia.

Esta solución es la que mejor atiende el interés superior de la niña, de manera que el derecho a la identidad personal no sólo se limita a conocer su "realidad biológica", sino que potencia el aspecto más humano y dinámico de la identidad, como el patrimonio ideológico y cultural de su personalidad, a la que se suman el conjunto de sus pensamientos, opiniones, creencias, actitudes y comportamientos sobre el mundo.

De ahí que, la sentencia que rechaza la posibilidad de impugnación de la paternidad por un tercero, sin dudas ha privilegiado el estado familiar de hijo con carácter estable, como mejor interpretación de este valor, no sólo por la insuficiencia legal del Art. 156 C. F., sino, primordialmente, en aras del interés superior de la niña Y. A. y además, la voluntad procreacional del padre demandado, en correcta armonía con los deberes emergentes de la responsabilidad parental.

Finalmente, consideramos que el derecho de la niña a investigar la paternidad, no sería tal si esta sentencia negara la posibilidad de conocer quién es su padre biológico, por lo que debe fijarse la obligación de sus padres en dársela a conocer, de forma apropiada, una vez que Y. A. alcance la mayoría de edad.

En suma, pues, estimamos que no procede casar la sentencia recurrida por el motivo alegado, ya que el supuesto de la tradicional "acción" de impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, contenida en el Art. 156 Id., resulta insuficiente y por tanto, inaplicable, para desplazar una filiación establecida mediante técnicas de reproducción humana asistida; situación que requerirá, desde luego, un tratamiento ajeno al jurisdiccional y al cual, en el estado actual de nuestro derecho de familia, sólo se puede llegar a través de una integración analógica, como lo hizo la Cámara sentenciadora.