

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
V SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS PLAN 93**



**TEMA
LA VULNERACION DE LA GARANTIA DE AUDIENCIA CUANDO
SON DECRETADAS MEDIDAS DE PROTECCION EN EL
PROCESO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, Y SUS
CONSECUENCIAS.**

**EL PRESENTE TRABAJO SE PRESENTA PARA OPTAR AL
TITULO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS.**

**PRESENTADA POR:
ALFARO ARTEAGA, IVIS YAMILET
BOJORQUEZ, ANA MARGARITA
CRUZ CASTELLANOS, CARLOS MARIO**

**DIRECTOR DE SEMINARIO:
DR. JOSE RODOLFO CASTRO ORELLANA**

CIUDAD UNIVERSITARIA, JULIO DEL 2004.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADÉMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL INTERINA

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

**FALCULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES**

DECANA

LIC. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICE-DECANO

LIC. JOSE MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO INTERINO

DR. JOSE RODOLFO CASTRO ORELLANA

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA INTERINO

LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

DR. JOSE RODOLFO CASTRO ORELLANA

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo lo dedico a todas aquellas personas que han contribuido a la realización de este sueño.

A DIOS TODO PODEROSO, por la vida y fortaleza para culminar mi carrera.

A MI ESPOSO E HIJOS, Vidal Antonio Valladares, Ivis Yamileth y Mario Vidal Valladadres Alfaro, por darme su apoyo y comprensión de manera incondicional ante los obstáculos vividos.

A MIS PADRES, Mario Rolando Alfaro y Amelia de Alfaro, por sus consejos y apoyo.

A MI HERMANA, Karla Beatriz Alfaro por su solidaridad.

A TODOS MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS, que me expresaron palabras de estímulo en momentos de flaqueza.

AL DIRECTOR DE SEMINARIO, Dr. José Rodolfo Castro Orellana, por su orientación y apoyo para la elaboración del presente Trabajo.

Ivis Yamilet Alfaro Arteaga.

AGRADECIMIENTOS

A Dios todo poderoso, por haberme brindado sabiduría, fortaleza, fe y esperanza para vencer todos los obstáculos en la elaboración del trabajo y poder coronar mi carrera.

A mi esposo Máximo Angel Peña, y a mis hijas Verenice Arlette Peña Bojorquez y Katia Linette Peña Bojorquez, quienes en todo momento me inspiraron a seguir adelante, sin importar los obstáculos que tuviera que afrontar.

Al Director de Seminario Doctor José Rodolfo Castro Orellana, quien a pesar de haber presentado dificultades de salud, como laborales siempre nos dio la mejor orientación y apoyo para la elaboración del presente Trabajo.

A mis compañeros de Tesis.

Ana Margarita Bojorquez.

AGRADECIMIENTOS

A Dios todo poderoso, por haberme brindado sabiduría, fortaleza, fe y esperanza para vencer todos los obstáculos en la elaboración del trabajo y a coronar mi carrera.

A mis Padres, Ana Angelica Cruz Escalante y Miguel Angel Castellanos, por haberme orientado en el camino del bien, quienes con sus sabios consejos pudieron guiarme para la finalización del mismo, y por estar siempre conmigo dándome su apoyo incondicional.

A mi esposa Sandra Cecilia Gutiérrez Cruz, y a mis hijos Mario Ernesto Cruz Muñoz, Cinthia Marcela Cruz Gutiérrez y Rodrigo José Cruz Gutiérrez, quienes en todo momento me inspiraron a seguir adelante, sin importar los obstáculos que tuviera que afrontar.

A mis hermanos Fidel Angel Cruz Castellanos y Ana Elizabeth Cruz Castellanos, por haberme apoyado en los buenos y malos momentos, y con su amor y apoyo me dieron la fortaleza para seguir adelante.

Al Director de Seminario Doctor José Rodolfo Castro Orellana, quien a pesar de haber presentado dificultades de salud, como laborales siempre nos dio la mejor orientación y apoyo para la elaboración del presente Trabajo.

A mis compañeras de Tesis Ivis Yamileth Alfaro Arteaga y Ana Margarita Bojorquez.

A mis Jefes Ana América Lorena Rodríguez Avelar, Blanca Lidia Flores de Cáceres, y a mis compañeras de trabajo, por todo el apoyo brindado.

Carlos Mario Cruz Castellano

INDICE

CONTENIDO	PAGINA
INTRODUCCION.....	1
 CAPITULO I 	
Antecedentes históricos de la Violencia Intrafamiliar, Garantía de Audiencia y de las Medidas Cautelares.....	4
1) Antecedentes Históricos de la Violencia Intrafamiliar.....	4
1.1) Generalidades.....	4
1.2) Edad Antigua	7
1.2.1) Pueblos Orientales.....	7
a) India.	7
b) China.....	8
c) Medo- Persa.....	8
d) Egipto.....	9
e) Hebreos.....	9
1.2.2) Pueblos Occidentales.....	10
a) Grecia.....	10
b) Roma.....	11
b.1) Primera Época.....	11
b.2) Segunda Época.....	13
b.3) Tercera Época.....	14
b.4) Cuarta Época.....	14
1.3) Edad Media.....	15
1.4) Edad Moderna y Contemporánea.....	17
1.5) Antecedentes Históricos de la Violencia Intrafamiliar en El Salvador....	19
a) Período Pre-Colonial.....	19
b) Tiempo Colonial.....	20
c) Periodo Pos-Independencia.....	22

d) Antecedentes Constitucionales.....	23
2) Antecedentes Históricos de la Garantía de Audiencia.....	24
2.1) Pueblos Antiguos.....	25
2.1.1) Oriente.....	25
a) Grecia.....	26
b) Roma.....	27
2.1.2) Pueblos Modernos.....	28
a) España.....	29
b) Inglaterra.....	32
c) Francia.....	36
2.1.3.) Pueblos Americanos.....	39
a) Estados Unidos.....	39
b) Hispanoamerica.....	42
c) El Salvador.....	43
3) Antecedentes Históricos de las Medidas de protección.....	45
3.1.) Generalidades.....	45
3.2.) El Salvador.....	45

CAPITULO II

PRINCIPIOS DOCTRINARIOS SOBRE LA GARANTIA DE AUDIENCIA, MEDIDAS CAUTELARES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

2.1) Principios doctrinarios de la Garantía de Audiencia.....	54
2.2) Principios doctrinarios de la Violencia Intrafamiliar.....	59
El Macrosistema.....	65
El Exosistema.....	66
El Microsistema.....	67
2.3) Principios doctrinarios de las Medidas Cautelares.....	70
2.3.1) Concepto.....	70

2.3.2) Características del Proceso Cautelar.....	70
a) Carácter Instrumental.....	70
b) Provisionalidad	71
c) Confusión.....	71
d) Eliminación del Periculum in Mora.....	71
e) Urgencia.....	72
f) Modificable.....	72
g) Extinción del Termino o Plazo.....	73
h) No surte efectos de Cosa Juzgada.....	73
2.3.3) Elementos esenciales derechos amenazado y Periculum in Mora.....	73
2.3.4) Fin y función del Proceso Cautelar.....	73
2.3.5) Clasificación del Proceso Cautelar.....	75
a) Proceso Cautelar Inhibitorio.....	75
b) Proceso Cautelar Restitutorio.....	76
c) Proceso Cautelar Anticipatorio.....	76
d) Contracautelar y Medidas Cautelares de Protección Personal.....	76
2.3.6) Tipos de Medidas Cautelares y el Proceso de Aplicación.....	78
a) La Abstención de todo acto que afecte la salud física o mental de cualquier miembro de la familia.....	79
b) La exclusión del hogar familiar.....	79
c) La prohibición de visitar el hogar familiar.....	80
d) La caución juratoria.....	81
e) La medida administrativa de suspender el permiso de portar armas.....	81
f) El proceso cautelar tipo por violencia familiar.....	82
2.3.7) Diferencia entre Medida Cautelar y Medida de Protección.....	85

CAPITULO III

REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE AUDIENCIA

3.1) Violencia Intrafamiliar y medidas de protección..	89
3.2) Jurisprudencia.....	100
3.3) Garantía de Audiencia.....	102

CAPITULO IV.

Resultados del Trabajo de campo.....	104
--------------------------------------	-----

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones.....	119
Recomendaciones.....	123
Anexos.....	124
Bibliografía.....	131

INTRODUCCIÓN

En el presente Trabajo de Graduación hemos abordado un problema social y jurídico, que en la actualidad esta tomando cada vez mas auge, nos referimos, a las Medidas de Protección dictadas por los Jueces de Paz y de Familia, en apego a la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, haciendo un análisis respecto a la posibilidad de vulnerarse en cierta forma la Garantía de Audiencia prevista en el Art. 11 de nuestra Constitución; en ese sentido hemos tenido a bien denominar esta problemática como la Vulneración de la Garantía de Audiencia cuando son decretadas Medidas de Protección en el proceso de Violencia Intrafamiliar, y sus consecuencias.

Es importante señalar que la presente investigación se abordó a partir de la entrada en vigencia de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, y se enfocó en las denuncias recibidas en los Juzgados de Paz y Familia del Municipio de San Salvador.

Los objetivos que pretendimos alcanzar a través de este trabajo son, en primer lugar, determinar si se vulnera la Garantía de Audiencia cuando son decretadas Medidas de Protección en el proceso de Violencia Intrafamiliar; establecer un equilibrio entre las Medidas de Protección y la Garantía de Audiencia. Así mismo se identificó la Evolución Histórica de la Violencia Intrafamiliar, la Garantía de Audiencia y de las Medidas de Protección. Además se indago sobre la doctrina existente relacionada al tema. Finalmente se trato de establecer en que medida la Ley contra la Violencia Intrafamiliar responde a las exigencias de la sociedad, observando siempre el debido proceso.

De igual forma, con esta investigación, se pretende comprobar o en todo caso discrepar una serie de hipótesis respecto del tema en comento, siendo el supuesto general el que textualmente dice: “Al decretarse Medidas de Protección sin tomar en cuenta mas elementos que los expresados en la denuncia, se vulnera la Garantía de Audiencia”. Al mismo tiempo también se tomaron en consideración como hipótesis

específicas las siguientes: “La vulneración de la Garantía de Audiencia provoca que en muchos casos sean aplicadas Medidas de Protección, a quien verdaderamente no es el agresor”, “Al no ser integrados los preceptos Constitucionales con la Ley contra la Violencia Intrafamiliar por parte de los aplicadores de Justicia, provoca un subjetivismo al momento de Decretarse Medidas de protección”.

Posteriormente fueron abordados los principios doctrinarios de los temas centrales que consta la investigación, tales como, Garantía de Audiencia, Violencia Intrafamiliar y Medidas Cautelares; así como su regulación Jurídica.

En el trabajo de campo se trató el problema eje de la investigación, es decir, la Vulneración de la Garantía de Audiencia cuando son Decretadas Medidas de Protección en el proceso de Violencia Intrafamiliar, y sus consecuencias, por medio de entrevistas, las cuales fueron dirigidas a informantes claves como Jueces de Paz y de Familia, así como a Personas Denunciadas por Violencia Intrafamiliar, lo cual permitió tener una visión clara sobre el problema en estudio.

Así mismo, consideramos importante hacer notar la dificultad que nuestro grupo de trabajo enfrentó al abordar un tema de difícil manejo, novedoso, del cual han sido pocas personas las que han profundizado sobre el mismo, en ese sentido la bibliografía con la que se contó fue muy escasa, sin contar la poca colaboración que se obtuvo por parte de los Jueces tanto de Familia como de Paz, al momento de que fueron entrevistados; sin embargo en la medida de las posibilidades y limitaciones encontradas, se lograron alcanzar los objetivos planteados en la investigación, y que hemos expuesto en el párrafo tercero de esta introducción.

Finalmente, una vez obtenido el producto de la investigación, se llega a plantear ciertas conclusiones y recomendaciones, que a criterio del grupo pueden ser de gran

utilidad para todo estudioso del derecho o interesado, en ahondar sobre la problemática de la Garantía de Audiencia y Medidas de Protección.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, GARANTÍA DE AUDIENCIA Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

1) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

1.1) GENERALIDADES.

Antes de entrar a abordar el tema de forma específica, consideramos necesario hacer un cuadro histórico de los diferentes tipos de familia que han existido ya que es en su interior donde se ha materializado el fenómeno de la violencia intrafamiliar. Federico Engels nos habla de que en un inicio existió un tipo de familia en un estado de promiscuidad, las cuales eran guiadas por sus instintos, lo que significaba que existía un comercio sexual sin trabas, es decir, que no había tabúes consuetudinarios que lo limitaran, dándose esto por poco tiempo. (1)

Luego tenemos a la familia consanguínea, que se considera como la primera etapa de la familia. Los grupos conyugales se separan por generación, apareciendo el primer tabú o restricción al comercio sexual libre, puesto que se prohibían las relaciones sexuales entre los progenitores y los hijos, pero permitiéndose entre los miembros de la misma generación, por lo que era moral la unión entre hermanos, enmarcando los deberes del matrimonio entre los ascendientes y descendientes(2).

Apareciendo luego la familia Punalúa, en la que surge una segunda restricción al comercio sexual, ya que se prohibía la cohabitación entre hermanos y hermanas uterinos, que luego se extendió a los primos y a los cuñados.

Las relaciones familiares se establecían por un grupo de hermanas que establecían maridos comunes, o bien hermanos que compartían mujeres, estableciéndose el parentesco por la línea materna, pues se desconocía el padre, los hijos eran comunes en el grupo, viéndose el matrimonio por grupos y no por el vínculo de pareja(3).

Siguiendo con el desarrollo histórico de la familia, tenemos la Sindiásmica, que estaba bajo el régimen del matrimonio por grupos, que formaban parejas conyugales unidas para un tiempo más o menos largo, dándose la unión entre un hombre con una mujer; pero la poligamia y la infidelidad ocasional seguían siendo un derecho de los hombres, mientras que a la mujer se le exigía estricta fidelidad mientras durase la vida común, castigándose cruelmente el adulterio, no obstante éste vínculo se podía disolver fácilmente por cualquiera de las partes(4).

Esta forma de familia señala el tránsito del matrimonio Sindiásmico a la Monogamia, para asegurar la fidelidad de la mujer y por consiguiente la paternidad de los hijos.

La familia Monogámica se funda en el poder del hombre, con el fin formal de procrear hijos de una paternidad cierta y esta paternidad se exige porque esos hijos en calidad de herederos directos han de entrar un día en posesión de los bienes de la fortuna paterna. En este período solo el hombre puede romper el vínculo y repudiar a su mujer, también posee el derecho de infidelidad conyugal; es en este tipo de familia que se genera el patriarcado, el cual para Engels constituyó uno de los momentos más denigrantes para la mujer, a la que no le era reconocido derecho alguno. Así mismo considera que este período no nace como una reconciliación entre los sexos, ni una forma más elevada de la familia, sino como el esclavizamiento, de un sexo por otro, en donde se da la primera división del trabajo entre el hombre y la mujer para la procreación de los hijos, momento histórico que se inaugura conjuntamente con la esclavitud y con la propiedad privada, en la cual cada progreso es al mismo tiempo un retroceso relativo, en el que la ventura y el desarrollo de unos es a raíz de la desventura y la represión de otros(5).

Para un mejor entendimiento, consideramos necesario establecer las diferentes teorías que han existido referente al Patriarcado, así: Desde un punto de vista Sociológico en sentido genérico, el Patriarcado es el régimen de organización Estatal o familiar, fundado en el padre o el varón; más concretamente, es la organización social primitiva basada en la autoridad del padre o el varón de mayor poder o influjo en

la familia, ejerciendo sobre los hijos y otros parientes de igual linaje con exclusiva autoridad masculina, preferencia en las sucesiones a favor de los varones y subordinación por tanto de las mujeres consideradas inferiores y de los hijos, aun varones, por obediencia permanente en vida del padre o jefe de familia, por tanto se consideraba sociológicamente que el patriarcado encarna de modo muy definido en la patria potestad según el sistema primitivo de Roma(6).

Según la Definición contenida en el Diccionario de la Academia, el patriarcado representa la organización social primitiva en el que la autoridad, se ejerce por un varón jefe de cada familia, extendiéndose este poder a los parientes aun lejanos de un mismo linaje. Este sistema representa para algunos, una institución opuesta al matriarcado, quienes consideran que fue esa institución la primera organización social, basada principalmente en la primacía del parentesco por línea materna, el cual tuvo su evolución al patriarcado, debido a la promiscuidad sexual que generaba; resultando imposible determinar la personalidad del padre, dicha evolución se constituyó en un gran avance sociológico-familiar, pues marca un evidente sentido espiritual que se constituyó en el paso de las uniones sexuales promiscuas (Poligamia y Poliandria)¹, a las uniones monogámicas, lo que permite determinar la relación paterno filial, a la que nos hemos referido(7).

Es necesario advertir toda la obscuridad y dificultad que se presenta para determinar el origen y la constitución de la familia en los tiempos primitivos; de ahí que para Arturo Orgaz, "la tesis matriarcal sostiene que en los grupos primitivos no existe familia individualizada, pero que el único vínculo de parentesco reconocible es por razón de la madre y no del padre"(8)

Por otra parte, para Summer Maine, la familia fue patriarcal en su origen, ya que los grupos humanos denominados "Arios", conocieron la existencia de familias

¹ POLIGAMIA: Régimen matrimonial en el que al hombre se le permite tener simultáneamente tener dos o más esposas.

POLIANDRIA: Forma o régimen matrimonial que le permite a la mujer tener dos o más maridos a la vez.

separadas, estando los miembros de cada uno de ellos unidos por la autoridad y protección del ascendente varón más antiguo capaz de gobernar(9).

Una vez expuestas las diferentes opiniones sobre las formas de familia que hemos tenido a través de la historia, entraremos a conocer cómo el fenómeno de la violencia intrafamiliar se ha venido generando a través de las diferentes edades y culturas, tanto de los pueblos orientales como occidentales; esto para tener una visión de desarrollo histórico del problema social que es el eje de nuestra investigación en este capítulo; y así tenemos:

1.2) EDAD ANTIGUA:

1.2.1) PUEBLOS ORIENTALES:

a) INDIA.

Aquí el matrimonio posee un carácter monógamo y se denota en la organización una tendencia a lo moral y religioso, creen en la santificación del matrimonio y el respeto a las mujeres. Vemos pues en éste pueblo características que únicamente se reconocen en los pueblos Griegos y Romanos como se describe mas adelante.

En cuanto al matrimonio, si bien era admitida la poligamia, muchos de los pasajes del Código de Manú, dan a conocer que originalmente era monógama, "Solo aquel -dice- es perfecto, que consta de tres personas: su mujer, él y su hijo(10). Y los Brahmanes han establecido el principio de que "el varón constituye con su mujer una sola persona"(11). Pero la poligamia es lícita de tal modo, que el varón puede tomar la primera mujer de su casta y luego, descendiendo, por toda la serie, no pudiendo, por tanto, el Sudra tener una sola. El varón de las castas inferiores, jamás puede poner los ojos en mujer de una casta superior.

El fin del matrimonio, lo constituía, la conservación de la especie, y ante todo la procreación; se considera además, que la conducta del marido respecto de la mujer, debe ser digna; es de notar, que la poligamia si posteriormente ha traspasado los límites prescritos en el código de Manú, las mujeres han mantenido en la vida exterior un

movimiento más libre, pues consideran a la mujer como poetisa respetable y sagrada.

Sin embargo, jamás son independientes, pues están bajo la protección de su padre, en la infancia; bajo la de su marido, en la juventud; en la edad madura, bajo la de sus hijos, es decir, la de su primogénito, o en la de aquel que en su lugar hace de cabeza de familia. Lo que adquieren las mujeres, los hijos y los esclavos está sometido al padre de familia.

b) CHINA.

Aquí, diferente al pueblo Hindú, el principio de familia es absolutamente aplicado a la vida política y conduce a un despotismo que reviste exteriormente la apariencia del patriarcado antiguo y al cual, si es cierto que se recomienda el bien del pueblo como regla, constituye una realidad del régimen tiránico, que se extiende a partir del jefe de Estado, hijo del cielo y padre del pueblo por todas las relaciones de la vida, hasta el cabeza de familia, déspota a su vez con respecto a la mujer y los hijos. El matrimonio principalmente se contrae en forma de compraventa, maldito en el código Indo; la monogamia de acuerdo a Harens es en verdad el principio practicado por la inmensa mayoría de los habitantes, según las leyes naturales que regulan las relaciones entre los sexos, contrario a lo que opina Engels, quien sostiene que en un inicio, existió una familia en estado de promiscuidad.

El chino puede legalmente tomar tres concubinas, además, cuyos hijos se equiparan con los de la primera esposa legítima; el matrimonio carece de todo respeto, las mujeres están casi siempre encerradas. El poder del padre de familia es muy grande pudiendo vender a los hijos, lo que hizo nacer un gran comercio de jóvenes, especialmente educadas para el concubinato; así mismo el padre puede hacer azotar a su hijo hasta matarlo sin decir el motivo, siendo el fin capital del matrimonio la procreación.

c) MEDO- PERSA.

El matrimonio es fundamentalmente monógamo; y el Zen Avesta, prohíbe decididamente como ninguna otra ley oriental lo ha hecho, las uniones fuera del

matrimonio, solo cuando la mujer, después de nueve años de casada, no ha tenido hijos, que procuren a su difunto padre la entrada al cielo, puede el hombre casarse con otra mujer a más de la primera.

La condición de la mujer es, sin embargo, más independiente y digna que en la india, la patria potestad más moderada, prevaleciendo aquí la concepción moral de la vida y sus relaciones.

d) EGIPTO.

Aquí existía la poligamia a excepción de los sacerdotes, a los que no se consentía más que una mujer, se permitía en general, tener varias concubinas, además de la principal esposa. El matrimonio del Levirado² parece haber pasado de los Egipcios a los Hebreos. La forma de contraer matrimonio era un acto religioso, no la compra, y el padre tenía que dotar a la novia.

e) LOS HEBREOS.

Con respecto a sus relaciones familiares se estableció la poligamia, régimen en el que se permite que el hombre tenga varias esposas; permitiéndosele tomar como concubinas a las esclavas y siervas de las mujeres.

El matrimonio se constituía en una compra, sin que prevaleciera la voluntad libre de los cónyuges, sino más bien una decisión de los padres; impuesto únicamente en el

² Precepto del Deuteronomio que obliga al hermano del muerto sin hijos a casarse con la viuda, para asegurar la descendencia familiar que, con desdén de la eficacia progenitora, se adjudicaba al hermano pre muerto. Al primero que naciera de la unión se le ponía el nombre del hermano difunto, tales nupcias no eran obligatorias, pero, de no querer recibir por mujer a la viuda del hermano, esta podía irse ante los ancianos, diciendo “ el hermano de mi marido no quiere resucitar el nombre de su hermano en Israel, ni tomarme por mujer”, en tal caso, los ancianos lo citaban, y de reiterar la negativa, la mujer le quitaba el calzado y le escupía el rostro, al tiempo que pronunciaba esta imprecación “así se ha de tratar a un hombre que no hace revivir el nombre de su hermano.

levirado, que se constituía en un precepto de la ley mosaica o decálogo, según el cual, el hermano del que muere sin hijos ha de casarse con la viuda y el primer hijo nacido de estas nupcias llevaba el nombre y recibía la herencia del primer marido de su madre, viéndose con esto la exclusión de la mujer a la herencia y propiedad.

En esta cultura solo el marido estaba autorizado para promover el divorcio; La infidelidad y el adulterio son castigados en el caso de la mujer de una forma bárbara: apedreando a los culpables.

La patria potestad manejada por el hombre era tan amplia, que el padre podía abandonar al hijo y aún vender a sus hijas como esclavas.

Estas costumbres de discriminación y violencia hacia la mujer cambian cuando este pueblo sale de la cautividad de Babilonia ya que se impuso la monogamia, desapareció por completo la compra de la mujer, así como el matrimonio del levirado(12)

1.2.2) PUEBLOS OCCIDENTALES:

a) GRECIA.

Esta raza indo-europea se caracterizó porque la institución del matrimonio fue monogámica en todos los tiempos, aunque era lícito el concubinato. Durante algún tiempo y preferentemente en la época Homérica el matrimonio se realizaba como una especie de compra, luego fue mediante un contrato a cuya celebración concurría la sanción religiosa; en algunos lugares se utilizó la figura del rapto para llevar a la mujer a la casa como en Lacedemonia.

El ordenamiento jurídico existente trató de proteger a la familia del padre en sus descendientes, y asegurar dentro de ella, el patrimonio para la hija llamada a la herencia, en la cual el más inmediato pariente varón colateral, tenía el derecho y el deber de casarse con ella para el goce de la aceptación de ésta por parte de la mujer.

Para la forma de la elección de la esposa, predominó mediante la antigua preferencia de los parientes y en lo referente al divorcio, éste podía tener lugar por parte del marido y por medio de la mera devolución o abandono de la mujer; pero si ésta era abandonada

sin razón podía pedir la restitución de la dote o a que se le pagasen los intereses y sus alimentos.

Las mujeres se consideraban menores toda la vida, teniendo en el padre o en el marido un señor y un protector juntamente. En el caso de que la mujer quedara viuda ésta podía volver a la casa del que la tuvo en su potestad o si lo prefería podía continuar la vida doméstica con sus hijos, que en este caso tomaban la fortuna y tutela de su madre(13).

Como podemos ver la mujer se mantuvo en esta cultura bajo un sometimiento y en un grado de inferioridad con respecto al hombre, estando éste legitimado para someterla y utilizarla como objeto.

b) ROMA.

Para explicar la forma en como se trató a la mujer por parte de esta cultura se hace necesario dividir la historia de este pueblo en cuatro épocas, en las cuales cada una tiene sus propias características, y es así como tenemos:

b.1) PRIMERA ÉPOCA.

Desde la fundación de la ciudad, hasta la ley de las XII tablas (753 a 450 a. de c.)

Este período se caracterizó por su impregnación religiosa, pero no teocrática ni sacerdotal, buscando en ella la unidad de la vida y de todas las instituciones, y es así como la antigua constitución de la familia desaparece por la necesidad de un nuevo tipo de organización, debido al número creciente de plebeyos, quedando todo el pueblo romano dividido con arreglo a la fortuna y al territorio del Estado.

Aparece como rasgo común fundamental el íntimo enlace entre el sacerdote y el jefe de familia, entre el pontífice y el jefe del Estado.

El matrimonio se caracteriza por ser monogámico, el cual estaba prohibido entre los consanguíneos próximos, la forma como que se contraía entre los patricios era la *confarreatio*³ interviniendo el sacerdote. A este matrimonio religioso, se enlazó

probablemente después la relación propiamente jurídica de la mano del varón sobre la mujer, en cuya virtud pasaba ésta por completo a la familia del marido; entrando este en posesión de todos sus bienes y derechos de forma absoluta. Contrastaba con esto el matrimonio laxo de los plebeyos, pues la mujer no adquiría derecho alguno en la familia y sucesión del marido, y sus bienes permanecían completamente separados.

Después llegaron los plebeyos por las XII tablas a tener un matrimonio religioso semejante al de los Patricios, mediante el *USUS*⁴, que, como se ha observado con razón propone ya el primitivo matrimonio libre, y nacía con el hecho de la permanencia de la mujer al lado del marido durante un año entero. Luego se instituyó una tercera forma: la *COEMPTIO*⁵ cuando se introdujo el matrimonio entre patricios y plebeyos, cuyos matrimonios respectivos llegaron con esto a confundirse.

La mujer era considerada y honrada. La patria potestad era rigurosa y amplia. Todavía una ley de las XII tablas autorizaba al padre para matar a su hijo deforme; y las hijas podían ser vendidas por aquel, cayendo en servidumbre (pero no en esclavitud).

Así en éste período vemos la constitución de Roma, de lo que los historiadores han llamado el patriarcado, el cual se caracteriza por ser más déspota que otros y como

³ *Confarreatio*: una de las tres formas en como se celebrara el matrimonio en Roma. Era la más solemne y estaba reservada a los patricios. Tenía carácter religioso, mediante una ceremonia consistente en ofrecer a Júpiter la ofrenda de un pan de harina especial. Con esto la mujer entraba civilmente a la familia del esposo, con abandono jurídico de la suya.

⁴ *Usus*: una de las formas del matrimonio en el derecho Romano. Era un modo de adquirir la *manus* sobre la mujer, consistente en una situación matrimonial de hecho o en un acto jurídico en virtud de los cuales una mujer con capacidad jurídica plena o sujeta a la potestad de otra para ingresar en la nueva de su marido con la condición de sometida; y con la especial función de procrear al jefe de la familia o a uno de sus componentes una descendencia legítima.

⁵ *Coemptio*: una de las tres formas del matrimonio en Roma. Consistió en una compra ficticia que el marido hacía de la mujer, quedando esta bajo la potestad marital de aquel, por la cual la mujer salía de su familia para entrar en la del marido y la cual carecía de carácter religioso.

ejemplo de esto tenemos la figura del Tribunal domestico constituido por Rómulo(14), en el cual el marido convocaba a los parientes de su mujer y delante de ellos la juzgaba; se juzgaba la violación de las leyes, de las costumbres y de las reglas de conducta generalmente observadas, y cuyas penas eran arbitrarias, ya que dependían de la voluntad del marido.

En el caso de que una mujer cometiera un delito, luego de ser juzgada en el tribunal doméstico, debía ser acusada públicamente, reglas que se fueron debilitando, hasta caer en desuso(15).

b.2) SEGUNDA EPOCA

Desde las Leyes de las XII tablas, hasta el advenimiento del imperio bajo Augusto (449-31 a. de C.)

La vida de familia se relajó y declinó la antigua severidad de costumbres, el matrimonio perdió su rigor jurídico, recayendo la mujer algunas veces in manu murti (mano muerta). Se degeneraron también las relaciones entre los sexos; y la disolución de la antigua disciplina dio lugar a las terribles sociedades secretas de los bacanales; La tutela de los parientes se eludía por medio de matrimonios fingidos, las mujeres adquirieron mayor independencia en lo concerniente a su fortuna; pero no la usaron frecuentemente, sino para el lujo. La Lex Oppia, que intento corregirlo, fue suprimida cuando las mujeres aparecieron en el foro, en vano pretendió la Lex Voconia limitar su libertad con respecto a sus bienes. Los divorcios se hicieron más frecuentes. La patria potestad se suavizó, el hijo pudo llegar a tener una capacidad jurídica plena en vida de su padre y sin caer en poder de otra persona.

b.3) TERCERA EPOCA.

Desde Augusto a Constantino (31 a. de C. a 325 d. de C).

En el derecho de familia, impidieron las leyes la disolución de los vínculos matrimoniales.

Augusto creó leyes para dificultar el adulterio mas sin embargo se conserva el concubinato.

Las relaciones entre los cónyuges se constituyeron más bien según el principio de su mutua independencia. El que la mujer estuviera bajo la potestad del marido era sumamente rara al comenzar ésta época y las que tuvieran tres hijos ya no estaban bajo tutela, y esta la ejercieron bajo sus hijos y nietos(16).

Al principio en tiempo del imperio, conservaban todavía el padre el derecho de vida y muerte, pero en el reinado de Augusto un padre que había hecho azotar a su hijo, sólo pudo salvarse de la indignación del pueblo en el foro por la interposición del Emperador Alejandro Severo, quien limitó el derecho de corrección a un castigo moderado. La venta de los hijos fue calificada por Adriano de res ilícita et ihonesta (ilícita y deshonesto) y no permitida, sino en caso de extrema pobreza y respecto de los recién nacidos.

Únicamente el Cristianismo destruyó esa bárbara costumbre.

b.4) CUARTA EPOCA

Desde Constantino hasta la Muerte de Justiniano (323-565 d. c.).

En cuanto al derecho de las personas y de familia convirtieron el matrimonio en un vínculo moral más riguroso aunque todavía no enlazado con el elemento eclesiástico. Dificultándose el divorcio, y el concubinato se colocó en situaciones desventajosas, disolviéndose la antigua relación del poder romano del marido y del padre, la tutela cesó respecto de la mujer, y aún pudo esta ejercerla en muchos casos.

Vemos, pues que en la edad antigua, encontramos en diferentes pueblos, un marcado sistema patriarcal o patriarcado, en el cual existía una estructura de relaciones de jerarquía y poder que se le define: "como la organización social primitiva en que la

autoridad se ejercía por un varón jefe de cada familia, extendiéndose ese poder a los parientes aun lejanos, de un mismo linaje(17).

En este tipo de estructura se ve un predominio del hombre que excluía a la mujer de los hijos, bienes y la sucesión. En este período la mujer en sus primeros años se encontraba sometida a su padre y luego a su esposo, considerándose al hombre dentro de la familia como el jefe, padre y marido, quien respondía ante la sociedad por cualquier acto de sus miembros(18).

Así vemos un sometimiento de la mujer al sistema imperante en el cual se le consideraba una cosa y no un sujeto de derechos, dándose por tanto diferentes formas de discriminación, que permitía y justificaba todo tipo de violencia por parte del hombre en el grupo familiar, ya que se hacía alusión, al adagio de que las mujeres son por esencia inferiores al hombre, su capacidad de pensamiento es débil, y su mayor virtud es la obediencia y el silencio. Este severo sistema se fue suavizando con la introducción de leyes que tenían por base el enfoque de las relaciones familiares como relaciones morales y no del poder despótico patriarcal, aun cuando de hecho persistieron los elementos negativos del predominio del varón con exclusión de los demás.

Así podemos decir que se dieron algunos adelantos como el reconocer a la mujer casada y a los hijos cierta autonomía patrimonial: a la mujer con la admisión de los bienes parafernales⁶; a los hijos con la doctrina de los peculios⁷

1.3) EDAD MEDIA

Este período se considera que inicia el 476 después de Cristo, con la invasión, saqueo y destrucción de Roma por los visigodos. Los historiadores la han dividido en tres fases o momentos: 1. La Temprana Edad Media (s V-IX); La Alta Edad Media (S X-XII) y Baja Edad Media (s XIII-XIV). Se caracterizó por el predominio del sistema feudal en el cual la economía se basaba en la producción de la tierra por medio de

⁶ Bienes Parafernales: dic. De los bienes que lleva la mujer al matrimonio fuera de la dote y que los adquiere durante él por título lucrativo, herencia o donación

⁷ Peculios: herencia o caudal que el padre o señor permitía al hijo o siervo para su uso o comercio.

los campesinos-siervos; siendo imperante el derecho de primogenitura, en la que el mantenimiento de la propiedad, era exclusiva del señor; en consecuencia la mujer y los hijos eran sometidos a condiciones precarias, pudiendo la mujer ser repudiada y al hombre permitírsele contraer nuevamente matrimonio para aumentar su dominio. En éste período vemos que la mujer adquiere derecho de sucesión, siempre que no tenga herederos varones, y los adquiere a través de un tutor que casi siempre era el esposo, siendo considerada como incapaz e inferior al hombre. Siguiendo con el patrón de discriminación hacia la mujer.

Tal como nos lo explica Grosman, que dice: “que durante siglos el hombre tuvo el derecho de castigar a su cónyuge de la misma manera que ejercía dicha facultad, con los niños. En la edad media, los escuderos y los nobles castigaban a sus esposas tan regularmente como lo hacían sus siervos y campesinos, quienes seguían el ejemplo de los señores, el poder de corrección llegaba a tal extremo que una mujer podía ser incinerada viva por solo amenazar a su esposo o reñir con él”(19).

Así mismo éste autor nos habla de la facultad que tenía el hombre de pegarle a su mujer, la cual era reconocida en la mayoría de los derechos consuetudinarios, por ejemplo en Beauvaisis en el siglo XIII se establecía: “esta bien que el hombre le pegue a su mujer sin matarla y sin herirla cuando desobedezca al marido”. En Bergeram, se permitían los golpes hasta hacer sangrar a la mujer, siempre que la intención fuese buena, es decir, corregirla. En Burdeos, la costumbre declaraba que si un marido en un momento de cólera mataba a su mujer no sufría ninguna pena, siempre que se confesare arrepentido mediante un juramento solemne.

En esta época era de gran deshonra para un hombre el que fuese maltratado por una mujer, ya que hasta el derecho le imponía castigo por tal acción deshonrosa, así tenemos el derecho consuetudinario de 1375, que los castigaba a montar un asno con la cara hacia la cola del mismo.

En este período de la historia vemos que en el cristianismo se continúa con el patrón de violencia intrafamiliar, ya que se considera a la familia como una monarquía de orden divino, donde el hombre por haber sido creado a semejanza de Dios, se le

legítima su autoridad y a la mujer por haber sido creada del hombre le debía obediencia, ya que si no lo hacía, incurría en pecado contra Dios y la iglesia. Es así como los predicadores religiosos marcaron siempre la subordinación de la mujer en textos como: "La mujer que no quiere obedecer al marido en lo que hace al gobierno de la familia y de la casa, y en lo que hace a las virtudes y buenas costumbres, comete pecado, pues la mujer está obligada a acatar las ordenes del marido"(20).

Este poder se fue limitando poco a poco, ya que se reconocía la igualdad del hombre y la mujer, situación que no fue predominante, ya que en su texto legitimaba el poder del hombre, como en el caso de la epístola del apóstol San Pablo a los Efesios, que en su Capítulo 5 versículos del 22 al 24 nos dice "Las casadas estén sujetas a sus propios maridos, como al señor. Por que el marido es cabeza de la mujer, así como Cristo es cabeza de la Iglesia; y él es el que da la salud al cuerpo. Así que, como la iglesia está sujeta a Cristo, así también las casadas lo están a sus maridos en todo"(21).

1.4) EDAD MODERNA Y CONTEMPORÁNEA.

En éste período de paso al capitalismo como nuevo modo de producción, se incorporan a las familias como unidades productivas y reproductivas dentro de las nuevas relaciones sociales de producción.

Este cambio se da por la forma como se elaboran los objetos de consumo, ya que dejan de ser elaborados en casa y pasan a ser producidos masivamente en las fábricas; todo lo que se produce fuera de la casa se considera trabajo y tiene valor social(22).

En las primeras fases del Capitalismo, continúa la misma situación, ya que el hombre es el que sale al mundo público y a quien se le considera productivo por el trabajo que realiza y el que será, responsable absoluto del mantenimiento de la familia y de la mujer. Esta última en cambio mantiene su situación de dependencia, se le sigue limitando su actuar en la esfera doméstica, realizando tareas para las cuales está naturalmente dotada las cuales se consideran carentes de valor social. Esta situación la coloca en un plano de inferioridad, de gran dependencia y carente de valor.

Este nuevo modo de producción que en un primer momento excluye a la mujer del ámbito laboral, luego la incorpora, bajo un plano de inferioridad ya que recibe un menor salario que el hombre ante el mismo trabajo.

Con el iluminismo cuya base ideológica se centró en la igualdad y libertad individual vino a cambiar de alguna manera la concepción de la mujer en la sociedad, ya que con la promulgación de la libertad, se considera que las parejas que se casan lo hacen por ser recíproco sentimiento del amor, colocando a la mujer como la compañera que el hombre ama y como complemento de su imagen total como ser en el mundo, pero en la práctica las desigualdades se mantienen detrás de este sentimiento de igualdad en el amor.

Se proclama la idea que la mujer encontrará la felicidad en la realización de las labores del hogar, es decir, se acentúa la desigualdad natural y se le limita a su capacidad reproductiva. Pero esta idea que no era nueva, se marca con un toque especial ya que el concepto maternidad asume para la sociedad un gran valor, y esto de alguna manera da un cierto poder a la mujer y mejora su papel y participación social(23).

En el siglo XIX vemos una toma de conciencia en los países desarrollados de Occidente, en donde surgen los diversos movimientos feministas, quienes ponen al descubierto el problema de la Violencia Intrafamiliar que por siglos se había vivido. Es así como se crea la primera casa de ayuda a la mujer en el Reino Unido en Gran Bretaña, Irlanda del Norte, a la que se llamo "Chiswick Women's House"(24).

Esta toma de conciencia le permite a la mujer dedicarse a actividades como la enfermería, trabajo social e incluso lograr el ejercicio de sus derechos políticos.

Dándose el fenómeno de la disminución de las tasas de nacimientos, la mujer se libera por algunos años de la maternidad, lo cual se traduce en tener más tiempo para otras actividades que no sea el hogar y la crianza de los hijos.

Es en éste periodo donde las mujeres mejoran sus derechos de propiedad, reproducción, la posibilidad de divorciarse y lograr la custodia de los hijos.

1.5) ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN EL SALVADOR.

Para poder desarrollar este tema se hace necesario dividir los antecedentes de nuestro país en tres períodos: el pre-colonial, el colonial y el pos independencia.

a) PERÍODO PRE-COLONIAL.

Las sociedades centroamericanas estaban estratificadas, según los principios de adscripción hereditaria y de movilidad social. El primero definía dos clases, la de los nobles y la de la gente del común; lo que se constituyó en fuente de desigualdad social provocando violencia legitimada por la ley, y con respecto a la segunda podía darse un ascenso o descenso de la clase por méritos de guerra(25). El papel de la mujer en las sociedades indígenas variaba dependiendo de su posición en la estratificación social en que se encontraba. Así vemos, que entre la nobleza, los reyes, los señores y los simplemente nobles, la poligamia era general. Las distintas mujeres de un señor tenían rangos diferentes, este rango dependía de sus padres, de su lugar de origen y de la manera como se había concertado el casamiento, sujetando con esto la suerte de la mujer a factores externos, sin considerar su condición de mujer y ser humano, ya que se le consideraba un objeto, lo que provocaba su marginación.

El casamiento más prestigioso comenzaba con una negociación entre los padres de los contrayentes por medio de casamenteros, ya que se consideraba indigno para un hombre él buscarse mujer(26); la mujer así obtenida se llamaba literalmente “mujer pedida”, lo cual a veces se traduce como “mujer legítima”. El casamiento se solemnizaba a través de una ceremonia que consistía en que el cacique hacía a los novios darse las manos, lo que era dar el sí. Después unían los vestidos a los dedos y les recomendaban ser buenos casados. Cuando los novios quedaban solos, acostumbraban quemar una vara de ocote, símbolo de que iban a ser muy felices(27).

Este tipo de casamiento era propio de las mujeres de alto rango, de quienes se esperaba que nacieran los hijos que ocuparían los altos cargos y sucedieran al padre. Sin este ceremonial, un señor podía tomar mujeres de nivel social inferior, llamadas

concubinas, de quienes sus hijos solo ocupaban cargos importantes de manera excepcional(28).

Con respecto a los del común eran los que estaban bajo el dominio de los nobles, en este grupo social si bien era posible la poligamia, ésta no era común, pero era frecuente comenzar una unión juntándose libremente, estado que con el tiempo se convertía en matrimonio formal.

Con respecto a la poligamia en esta clase inferior, Rodolfo Cardenal manifiesta que existen autores que establecen que esta era prohibida y en el caso de que un hombre fuere descubierto en poligamia con la mujer de otro hombre, era atado con los brazos por la espalda y llevado ante el esposo ofendido, quien poseía el derecho de “matarlo dejando caer una sobre su cabeza una pesada piedra desde cierta altura”.

El divorcio consistía en el repudio que tanto el hombre y la mujer pudieran hacer valer, aunque en la realidad era el hombre el que la practicaba.

Cuando se divorciaba una pareja, los hijos menores se quedaban con la madre, y los hijos mayores que fueran varones con el padre, pero las hijas siempre quedaban con la madre(29).

b) TIEMPO COLONIAL.

Durante el tiempo de colonización de los territorios comprendidos entre México y Panamá, el ordenamiento jurídico aplicable eran las leyes de España, que entre los aspectos que regulaba estaba la institución de la familia que es uno de los puntos de nuestra investigación; veremos el papel de la mujer en el nuevo mundo que se estaba formando y los cambios paulatinos que se dieron.

En estas nuevas tierras se crea una condición especial, ya que el hecho, que en los primeros tiempos de la conquista no emigraron mujeres españolas hacia México, impulso la creación de un derecho oficial que fortaleciera la unión de las razas españolas e indias, y evitar a toda costa la fusión con la raza negra. La ley II Título Primero de las Leyes de las Indias textualmente dice “Es nuestra voluntad que los indios e indias tengan como deben, entera libertad para casarse con quien quisieren así con indios como con

naturales de estos nuestro Reinos, o españoles nacidos en las Indias, y que en estos no se le ponga impedimento. Y mandamos que ninguna orden nuestra que se hubiere dado o por Nos fuera dada pueda impedir, ni impida el matrimonio de indios e indias con españoles o españolas y que todos tengan entera libertad de casarse con quien quisieran, y nuestras Audiencias procuren que así se guarden y cumplan(30).

En este momento histórico, la mujer se encontraba sometida al marido, esta necesitaba la autorización marital para celebrar toda clase de contratos, no podía incluso aceptar herencias, ni repudiarlas sin esa autorización. El juez podía a veces suplir esos permisos, lo que se hacía mediante calificación de la negativa marital. La mujer aunque tenía derecho a la propiedad no podía administrarla sino con la intervención del marido, manteniéndola en una perpetua incapacidad.

Para poder casarse la mujer debía dar una dote a su marido, a quien le correspondía administrarla.

Dos situaciones que se dieron en la practica durante este período fueron por un lado el casamiento de los menores para cobrar el tributo que no debían los solteros, y la venta de indias por parte de su padre, ante lo cual se crearon normativas jurídicas que las combatiera. Así para el primer caso don Felipe II dictó el 17 de abril de 1581 la ley III, libro VI titulo I de la Recopilación de las Leyes de Indias, en la que se prohibía el casamiento de mujeres menores de edad legal por ir en contra de Dios como en contra de la salud y la fecundidad.

En el segundo caso se dicto la ley VI del libro VI, del titulo III la recopilación citada dada en Madrid por Felipe IV el 19 de septiembre de 1622, en la que prohibió seguir con esa costumbre, so pena de 50 azotes y quedar inhábil de tener oficio de República y restituir lo recibido a la Cámara(31).

También se crearon con la colonización la figura del concubinato, ante la situación de escasez de mujeres españolas lo cual creó un problema de carácter político-social que se solucionó sometiéndolo a la legislación española con esta figura.

Para la América Indiana el régimen jurídico al que tradicionalmente había estado sujeto el concubinato se legitimaba por el derecho consuetudinario y la afiliación que

surgía del que tenía la calidad de natural, pero siempre que este fuera notorio y público, que la concubina observara absoluta fidelidad al concubino es decir, que no hubiera duda alguna de que hombre y mujer vivían carnalmente, en tal forma que si hubiera sido la unión reconocida por la ley hubiera sido un matrimonio legítimo (32)

Como podemos ver el concubinato vendría siendo un matrimonio que no ha sido reconocido por la ley, pero que produce los mismos efectos, ya que autores como Ortolan y Pothier establecen que el concubinato quitaba a los hijos el defecto de bastardos, teniendo el carácter de hijos naturales(33). Situación que se justifica por el predominio del cristianismo durante este período. Así mismo, se justifica la prohibición tanto para españoles e indios de la práctica de la poligamia.

En conclusión podemos decir que el estado de desigualdad en que se encontraba la mujer permitía el abuso por parte del hombre, a quien se le legitimaba su actuar, ya que, aunque se dictaron leyes que supuestamente protegieran al sector indígena, incluyendo a la mujer, esta fue objeto de grandes abusos, los cuales eran aceptados socialmente.

c) PERÍODO POS-INDEPENDENCIA.

Pasado el período de colonización de nuestras tierras, entramos a una nueva etapa en el ordenamiento jurídico, ya que antes de la promulgación del Código Civil de 1860, regía en El Salvador en materia de matrimonio la Ley Española. Desde la independencia hasta 1857, año de promulgación del Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, no hay ninguna ley que regulara sobre este tema, y es así como encontramos en su capítulo 2 escrituras que se refieren al matrimonio y a la sociedad conyugal(34). Todo el derecho indiano, que estaba formado por reales cédulas y órdenes, provisiones pragmáticas y ordenanzas emanadas del gobierno de España, continuaba siendo su aplicación una afrenta para la libertad del hombre, ya que para lo único que sirvió fue para reconocer privilegios a favor de los conquistadores y crear cadenas de esclavitud y de explotación en contra de la raza autóctona y en especial al sector más vulnerable: la mujer.

Este fue un período impregnado de mucha religiosidad, lo que creó la figura de la perpetuidad del matrimonio, dándole a la mujer un papel de mayor trascendencia en la vida familiar.

Pero encontramos una regulación más amplia en el Código Civil de 1860, en donde se establecía el matrimonio civil solo para los que profesaban la religión católica, siendo la autoridad eclesiástica la autorizada para legalizar los matrimonios que se trataban de contraer o que ya estaban contraídos; además decidía sobre la existencia de los impedimentos para casarse.

d) ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES.

El tema de la familia y su reconocimiento como institución jurídica no ocurre en las primeras constituciones, sino que la encontramos hasta la de 1939, que es la primera constitución como estado independiente que regula los derechos sociales aunque de forma incipiente. Es así como se dedica todo un capítulo a la cuestión familiar, estableciendo en su art. 60. "La familia, como base fundamental de la Nación, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia"(35).

De igual manera encontramos regulada la familia en la constitución de 1945 que en su Art. 153 Inc. 1° establecía: "La familia, como base fundamental de la Nación. Será protegida especialmente por El estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento moral, físico, económico, intelectual y social, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia."(36) Como podemos ver existe con esta disposición una noción más integral del concepto de familia al que anteriormente se había tenido.

Luego la encontramos regulada en la Constitución de 1950 en el Art. 180 Inc. 1° que dice: "La familia, como base fundamental de la sociedad, deberá ser protegida especialmente por El estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su

mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia. El matrimonio es el fundamento legal de la familia y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges”(37).

Posteriormente se regula en la Constitución de 1962 en el Art. 179 Inc. 1° que fue una copia textual del Art. 180 de la Constitución de 1950, por lo que omitimos transcribir dicho artículo.

Por último aparece regulada en el Art. 192 de la Constitución de 1983 y que es la que actualmente se encuentra en vigencia el cual no será analizado en este momento por no ser parte de este capítulo.

Como podemos ver la regulación del tema de la familia ha venido evolucionando a medida que la concepción de derechos sociales ha evolucionado.

2) ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA GARANTIA DE AUDIENCIA.

Cuando hablamos de la historia de la Garantía de Audiencia, no hay que olvidar, que ésta es parte de los derechos fundamentales, y que es sobre la base histórica del surgimiento de éstos que veremos el origen de dicha garantía que es nuestro objeto de investigación. Como dicen algunos autores hablar de los antecedentes y evolución de la garantía de audiencia, es hablar de los antecedentes y evolución del Juicio de Amparo, pues ambas instituciones a veces se confunden en la historia tanto en su alcance como en su contenido como garantías jurisdiccionales y de legalidad que son, y hasta modernamente con la aparición del Estado de Derecho; el moderno constitucionalismo; la división de poderes y los derechos fundamentales del hombre, que alcanzan con claridad su distinción; quedando la garantía de audiencia como una garantía a la justicia común u ordinaria y el juicio de Amparo como una garantía a la justicia constitucional o extraordinaria(38). Siguiendo al tratadista Ignacio Burgoa se hará un breve recorrido sobre dicha institución en la Edad Antigua en Oriente y Occidente, en la Media en España y en Inglaterra donde se encuentran, la Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra, que es el origen más remoto de las Garantías Individuales, hasta la época moderna con el "Bill of Rights" de 1689, Francia con el pensamiento ilustrado y la Declaración de los

Derechos del Hombre y del Ciudadano en el siglo XVIII y sus transformaciones en el siglo XIX. También se incorpora el desarrollo de la institución en los Estados Unidos de Norteamérica y en nuestro país en la época prehispánica , colonial y moderna.

2.1) PUEBLOS ANTIGUOS.

2.1.1) ORIENTE.

En estos pueblos en el cual reinaba el despotismo (autoridad que no está limitada por las leyes), el individuo como ser particular debía obedecer y callar, máxime que los mandatos que recibía eran conceptuados como provenientes del representante de los dioses en la tierra, ya que eran politeístas a excepción de los hebreos. Por tal motivo, las arbitrariedades del gobernante eran acatadas por los súbditos al amparo de la conciencia que estos abrigaban, en el sentido de ser emanaciones o designios de la voluntad de los Dioses expresada por el gobernante.

Esta creencia acerca del origen del poder y de la autoridad real estaba generalizada de tal manera, que podemos afirmar que casi todos los regímenes de gobierno de dichos pueblos eran teocráticos, es decir, gobierno en que el poder supremo está sometido al sacerdocio como el egipcio, el hebreo, etc. En algunos de ellos como en éste último, se diferenciaban por ser monoteístas, la actividad del monarca se hallaba restringida por normas religiosas o teológicas, en las que implícitamente se reconocían ciertos derechos a los súbditos o fieles, pues se suponía que dichas normas, como las de Jehová, era el producto de un pacto entre Dios y el pueblo, cuyas disposiciones debían ser inviolables.

Y es así como encontramos principalmente en los libros del Exodo y Deuteronomio del Libro de las Sagradas Escrituras, el contenido de la ley de Moisés, a quien se considera que Dios se las había revelado; habiendo celebrado una alianza con su pueblo, fijándole una serie de reglas de conducta, que son las contenidas en el primer libro en mención (capítulo 21 versículos 1 al 36; capítulo 22 versículos 1 al 3), en el que encontramos la famosa ley del Talión (Exodo Cap. 21, ver. 12 al 25), que consistió en

poner la razón al derecho de venganza, de modo que la víctima o sus parientes no pudieran infligir al victimario, o a sus parientes más que un daño igual al recibido.

Otro medio de limitar la venganza privada fueron las llamadas ciudades de refugio, en donde el perseguido por una venganza privada no podía ser castigado por sus perseguidores. Pasando de la Venganza Privada a la Pública, humanizando con esto las penas.

Los juicios tienen lugar cuando la sociedad asume la facultad de castigar y en los pórticos de las ciudades una vez dictada sentencia los testigos tiraban las primeras piedras para lapidar en los casos en que se había ordenado. Aparecen además otras limitaciones a la venganza privada como la composición que consistía en recibir un pago a cambio del derecho de vengar un delito y la limitación de la venganza únicamente a la persona del delincuente(39).

Como podemos ver a pesar que existían sanciones de carácter divino no encontramos en este momento histórico un reconocimiento de derechos fundamentales, ya que el individuo estaba relegado a un plano de inferioridad y sometido a una supuesta voluntad divina, ya que apoyaban las normas jurídicas en los principios religiosos.

a) GRECIA.

Aquí el individuo no gozaba de derechos fundamentales como persona, oponibles a las autoridades, es decir, no tenía derechos públicos individuales. Su esfera jurídica estaba integrada casi exclusivamente por derechos civiles y políticos, en cuanto intervenía directamente en la constitución y funcionamiento de los órganos de la Ciudad-Estado o Polis en cuanto tenía una situación protegida por el derecho en las relaciones con sus semejantes, más no gozaba de ninguna prerrogativa frente al poder público.

Los aportes que la escuela Estoica⁸ hizo sobre el origen de los derechos humanos como derechos universales naturales, según el autor Ignacio Burgoa, fue una

⁸ Estoicos: escuela filosófica cuyo ideal lo constituye el sabio que vive en la virtud como única fuente de Felicidad.

especie de reacción intelectual contra el estado de cosas imperantes en la polis griega y principalmente contra la esclavitud, como la ocurrida en Esparta en donde el pueblo conquistado fue sometido a una perpetua servidumbre, constituyéndose éste territorio en un cuartel en estado de alerta. Ante los cuales no existió ningún reconocimiento ni protección de derechos.

b) ROMA.

La situación de Roma era parecida a la de Grecia, en donde los derechos eran exclusivamente civiles y políticos. Si bien es cierto existía la figura del “Status Libertatis” o Estado de Libertad, más bien se reputaba como una cualidad en oposición a la condición del servus o siervo, o sea, como una facultad de actuar y comportarse por propia voluntad y determinación. Puede afirmarse que la libertad en el régimen romano

estaba reservada a cierta categoría de personas, como el pater- familias, quien gozaba de amplio poder sobre los miembros de su familia y sobre los esclavos.

En las relaciones de derecho privado, el ciudadano romano estaba plenamente garantizado como individuo, a tal grado que el Derecho Civil en Roma alcanzó tal perfección, que aun hoy en día constituye la base jurídica de gran parte de las legislaciones principalmente en los pueblos de extracción latina.

Aquí existió la institución de “ homine libero exhibendo” que era un interdicto establecido por un edicto del pretor, esto era, por una resolución que contenía las bases conforme las cuales dicho funcionario dictaba sus decisiones en los casos concretos que sometían a su conocimiento, llenando así las lagunas u omisiones de las legislaciones, resoluciones que constituían una fuente sui-generis del derecho, junto con la ley, la costumbre, etc. Los edictos de los pretores podían ser perpetuos o temporales, es decir, o integraban normas generales que se aplicaban indistintamente a los diversos casos que se fueren presentando, o solamente formaban reglas cuya aplicabilidad tenía lugar sólo respecto del negocio concreto que ocurría.

La Lex Cornelia atribuyó a los edictos perpetuos, llamados así porque debían ser utilizados para la creación de edictos futuros poniendo fin a la iniciativa creadora del pretor, cierta obligatoriedad en su observancia, aun por lo que concernía a los mismos funcionarios que los habían dictado, cuando menos por el término de un año al finalizar el cual el nuevo pretor podía modificarlos, debiendo conservar sin embargo, una gran parte dispositiva del anterior y los principios que en éste se consagraban. De esta manera muchos edictos ya no fueron simples ordenanzas del funcionario público romano revestidas de un carácter meramente transitorio, aplicables solo a un caso particular o a varios indistintamente que fueran surgiendo durante el término de un año, sino verdaderos conjuntos dispositivos que con el tiempo fueron adquiriendo fuerza de derecho consuetudinario, merced a la presencia constante de determinados principios que se transmitían obligatoriamente de un edicto a los sucesivos.

La acción que se derivaba del interdicto mencionado, que culminaba con una resolución interina particular que no pretendía decidir definitivamente la cuestión debatida, sino que protegía y amparaba la libertad del detenido, siguiéndose el procedimiento criminal respectivo en forma separada, es decir, consistía en una resolución a favor del particular en cuyo perjuicio se verificaba un acto privativo de su libertad, contra el individuo que lo ejecutaba, quien en esta forma se constituía en demandado. Se trataba de evitar que una persona física, un particular, pudiera sin sanción o responsabilidad alguna, privar de su libertad a un hombre libre, único titular en Roma de la acción correspondiente(40). Dicha acción constituyó una mera acción civil contra los particulares y no contra la actividad y arbitrariedad del poder público. Por lo cual no podemos considerarlo un antecedente de protección de derechos fundamentales. Ya que no hay un reconocimiento de garantías ni mecanismos para su protección, contra el poder del Estado, no así contra los particulares.

2.1.2) PUEBLOS MODERNOS.

Estos pueblos surgen como una nueva civilización constituida, por una mezcla de elementos romanos y germanos producto de las invasiones bárbaras en Europa

Occidental. Esta nueva civilización tiene como epicentro las grandes naciones europeas y americanas modernas, de las cuales estudiaremos España, Inglaterra, Francia y Estados Unidos por considerar que son las más importantes en el desarrollo histórico de las garantías individuales modernas y por ende de nuestro objeto de investigación, la garantía de audiencia(41).

a) ESPAÑA.

Con la llegada de los visigodos a este país se crea una dualidad de legislaciones, redactándose para cada uno de ellos legislaciones distintas. Es hasta la primera mitad del siglo VII con el rey Chindasvinto que se trata de unificarlas, llamándose la nueva legislación FUERO JUZGO o ley de los jueces, pero que fue aprobada hasta el año 654 y puesta en vigor por el rey Egica en 687.

Esta superaba tanto el derecho romano como germano, representa la unificación definitiva de la legislación española en cuanto a grupos raciales se refiere. Es considerada como la mejor obra jurídica de la Edad Media europea la que fue derogada hasta el siglo XIX. En su contenido sujeta a los reyes al imperio de la ley, impone a los gobernantes el deber de la honradez y le recuerda al rey que no es el dueño del Estado ni de las cosas públicas, proclama la igualdad ante la ley, reconoce la irretroactividad de ésta y el principio de la cosa juzgada(42).

La legislación anteriormente dicha fue aplicada en toda España de forma general, pero conjuntamente a ésta se crearon legislaciones parciales las cuales solo se aplicaban a una clase, profesión o lugar a las que se les llamó FUEROS que quiere decir ley(43).

Estos en un principio eran textos cortos que se referían solo a los asuntos de derecho público como las inmunidades de los habitantes y la organización del gobierno local, luego se convirtieron en verdaderos códigos extensos que regulaban asuntos de derecho privado, el más importante se dice que es el de la ciudad de Cuenca de 1090. En estos documentos aparecen regulados los principios de libertad personal, igualdad, inviolabilidad del domicilio, etc.

Otro suceso importante que cabe mencionar es la tarea del rey Alfonso X (El Sabio) que lucha por terminar con los fueros de la nobleza, que anteriormente se habían dado, y que redacta su obra más trascendental “Las Siete Partidas” terminada alrededor de 1265, dividido en 7 libros que tratan desde el derecho canónico hasta el penal, ésta junto al Fuero Juzgo, fueron las obras básicas del derecho español hasta el siglo XIX, pero que por el hecho de no derogar ninguna ley no vino a solucionar el caos legislativo existente.

En el reino de Aragón encontramos una institución, creada por don Pedro III en el año de 1348, bajo el nombre de “Privilegio General”, que consagraba ya derechos fundamentales individuales oponibles a las arbitrariedades del poder público. Este consistía en un conjunto de disposiciones que enumeraban ciertas prerrogativas de los súbditos frente a la autoridad del rey o de sus órganos delegados, independientemente de su condición particular (por eso se le denominó general), fue un verdadero fuero, en el sentido que tenía este concepto en la Edad Media, es decir, un otorgamiento o una concesión de derechos hecha por el gobernante a favor de sus gobernados. Así pues, en el reino de Aragón encontramos ya un cuerpo dispositivo o fuero que consignaba ciertos derechos para el individuo frente a la autoridad, los cuales se conciben ya en el mismo sentido en que se consideran las garantías individuales: limitación del poder público a favor del gobernado.

Pero el “Privilegio General” no solamente contenía la enunciación de los derechos otorgados en beneficio de los súbditos por el monarca, sino que en él se instituyeron los famosos PROCESOS FORALES, que eran verdaderos medios de protección de aquellos, procesos a los que se refiere Vallarta en los siguientes términos: “ El Privilegio General otorgado por el rey don Pedro III y elevado a la categoría de fuero en 1348, ha sido, y con razón comparada con la Carta Magna inglesa; en él se consignó el respeto a las garantías individuales, y después en posteriores leyes, esa institución se fue perfeccionando hasta el extremo de superar en este punto a la misma constitución inglesa”.

En estas leyes se estableció el famoso proceso foral llamado de la “manifestación de las personas”, por el cual, si alguno había sido preso sin hallarse en flagrante delito, o sin instancia de parte legítima, o contra ley o fuero, o si a los tres días de la prisión no se le comunicaba la demanda, por más que pesase sobre él acusación o sentencia capital, debía ser puesto en libertad por espacio de veinticuatro horas, en virtud de lo que se llamaba la vía privilegiada.

Además tenían el proceso foral llamado jurisfirma, en el que la justicia podía avocarse al conocimiento de cualquier causa incoada ante otro tribunal, garantizando de los efectos de la condena impuesta por éste, y los bienes de los que recurrían a asistencia, es decir, constituía un verdadero mecanismo de control de los actos de los tribunales inferiores.

Como complemento de los procesos forales en el reino de Aragón y de Castilla, existió un alto funcionario llamado JUSTICIA MAYOR, que se encargaba de tutelar las disposiciones forales, para que se oyesen las quejas de los que se decían oprimidos por la transgresión de ésta, y quitase las violencias que se les irrogasen contra sus derechos.

Por otra parte, no solamente el Justicia estaba encargado de hacer respetar los fueros, sino también las Cortes, que tenían el derecho de velar en todos los ramos de la administración pública, de reformar todos los abusos, y deponer al rey si faltaba al juramento que hacía de conservar las libertades de la nación(44). En España se ve un intento de unificación con los reinos de Castilla y Aragón, al llegar al reinado los reyes Isabel y Fernando en 1479 aproximadamente. Pero este intento no se logra sino hasta el reinado de Carlos V, donde comienza la época más brillante de éste país, convirtiéndose en el árbitro de la política europea y donde se realizan las conquista de América.

En 1592 Felipe II después de una rebelión deroga los fueros locales de Aragón y al Justicia Mayor lo convierte en un funcionario real, pero el golpe definitivo lo dio Felipe V al suprimir en 1712 las cortes especiales de aquel antiguo reino. Convirtiéndose desde entonces en un cuerpo muerto la legislación de Aragón(45).

Invadiendo Napoleón este país, se crea un movimiento popular de resistencia, que convoca a Cortés no solo a regiones de la península, sino también de las diversas

colonias de América y que logran en 1812 elaborar una constitución que tiene una gran influencia en el derecho de América, donde se proclama la igualdad de todos los hombres, inclusive indios, se abolió la censura previa a la imprenta, la tortura y los derechos feudales, se otorgó la ciudadanía a todos los varones mayores de edad, se derogó el fuero eclesiástico y se dispuso que los impuestos solo podían ser votados por la representación popular. Se crearon alcaldes judiciales en todos los pueblos, al rey se le limitaba profundamente sus facultades y se dispuso que los impuestos se pagarán en proporción a la capacidad de los ciudadanos, pero no estableció ningún medio para preservar las garantías que otorgaba, la cual no logró tener un período extenso de vigencia y que fue derogada y luego puesta en vigencia por varias ocasiones.

En 1931 se emite una nueva constitución que aunque hoy en día está derogada, es el modelo de todas las constituciones de América latina, en el que se establecieron disposiciones nuevas como que el derecho internacional está incorporado como parte de la legislación interina y con igual fuerza que ésta, la igualdad jurídica de los sexos, la igualdad de derechos de los hijos sin importar su origen, garantías sociales y el reconocimiento del carácter de función social que tiene la institución de la propiedad y de los derechos que en ella tiene el Estado(46).

Asimismo se estableció un tribunal de Garantías Constitucionales que tenía competencia para: a) el recurso de inconstitucionalidad de las leyes; b) el recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

b) INGLATERRA.

El régimen jurídico inglés fue evolucionando lentamente desde los más oscuros orígenes de los pueblos que habitaron la Gran Bretaña y es fruto de sus costumbres y de su vida misma. El derecho inglés se caracterizó por tener un origen consuetudinario no teniendo como base la norma legal para su surgimiento.

Como sucedía por lo general en las primeras épocas de la Edad Media prevalecía el régimen de la “vindicta privata” o venganza privada en los comienzos de la sociedad

inglesa. Sin embargo con posterioridad se introdujeron limitaciones a esa práctica social, considerándose que en determinados períodos no podía ejercerse violencia alguna, en aras del rey, quien paulatinamente fue instituyendo nuevas prohibiciones a su ejercicio. El conjunto de estas restricciones recibía el nombre de “la paz del rey”. Esta forma de venganza privada fue extinguiéndose paulatinamente y las violencias en que se traducían fueron desapareciendo con el tiempo. Así se crearon los primeros tribunales que eran el “Witan” o consejo de nobles, el Tribunal del Condado y el Consejo de los Cien, que se concretaban a vigilar el desarrollo de las ordalías o “juicio de Dios.”⁹

En vista de la imposibilidad material del monarca de impartir justicia en todos los lugares del reino, se estableció lo que se llamó la “Curia Regis” o Corte del Rey, con atribuciones varias, que éste le había delegado. En esta forma, los diversos tribunales de los distintos pueblos que habitaban Inglaterra fueron sometidos a la autoridad judicial central, quien respetó siempre sus costumbres y tradiciones jurídicas, aunque después éstas tuvieran que ceder.

Así en toda Inglaterra, se fue extendiendo lo que se llamó *common law* o Derecho Común, que fue un conjunto normativo consuetudinario, enriquecido y complementado por las resoluciones judiciales de los tribunales ingleses, y en particular, por la Corte del Rey, las cuales constituyeron, precedentes obligatorios no escritos para casos sucesivos. Este derecho común se formó y desarrolló en dos principios principales: la seguridad personal y la propiedad.

Sus normas se extendieron y se impusieron a la autoridad real, quien debía acatarlas, por lo que de este modo la libertad y la propiedad en Inglaterra se erigieron en derechos individuales públicos, oponibles al poder de las autoridades. Podemos decir que existió gracias al *common law* una supremacía consuetudinaria respecto del poder del monarca y en general de cualquier autoridad inferior.

⁹ Ordalías: pruebas que durante la edad media demostraban la culpabilidad o inocencia de los acusados. Las más corrientes fueron las del fuego, el agua hirviendo y el veneno.

La resistencia real a los mandatos del derecho consuetudinario provocó en Inglaterra no pocas conmociones, que sirvieron para que el gobierno obtuviera nuevos triunfos sobre el monarca, consolidando así sus conquistas libertarias, mediante CARTAS, que eran documentos públicos obtenidos del rey, en los que se hacía constar los derechos fundamentales del individuo.

Así, a principios del siglo XIII los barones ingleses obligaron al rey Juan Sin Tierra llamado así por haber perdido en batallas los territorios de Bretaña, Anjón y Normandía que son parte de Francia(47), a firmar el documento político base de los

derechos y libertades en Inglaterra y origen de varias garantías constitucionales de diversos países, principalmente en América. Nos referimos a la famosa Carta Magna o Magna Carta Libertatum, en la que hay una abundante enumeración de garantías prometidas a la iglesia, a los barones, a los freemen y a la comunidad, todos con valor jurídico el que corresponde a fórmulas que se han transmutado en libertades modernas. El precepto más importante es el número 39 que establecía que ningún hombre libre podía ser arrestado, expulsado, o privado de sus propiedades, sino mediante juicio de sus pares sustituyendo a los magistrados regios(siendo el antecedente del juicio por jurado) y por leyes de la tierra, que estaba fundamentado en la tendencia jurídica de protección a la libertad y a la propiedad.

El concepto de ley de la tierra, equivalía al conjunto dispositivo consuetudinario imperante en Inglaterra, es decir, el common law (derecho común). Esto implicaba una garantía de legalidad, en el sentido de que dicha prohibición solo podía efectuarse mediante una causa jurídica suficientemente permitida por el derecho consuetudinario. Y cuando se refería al juicio de pares, no sólo se otorgaba al hombre una garantía de audiencia, por la que pudiera ser oído en su defensa, sino que aseguraba también la legitimidad del tribunal que había de encargarse del proceso, pues se estableció que no cualquier cuerpo judicial podía tener tal incumbencia, sino precisamente los pares del interesado, es decir, órganos jurisdiccionales instalados con anterioridad al hecho de que se tratase y por personas de su mismo nivel social. Fue así como este artículo de la

Magna Carta inglesa reconoció el hombre libre (freeman), la garantía de legalidad, de audiencia y la legitimidad de los funcionarios o cuerpos judiciales.

Con el tiempo la autoridad del monarca inglés fue decreciendo, en primer lugar porque el parlamento ya se había formado, y en segundo término, porque este organismo fue absorbiendo paulatinamente la potestad legislativa real, mediante proposiciones de ley que formulaba. Fue así como en el siglo XVIII el parlamento impuso al rey otro estatuto legal que vino a consolidar y corroborar las garantías estipuladas en la Carta Magna: *la petition of right* (petición de derechos) en 1628, presentada por el parlamento y acogida después de muchas resistencias por Carlos I, en la cual se reafirman las limitaciones tradicionalmente impuestas a la autoridad real, impidiendo, al mismo tiempo al rey, mantener un ejército sustraído al control parlamentario, negándose la posibilidad de alojarse coactivamente en las casas de los particulares e imponiéndole una disciplina especial(48).

Así como el *writ of habeas corpus* (auto de exposición de la persona), que era el procedimiento consuetudinario que permitía someter a los jueces, al examen de las órdenes de aprehensión ejecutada y la calificación de la legalidad de sus causas, fue elevado a la categoría de ley en el año de 1679 por Carlos II, con la cual se impedía toda detención arbitraria, autorizando al mismo arrestado (o a su representante) para requerir al juez competente la expedición de un decreto mandando el traslado a juicio del imputado, dentro de un término máximo de veinte días (dirigido a sus guardianes, que están obligados a acatarlo bajo la amenaza de graves sanciones)(49). En virtud de un suceso ocurrido: Hampden y otros que fueron aprehendidos por orden del rey, pues no habían pagado un préstamo forzoso que el parlamento no había decretado, acudiendo a ese recurso en defensa de su libertad; se estimó que la orden real era la causa legal suficiente para determinar la aprehensión de que se quejaban y entonces el parlamento hizo una declaratoria en la que asentaba que el writ of habeas corpus no puede ser negado, sino que debe ser concedido a todo hombre que sea arrestado o detenido en prisión o de otra manera atacado en su libertad personal, por orden del rey, de su consejo privado o de cualquier otra autoridad, constituyendo el antecedente del recurso de

amparo; recurso que protegía la seguridad personal, pues obligaba a la autoridad que llevaba acabo una detención arbitraria a presentar el cuerpo del detenido al juez quien se interponía, mientras se averiguaba la legalidad del acto aprehensivo o la orden de la cual emanaba(50).

La Declaración de Derechos (Bill of Rights), formulada en 1689 por las Cámaras y sancionada luego, por Guillermo y María de Orange, asumiendo la corona británica. En tal documento, después de haber enumerado todos los actos arbitrarios de Jacobo II al cual habían derrocado, se reafirmaba que también el soberano estaba sometido a las leyes fundamentales del reino y que, precisamente, para asegurar, concretamente, tal principio el Parlamento votaría solo año tras año los impuestos solicitados por el Gobierno real.

En todas las declaraciones británicas de derechos y deberes de los ciudadanos no se encuentra proclamación alguna de alcance filosófico universal; se trata siempre, en cambio, de confirmaciones contingentes de antiguas costumbres y de preexistentes institutos jurídicos capaces de tutelar al individuo frente a las intermitentes amenazas de la autoridad regia. Por tanto, los documentos soberanos que los contienen se presentan siempre como textos normativos capaces de ser invocados por el ciudadano en el tribunal para tutelar los propios intereses específicos, que culminan en la defensa de la propia libertad personal(51).

c) FRANCIA.

No obstante perfilarse el jusnaturalismo como corriente política para fijar las relaciones entre el poder público y los gobernados, en la práctica se cimentaba un sistema teocrático, el que consideraba que la autoridad monárquica tenía su origen y fundamento en la voluntad divina, por lo que se reputaba a aquella como absoluta, esto es, sin ninguna limitación para su ejercicio.

Con esta justificación los reyes cometieron grandes arbitrariedades, ya que imponían elevadísimos impuestos a sus súbditos para poder ostentar una vida impregnada de lujo.

Ante esta realidad surgen importantísimas corrientes políticas en el siglo XVIII, las cuales pretendían poner fin al régimen absolutista, propugnando por el establecimiento de sistemas o formas de gobierno más pertinentes y adecuadas para conjurar el mal público. Así aparece el pensamiento de los fisiócratas quienes abogaban por un marcado abstencionismo del Estado en lo concerniente a las relaciones sociales, las que debían entablarse y desarrollarse libremente, sin la injerencia oficial, obedeciendo al ejercicio de los derechos naturales del gobernado.

Por otra parte Voltaire, propugnando una monarquía ilustrada y tolerante, proclamaba la igualdad de todos los hombres respecto a los derechos naturales de libertad, propiedad y protección legal.

Los enciclopedistas, principalmente con Diderot y D'Alambet, pretendieron reconstruir teóricamente el mundo, saneándolo de sus deficiencias, errores y miseria, pretensión en la que pugnan por la consagración definitiva de los derechos naturales del hombre.

Tenemos también la teoría de la división de los poderes de Montesquieu, que trataba de elaborar un sistema de gobierno que garantizara la legalidad y descartar la arbitrariedad y el despotismo de las autoridades(52).

Pero el pensador que con su tesis influyó con mayor fuerza la revolución francesa fue Rousseau, con su teoría del contrato social, quien sostenía que el hombre en un principio vivió en un estado de naturaleza, en donde su actividad no estaba limitada por ninguna norma, que desplegaba su libertad sin obstáculo alguno, donde no operaba la razón sino el sentimiento de piedad. Pero luego empezó a surgir la desigualdad, provocando pugnas entre ellos. Para evitar esto los hombres crean un pacto de convivencia civil a través de la voluntad general.

A diferencia de Inglaterra en Francia el constitucionalismo surge súbita y repentinamente, el cual destruyó el sistema monárquico absolutista, implantando uno democrático, liberal, individualista y republicano con una concepción jusnaturalista. Surgiendo las garantías individuales como producto de elaboraciones doctrinarias, de corrientes teóricas que encontraron cuna en el pueblo francés(53).

Tras sangrientos episodios se formula y proclama la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789; que en su 17 artículos instituyó la democracia como forma de gobierno, afirmando que el origen del poder público y su fundamental sustrato es el pueblo, basado en un principio individualista y liberal, el primero porque consideraba al individuo como el objeto esencial y único de la protección del Estado y de sus instituciones jurídicas, no permitiendo entidades sociales intermedias entre él y los gobernados particulares, y el segundo porque vedaba al estado toda injerencia en las relaciones entre particulares que no tuviese por objeto evitar el libre desarrollo de tal actividad individual perjudicara o dañara los intereses de otro u otros individuos, concibiendo a aquél como un mero policía.

El principio de legalidad en el Art.7 que establecía: "Ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso, más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas por ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, haciéndose culpable de su resistencia".

Dicha declaración instituía como garantías o derechos fundamentales la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (Art.2), así como la garantía de la no retroactividad de las leyes en el Art.8 que decía: "La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al hecho".

Pero esta declaración en la práctica no era acatada, por lo que se seguían cometiendo atropellos y violaciones. Ante tal situación el francés Sieyes concibió la idea de crear un jurado constitucional que se encargaría de conocer de las quejas que se presentasen por atentados al orden establecido por dicha normativa. Para lograr su propósito, informó sobre su idea a Napoleón I, quien la aceptó, para lograr un arraigo popular, con el propósito de establecer un medio de garantizar un régimen instituido por la constitución en beneficio de los gobernados, implantado en la constitución del año VIII el llamado SENADO CONSERVADOR(54).

En el curso del siglo XIX la enunciación de derechos y deberes de los ciudadanos sufrió una doble transformación: pasó al mismo texto de las constituciones, imprimiendo a sus fórmulas, hasta entonces abstractas, el carácter concreto de normas jurídicas positiva (si bien de contenido general y de principio), valederas para los ciudadanos particulares de los respectivos Estados (llamada subjetivización) y, muy a menudo, se integró también con la intervención de otras normas encaminadas a actuar una completa y detallada regulación jurídica de sus puntos más delicados, de modo que no necesiten, ulteriormente, para tal fin, intervención del legislador ordinario (o sea su positivación).

Un nuevo cambio decisivo se dio, luego, al término de la primera guerra mundial: mientras que desde entonces los derechos y los deberes de los ciudadanos habían sido formulados jurídicamente solo en relaciones con la actividad jurídica del Estado, sobre la base, especialmente en los últimos años, de los principios democráticos de libertad e igualdad, desde tal época fueron igualmente definidos, siempre en medida creciente, también respecto a la actividad social del mismo Estado, determinando por consiguiente, una notable extensión de los textos constitucionales(55).

2.1.3.) PUEBLOS AMERICANOS.

ESTADOS UNIDOS.

No podemos descubrir en la época precolombina en la América hispánica, antecedentes de las garantías individuales, como lo hemos visto en otros tiempos, en el que su forma de gobierno se traduce en un cúmulo de reglas consuetudinarias que definían el sistema para designar el jefe supremo, una conciencia en la que se investía al jefe de un poder ilimitado. Si bien es cierto en algunos pueblos existían consejos de sacerdotes y ancianos, que aconsejaban al jefe supremo sobre cuestiones trascendentales de la vida pública, ante lo cual no se sentía coartado a cumplir

Según Von Hagen, en su libro *El Mundo de los Mayas*, nos manifiesta al respecto que el jefe supremo de los mayas al que llamaban Halanch Vinic, el cual era considerado como semi-dios, que ostentaba plenos poderes, limitados solo por un

Consejo que se supone estaba ligado a él por la sangre, aunque sus órdenes se obedecían plenamente. Ignacio Burgoa menciona historiadores que sostienen la existencia de esta forma de controlar al rey. Ante esto sí bien es cierto existió un derecho consuetudinario no es posible afirmar sobre la existencia del reconocimiento jurídico de derechos fundamentales del gobernado frente a la autoridad.

Al fundarse las colonias inglesas en América, los inmigrantes llevaron consigo toda la tradición jurídica de Inglaterra, gestada y desenvuelta dentro del espíritu de libertad.

La opresión reinante en la metrópoli hizo que los colonos vieran en tierras americanas el lugar propicio para el desarrollo de la libertad humana.

Las autorizaciones que otorgaba el rey para fundar y organizar colonias en América recibían el nombre de CARTAS, que eran documentos que fijaban ciertas reglas de gobierno para las entidades a formarse concediéndoles amplia autoridad y autonomía en cuanto a su régimen interior, pero que constituía el carácter de ley fundamental en cada colonia.

Al lograr la emancipación total de Inglaterra las colonias erigieron sus respectivas cartas en constituciones, en las que se implantó la división de poderes como garantía para el gobernado. La primera constitución colonial expedida fue la de New Hampshire en 1775, y posteriormente se crearon las de Carolina del Sur y Virginia en 1776, que constituyeron la fuente de inspiración y antecedente de la federal de los Estados Unidos de América, en las cuales encontramos disposiciones que consagran algunos derechos fundamentales del individuo, colocándolo en un plano de igualdad con sus semejantes.

Estos surgieron como nación unitaria, con vida jurídica independiente, organizados en una federación, con la promulgación de un documento importante: Los Artículos de la Confederación y Unión Perpétua. Una vez lograda la independencia los Estados permanecieron unidos, como una estrategia de defensa contra Inglaterra.

Esta normativa no establecía la federación como entidad jurídica y política aunque consideraba una liga entre ellos, inspirada en la mutua defensa de sus propios intereses, para lo cual cada Estado se despojó de facultades inherentes a su soberanía,

cuyo ejercicio depositó en un organismo llamado “Congreso de los Estados Unidos”.

Este sistema de unión americano no funcionó y por eso se construyó el proyecto de constitución federal.

Esta constitución fue sufriendo posteriores enmiendas dentro de las cuales las número V y XIV fueron las más importantes, ya que la primera encierra la garantía de legalidad, la de audiencia previa y la del juicio por el que se prive a la persona de su libertad, propiedad, etc. Se siga ante jueces o tribunales previamente establecidos, dicha enmienda cita textualmente”: Nadie será privado de la vida, la libertad o de la propiedad, sin el debido proceso legal”. La segunda enmienda contenía las mismas que la anterior(56).

El sistema de derechos fundamentales del individuo declarados en la Constitución Federal de los Estados Unidos, y en general el orden jurídico positivo que ella misma contiene, encuentran su preservación en diversos medios de derecho ejercibles contra actos de autoridad, uno de estos mecanismo fue el Habeas, que fue copiado de Inglaterra y que en un primer momento se utilizó contra detenciones ejecutivas sin proceso judicial pero luego se hizo extensivo a favor de prisioneros que bajo custodia, se les violaba derechos contemplados en la Constitución, tratado o cualquier ley de los Estados Unidos.

La justicia Americana se ha basado preferentemente en la supremacía constitucional y es así como se establecen mecanismos de control para lograrlo, tales como el Whit of Injunction, el Mandamus y el Certiorari.

El primero era una especie de apelación que se interponía contra la sentencia definitiva de un Juez que no hubiese aplicado preferentemente las leyes supremas del país frente a una disposición legal que se le contraponga. El segundo era una especie de orden dirigida por la Suprema Corte a las autoridades para obligarlas a ejecutar sus propias decisiones, y el último es un recurso que tiene por objeto revisar los actos de un órgano judicial inferior o de un organismo de actuación quasi-judicial, de tal manera que la parte interesada pueda obtener justicia más rápidamente y que se corrijan las irregularidades y los errores que hubiere en el procedimiento.

b) HISPANOAMÉRICA.

En la nueva España (México) el derecho colonial impregnado de muchas costumbres jurídicas aborígenes, se integró con el derecho español, y al entrar en el período de la colonización, éste lejos de desaparecer y quedar eliminado con el nuevo derecho, se consolida por varias disposiciones reales como la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

La autoridad máxima en las nuevas tierras era el mismo rey de España, quien tenía las funciones de legislar, administrar e impartir justicia. En un primer momento vemos en estas tierras un sometimiento del indio a la esclavitud, la cual se practica hasta la muerte del monarca Fernando el Católico en 1515, que luego con el cambio de política creado por Cuellar de Cisneros se logra derogar la esclavitud, aunque la renuncia a ello no entró vigor sino hasta el año de 1540(57).

Apareciendo luego de este acontecimiento un nuevo pensamiento doctrinario que sostenía que el indio debía ser considerado una persona libre como vasallo de la corona, acompañado esto con una normativa que protegía de manera formal al indio en su condición de libertad, pero necesitados de una especial protección jurídica a manera de ejemplo la famosa Recopilación de leyes de Indias de 1680, la cual en una de sus disposiciones copia íntegramente la famosa cláusula del testamento de la reina doña Isabel de Castilla, en el que hace referencia al trato humanitario a los indios(58).

Otro aspecto importante que debemos tomar en cuenta en este período, es la forma en como se impartía justicia, para ello se crearon las reales audiencias de los indios, que fueron una copia de las existentes en España y la cual debe considerarse como el fundamento de toda la administración de justicia colonial, el cual entre una de sus muchas funciones, era nombrar el defensor de los indios quien se encargaba de velar por ellos(59).

Como hemos podido advertir ligeramente, existió por lo menos la intención de proteger en el aspecto formal al indígena, ya que en la práctica los abusos que se cometían contra ellos se continuaron desarrollando en los tiempos posteriores.

c) EL SALVADOR

El Derecho a la Garantía de Audiencia, es una institución jurídica, reconocida formalmente a lo largo de nuestra Historia Constitucional, como la potestad de la persona a ser "oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, antes de ser privada de cualquiera de sus derechos". Es así como aparece por primera contemplado en la constitución de 1841, que en el título XVI dedicada a la declaración de los derechos, deberes y garantías del pueblo y de los salvadoreños en particular, manifiesta en su Art.76 que: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su propiedad, de su honor o de su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio, con arreglo á las formulas que establecen las leyes....."(60).

En las Constituciones de 1864 Art. 82 y 1871 Art. 109, se continua reconociendo el Derecho de Audiencia en iguales términos, sin modificación alguna. Así: "...Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su propiedad, de su honor ni de su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio, con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes....."(61).

Posteriormente en la Constitución de 1872 Art. 27, en forma similar se reconoce el derecho a ser oído y vencido en juicio, con la modificación que entre los derechos que se pueden limitar se antepone el de la Libertad al de la Propiedad, Así:Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, de su honor ni de su propiedad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las formulas que establecen las leyes....."(62).

En las Constituciones de 1880 Art. 23 y 1883 Art. 19, la única modificación que sufre el Derecho a la Garantía de Audiencia en cambiar la frase "con arreglo a las formulas que establecen las leyes", por la de "con arreglo a las leyes"(63).

Luego en la Constitución de 1886 Art. 20 se mantiene en igual sentido el Derecho a la Garantía de Audiencia y se suprime el del honor como derecho tutelado.

Posteriormente en la constitución de 1898 en su art. 27 se señala: “ Ninguna persona puede ser privada de su libertad, ni de su libertad, ni de su propiedad, sin ser

previamente oída y vencida en juicio, conforme a las leyes, ni puede ser enjuiciada civil ni criminalmente dos veces por la misma causa”(64).

En la constitución de 1921 también aparece regulada la garantía de audiencia, no de forma textual como en la anterior constitución, pero se entiende que se encuentra incluida, y es así como en el Art. 32 que dice: “La constitución garantiza a los habitantes de la república, la vida, la honra, la seguridad individual, la libertad, la propiedad, la igualdad ante la ley y el derecho de defensa”(65).

Posteriormente en la Constitución de 1939 Art. 37 se incluye como derecho tutelado por la Garantía de Audiencia el de posesión, así: “.....Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, de su propiedad ni de su posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las formulas que establecen las leyes... ”(66), el cual fue suprimido en la Constitución de 1945 Art. 20, conservándose en ambos casos la misma redacción en cuanto a la Garantía de Audiencia.

En cuanto a las Constituciones de 1950 Art. 164 y 1962 Art. 164, estas regulan de la misma manera el derecho a la Garantía de Audiencia, e incluye nuevamente el derecho de posesión, el cual fue suprimido en 1945.

En 1983, se decreta la vigente Constitución de la República, la que en su Art. 11 Inc. 1, regula el Derecho a la Garantía de Audiencia, del cual más adelante se hará un estudio a profundidad, por no ser parte de este Capítulo.

Significa esto que aunque el Artículo que regula la Garantía de Audiencia haya sido modificado a lo largo de la historia Constitucional la esencia de tal garantía, ha permanecido intacta, la cual es que a nadie se le puede privar de sus derechos sin ser previamente oído y vencido en juicio.

3) ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

3.1.)GENERALIDADES.

Para poder explicar el desarrollo histórico de esta institución, se hace necesario, remontarnos al de las medidas cautelares, ya que es en el devenir histórico de éstas es que surgen las medidas de protección que es un concepto bastante joven de ser utilizado en el ordenamiento jurídico.

Las medidas cautelares tienen su raíz en el derecho romano y estuvieron encaminadas a proteger los derechos de carácter patrimonial y es así como el derecho ha recogido instituciones que pertenecen al derecho civil como el embargo y la anotación preventiva de la demanda que puede ser utilizadas en otras ramas del derecho como en el de familia.

Las instituciones que revisten carácter cautelar han sido utilizadas en su mayoría para tutelar los derechos patrimoniales, por ello encontramos en nuestro código de Procedimientos Civiles que regula algunas instituciones que se enmarcan dentro de ese universo procesal de tipo cautelar.

Es de importancia esencial señalar que no existe un antecedente ordenado de lo que hoy se conocen como medidas cautelares, ni mucho menos de las medidas de protección, pero sí se puede hacer mención de algunas instituciones que han tenido su vigencia en el derecho procesal civil y que son el antecedente directo de todo el modelo que actualmente se aplica en el derecho procesal de familia(67), como es el caso de los actos previos a la demanda, en los que tenemos la anotación preventiva de la demanda¹⁰, secuestro preventivo de bienes¹¹, etc.

3.2.) EL SALVADOR.

A través de la historia, nuestro país ha tenido diversas Constituciones, unas como

¹⁰ Anotación preventiva :el asiento temporal y provisional de la demanda en un registro público, como garantía precautoria de un derecho o una futura inscripción

¹¹ Secuestro preventivo de bienes: depósito judicial de los mismos hasta que recaiga resolución sobre ellos.

Estados Federados, y otras como nación independiente, en las cuales el tema de la familia y el compromiso del Estado de velar por su protección, no ha estado presente en todas ellas, y a pesar de que existen compromisos por parte de éste por proteger a la familia, es hasta en el año de 1994 con la creación del Código de Familia que tenemos una legislación que regula los diversos aspectos de la vida familiar y uno de ellos, que es el que nos interesa para nuestro estudio, el de la violencia que se general en el interior de la familia y de las formas en como ayudar a solucionar esta problemática. La primera Constitución de El Salvador que se refiere a la familia es la de 1939; que, en su Art. 60 Inc. 1, dice: "la familia como base fundamental de la nación, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia"(68).

Luego el tema de la familia fue regulado en la Constitución de 1945, que en su Art. 153 Inc. 1, dice: "La familia como base fundamental de la nación, será protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento moral, físico económico, intelectual y social, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia"(69).

En la Constitución de 1950, la cual responde a un momento de apogeo en la creación de la democracia, plantea en su Art. 180 Inc. 1, lo siguiente: "La familia como la base fundamental de la sociedad, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección y asistencia de la maternidad y de la infancia"(70)

En el año de 1962 se decreta una nueva Constitución, la que es una copia casi textual de la Constitución de 1950, por lo que ya tendríamos el contenido del Artículo en mención, cambiando únicamente su Artículo, el cual es 179 Inc. 1.

Como podemos observar en el contenido de los Artículos, nos demuestra que existía un compromiso formal del Estado, de velar por la protección de la familia, situación que se sigue manteniendo hasta nuestros días, ya que en nuestra actual

Constitución, aprobada en 1983, se plantea de forma similar a los Artículos anteriores, a diferencia que en el año de 1994, son aprobados el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia, que constituyen la normativa secundaria, que desarrolla el principio Constitucional del Derecho a la Familia. De igual manera el día 28 de diciembre de 1996, es aprobada la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, normativa que ha desarrollado las medidas de protección, que será un punto de estudio en la presente investigación, de cuyos antecedentes nos hemos referido anteriormente.

En particular, sobre medidas de protección como mecanismo de defensa o auxilio de la integridad física, psicológica de los miembros de la familia por violencia intrafamiliar al parecer, no tiene antecedente alguno en nuestra historia jurídica. Estas medidas de protección son innovadoras en nuestra legislación familiar propiamente dicha, y especialmente en la Ley de Violencia Intrafamiliar; lo que encontramos son antecedentes sobre medidas cautelares en el área civil y como medidas de seguridad en el área penal, pero con una naturaleza distinta a la figura que es nuestro objeto de estudio.

BIBLIOGRAFIA CAPITULO I

- 1) Engels, Federico: Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado, Pag. 38 a la 40.
- 2) Cunza López, Nolberto Osmin y otros, Eficacia de las Medidas de Protección Aplicables en los Casos de Violencia Intrafamiliar, Trabajo de Graduación, Pag. 2
- 3) Cunza López, Nolberto Osmin y otros, Obra Citada. Pags. 2 y 3.
- 4) Engels, Obra Citada, Pag. 51 y 52
- 5) IBID. Pag. 72, 73.
- 6) Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Pag. 151
- 7) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, Pag. 848
- 8) Arturo Orgaz, Introducción Enciclopédica al derecho y a las Ciencias Sociales, Pag. 848.
- 9) IBIDEM.
- 10) Enrique Harens, Historia del Derecho, Pag. Pag. 65.
- 11) IBID. Pag. 66.
- 12) Harens. Obra citada. Pag. 83.

13) IBID. Pag. 108 y 109.

14) Montesquieu. Del Espíritu de las Leyes. Tomo 8. Pag.140.

15) Harens. Obra Citada. Pag. 141.

16) IBID. Pag. 142.

17) Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pag.554.

18) Andrade Machuca, Gloria Ester y otros. Eficacia de las Medidas de Protección impuesta por los Juzgados de Familia de San Salvador, ante la Violencia Intrafamiliar de la Mujer. Trabajo de Graduación. Pag. 18 y 19.

19) Andrade Machuca, Gloria Ester y otros. Obra Citada. Pag. 121.

20) Carpio de Alvarado, Georgina Elizabeth y otros. Trabajo de Graduación. Medidas Cautelares y de Protección en la Ley Procesal de Familia como mecanismo para solucionar la Violencia Intrafamiliar. Pag.15 a 18.

21) La Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento. Sociedades Bíblicas Unidas. Pag. 220.

22) Carpio de Alvarado, Georgina Elizabeth y otros. Obra citada. Pag. 21.

23) IBID. Pag. 24-26.

24) Andrade M. y otros. Obra citada. Pag. 17 y 21.

25) IBID. Pag. 21.

26) Victor W.Von Hagen. El Mundo de los Mayas. Pag. 56.

27) M. J. Vasquez. Origen de las Civilizaciones. Pag. 109.

28) Rodolfo Cardenal. Historia de Centro América. Pag. 35.

29) Victor W. Von Hagen. Obra citada. Pag. 60.

30) Napoleon Rodríguez Ruiz. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas.
Recopilación de Copias Fotostáficas. Pag. 86.

31) Napoleón Rodríguez Ruíz. Obra Citada. Pag. 87.

32) IBID. Pag. 315.

33) IBID. pag. 214.

34) IBID. pag. 67.

35) Unidad Técnica ejecutiva. Obra Citada. Pag. 244.

36) IBID. pag. 348.

37) IBID. Pag. 399.

38) Francisco Bertrand Galindo y otros. Manual de Derecho Constitucional. Pag. 863.

- 39) Fernando Fourier. Historia del Derecho. Pag. 34.
- 40) Ignacio Burgoa. Obra Citada. Pag. 38-40.
- 41) Fernando Fourier. Obra Citada. Pag. 67.
- 42) IBID. Pag. 92.
- 43) IBID. Pag. 94.
- 44) IBID. pag. 45.
- 45) IBID. Pag. 99.
- 46) IBID. Pag. 101 y 102.
- 47) Diccionario Enciclopédico Océano Uno. 1996. Pag. 908.
- 48) Paolo Biscareti Di Ruffia, Derecho Constitucional. 1965. Pag. 702.
- 49) Paolo Biscareti. obra citada. Pag. 702.
- 50) IBID. Pag. 47 a 52.
- 51) IBID. Pag. 702 y 703.
- 52) Ignacio Burgoa Obra citada. Pag. 69.
- 53) IBID. Pag. 71.

54) IBID. Pag. 75.

55) Paolo Biscaretti. Obra citada. Pag. 704 y 705.

56) IBID. Pag. 81.

57) Jorge Enrique Guier. Historia del Derecho. 2da. Parte. Pag. 934.

58) IBID. Pag. 951.

59) IBID. pag. 978 y 979.

60) Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962. Pag. 27.

61) IBID. Pag. 63, 92.

62) IBID. Pag. 108.

63) IBID. Pag. 142, 175.

64) Ricardo Gallardo. Constituciones de la República Federal de Centro América.
Volumen 2. Pag. 776.

65) Ricardo Gallardo. Obra citada. Pag. 817.

66) Constituciones de la República de El Salvador. UTE. Pag. 240.

67) Edwin Enesto Ayala Urrutia. Trabajo de graduación. Las limitaciones legales, doctrinarias y administrativas que afectan la aplicación de las medidas cautelares en las diligencias y procesos de familia. Pag. 1-7.

68) Las Constituciones de la República de El Salvador. Obra citada. Pag. 340.

69) IBID. Pags. 347-348.

70) IBID. Pag. 399.

CAPITULO II

PRINCIPIOS DOCTRINARIOS SOBRE LA GARANTIA DE AUDIENCIA, MEDIDAS CAUTELARES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

2.1) PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DE LA GARANTIA DE AUDIENCIA

El desarrollo histórico del derecho de audiencia cristaliza en la doctrina sobre dicha institución jurídica, la cual se desarrolla en lo siguiente:

El concepto de Garantía de Audiencia: proviene del latín Audientia, y consiste en el acto por parte de los soberanos o autoridades, de oír a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa(1).

Audiencia: deriva del Verbo Audire, el cual es el acto de oír un Juez o Tribunal a las partes, para decidir los pleitos y causas(2).

Existe en la actualidad, un detalle doctrinario en cuanto a sí la garantía de audiencia, se constituye como un derecho, o como una garantía procesal, tal como se pone de manifiesto en el libro homenaje póstumo al Doctor Salvador Navarrete Azurdia. Este autor prefiere llamarle Garantía, primero por tradición, y en segundo, por no entender cual es la diferencia esencial entre una u otra denominación(3), por lo que a ese respecto, creemos necesario para un mejor entendimiento del tema, estudiar previamente algunos conceptos desde el punto de vista Constitucional.

Los Derechos, en plural son todos aquellos naturales o esenciales de los cuales goza todo individuo jurídicamente capaz(4).

Las Garantías, atienden al conjunto de declaraciones, medios y recursos con los que los textos Constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados que le son reconocidos de manera fundamental(5); dichas garantías configuran aspiraciones de un orden jurídico superior y estable que satisfaga los anhelos de una vida en paz, libre de abusos, o con expedito recurso contra ellos(6).

Para el Derecho Constitucional, los Derechos y las Garantías no son más que el conjunto de declaraciones solemnes por lo general, aunque atenuadas por su entrega a las leyes especiales, donde a veces se desnaturalizan, las cuales en la Constitución tienden a asegurar los beneficios de la Libertad, a garantizar la seguridad, y a fomentar la tranquilidad ciudadana frente a la acción arbitraria de la autoridad, las cuales integran límites a la acción de la autoridad, y defensa para los súbditos o particulares(7).

Una vez dicho lo anterior, consideramos que sí existe diferencia entre ambos conceptos, pues constituyen instituciones jurídicas diferentes pero entrelazadas entre sí, ya que los Derechos son todos aquellos que toda persona posee por el solo hecho de serlo, en cambio las garantías, son todos aquellos mecanismos, que nos sirven para hacer valer esos derechos. En ese sentido, la Garantía de Audiencia, tiene un contenido procesal, pues ha sido instituida como una protección efectiva de los demás derechos de los gobernados, la cual indiscutiblemente se encuentra relacionada con las restantes categorías jurídicas protegidas por la Constitución.

La Garantía de Audiencia se ha establecido para dar seguridad a la persona, su vida, su libertad, su derecho a la propiedad, y otros derechos, los cuales solo pueden verse suprimidos o limitados cuando se haya cumplido con 4 Garantías específicas que resumimos a continuación:

1) El Juicio Previo al acto de privación, es decir, que la persona a quien se le pretende privar de alguno de sus derechos, se le siga un proceso, el cual no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones Constitucionales respectivas. En dicho proceso debe darse a la parte afectada, la oportunidad de haber podido ejercer válidamente y en forma plena su derecho de defensa; es decir que la parte denunciada haya sido llamada a manifestarse sobre la demanda, con el fin de darle la oportunidad de desvirtuar los hechos alegados en su contra.

El concepto juicio no sólo supone un conflicto jurídico real y verdadero, sino también potencial. Basta que en un procedimiento cualquiera se le dé al afectado la posibilidad de oponerse al acto de autoridad para que se dé una verdadera controversia

de derecho; mientras esta oportunidad no sea aprovechada, el conflicto permanecerá en un estado latente o potencial.

De lo anterior tenemos que Juicio es un procedimiento en el que se realiza una función jurisdiccional tendiente, como el término lo indica, a la dirección del derecho en un positivo y real conflicto jurídico, en el que se otorga o haya otorgado ocasión para que tal conflicto surja o hubiere surgido. Al respecto Couture nos expresa: La privación de una razonable oportunidad de ser escuchado, supone la violación de la tutela Constitucional del proceso. No se establecen a este respecto formas solemnes pero se requiere de un mínimo de posibilidades antes de ser dictada la Sentencia(8).

Ignacio Burgoa sobre este punto manifiesta que se debe dar la oportunidad legal de defensiva previo al acto de privación; En este caso es evidente que se observa la garantía de audiencia, en virtud de que la oportunidad de defensa es anterior al acto privativo. En puridad Constitucional, cuando una ley administrativa faculte a la autoridad de que se trate para realizar actos de privación en perjuicio del gobernado sin consagrar un procedimiento defensivo previo, se estará en presencia de una violación a la garantía de audiencia, aunque la propia ley estatuya recursos o medios de impugnación del mencionado acto(9).

2) Que dicho Juicio se siga ante los Tribunales previamente establecidos, se refiere a que los tribunales deben preexistir al caso que pudiese provocar la privación de algún derecho; cuando se hable de Tribunales no se debe considerar sólo los adscritos al Poder judicial sino a cualquiera de las autoridades ante las cuales deba seguirse un juicio. Estos Tribunales deben de existir con anterioridad al caso que pudiese provocar la privación en contraposición de los Tribunales o Instancias Administrativas que no tienen una competencia genérica, sino casuística, es decir, a un caso determinado.

3) El cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales, las cuales encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todo procedimiento en el que se desarrolla una función jurisdiccional, esto es en el que se pretenda resolver un conflicto jurídico, bien sea que este surja positivamente por haberse suscitado de la

defensa respectiva o en el caso de la rebeldía, en el que se da la oportunidad pero no se suscita la oposición.

El Tribunal que ha de tomar la decisión debe de conocer el conflicto jurídico, y es por esto que debe darle al acusado la oportunidad de plantear sus pretensiones, es decir, se debe dar el cumplimiento a las formalidades esenciales del procedimiento, que se refiere al derecho de defensa y a la prueba que tiene el afectado.

4) La decisión judicial ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origina el juicio, es decir a la no retroactividad de las leyes. Cuando nos referimos al derecho de defensa, este debe entenderse en las distintas formas procesales, tales como las notificaciones, el emplazamiento, el término para contestar o para oponerse a las pretensiones de privación o al pretendido acto privativo, etc., y consiguientemente, la contravención a cualquiera de ellos, significa simultáneamente la violación procesal respectiva, esto es a la garantía de audiencia a través de dicha garantía de seguridad jurídica.

En lo referente a la oportunidad probatoria, esta se manifiesta en diferentes elementos del procedimiento tales como la Audiencia o la dilación probatoria, así como en todas las reglas que conciernen al ofrecimiento, rendición o valoración de probanzas(10).

Sobre la configuración de la Garantía de Audiencia, siendo que esta es de contenido complejo, la misma se concreta en la estructura de los procesos, y por lo tanto también en las instancias, recursos o medios impugnativos, de acuerdo a la naturaleza de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirven de basamento; no obstante lo anterior, la concreción que el Legislador hace de la garantía de audiencia, ha de realizarse en coherencia con la normativa Constitucional, o en todo caso el Juzgador ha de verificar en el caso específico y determinado, una interpretación y aplicación de las disposiciones que desarrollan tal garantía, la cual ha de ser conforme a la normativa Constitucional.

La titularidad y el goce de la Garantía de Audiencia como Derecho Público Subjetivo corresponde a todo sujeto como gobernado, cuyo concepto no sólo comprende

al del individuo sino a toda persona moral de Derecho Privado o Social, y a los organismos descentralizados(11).

El acto de Autoridad se encuentra condicionado por la Garantía de Audiencia, y se da frente al acto de privación, en el que se debe respetar la garantía de audiencia, por el daño que pueda ocasionar si ésta se define. Dicho acto de privación es la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad y se traduce y puede consistir en una merma o menoscabo (disminución), de la esfera jurídica del gobernado, determinados por la privación de algún bien, material o inmaterial (derecho) constitutivo de la misma (disposición o despojo) es como en la impedición para ejercer un derecho.

En cuanto a los Bienes Jurídicos Tutelados según la doctrina son, la vida, la libertad, propiedad, posesión y cualquier otro de sus derechos; de los cuales por el objeto de estudio del presente trabajo, serán estudiados la Libertad y la propiedad:

Libertad: nuestra Ley no hace una distinción a qué tipo de libertad se refiere, y en alusión al Principio Jurídico, donde la Ley no distingue no debemos distinguir, se debe considerar que este derecho abarca todas las libertades públicas individuales, que como derecho subjetivo se consagra en nuestra Constitución y están protegidos por la Garantía de Audiencia, frente y contra cualquier acto de autoridad que implique una privación y específicamente de la Libertad física o ambulatoria(12).

El segundo, la Propiedad, la cual abarca tres derechos subjetivos fundamentales que de ella se derivan: el uso, el goce y la disposición de la cosa: Uso, facultad que tiene el propietario de usar el bien para la satisfacción de sus propias necesidades; Goce, el dueño de la cosa puede hacer suyos los frutos (civiles o naturales), que esta produzca; Disposición, es la potestad que tiene el titular de la propiedad, consistente en celebrar respecto de aquellos actos de dominio de diversa índole, donación, constitución de gravámenes, etc.

Las Propiedades pueden ser: Auténticas, falsas, legítimas o ilegítimas, verdaderas o aparentes.

Por su parte, Manuel Ossorio la define como: La facultad legítima de disponer de una cosa, con exclusión del ajeno arbitrio, y de reclamar su devolución cuando se encuentra indebidamente en poder de otro(13).

Para los Tratadistas Alessandri y Somarriva, la propiedad es un derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa; en principio, lo faculta para apropiarse, de forma exclusiva, de todas las utilidades que el bien es capaz de producir. En cambio los demás derechos reales otorgan poderes limitados sobre la cosa; sólo autorizan aprovechamientos parciales(14).

En consecuencia, existe violación al derecho Constitucional de Audiencia, cuando el afectado por decisión Estatal no ha tenido oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, en el que no se cumplan las formalidades esenciales establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia.

2.2) PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Los hechos constitutivos de violencia en la humanidad han concurridos desde la existencia misma de ésta, lo cual ha propiciado la utilización de diversos mecanismos y medidas tendientes a la sanción y erradicación de tales hechos, de conformidad a las circunstancias de tiempo y lugar en que ello ha tenido lugar; consecuentemente la reacción de la sociedad y del Estado ante tales manifestaciones ha sido diversa, pero con el deseo uniforme de lograr propiciar su desaparecimiento, con miras al logro de una coexistencia pacífica entre todos los seres humanos(15).

El fenómeno de la violencia ha tenido diversas manifestaciones; sin embargo, dados los límites del presente trabajo haremos referencia a una forma de violencia que lamentablemente ha estado y continuo presente en los diversos estratos de los grupos humanos y que se fortalece con los patrones que culturalmente se nos inculcan.

La Violencia Intrafamiliar, como manifestación de la violencia de Genero:

La violencia de genero contra las mujeres es una expresión de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, y está basa en la construcción social,

cultural e histórica de la supuesta superioridad de un género sobre el otro, es decir, de los hombres sobre las mujeres, afectando así a toda la organización de la sociedad.

La violencia de género se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas, que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existente entre los sexos. La diferencia entre este tipo de violencia y las otras formas de agresión y coerción, estriba en que en este caso el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer(16).

En un sentido amplio se entiende que la violencia de género va dirigida contra las mujeres, y tiene como consecuencia la violación de sus derechos humanos.

La violencia prevalece en el entorno intrafamiliar debido a dos ejes de poder: el de género y el de la edad. No se suele dar en forma de situaciones de maltrato aislado, sino que uno de sus rasgos característicos es su ejercicio crónico y permanente, tiene por lo tanto mayor riesgo de que el abuso se intensifique y es una de las formas más peligrosas de todas las interacciones violentas.

El ámbito intrafamiliar no se reduce a la familia nuclear, sino que incorpora cualquier tipo de violencia que se de dentro del marco de las relaciones familiares, independientemente del parentesco, y afecta a todos los miembros del grupo familiar, muchos de los tipos de violencia intrafamiliar, son de hecho verdaderas formas de tortura, encarcelamiento en las casas, violación o esclavitud.

La violencia intrafamiliar, considerada como cualquier acción u omisión, directa o indirecta que cause un daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico o muerte de las personas integrantes de la familia, tiene diferentes manifestaciones: violencia física, sexual, psicológica y patrimonial o económica.

a) Violencia psicológica: Acción u omisión directa o indirecta cuyo propósito sea controlar o degradar las acciones, comportamientos creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta u omisión que produzcan un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación, el desarrollo integral y las

posibilidades personales(17), este tipo de violencia incluye los insultos constantes, la negligencia, la humillación, el no reconocer aciertos, el chantaje, la degradación, el aislamiento de amigos y familiares, la ridiculización, amenazas, la explotación, y la comparación negativa.

b) Violencia física: Acciones, comportamientos u omisiones que amenazan o lesionan la integridad física de una persona(18), esta ocurre cuando una persona que esta en una relación de poder con respecto a otra, le inflige o intenta infligir daño no accidental, por medio del uso de la fuerza física o algún tipo de arma, que pueda provocar o no lesiones externas, internas o ambas, o lesiones a la autoestima, el castigo repetido no severo también se considera violencia física.

c) Violencia sexual: Acciones que obligan a una persona a mantener contactos sexualizados físicos o verbales, o a participar en ellos, mediante la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza u otro mecanismo que anule o límite la voluntad personal. Igualmente, se considerará violencia sexual, el hecho de que la persona agresora obligue a la persona agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas(19), esta ocurre en una variedad de situaciones como la violación en el matrimonio, el abuso sexual infantil, el incesto, el acoso sexual, y la violación en una cita, incluye entre otras: caricias no deseadas, relaciones emocionales sensualizadas, penetración oral, anal o vaginal con el pene u otros objetos, exposición obligatoria a material pornográfico y exhibicionismo.

d) Violencia patrimonial: Acción u omisión de quien afecte o impida la atención adecuada de las necesidades de la familia o alguna de las personas a que se refiere la presente Ley; daña, pierde, sustrae, destruye, retiene, distrae o se apropia de objetos, instrumentos o bienes(20); este tipo de violencia implica, la perdida de la casa de habitación o lugar de vivienda, los enseres y equipamiento doméstico, bienes muebles o inmuebles, así como los efectos personales de la parte afectada o de sus hijos e hijas, incluye además la negación a cubrir cuotas alimenticias, o gastos básicos para la sobrevivencia familiar.

Así mismo, se han manejado diferentes teorías acerca de la terminología referente a la violencia, entre la cual tenemos: “Violencia Intrafamiliar”, “Violencia Familiar”, “Violencia Doméstica”, “Violencia entre Parejas”, “Violencia Conyugal”, las cuales durante un largo período de tiempo se han utilizado indistintamente.

En ese sentido sostienen, que el término “Violencia Conyugal” y “Violencia entre Parejas”, la cual se aplica a cualquier relación de violencia independientemente su estado civil, por tener su origen en la institución del matrimonio es excluyente y puede dar lugar a confusiones.

En cuanto a los términos de “Violencia Intrafamiliar”, “Violencia Familiar” y “Violencia Doméstica”, estos dos últimos hacen referencia únicamente al espacio físico donde ocurre el acontecimiento violento(21), en cambio el término “Violencia Intrafamiliar” hace referencia al ámbito relacional en que se constituye la violencia, es decir, que este va mas allá, del espacio físico donde ocurre el acto violento. Posición a la cual nos adherimos, por ser esta la mas aceptada, y de esa manera se reconoce en la Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

La violencia como un factor Sicológico:

Este factor se convierte en generador de violencia intrafamiliar en cuanto a que son causas que existen al interior del sujeto agresor, dentro de estas se pueden mencionar el alcoholismo y la drogadicción las cuales son consideradas conductas patológicas pertenecientes al sujeto agresor. Tal es la consideración de estas causas, que en nuestra sociedad se relacionan no solo con la violencia intrafamiliar sino que también con la de cualquier tipo. Analizando este fenómeno el sujeto agresor en la mayoría de los casos es víctima de las condiciones socio económicas pésimas de nuestra sociedad, el factor sicológico entonces se convierte en efecto de la problemática social que puede atravesar una determinada persona, lo que posteriormente pasa a ser otra causa más que origina la violencia intrafamiliar(22).

Como factor Sociocultural:

En este factor encontramos las causas generadoras de la violencia intrafamiliar en el exterior del sujeto, es decir de la aprehensión de diferentes roles sociales que los

miembros del grupo familiar experimenta, se hace énfasis en la determinación que el medio ejerce sobre ellos.

Dentro de lo que son estas causas desarrollaremos primero la referente a la socialización de lo cual cabe mencionar el concepto que sobre esto nos da Grossman “... la socialización es considerada como el aprendizaje del rol social que en función de los sexos tienen los sujetos, ya que la mujer por ejemplo, aprende a que sus intereses están sumisos a los del hombre incluso a considerar en ella que sus intereses se pueden sacrificar a costa de que el hombre consiga y satisfaga los suyos, lo que la lleva a victimizarse, tal es el caso de nuestras sociedades latinas en donde impera el machismo”.

Entonces vemos la socialización de la violencia de género en donde la violencia se ha legitimado como un mecanismo de control social que permite mantenerla sujeta a la autoridad y dominación masculina, se ha socializado para que acepte su dependencia y subordinación como algo natural que proviene de su misma condición de mujer.

El hombre en cambio se ha socializado para ejercer el poder legítimamente en todas las esferas de la sociedad, en todos los ámbitos sociales en los que se ejercen las relaciones entre las personas. En este proceso el hombre se desarrolla sintiéndose un sujeto de derechos, mientras que las mujeres reconocen como sujetos de responsabilidades y deberes; el hombre es preparado desde temprana edad a que está dotado de cierta cuota de poder lo cual le da un alto prestigio y status social en relación con la mujer, considerándose a ésta como diferente de la condición y dignidad del hombre pudiendo ser controlada por éste. Este tipo de pensamiento es reflejado en la relación en que interactúan los cónyuges, al momento de ejercer la comunicación que desencadenará en violencia, ya que encontramos en ésta que el hombre dirige ofensas verbales hacia la mujer, y ésta en vista de todo lo antes mencionado toma reacciones tales como el silencio, miradas desdeñosas, ya que ha sido preparada para ello, satisfacer a ese ser superior llamado hombre, lo más delicado de todo esto es que la mujer a veces omite realizar acciones cuando es agredida, lo cual es considerado como una aceptación tácita de la subordinación a que es sometida, y lo que es peor reproduce el sistema de desigualdades a que la sociedad la ha condenado; de lo anterior podemos decir que la

sociedad misma es generadora de la violencia intrafamiliar en vista que los miembros del grupo familiar se desarrollan en un ambiente en el cual impera la violencia, pasan por un proceso de aprendizaje de esta; tal es el caso de los infantes que se vieron sometidos a un clima de violencia al interior de sus respectivos grupos familiares y que cuando llegan a ser adultos llevan consigo sus historias personales y al momento de formar un hogar proyectan en él lo aprehendido en su infancia ya sea que se haya identificado con el agresor o con la víctima, llegándose a convertir este problema en un círculo en el cual los sujetos víctimas de violencia llevan en sus memorias imágenes guardadas y los efectos destructivos de la violencia que los convierte en reproductores pasivos o activos de la misma(23).

Por Condiciones Socioeconómicas:

Como vimos todos los factores se relacionan unos con otros y así vemos que la desigualdad de los sexos o violencia de género no es más que consecuencia de las condiciones capitalistas que imperan en nuestros días, lo cual genera el ejercicio de la violencia al interior de la familia, ya que se desarrolla una visión de cosa hacia la mujer que está sujeta a la aprobación del modelo de producción existente, y determina las relaciones en todas las clases de la sociedad, tal es esa determinación que vemos como se hace una división del trabajo productivo, que es el realizado por el hombre fuera del hogar, y el trabajo doméstico destinado solamente a la reproducción biológica; en virtud de esto caemos en la cuenta que no se le da ningún valor al trabajo doméstico, lo que genera una abierta desigualdad, para el caso en que las mujeres ejercen labores domésticas estrictamente dependen económicamente del hombre, siendo que este es quien realiza el verdadero trabajo productivo.

Otra de las causas que contribuyen a generar violencia son las condiciones laborales que la mayoría de los trabajadores sufren, en nuestros países subdesarrollados tales condiciones son pésimas, aunado a esto muchas veces los trabajadores se ven en la necesidad de trabajar más tiempo de lo que la jornada ordinaria obliga, esto en razón de los bajos salarios que perciben buscando conseguir un poco más de ingresos económicos para sus familias, todo a esto a costa de soportar esa paupérrimas condiciones laborales,

convirtiéndolo un volcán que tarde o temprano hará erupción, y que lamentablemente el lugar donde generalmente ocurre esto es el hogar, ejerciendo violencia hacia los demás seres cercanos a él; Pero es de hacer notar que este problema no es propio de las clases bajas ya que se presentan también en clases pudientes(24).

Como Modelo Ecológico Aplicado al Campo de la Violencia Intrafamiliar:

Esta es una teoría que trata de explicar los factores que genera este tipo de violencia haciendo una visión integral del problema y es así como se habla del macrosistema, exosistema y microsistema, los cuales desarrollamos a continuación.

EL MACROSISTEMA.

Las creencias culturales asociadas al problema de la violencia familiar que ha sido estudiado por sociólogos y antropólogos, que han definido al entorno más amplio como sociedad patriarcal, dentro de la cual el poder, conferido al hombre por sobre la mujer y a los padres por sobre los hijos, es el eje que estructura los valores sostenidos históricamente por nuestra sociedad occidental. El sistema de creencia patriarcal sostiene el modelo de una familia vertical, con un vértice constituido por el jefe del hogar, que siempre es el padre, y estatus inferiores donde son ubicados la mujer y los hijos. Dentro de esta estratificación, el subsistema filial también reconoce cierto grado de diferenciación basada en el género, ya que los hijos varones son más valorados, y en consecuencia obtienen mayor poder que las hijas mujeres.

Unida a este modelo vertical, encontramos una concepción acerca del poder y la obediencia en el contexto familiar. Las formas más rígidas de este modelo prescriben obediencia automática e incondicional de la mujer hacia el marido y de los hijos hacia los padres.

Este sistema de creencias va dando forma a los conceptos de roles familiares, derechos y responsabilidades de los miembros de la familia. En síntesis las definiciones culturales acerca de lo que significa ser varón y mujer, junto con la concepción sobre la familia tienen una relación directa, en el nivel macrosistémico de análisis, con el

problema de la violencia familiar, ya que proporcionan el marco más general en el cual transcurre el drama(25).

EL EXOSISTEMA.

Los valores culturales no se encarnan directamente en las personas, sino que se hayan mediatizados por una serie de espacios que constituyen el entorno social más visible: las instituciones educativas, recreativas, laborales, religiosas, judiciales, etc. Influyendo en el aprendizaje de estos patrones de conducta.

Así vemos la legitimación institucional de la violencia, esto sucede cuando las instituciones reproducen en su funcionamiento el modelo del poder vertical y autoritario, de alguna u otra manera, terminan utilizando métodos violentos para resolver conflictos institucionales, lo cual se transforma en un espacio simbólico propicio para el aprendizaje y/o legitimación de las conductas violentas en el nivel individual. Un ejemplo claro lo podemos ver en las instituciones religiosas, que independientemente del credo de que se trate, suelen alentar la resignación frente al maltrato intrafamiliar, y siguen sosteniendo un modelo de familia patriarcal.

Un componente especialmente poderoso, dentro del exosistema, lo constituyen los medios masivos de comunicación. Dado su potencial multiplicador, los modelos violentos que proporcionan tienen una influencia decisiva en la generación de actitudes y en la legitimación de conductas violentas.

El contexto económico y laboral no puede dejar de ser tenido en cuenta a la hora de analizar la influencia de los factores exosistémicos. Las investigaciones en el área de la violencia familiar han demostrado que existen factores de riesgo fuertemente asociados con el problema, tales como el estrés económico y el desempleo; estos se pueden encontrar en cualquier clase social y el desempleo puede ocultarse en diversas formas de subempleo. Pero es necesario subrayar que ninguno de estos factores, es por sí mismo, causa de la violencia intrafamiliar. Del mismo modo que el alcoholismo, son componentes que aumentan el riesgo cuando se combinan con otros determinantes macro y microsistémicos.

Desde un punto de vista de los recursos con que una comunidad determinada cuenta en relación con relación a la violencia doméstica, también encontramos factores que se asocian para contribuir a la perpetuación del fenómeno. Por ejemplo la carencia de legislación adecuada que defina el maltrato y la violencia dentro de la familia como conductas socialmente punibles. O la escasez de apoyo institucional para las víctimas de abuso familiar que es uno de los puntos más críticos en nuestra sociedad actualmente.

Otro aspecto importante es el fenómeno de la victimización secundaria. Se denomina así a las distintas formas mediante las cuales una persona, que está siendo victimizada en el contexto social, vuelve a ser victimizada cuando recurre a instituciones o profesionales en busca de ayuda, situaciones que vienen a agravar a quienes están en riesgo y muchas veces poniendo en peligro sus vidas por no haberseles proporcionado una adecuada asistencia(26).

EL MICROSISTEMA.

Cuando enfocamos nuestra mirada en este sector del modelo ecológico, consideramos los elementos estructurales de la familia y los patrones de interacción familiar, tanto como las historias personales de quienes constituyen la familia.

Y así tenemos con sugestiva violencia los antecedentes emergen de la historia personal de quienes están involucrados en relaciones violentas muestran un alto porcentaje de contextos violentos en las familias de origen. Los hombres violentos en su hogar suelen haber sido niños maltratados o, al menos, testigos de la violencia de su padre hacia su madre. Las mujeres maltratadas también tienen historias de maltrato en la infancia.

Los modelos violentos en la familia de origen tienen un efecto cruzado cuando consideramos la variable género. Los varones se identifican con el agresor, incorporando activamente en su conducta lo que alguna vez sufrieron pasivamente. Las mujeres, en cambio, llevan a cabo un verdadero aprendizaje de la indefensión, que las ubica con más frecuencia en el lugar de quien es la víctima del maltrato en las sucesivas estructuras sociales.

En el fondo, hay un factor que es común a quienes han sufrido situaciones de violencia en la infancia, sean hombres o mujeres: la baja autoestima. Pero, por efectos de la socialización de género, se manifiesta de manera distinta según el sexo: en las mujeres incrementa los sentimientos de indefensión y culpabilidad; en el hombre, activa mecanismo de sobre comprensión que los llevan a estructurar una imagen externa dura(27).

La teoría anteriormente planteada nos parece que involucra varias explicaciones anteriores que aunque tratan de hacer un enfoque entrelazador no visualizan el fenómeno en toda su magnitud; cuando vemos el aspecto histórico del problema nos damos cuenta que la violencia familiar es un fenómeno que tiene raíces muy diversas que tienen su justificación histórica a través del tiempo; Y es así como concluimos que este problema tendrá que ser abordado desde todos los ángulos para darle una verdadera solución ya que de lo contrario seguiremos manteniendo esa cultura patriarcal que pone en peligro la vida e integridad física de los miembros más débiles de la sociedad, su autoestima y posibilidades de un mejor desarrollo integral.

En consecuencia, cuando hablamos de violencia intrafamiliar nos referimos a las distintas formas de relación abusiva que caracteriza al vínculo familiar.

Esta definición tomada en sentido amplio, muestra que cualquier miembro de la familia, independientemente de su rol, sexo, y/o edad, puede ser agente o víctima de una relación abusiva; sin embargo, las cifras estadísticas son elocuentes, es el adulto masculino quien más frecuentemente utiliza las distintas formas de abuso (físico, sexual y emocional), y son las mujeres y los niños las víctimas más comunes de dicho abuso. Si bien existen casos de hombres maltratados por sus esposas o compañeras, estos representan un pequeño porcentaje, el porcentaje restante, está constituido por mujeres.

La violencia intrafamiliar constituye un grave problema social, pues se estima que un alto porcentaje de familias sufre o ha sufrido alguna forma de violencia.

El fenómeno de violencia intrafamiliar, como toda forma de violencia evidentemente erosiona los vínculos existentes entre las personas y lo hace de una manera muy especial, pues se trata de la inobservancia u omisión de conductas

esperadas por parte de aquellas personas que efectivamente están muy unidas, dados los nexos de parentescos que existen entre agresor y víctima. Sin embargo, en el ámbito legal tradicionalmente no se ha tenido un tratamiento especializado al respecto, pues los hechos que podrían enmarcarse en el concepto que se ha dejado expresado, eran tratados como situaciones consideradas completamente normales, amparados en ideas erróneas o derechos mal entendidos, tal como sucedía con los derechos, que el hombre ejercía sobre su cónyuge, y el derecho de corrección de los padres respecto de los hijos. Al amparo de ellos se cometían verdaderas atrocidades o en el mejor de los casos, se lograban adecuar a tipos penales contenidos en la normativa correspondiente, con las consebidas consecuencias que ello representaba, la desintegración del grupo familiar, con el consiguiente desamparo de los más débiles y la proliferación de los hechos constitutivos de violencia.

2.3) PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

2.3.1) CONCEPTO:

En la evolución de cada uno de los sistemas de producción el hombre se ha visto en la necesidad de adecuar los mecanismos de protección para sus derechos. Es así como ha creado controles anexos y paralelos a la tutela principal de un derecho; Tal es el caso de los juicios principales que velan por un derecho sustantivo pero previo o simultáneamente pueden decretarse medios para que se protejan y llegue a feliz término el proceso incoado por una de las partes, sin que se menoscaben derechos que podrían ser vulnerados. Este puede ser mediante “en primer término un mandato del Juez, quien inhibe que algo ya hecho se haga o bien ordena que algo ya hecho se deshaga o bien que se haga algo todavía no hecho. Puesto, que como se ha dicho, la finalidad de tal mandato es la de disponer las cosas del modo más idóneo para alcanzar el fin del proceso, se comprende la razón de que tome nombre de PROVIDENCIA CAUTELAR: cautela, de cavere, significa precisamente diligencia, previsión o precaución”(28)

En forma genérica en el proceso cautelar se ha agregado que "quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, cuando se halle éste amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan mas idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo” (29)

2.3.2) CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CAUTELAR

Toda institución jurídica posee peculiaridades que la diferencian de otras; el proceso cautelar tiene las suyas propias

a) CARÁCTER INSTRUMENTAL:

Es un mecanismo para garantizar el proceso principal; el proceso cautelar sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Es un instrumento del

instrumento que a su vez es el proceso. No se trata de tutela inmediata sino de tutela mediata”(30).

b) PROVISIONALIDAD:

Está programado para un tiempo determinado que equivale a la duración del proceso principal. “Sus efectos tienen duración limitada. Consiste en que no aspira en transformarse nunca en definitiva, sino que por su naturaleza está destinada a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto. La diferencia radica en el interés diverso que guía al proceso cautelar, esto es el de prevenir el peligro de un daño derivado del retardo lógico de una resolución jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*); si la provisionalidad de las sentencias dictadas en juicio sumario se refiere a la formación del procedimiento, la de los procesos cautelares mira al objetivo del procedimiento(31).

c) CONFUSIÓN

Tiende a confundirse identificándola a veces como medida preventiva y medida cautelar, pero pueden cumplir ambas funciones a la vez. “ La confusión entre la provisionalidad de los juicios sumarios y los cautelares, se aclara igualmente a nuestro entender, contemplando el hecho legislativo y práctico, de que, los juicios sumarios son declarativos y que el proceso cautelar también está a su servicio como instrumento provisional dentro del ámbito mismo, a fin de alejar el *periculum in mora* que, pese a la celeridad del juicio sumario, puede producirse” (32).

d) ELIMINACIÓN DEL PERICULUM IN MORA:

Consiste en la eliminación de la prolongación del proceso y los consecuentes daños, derivan del lógico retraso y duración temporal de los procesos declarativos. El *periculum in mora* básico de los procesos cautelares, no es el peligro de daño genérico jurídico, el cual se obvia con la tutela declarativa; es el peligro de ulterior daño marginal, que podría derivar de dicho retraso, sin que basten a prevenirlo otros medios ordinarios

como la acumulación de intereses, los daños sobrevenidos durante el juicio. Es la mora de la sentencia que recaerá en el juicio declarativo, considerada en sí misma como posible causa de ulterior daño, la que se evita(33).

e) URGENCIA

Es la prontitud con que opera el proceso cautelar. “No basta la idea de peligro y que el procedimiento incoado tenga solamente un objetivo preventivo de un daño temido, sino que precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad”(34).

f) MODIFICABLE

Las medidas cautelares adoptadas pueden variar sí las circunstancias que las provocaron cambian. “El proceso cautelar no solamente tiene una limitación temporal de sus efectos, sino que las medidas adoptadas por medio del mismo son susceptibles de alteración, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo con el principio *Rebus sic stantibus*, esto es cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó (aumento o disminución del *periculum in mora*, desaparición del mismo; disminución del *fumus boni iuris*¹²).

¹² Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) : Este presupuesto determina la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor, y ello por cuanto la medida cautelar va a suponer una injerencia clara en el ámbito de la esfera jurídica del demandado. Pero este *fumus boni iuris* no puede, en absoluto, suponer que tan sólo se va a adoptar la medida cuando se tenga convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, dado que ello implicaría la actividad probatoria encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para adoptar dicha resolución. Implica, por tanto, una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación jurídica necesitada de cautela.

Peligro en la demora (*periculum in mora*): A través de él se pretende afirmar la necesidad de que las medidas cautelares se adopten cuando haya un riesgo que amenace la efectividad del proceso y de la sentencia.

g) EXTINCIÓN DEL TERMINO O PLAZO

Fenece con la resolución definitiva de cosa juzgada, “es consecuencia típica de su instrumentalidad; la extinción ipso iure de sus efectos en el momento en que emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal el proceso cautelar, en este momento ha agotado su ciclo de vida”.

h) NO SURTE EFECTO DE COSA JUZGADA

Por las características ya descritas no tiene tal efecto de cosa juzgada. “consecuencia lógica de estos caracteres es la tendencia, extendida a afirmar que las resoluciones cautelares no surten efecto de cosa juzgada”

2.3.3) ELEMENTOS ESENCIALES DERECHO AMENAZADO Y PERICULUM IN MORA

Son necesarias las características antes mencionadas pero estos elementos no pueden faltar. “Todos estos elementos producen la urgencia, la brevedad del procedimiento para conceder o denegar la medida cautelar; aunque ellos como vimos no es su exclusiva, sí está matizado dicho procedimiento por dos requisitos a alegar con gran rapidez: sobre la probable existencia de un derecho amenazado (*fumus boni iuris*) y su *periculum in mora*.

La indagación en el proceso cautelar, sobre el derecho cuyo peligro alega el autor, se limita a un juicio de probabilidad o de verosimilitud; declarar la certeza del derecho, corresponde al proceso principal. Para el cautelar, basta con que su existencia aparezca como verosímil; el valor de su declaración no es sino de hipótesis. Cuando se dicte la sentencia de fondo se verá si la hipótesis coincide con la realidad. Se ha dicho que el proceso cautelar tiene por naturaleza un procedimiento hipotético”(35).

2.3.4) FIN Y FUNCIONES DEL PROCESO CAUTELAR

Existe la discrepancia entre sí el proceso cautelar es adjetivo o sustancial. Es conveniente tomar en cuenta la situación de una medida cautelar, respecto de un juicio o

proceso, pues la primera viene a ser una condicionante de seguridad para que no se deteriore el derecho que se reclama o para conservar la integridad del titular del derecho. Según Carnelutti “el proceso cautelar no existe por sí, sino en relación al proceso de cognición o de ejecución y se le ha reconocido, de esta manera con carácter instrumental”. Esta es la fórmula que se presta a un desarrollo feliz al derivar de ella que mientras el proceso de cognición o de ejecución sirven para la tutela del derecho, el proceso cautelar, en cambio, sirve para la tutela del proceso. En lugar de procurar a uno de los litigantes una posición favorable, se trata de lo contrario, esto es de evitar que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio inicial de fuerzas entre las partes.

Hemos visto que el proceso cautelar opera a fin de que no se altere con ocasión de la duración del proceso el equilibrio inicial entre las partes: el caso límite es el de un proceso por alimentos, a lo largo del cual la parte que los pide mientras espera que el proceso se desarrolle, corra el riesgo de morir de hambre.

A propósito de esto se reflexiona que el contradictorio es una condición esencial para el desarrollo de la acción, pero a su vez, está condicionado en su eficacia práctica por la igualdad entre las partes. Lo que debería obtener la justa composición de la litis, sería por tanto, esta igualdad efectiva; pero el proceso cautelar como se ha visto no puede hacer otra cosa que tratar de eliminar la desigualdad derivada de la duración del proceso, de manera que en la mejor hipótesis, todo lo que él puede obtener es que el proceso no agrave su eventual desequilibrio. Quien tiene experiencia de la vida del proceso sabe que la igualdad de las partes, en el noventa y nueve por ciento de los casos existe en el papel, no en la realidad: la riqueza o la pobreza, la astucia o la ingenuidad, la casualidad que distribuye desigualmente las partes, el desnivel en la habilidad de los defensores y mil razones conspiran a desequilibrar el contradictorio” (36).

El proceso cautelar persigue fines para justificar su existencia y “justamente la visión histórica reconoce la necesidad de garantizar la paz social; pero el descubrimiento de las relaciones entre el proceso y la litis pone en claro que mediante la reintegración o el mantenimiento en la posición este fin jurídico del proceso, que es pues el fin del

derecho, actúa mediatamente no con el sacrificio del derecho al hecho sino con el respeto de la situación de hecho mientras el Juez no haya reconocido su contraste con el derecho”.

El proceso cautelar también cumple con ciertas funciones, “el Juez en virtud de este proceso Declara o no la certeza? y sí la declara, Que es lo que declara cierto?. A la primera de tales preguntas no se le puede dar una respuesta negativa. También en el proceso cautelar el Juez debe decidir; y para decidir debe escoger; ahora bien sabemos que el establecimiento de certeza, en último análisis no es más que una elección. A una certeza, pues, también se dirige el proceso cautelar. A la segunda pregunta el proceso cautelar se dirige a la declaración de certeza de meros hechos, en orden a los cuales es necesario o cuando menos oportuno que se inhíba, se elimine o se anticipe un cambio de la situación existente entre las partes y, por tanto se disponga que se cumplan otros hechos idóneos para garantizar el desarrollo provechoso del proceso de cognición o de ejecución para la composición de la litis”.

2.3.5) CLASIFICACION DEL PROCESO CAUTELAR

Es evidente que no existe una posición certera de la posición del proceso cautelar, aunque existen tesis como la de Carnelutti, que la clasifican así: proceso cautelar inhibitorio, proceso cautelar restitutorio y proceso cautelar anticipatorio.

a) PROCESO CAUTELAR INHIBITORIO

Son aquellas medidas en las que se vedan determinadas acciones para una de las partes a fin de no modificar los hechos, hasta que se declare el derecho, “ejemplos clásicos del proceso cautelar inhibitorio son el proceso posesorio de mantenimiento y el proceso de secuestro judicial.

En cuanto al proceso de mantenimiento en la posesión es de observar ante todo que en una reconstrucción lógica rigurosa del instituto debería asignarse a la reintegración y no al mantenimiento la hipótesis del despojo no violento ni clandestino. Que el mantenimiento de la posesión conduzca a una providencia inhibitoria es claro,

puesto que otra manera el Juez no puede operar para mantener al poseedor en la posesión sino inhibiendo a la otra parte de molestarlo”(37).

b) PROCESO CAUTELAR RESTITUTORIO

En ese tipo de medidas se obtiene la integración de un hecho jurídico que había sido alterado y su “ejemplo clásico es el proceso de reintegración en la posesión, cuando no siendo el despojo violento ni clandestino la ley habla inexactamente de mantenimiento”(38).

c) PROCESO CAUTELAR ANTICIPATORIO

Pretende garantizar el cumplimiento de una obligación, “ejemplo es el secuestro conservativo, en cuanto se resuelve precisamente en un embargo anticipado a favor del acreedor, el cual no ha obtenido el título ejecutivo; tanto es así que cuando el título ejecutivo sobreviene el secuestro se convierte en embargo. La anticipación se refiere a una providencia instructora en lugar de una providencia ejecutiva”(39).

d) CONTRACAUTELAS Y MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN PERSONAL.

En el caso de las medidas cautelares de protección integral de las personas la situación es todavía más compleja aún pues lo protegido no deviene de la esencia de lo patrimonial, aunque exista una relación estrecha entre ambos. Las medidas, en este caso, no buscan afectar el patrimonio pues especies como la abstención de realizar todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio, o amenazas que perjudique la integridad de un miembro de la familia no afecta el patrimonio, pero puede llevar a medidas más drásticas como la exclusión del hogar familiar o la inhibición de disposición del menaje familiar.

No se puede perder de vista que está en presencia de conflictos sociales de una particularidad no encontrada en otros, cual es la relación familiar con delicados componentes sentimentales o si se quiere emocionales que trascienden lo puramente

material. Si estamos en presencia de un juicio civil, por ejemplo la reclamación de una deuda por la existencia de mora en el plazo fijado por el documento respectivo, lo que a los sujetos les interesa es resolver lo puramente material, al acreedor que se le pague lo adeudado.

No se trata de plantear que en materia familiar no existen relaciones de interés eminentemente patrimonial, claro que si y han tenido su manifestación en el proceso de familia, pero no se constituyen en la regla general. Cuando en materia de familia se discuten aspectos patrimoniales o relacionados a este, hay a la base relaciones muy particulares, como las filiatorias, la convivencia, el matrimonio, es decir de una relación sentimental (buena o mala ese no es el punto en discusión), se puede deducir una reclamación orientada a proteger una persona por medio del patrimonio, tal es el caso de los alimentos, la participación en las ganancias o la pensión compensatoria, respectivamente; aspectos que se pueden acompañar de medidas cautelares de igual naturaleza.

Con todo se puede concluir en esta parte que, siempre se pueden producir afectaciones a los derechos de las personas con los decretos cautelares, a la dignidad de la persona o en su patrimonio, por ello se hace necesario regular y aplicar el sistema cautelar completo, es decir con su sistema contracautelar, adecuado a las circunstancias, a los hechos y las personas, con una profunda aplicación de la discrecionalidad procesal.

La garantía que se torna como mayormente ágil es la Caucción Juratoria, no sólo como medida cautelar sino como contracautela, pues el denunciante perfectamente puede prestar la misma en el escrito de petición o en la denuncia respectiva. Con relación a este punto importante que se aclare al aplicar la ley pues normalmente se interpreta que todo aquel que declara ante autoridad judicial lo hace en virtud de juramento de decir la verdad, de tal suerte que puede exigirse expresamente o deducir su inclusión de la sola denuncia o petición. Para dar mayor seriedad y respeto por parte de los usuarios respecto del tribunal debería exigirse expresamente, pues con ello se pone en claro al sujeto que los tribunales no son un resumidero de cuestiones pueriles o comentarios fatuos.

Las contracautelas pueden significar no sólo en una garantía, sino en un mecanismo educador pues hay casos que no representan mayor peligro, pero que con la petición de medidas cautelares se pone a activar todo el aparato judicial de familia, cuando hay casos que si efectivamente lo necesitan, especialmente si se toma en cuenta los pocos recursos con los que se cuenta. El ser una comunidad de familias mayoritariamente pobres no significa que no se deba formar con responsabilidad respecto de la aplicación de la justicia.

Finalmente recordar al maestro Piero Calamandrei, quien al referirse a las medidas cautelares ha planteado que “atienden un dispositivo psicológico”, pues ponen en cierta ventaja al sujeto a favor de quien obran, de ahí la importancia de las contracautelas, pues el peticionario que logra una resolución de tal naturaleza en su favor puede recibir un mensaje equivocado y considerar que el juicio se decidirá en su favor.

2.3.6) LOS TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESOS DE APLICACIÓN.

Las medidas cautelares en materia de familia, y de acuerdo a nuestra legislación sobre la materia, pueden ser ubicadas en dos grandes grupos, a saber: las patrimoniales y las de protección de persona, pero es importante aclarar que tal clasificación se establece en atención al objeto sobre el que fundamentalmente versa, pero además muchas de ellas se ubican en uno u otro lado por razones didácticas, pues aunque alguna medida cautelar recaiga sobre un bien es probable que se oriente a proteger personas o ambas al mismo tiempo, de tal suerte que sea difícil disociarlas ya que se manifiestan en forma mixta.

En razón de los fines primordiales que persiguen las medidas de protección se hace razonable la no exigencia de formalidades extremas en este tipo de cautelas, por ejemplo el que no se requiera de la escritura pues la mayoría de ellas se decretan con la sola denuncia de la persona afectada por cualquier hecho.

El decreto de este tipo de medidas no atiende a procesos especiales aunque en algunos de ellos se presentan en forma más evidente, como es el caso del proceso por violencia familiar.

a) LA ABSTENCIÓN DE TODO ACTO QUE AFECTE LA SALUD FÍSICA O MENTAL DE CUALQUIER MIEMBRO DE LA FAMILIA.

Esta es una medida que se orienta fundamentalmente a limitar la conducta de un agresor, a quien se le da una orden judicial para que se abstenga de realizar todo acto de afectación a la integridad física o psicológica de cualesquiera de los miembros de la familia.

Existe una situación muy especial en esta medida, se trata de su vigencia. Por regla general las medidas cautelares se dan en forma provisional para que surtan efecto en un tiempo muy determinado, como el cuidado provisional, alimentos provisionales, etc., siendo medidas que no pueden tener vigencia indefinida, pero en el caso estudiado existe un problema pues es discutible si la orden de abstención de actos agresores sea dada en tiempo definido o si debe entenderse que es un imperativo inmodificable por el transcurso del tiempo.

Dejar una orden como la discutida por un mes de vigencia podría representar, equivocadamente, que dentro de ese tiempo el agresor no realizará actos de afectación a la salud física o psicológica de la persona afectada, pero que después de transcurrido ese tiempo no tendrá impedimento judicial o legal, lo que resultaría ser incorrecto, por tanto es recomendable que esta medida sea ordenada sin plazo y en forma permanente.

b) LA EXCLUSIÓN DEL HOGAR FAMILIAR.

Una de las medidas cautelares más drásticas es la exclusión del hogar familiar, la que normalmente procede por la existencia de hechos graves de violencia familiar, de maltrato o abuso sexual contra un menor de edad.

Lo delicado de la medida hace que muchos jueces ordenen en forma sumaria un estudio multidisciplinario previo para tener elementos mayores que el de la declaración del denunciante, y decretarla con mejores argumentos en vista de su delicadeza, aunque hay casos en los que se ordena por la gravedad evidente de los hechos con la sola denuncia, ya que resulta evidente que al no decretarla se pondría en riesgo la seguridad de cualquier miembro de la familia.

Esta medida siempre debe ir acompañada de la prohibición de disposición de los bienes que conforman el menaje familiar y del inmueble si fuere de la propiedad o posesión del sujeto que incurrió en los hechos que han motivado el dictado de la medida cautelar, para evitar represalias o amenazas de tipo patrimonial que creen inseguridad jurídica en otros aspectos de la relación familiar. Así mismo debe fijarse la prestación de alimentos provisionales cuando fuere el caso.

c) LA PROHIBICIÓN DE VISITAR EL HOGAR FAMILIAR.

Esta medida puede ir acompañando a la exclusión familiar o presentarse en forma independiente en los casos en que ya se ha producido una separación de los cónyuges o convivientes, o se trate de otro miembro de la familia que no resida en la habitación de él o miembros afectados.

Se trata de impedir por orden judicial que una persona de conducta agresora o de enfermedad como la alcohólica o de consumo de otro tipo de drogas, visite el hogar familiar previendo que se produzca un hecho grave que resulte en la vulneración de los derechos de algún miembro de la familia.

En vista de las conductas hostigantes y persecutorias que se dan no sólo en la residencia del grupo familiar, sino en otros lugares como la escuela o el trabajo, la medida se extiende a todo lugar que el grupo familiar frecuente.

Las medidas de prohibición como las comentadas restringen en alguna medida la libertad de tránsito del sujeto obligado, ya que no puede desplazarse a los lugares que la resolución establece como prohibitivos.

Cuando existen situaciones en las que se presentan conductas drogómanas de cualquier tipo por parte del sujeto obligado, en tales casos la posibilidad de cumplimiento de la medida se hace más complicada y la posibilidad del uso de la fuerza pública es mayor.

La subordinación del sujeto obligado a la resolución dictada por el Juez de Familia tiene que enfrentar aspectos como las posibles represalias que se tomen en

contra de la persona denunciante o peticionaria de las medidas cautelares, lo que es más acentuado cuando la conducta del obligado es estimulada por cualquier tipo de drogas.

Es tanta la relación de éste tipo de medidas que, cuando hay decreto de las mismas existen hechos graves vinculados a actitudes extremadamente violentas en estrecha relación con el consumo de drogas, especialmente del alcohol.

d) LA CAUCIÓN JURATORIA

Esta medida tiene el objetivo de crear en el sujeto obligado de la medida cautelar una situación de extremo cumplimiento surgido de su propio juramento ante la autoridad judicial que ha decretado las medidas cautelares; así mismo puede asegurar el resto de medidas de protección ordenadas.

Se trata pues de una medida más de compromiso por parte del sujeto obligado a cumplir otro conjunto de medidas cautelares.

Más que una medida cautelar en la especie de protección de persona es un acto de intervención de la autoridad, que se puede dar en cualquier momento y con un objetivo concreto, como hacer que salga del hogar familiar el agresor. En todo caso el punto merece mayor estudio.

e) LA MEDIDA ADMINISTRATIVA DE SUSPENSIÓN DEL PERMISO POR PORTAR ARMAS.

Muchos de los hechos que dan lugar al decreto de medidas cautelares tienen a su base conceptos como la amenaza, acto que en muchas de las veces se realiza por medio del uso de objetos con los que se puede ocasionar grave daño físico, tal es el caso de las armas de fuego.

Esta medida es uno de los más grandes retos de la administración de justicia familiar pues debe ser ejecutada por la entidad competente en el ramo de Seguridad Pública, el problema de ésta medida estriba fundamentalmente en que la amenaza o uso

del arma de fuego no este registrada y su uso sea ilegal, de tal suerte que será difícil el garantizar la ejecución.

Existe otra clasificación de las medidas cautelares, según el Consejo General del Poder Judicial de Madrid, las cuales bajo la figura del “alejamiento” se resumen en:

La Prohibición del imputado de residir en un determinado lugar, barrio, municipio o provincia u otra entidad local, o comunidad autónoma.

La prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o comunidades autónomas.

La prohibición de aproximarse o comunicarse con la graduación que sea precisa a determinadas personas (víctimas, familiares o terceras personas directamente relacionados con los delitos cometidos).

Es evidente que pretenden proteger a la víctima y familia de agresiones físicas, psicológicas y la libertad misma.

“Teniendo en cuenta que se suspenden los derechos fundamentales, inherentes a la libertad de residencia o circulación del imputado es necesario hacer una ponderación para evaluar si en realidad son necesarias y provisionales las restricciones que se le impondrán al imputado; recordando que este también tiene obligaciones pecuniarias que cumplir respecto del grupo familiar y si es afectado en cuanto a la circulación del domicilio laboral, agregara incumplimientos de índole económica a las faltas que ya tiene acumuladas

f) EL PROCESO CAUTELAR TIPO POR VIOLENCIA FAMILIAR

Algunos autores de derecho procesal civil han planteado que existe en el derecho privado un procedimiento cautelar que por sus características de aplicabilidad, de su institucionalidad en el devenir histórico, de su generalidad, pero especialmente su naturaleza esencialmente garantiza, que lo hacen ser el tipo de modelo clásico por ser el que ejemplifica de una manera clara el proceso cautelar, es decir el embargo.

En el proceso de familia como ya se ha expuesto con anterioridad, existe una gran variedad de medidas cautelares, siendo las de mayor aplicabilidad las que se refieren a la protección de las personas, cuya presencia se da en una gran cantidad de procesos, como los de divorcio, declaratoria de uniones no matrimoniales, alimentos, pérdidas o suspensiones de autoridad parental, conflictos en el ejercicio de la autoridad parental, etc.; pero en procesos como los mencionados o cualquier otro no necesariamente se estará en presencia de resoluciones que versen sobre medidas cautelares, puede o no haberlas, eso dependerá de las características especiales del caso dado. Hay procesos en los que es muy difícil que no se acompañen de lo cautelar, como los de pérdida o suspensión de autoridad parental, por la misma finalidad del mismo, cual es el de proteger la persona del menor de edad

En sentido general hay procesos de familia a los que le son aplicables por regla general medidas cautelares por la existencia de factores de violencia familiar, como es el caso del divorcio que se promueve por la intolerabilidad de la vida en común entre los cónyuges en el cual la mayoría de las veces los hechos que se adecuan a tal motivo de divorcio devienen en violencia doméstica; así mismo sucede en el proceso por incumplimiento al deber de respeto entre cónyuges y convivientes, en el cual resulta muy difícil que no existan hechos como los mencionados.

Existe en el derecho procesal de Familia un proceso que no puede dissociarse de la aplicación de medidas cautelares, y es aquel que se tramita en forma exclusiva por la existencia de hechos que representan todas o cualesquiera de las formas de violencia doméstica, pues su contenido esencial es el de la familia a través de todo un sistema de medidas cautelares, sea en su forma patrimonial o de protección de persona, se trata del Proceso por Violencia Intrafamiliar.

En razón del fin que persigue la regulación del proceso por violencia doméstica no puede aplicarse sin un soporte cautelar, tal es su naturaleza protectora; en tal sentido en la actualidad procesal de familia se puede decir que es el proceso cautelar tipo

En una forma sintética podemos plantear que los fines de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar son el establecimiento de los mecanismos adecuados para

prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, aplicar las medidas cautelares necesarias para garantizar la vida y la integridad de los miembros del grupo familiar, regular medidas de rehabilitación para los ofensores y proteger a las víctimas de la violencia familiar.

De lo relacionado en el párrafo anterior lo que interesa rescatar es el fin cautelar del proceso por violencia familiar, el cual es además el mecanismo idóneo por excelencia para el cumplimiento y viabilidad del resto de los fines del proceso.

Todo el esquema del procedimiento del proceso por violencia intrafamiliar está representado por el sistema cautelar, desde la fase de iniciación del mismo, ya que el juez o jueza competente desde el momento en que reciba la denuncia, la demanda por medio de abogado particular o Agente Auxiliar, o el aviso respectivo, está en la obligación de resolver inexcusablemente lo relativo a las medidas de protección. De la misma manera que es imperativo en el proceso ordinario de familia resolver sobre la admisibilidad de la demanda, lo es en el sumario en cuestión la resolución sobre lo cautelar.

Si no se hubieren decretado medidas de protección antes del señalamiento de la audiencia preliminar en el sumario, en el momento de la celebración de la misma se dictarán las que correspondan, o se ampliarán, modificarán o se harán cesar las que se hubieren decretado con anterioridad a la audiencia mencionada. Así mismo el contenido de la sentencia tendrá entre otros el decreto de medidas cautelares, como modo de consecuencia de la protección de las personas aún después de concluido el proceso sumario.

De principio a fin al proceso por violencia intrafamiliar le son inherentes las medidas cautelares en cualesquiera de sus clases, así mismo la sumariedad en la aplicación de las mismas y del trámite en su conjunto; por tanto podemos concluir que es el proceso cautelar tipo en materia de familia, en todo caso su sistema de protección de persona como contenido del mismo.

Las medidas cautelares en el proceso por violencia familiar son el instrumento fundamental a través del cual el proceso cobra practicidad, no puede serlo de otra manera.

2.3.7) DIFERENCIA ENTRE MEDIDA CAUTELAR Y MEDIDA DE PROTECCIÓN

La Medida Cautelar se considera el género de las cautelas son de precaución reserva o prudencia mientras que las Medidas de Protección se consideran una especie de las cautelares, son de amparo, defensa o auxilio y van encaminadas a proteger la integridad de las personas y el bien jurídico vida.

BIBLIOGRAFIA CAPITULO II

- 1) Diccionario Jurídico Mexicano, Tercera Edición, Pag. 264.
- 2) Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Tomo I, Pag. 410.
- 3) Dr. Angel Góchez Marín, Liber Amicorum: Homenaje póstumo al Doctor Salvador Navarrete Azurdia, Pag. 75, 76.
- 4) Diccionario Jurídico, Corte Suprema de Justicia.
- 5) IBID
- 6) Guillermo Cabanellas, Obra citada, Tomo IV, Pag. 154.
- 7) Diccionario Jurídico, Unidad de Sistemas Administrativos.
- 8) Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3º Edición. Pg. 156.
- 9) Ignacio Burgoa, Obra citada, Pg. 566.
- 10) Ibid. Pg. 551.
- 11) Ibid Pg. 551, 552
- 12) Ibid Pg. 554
- 13) Manuel Osorio, Obra Citada, Pg. 619

- 14) Arturo Alessandri Rodriguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Los bienes y los derechos reales, Pag. 135.
- 15) Al encuentro de Nuestro Pensamiento Jurídico, Pórtico 6, Violencia Intrafamiliar, Lic. Jorge Alfonso Quinteros, Pag. 173.
- 16) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe, Violencia de Genero en El Salvador, Pag. 23
- 17) Ley contra la Violencia Intrafamiliar.
- 18) IBIDEM
- 19) IBIDEM
- 20) IBIDEM
- 21) IBID. Pg. 26, 27
- 22) Cunza López, Nolberto Osmin y otras, Eficacia de las Medidas de Protección Aplicables en los Casos de Violencia Intrafamiliar, Trabajo de Graduación, Pag. 31.
- 23) IBID. Pag. 32 a la 36.
- 24) IBID. Pag. 36 a la 39.
- 25) Corsis Jorge, Violencia Familiar, Pag.54.
- 26) IBID Pag. 35, 36 y 37.

27) IBID Pag. 57 y 58.

28) Francesco Carneluti, Derecho Procesal Civil y Penal I, Pag. 412, 413.

29) Ibid, Pag. 422.

30) Guillermo María de Broca y otros, Práctica Procesal Civil, Enciclopedia Jurídica
Tomo II, Procedimientos Generales, Pag. 899

31) Ibid, Pag. 900.

32) Ibid, Pag. 901.

33) Ibid. Pag.902.

34) Ibid. Pag. 903.

35) Ibid, Pag. 905.

36) Carneluti, Obra Citada, Pag. 414-435.

37) Ibid. Pag. 419, 420.

38) Ibid. Pag. 420

39) Ibid. Pag. 421.

CAPITULO III

REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE AUDIENCIA

3.1) VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

Para poder desarrollar este tema se hace necesario, hacer una agrupación de los temas Violencia Intrafamiliar y Medidas de Protección ya que estas últimas tienen su existencia por los conflictos generados al interior de la familia, constituyéndose en nuestra legislación prácticamente una misma normativa legal, para regular los conflictos familiares y por ende el de violencia y las medidas de protección como mecanismos para evitarla. Es por eso que cuando hablamos de la violencia intrafamiliar primeramente hay que enfocar la responsabilidad del Estado en la protección de la familia y es así como tenemos en el art.32 de nuestra Constitución vigente (1983) que nos manifiesta: “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, desarrollo social, cultural y económico”. Así como también existe un reconocimiento de derechos individuales que por ende deben ser respetados a todos los miembros de la familia, tal como lo expresa el art. 2º toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

Como podemos observar existió un compromiso por parte de la Asamblea Legislativa del 83 para enfocar sus esfuerzos en la protección de la familia y de cada uno de sus miembros.

Pero también existe por parte del Estado un compromiso de carácter internacional ya que ha ratificado diversas convenciones, que han constituido una base tanto doctrinaria como legal para la elaboración de nuestra legislación interna sobre protección a la familia. Entre las que consideramos de mayor aporte a este fin tenemos: la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como “Convención de Belem do Pará”.

En la primera se establece en su art. 4 que: Los estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer.

Con este fin deberán:

c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar, y conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares;

d) Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infringidos a las mujeres que sean objeto de violencia; Debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos.

La Convención de Belem do Pará tiene en su capítulo III que se refiere a los deberes de los Estados, se estableció en su art.7””: Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la

violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Como podemos observar, nuestra legislación interna ha tomado como base estos compromisos internacionales para la elaboración de nuestra legislación interna, y es así como se crearon tanto el Código de Familia y su respectiva Ley Procesal, y luego La Ley Contra la Violencia Intrafamiliar .

El Código de Familia el cual entra en vigencia el uno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, vino a constituirse en la primera legislación que regularía las relaciones entre los miembros de la familia en nuestro país, ya que anteriormente se habían estado regulando con el Código Civil bajo una concepción tradicionalista de la familia, la que fue derogada por el código en mención el que expresa su art.1 su finalidad que consiste en establecer el régimen jurídico de la familia, de los menores y de las personas de la tercera edad y consecuentemente, regula las relaciones entre sus miembro y de éstos con la sociedad y con las entidades estatales.

Para poder hacer efectivo este Código se creó su respectiva Ley Procesal de Familia que tiene por objeto establecer la normativa procesal para hacer efectivos los derechos y deberes regulados en el Código de Familia y otras leyes sobre la materia; la cual entra en vigencia al mismo tiempo que el Código.

En esta ley procesal encontramos en su sección tercera lo que se refiere a las medidas cautelares como mecanismos de protección hacia la familia, las cuales tienen algunos requisitos de efectividad, y es así como en el art. 75 de establece: “Las medidas cautelares se podrán decretar en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte.

Las medidas cautelares como acto previo, por regla general solo se decretaran a petición de parte, bajo la responsabilidad del solicitante y cesarán de pleno derecho si no se presenta la demanda dentro de los diez días siguientes a su ejecución. En este caso, el Juez tomará las medidas necesarias para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de decretarlas”.

Con respecto a la iniciación oficiosa tenemos en el art. 41 lo siguiente: ”Cuando de conformidad al código de familia el proceso se iniciare de oficio, el juez dictará resolución en que relacione los hechos en que se fundamente y la finalidad que se propone, la cual se notificará al Procurador de Familia y a los interesados; y se les citará o emplazará, según el caso, para que comparezcan al proceso.

El proceso también se podrá iniciar de oficio con sólo la manifestación verbal de los hechos por el interesado, en vista de la urgencia del asunto, calificada por el Juez, en el interés de la familia. En estos casos, se procederá de conformidad a lo dispuesto en el inciso anterior.

Si se desconociere el paradero de los interesados o éstos no se apersonaren, el proceso continuará conforme a lo establecido para ello en la presente ley”. Como podemos observar el juez tiene la facultad de decretar las medidas de oficio en caso de urgencia que ameriten una protección rápida de la familia.

Cuando las medidas se decretan como acto previo a la demanda, es decir que se solicitan con anterioridad a la iniciación de un proceso formal a través de una demanda ya sea de divorcio, pérdida de autoridad parental, alimentos, etc., si estas son decretadas por el juez su tiempo de vigencia son de diez días hábiles en los cuales el solicitante deberá iniciar el proceso respectivo, pidiéndolas como complemento en el nuevo proceso, para continuar con la protección, si no lo hace el juez de pleno derecho sin petición alguna dejará sin efecto dichas medidas.

La ley Procesal de Familia en sus Arts. 76 y 77 otorgan al Juez la facultad de decretar las medidas no solo las establecidas por dicha ley sino las que considere necesarias para la protección de los miembros de la familia, así como el tiempo de duración y la facultad de modificarlas, sustituirlas y cesarlas.

El art. 80 que se refiere al trámite nos dice”: la medida cautelar se decretará con la petición del interesado, sin notificación o audiencia previa de la contraparte y ninguna petición o incidente planteado por el destinatario de la medida impedirá su cumplimiento.

Una vez que se hubiere ejecutado la medida, se hará la notificación correspondiente si el destinatario de la medida no hubiere comparecido.

Cuando la medida cautelar consista en un orden de protección que genere una obligación de carácter personal, se establecerá en la resolución un plazo para su cumplimiento y se notificará al obligado”

Como podemos observar la misma ley establece en el procedimiento que se decretarán las medidas sin previa audiencia de la contraparte, circunstancia que es justificable según el criterio de la Corte por las características de este tipo de procedimiento y que explicamos posteriormente, en lo referente a la jurisprudencia.

Otro aspecto importante que señala la ley es lo referente a la responsabilidad del solicitante, que en el art. 81 dice”: Cuando la medida cautelar sea decretada con base en hechos expresados por el peticionario cuya falsedad se comprobare, éste será responsable por los daños y perjuicios que la medida causare, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. En este caso, el Juez se pronunciará mediante resolución o en la sentencia sobre la responsabilidad del peticionario y previa comprobación de los daños y perjuicios causados fijará su cuantía y avisará a la Fiscalía General de la República.

Lo anterior no ilustra que a pesar de que con solo la denuncia se decrete las medidas, existe para el denunciante la posibilidad de ser enjuiciado por el delito de difamación tipificado en el art. 178 del Código Penal.

Las medidas de protección que se encuentran establecidas en esta ley las encontramos en el art. 130 y son:

a) La obligación de abstenerse de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio, amenazante o cualquier otro que genere perjuicio físico o psíquico a cualquier miembro de la familia.

- b) El confiar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero.
 - c) La exclusión del hogar familiar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo.
 - d) La obligación alimentaria y la determinación de la cuantía
 - f) La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, enervantes, estupefacientes, alucinógenas, o sustancias que generen dependencia física o síquica.
 - g) La prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares que frecuente algún miembro del grupo familiar.
 - h) La prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos.
 - i) La obligación de cancelar los gastos de mudanza de la familia, si a ello hubiere lugar.
 - j) La prestación de caución juratoria, obligándose a no incurrir en los mismos hechos.
 - k) La asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos.

Como podemos observar y como lo afirmamos anteriormente esta no es una enumeración taxativa sino que se encuentra abierta la posibilidad de que el Juez decrete otras que según el caso considere apropiada, aunque en la practica regularmente se apega a las establecidas por la ley.

Al observar lo que establece la ley anterior, nos encontramos con un vacío de un verdadero procedimiento ante los casos de violencia intrafamiliar, y es ante esta realidad que nuestros legisladores en respuesta a los compromisos que nuestro país ratificó en la convención de Belem do Pará, es que se promulga la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, la cual entra en vigencia el veintiocho de diciembre de 1996, y que establece en su art.1 los fines para los cuales fue creada y que son:

Establecer los mecanismos adecuados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, en las relaciones de los miembros de la familia o en cualquier

otra relación interpersonal de dichos miembros, sea que estos compartan o no la misma vivienda.

Aplicar las medidas preventivas, cautelares y de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la violencia intrafamiliar

Regular las medidas de rehabilitación para los ofensores.

Proteger de forma especial a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja, de niños y niñas, adolescentes, personas adultas mayores y personas discapacitadas. Esta protección especial es necesaria para disminuir la desigualdad de poder que existe entre las personas que constituyen una familia y tomar en cuenta la especial situación de cada una de ellas.

Para los efectos de esta ley se entiende por familiares las relaciones entre, cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales por consanguinidad, afinidad, adopción, los sujetos a tutela o guarda, así como cualquier otra relación interpersonal que puede generar este tipo de violencia.

Como podemos observar los fines de esta ley es lograr una protección integral a todos los miembros de la familia sin discriminación alguna y como podremos observar más adelante lograr un procedimiento rápido para estos casos que por su naturaleza lo ameritan.

El art. 13 de esta ley nos manifiesta las personas competentes para recibir las denuncias de violencia, manifestándonos que: “ Toda persona que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de violencia intrafamiliar, podrá denunciarlo o dar aviso a la Policía Nacional Civil, a los Tribunales competentes y a la Procuraduría General de la República. La denuncia podrá hacerse de manera escrita o verbal, en forma personal o a través de Apoderado o Apoderada y en la misma se pondrán solicitar las medidas cautelares, preventivas o de protección que se estimen pertinentes. Cuando sea denuncia verbal, se hará constar en acta. La denuncia contendrá en cuanto sea posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de la persona agresora, perjudicados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación”.

Para complementar este artículo lo relacionaremos con los arts. 16, 17 y 20 de dicha ley en el que se nos expresa primeramente en el art. 16”: La Procuraduría General de la República, cuando tenga conocimiento de hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, por aviso o por denuncia presentada ante ella, citará a las personas en conflicto y procurará la conciliación”.

Art. 17: “cuando el hecho de violencia intrafamiliar fuere constitutivo de delito la Fiscalía General de la República esta en la obligación de investigar y aportar pruebas en los procedimientos penales que se iniciaren en los tribunales correspondientes.”

Art. 20”: Serán competentes para conocer de los procesos que se inicien conforme a esta ley: la Jurisdicción de familia y los Jueces de Paz.”

Todo lo anterior lo podemos resumir diciendo que administrativamente pueden conocer los casos de violencia intrafamiliar: la Policía Nacional Civil (PNC), Procuraduría General de la República (PGR), la Fiscalía General de la República (FGR) en caso de delito; pero también existen otras instituciones que aplican dicha ley estas son: Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PPDDH), Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer, e Instituciones Gubernamentales que velen por la familia, las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, y personas adultas mayores.

Judicialmente son competentes para conocer de los casos de dicha violencia los tribunales tanto de Paz como de Familia, lo cual también se regula en el Art. 206 de la Ley Procesal de Familia.

A continuación veremos los artículos en los que encontramos el desarrollo del procedimiento judicial en los casos de violencia intrafamiliar regulados por esta ley.

Art. 21. “Deberán inicial el procedimientos los Tribunales de Paz o de Familia en su caso, cuando mediere denuncia o aviso de la Policía Nacional Civil, o de la Procuraduría General de la República. Así mismo se iniciara por denuncia o aviso de la víctima y de toda persona natural o jurídica, instituciones u organismos sociales que velen por la mujer, la niñez, adolescencia, adulto mayor, representante legal de incapaces, personas que tienen a cargo la guarda personal del discapacitado; en los casos

a que se refiere la presente ley, ya sea de forma verbal o escrita. Además podrán solicitar las medidas cautelares, preventivas o de protección que se consideren pertinentes.

Art. 23: “Recibidas las diligencias provenientes de la Procuraduría General de la República, o a petición directa de las víctimas, el juez o jueza deberá decretar inmediatamente si el caso lo requiere, las medidas cautelares, preventivas o de protección que estimare pertinentes”. Como podemos observar las medidas son decretadas sin mayor requisito y de una forma rápida. En la practica casi siempre son los ofendidos quienes se presentan a los tribunales de turno competentes, y con lo manifestado en el acta de denuncia, son decretadas las medidas las cuales entran en vigencia desde el momento en que son notificadas al agresor.

En este momento se hace necesario para el juez, según el caso por supuesto el ordenar diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos y es así como en los arts. 24 y 25 de la ley se habla de ordenar inmediatamente de decretadas las medidas exámenes periciales.

Luego viene lo que es el señalamiento y citación de audiencia y que en el art. 26 nos expresa”: Inmediatamente de recibido el dictamen pericial y si el hecho no constituye delito, el Juez o Jueza citará a la víctima y al denunciado o denunciada a una audiencia preliminar dentro del plazo de cinco días hábiles, a fin de conocer los hechos en la que podrán o no hacerse acompañar de Apoderado o de un Procurador Auxiliar del Procurador General de la República.

Posteriormente tenemos la celebración de la Audiencia Preliminar y que en el art. 27 se establece como será su realización: “A la audiencia señalada concurrirán personalmente la víctima y denunciado pudiéndose ambos acompañar de Abogado o Abogada y se levantará el acta”.

El Juez o Jueza presidirá personalmente dicha audiencia y dará oportunidad en igualdad de condiciones a la víctima para que reafirme, amplíe o modifique la denuncia y al denunciado para que haga sus propias valoraciones, se allane a los hechos o los contradiga.

Después de oírlos propiciará un diálogo con los concurrentes sobre los efectos nocivos de la violencia intrafamiliar y sus repercusiones en la familia y propondrá mecanismos para evitar la repetición de los hechos constitutivos de la misma, sobre los cuales no procederá la conciliación.

También deberá hacer conciencia en el denunciado de las sanciones penales en que puede incurrir si la acción violenta se reitera y de las medidas que esta ley prevé para sancionar la violencia intrafamiliar.

Si en esta audiencia no se da el allanamiento o si se requerirán pruebas se señalará la fecha para la realización de Audiencia Pública, en caso contrario existirá un pronunciamiento por parte del juez que conoce del caso. (arts. 28, 29 L.V.I.)

El art. 30 nos establece como se desarrollará dicha audiencia así; “ El día señalado se recibirá en audiencia pública a las partes y en forma oral, las declaraciones de los y las testigos y demás pruebas que presenten las partes y las que el Juez o Jueza haya ordenando. De igual forma se evaluará los estudios de los trabajadores sociales y dictámenes de los peritos. Las partes y sus abogados o abogadas podrán repreguntar directamente a los testigos y a los peritos”. Posteriormente tenemos lo que es el fallo y el término para los recursos.

Como podemos observar en esta ley tenemos un procedimiento más detallado que el establecido en la Ley Procesal de Familia, y en el cual se involucran varias instituciones que tienen la obligación de velar por la seguridad de la familia. Pero también tenemos en esta ley una regulación de las medidas de protección que se podrían decretar, las cuales las encontramos reguladas en el art. 7 y que son:

a) Orden judicial a la persona agresora de abstenerse de hostigar, perseguir, intimidar, amenazar, o realizar otras formas de maltrato en contra de las víctimas de violencia o de cualquier otra persona del grupo familiar que comparta o no la misma vivienda.

b) Orden judicial a las personas intervinientes en los hechos de violencia denunciados de abstenerse de realizar actos de hostigamiento, intimidación,

provocación, amenaza u otros semejantes, que puedan dar lugar o propicien la violencia intrafamiliar y las demás que señala la Ley Procesal de Familia.

c) Prohibir a la persona agresora de amenazar a la víctima tanto en el ámbito privado como en el ámbito público.

d) Prohibir a la persona agresora, ingerir bebidas alcohólicas, estupefacientes, alucinógenas o sustancias que generen dependencia física o psíquica a juicio prudencial del juez o jueza.

e) Orden judicial a la persona agresora para que salga inmediatamente del domicilio común. Si se resiste se auxiliará de la P.N.C.

f) Fijarle a la persona agredida si así lo solicita, un domicilio diferente del común, que la proteja de agresiones futuras.

g) Orden judicial de allanamiento de morada, cuando por violencia intrafamiliar se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, psicológica y patrimonial de cualquiera de sus habitantes.

h) Suspender a la persona agresora el permiso para portar armas, mientras estén vigentes las medidas de protección y ordenar el decomiso de las armas que posea.

i) Suspenderle provisionalmente a la persona agresora, el cuidado personal, la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de edad y su derecho de visita a éstos en caso de agresión.

j) Prohibir el acceso de la persona agresora al domicilio permanente o temporal de la persona agredida y a su lugar de trabajo o estudio.

k) Establecer una cuota alimentaria provisional; una vez fijada, de oficio se procederá a su ejecución.

l) Otorgar el uso exclusivo por un plazo determinado, del manejo de la casa de habitación a la persona agredida. Deberán salvaguardarse especialmente la vivienda y el manejo amparados al régimen del patrimonio familiar.

m) Emitir una orden judicial de protección y auxilio policial, dirigida a la autoridad de Seguridad Pública, de su vecindario. La víctima portará copia de esta orden

para que pueda acudir a la autoridad más cercana en caso de amenaza de agresión fuera de su domicilio

n) Cualquier otra medida prevista en el ordenamiento familiar vigente.

Como podemos observar aquí tenemos una enumeración más amplia de medidas de protección las cuales son principalmente de carácter personal, pero al igual que las contempladas en la Ley Procesal de Familia no son taxativas.

El tema de la violencia intrafamiliar también es regulado en el Código Penal que entró en vigencia el 20 de abril de 1998 y que entre sus novedades estuvo el incluir delitos provocados por la violencia en el seno de la familia y es así como tenemos en el art. 200 reformado que nos dice: “El que ejerciere violencia sobre su cónyuge o sobre la persona con quien conviviere maritalmente o sobre sus hijos o los hijos de aquellos, sujetos a la autoridad parental, pupilo menor o incapaz sometido a su tutela o guarda o en sus ascendientes, por medio de actos que no tengan una pena mayor señalada en este código, será sancionado con prisión de seis meses a un año.-

En estos casos se aplicará previamente la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar.

Y en el Art. 338-A reformado se refiere a la Desobediencia en casos de Violencia Intrafamiliar y nos dice”: El que desobedeciere una orden o medida preventiva cautelar o de protección dictada por autoridad pública en aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar será sancionado con prisión de uno a tres años.”

3.2) JURISPRUDENCIA.

La Cámara de familia de la Sección del Centro en lo que se refiere a la interposición de los recursos de apelación, contra las resoluciones que decretan las Medidas de Protección tanto de los tribunales de Paz y Familia, sostiene que al ser decretadas no se violenta la garantía de audiencia y citan textualmente:

“Esta Cámara en reiteradas ocasiones ha sostenido que las medidas cautelares, son decisiones de carácter jurisdiccional, provisorias, discrecionales, mutables e instrumentales, dirigidas a proteger la integridad de los miembros del grupo familiar, satisfacer sus necesidades urgentes, o asegurar los efectos de una sentencia posterior. Así la finalidad de las medidas consistentes en órdenes de protección es garantizar en su

conjunto los derechos de los miembros del grupo familiar y evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes o a terceros.

Según la doctrina, el fundamento y presupuestos de las medidas cautelares son: a) La demostración de un grado más o menos variable de “verosimilitud” del derecho invocado o “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*) y b) El peligro en la demora (*periculum in mora*), que eventualmente pueda aparejar el devenir de la instancia hasta el dictado de la sentencia. Por lo que, es imperativo salvaguardar la integridad física y psicológica de los miembros de la familia durante el tiempo de tramitación del procedimiento y aún después de sentenciado como en el presente caso. Por lo anterior, el plazo de vigencia de las medidas cautelares está supeditado al prudente arbitrio del juzgador y las mismas pueden ser modificadas, sustituidas o cesadas según las circunstancias de cada caso.

Además la doctrina coincide en que, por su naturaleza, las medidas cautelares no requieren una prueba acabada o robusta para ser acogidas. Basta que preliminarmente surja la verosimilitud en el derecho y la urgencia para que el Juez adopte las decisiones del caso”. (Tomado de la sentencia 69-A-2002, emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro a las ocho horas y cinco minutos del día doce de junio de dos mil dos).

El anterior criterio se mantiene en todas las resoluciones que versan sobre este punto y para referencia tenemos las clasificadas bajo el número 46-A-2003, 31-A-2002, 157-A-2002, 224-A-2002, 140-A- 2002, 128-a-2000, etc.

3.3) GARANTIA DE AUDIENCIA.

Esta garantía constituye uno de los principios fundamentales en todo Estado que se diga respetar las garantías del debido proceso, es por eso que en nuestra Constitución lo tenemos regulado en el art.11 que dice”: Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos por la misma causa”.

Como pudimos percibir al ver el origen de la garantía de audiencia vimos que su utilización ha sido principalmente para el área penal, pero que hoy en día es abarcada en la mayoría de procedimientos judiciales como parte de un debido proceso; es por esta razón que se hace necesario mencionar que la encontramos regulada en nuestro actual Código Procesal Penal, que en su art. 1 nos expresa”: Nadie puede ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los hechos en un juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas”. A pesar que no la encontramos de forma expresa se tiene incluida como garantía de un debido proceso y con respeto a los principios constitucionales.

También encontramos regulación en el ámbito internacional sobre la Garantía de Audiencia, así tenemos en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el art. 10 expresa” Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” A pesar que hace un énfasis al área penal, constituye un precedente normativo sobre el derecho que tiene toda persona de ser oído públicamente ante una acusación.

Así mismo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el art. 14 numeral primero señala”: Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas

garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el art. 26 tenemos”: Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8 numeral primero señala”: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Como podemos observar la regulación sobre la Garantía de Audiencia es bastante amplia y a pesar que se abarca mucho al área penal, la vemos como parte de un debido proceso de cualquier naturaleza y en cualquier sistema político que se diga democrático.

CAPITULO IV.

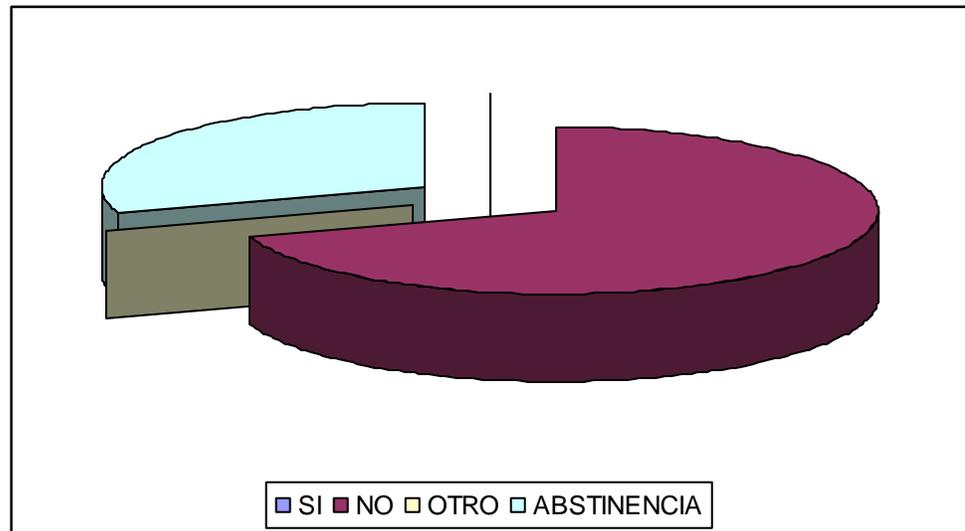
RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO.

En este capítulo mostraremos los resultados del trabajo de campo realizado tanto a los aplicadores de la Ley contra la violencia Intrafamiliar como a las personas que fueron demandadas en procesos de esta índole; tomando como muestra diez jueces (siete de Paz y tres en el área de familia) y diez personas demandadas. Por lo que a continuación presentamos los resultados de las entrevistas aplicadas.

1- ¿A su criterio es lo mismo hablar de Derechos Constitucionales que de Garantías Constitucionales?.

	Frecuencia de respuestas	Total	Porcentaje
SI	0	0	0
NO	7	7	70 %
OTRO	0	0	0
ABSTINENCIA	3	3	30 %
TOTAL	10	10	100%

Fuente: entrevista a jueces de Paz y de Familia.



El 70% de los aplicadores de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar coinciden en manifestar que no es lo mismo hablar de Derechos Constitucionales y de Garantías Constitucionales, manifestando así que los Derechos Constitucionales cuando son vulnerados, se tiene como garantía la posibilidad de remediar esa vulneración, habiendo para ello un sistema de protección cuya idea común está constituida por la normativa constitucional; entendiéndose del asunto de que se trate será estudiado en el proceso constitucional.

Las Garantías son los instrumentos para la defensa o conservación de los derechos fundamentales. Aunque en algunas ocasiones el derecho y la garantía coinciden, esto debido a que tienen una doble connotación.

Las Garantías son una consecuencia requerida sobre la base de un derecho que tiene todo ciudadano y que se regula en la Constitución; es la atribución que como persona le otorga la Constitución al goce de derechos esenciales; son mecanismos procesales para hacer efectivos los derechos.

El 30% de los aplicadores de la ley entrevistados, se abstuvo de contestar en términos de SI o NO, sosteniendo que los Derechos Constitucionales se consideran similares a las Garantías Constitucionales; Sin embargo manifestaron que se manejan

como sinónimos, aunque hay tesis que señalan que la garantía es más amplia, ya que ésta importa además de derechos, declaraciones, medios y recursos, lo que naturalmente no implica los derechos constitucionales propiamente dichos.

2- ¿QUE ENTIENDE POR GARANTIA DE AUDIENCIA?.

Según lo sustentado en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, el derecho de audiencia contemplado en el art. 11 Constitución es un concepto abstracto en cuya virtud se exige que, antes de proceder a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele de un derecho, debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.

El derecho justificable, mecanismo normativo en virtud del cual una persona debe ser oído en juicio, previo a cualquier limitación de sus derechos fundamentales. Además se consideran como el deber del juzgador de conducirse de forma que no haga peligrar la confianza de su imparcialidad ante las partes. Es conceder a ambas partes en igualdad de ejercicio, el derecho a ser escuchado para tomar una decisión objetiva e imparcial.

Es la oportunidad que la ley otorga o concede a una persona de ser oída y vencida en juicio, lo que implica comparecer en el proceso y tener conocimiento de todas las providencias que le incumben.

3- ¿A SU CRITERIO CUAL SERIA LA DIFERENCIA ENTRE MEDIDA CAUTELAR Y MEDIDA DE PROTECCIÓN?.

Las medidas cautelares tienen como finalidad prever un daño grave o de difícil reparación en la persona a cuyo favor se establece, dichas medidas cuando están orientadas a proteger la vida e integridad personal y moral de las personas se denominan medidas de protección.

Las medidas cautelares son instrumentales al proceso, las de protección aseguran a la víctima. Las medidas de protección están destinadas a tutelar a la persona en la defensa de sus derechos, en cambio las medidas cautelares sirven de instrumento al proceso, estos últimos aseguran los fines del proceso.

Las medidas cautelares son destinadas a asegurar la presencia en el acto del juicio de los presuntos responsables y en su caso a la ejecución de la sentencia.

Las medidas cautelares en cierta forma tratan de neutralizar o prevenir que una situación jurídica se cumpla para efecto de continuar el desarrollo de un proceso y que la administración de justicia no se vea frustrada.

La medida de protección tiene como espíritu proteger, resguardar a la víctima de un peligro futuro que pueda presentarse, dicho de otra manera forma un escudo que en el caso de ser vulnerado importa una situación de castigo y el que lo infringe ya lo sabe.

Las medidas de protección pueden decretarse ante una emergencia y con la sola denuncia de la víctima, aunque ambas tiene una orientación similar.

Las medidas cautelares son eminentemente preventivas y no únicamente sancionatoria, aplica la ley penal si se amerita, en cambio las medidas de protección establece prohibición a la persona agresora a favor de las víctimas.

La medida cautelar restringe la libertad ambulatoria de manera general y las de protección está encaminada a beneficiar a persona o personas específicas.

4- ¿CUAL ES LA CARACTERÍSTICA DE LA MEDIDA CAUTELAR?.

Son provisionales y flexibles, en razón de que tienen un tiempo de existencia breve y son modificables; accesorias, ya que nacen por la existencia de un proceso principal o la eventualidad de la existencia de éste, de ahí que puedan decretarse como acto previo al proceso o en cualquier etapa del mismo.

Instrumentalidad, proporcionalidad, temporales, legalidad, previsión que incide en la libertad del procesado o proporcionalidad.

5- ¿AL MOMENTO DE EMITIR UNA RESOLUCIÓN, SE TOMA EN CUENTA, EL DERECHO QUE TODA PERSONA TIENE DE SER OIDA Y VENCIDA EN JUICIO?.

Eso tenía que ser lo ideal pero realmente no siempre ocurre, y se hace necesario a fin de garantizar igualdad entre las partes procesales.

Otra parte aprecian que si se aplica. El derecho de audiencia no puede ser lesionado o limitado en cualquier proceso. Es un derecho fundamental oponible ante el Estado en cualquier actuación judicial

Se toma en cuenta el derecho de audiencia por el contenido eminentemente restrictivo de todos los derechos constitucionales aplicables y relacionados a la resolución. Es determinante porque es lo que constituye la garantía de audiencia.

El 20 % de los entrevistados dijo que en materia de familia y violencia intrafamiliar no siempre se toma en cuenta, el juzgador tiene amplias facultades para aplicar la sana crítica y valorar la sola denuncia o demanda para decretar medidas de protección a favor de una de las partes.

6- ¿QUE PRESUPUESTOS DEBEN SER TOMADOS EN CUENTA AL MOMENTO DE EMITIR UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL, SIN QUE ESTA VULNERE LA GARANTIA DE AUDIENCIA?.

Que la resolución le sea favorable a la persona respecto de la cual se tomó la determinación de no mandarla a oír en el proceso. Debe respetar el derecho o contenido esencial o núcleo del derecho que limita, de acuerdo al principio de proporcionalidad. Si ese núcleo es respetado de acuerdo a los sub principios (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) el derecho limitado y la garantía de audiencia no son vulnerados.

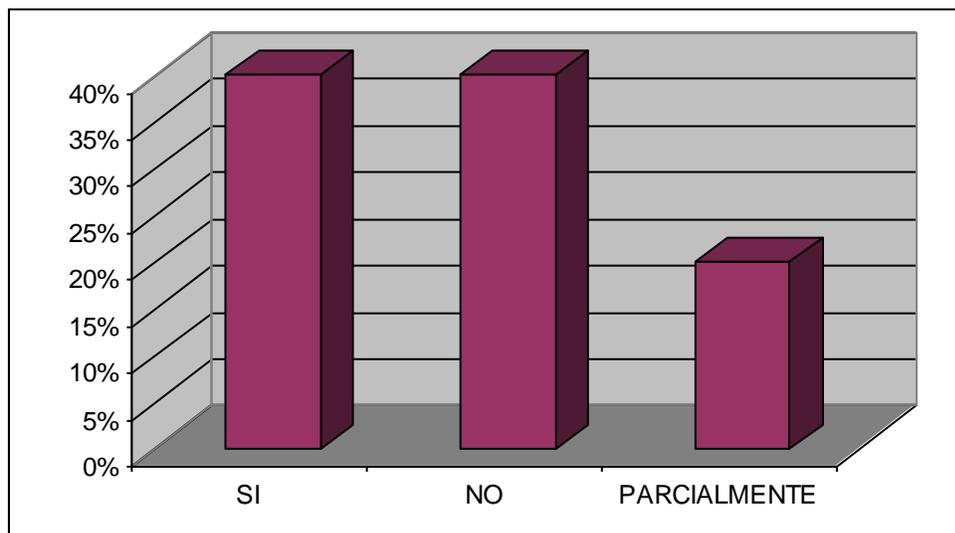
También se debe tomar en cuenta el principio de legalidad, apariencia del buen derecho, juicio previo. Que una persona a la que se le vincula un ilícito esté representada por su abogado defensor y se le de la oportunidad de contradecir lo que se le pretende incriminar.

La equidad, entendiéndose ésta dar un trato desigual a los iguales para lograr la igualdad. También la fundamentación de la resolución. Debe hacerse un balance de los bienes jurídicos que están en juego, la garantía de audiencia del agresor o la vida de la víctima.

7- ¿CONSIDERA USTED QUE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE SER INTEGRADA A LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, AL MOMENTO DE SER DECRETADAS LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN?.

RESPUESTAS	TOTAL	PORCENTAJE
SI	4	40 %
NO	4	40 %
PARCIALMENTE	2	20 %
TOTAL	10	100%

Fuente: Entrevista aplicadores de la ley.



El 40% de los aplicadores coinciden que sí debe ser aplicada la garantía de audiencia a los casos de violencia intrafamiliar, al momento de ser decretadas las medidas de protección, porque es un derecho que tiene la parte demandada a ser oída en el juicio.

El 40% consideran que no debe ser incorporada la garantía de audiencia. Porque en la mayoría de los casos es real la violencia intrafamiliar y existe el peligro de no lograr su objetivo, además de poner en mayor riesgo a la persona agredida; por otra parte dejarían de ser medidas de protección, perderían su razón de ser. Perderían eficacia en aras de la rapidez que requieren.

El 20% restantes de los entrevistados mantienen una posición ecléctica refiriendo que podría ser que se integre, aunque el juzgador puede decretar medidas de protección con la sola denuncia de la víctima y se infiera que hay derechos fundamentales en eminente riesgo, sin embargo también plantean que ningún derecho es absoluto, que en la mayoría de los casos debe respetarse, tomando como parámetro que la supuesta víctima no está en grave peligro.

8- ¿QUE CRITERIOS SON TOMADOS EN CUENTA AL MOMENTO DE DECRETAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN?.

Las medidas podrán dictarse primero ante el peligro de daño, que puede ocasionar una actuación cautelar específica, sobre la cual el juez debe ordenar su ejecución sobre apariencia de buen derecho (*periculum in mora* y *funus boni iuris*).

Proteger de manera especial a quien se le considere más débil o bien más desamparado entre los que conforman la relación familiar; la violencia psicológica y física ejercida por el agresor sobre su víctima. La gravedad del hecho, la urgencia y necesidad de los mismos, la proporcionalidad, racionalidad, temporalidad, necesidad y relación entre las partes.

9- ¿AL MOMENTO DE DECRETAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN, QUE OTROS ELEMENTOS O PARÁMETROS SON VALORADOS, A PARTE DE LO MANIFESTADO POR EL DENUNCIANTE?.

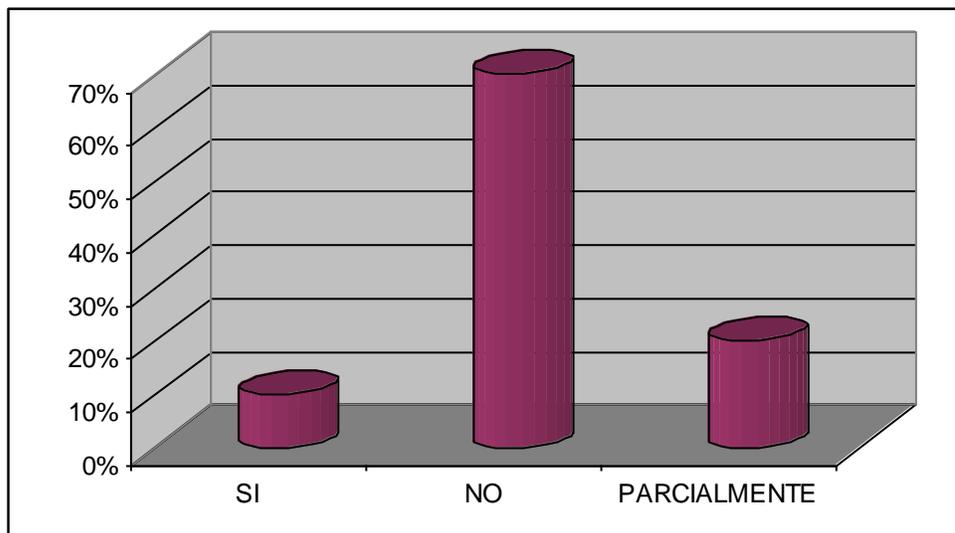
Se considera que las medidas sean posibles tanto física como jurídicamente, que sirvan para garantizar los efectos de una sentencia; aspectos de leyes, tiempo y forma en que las mismas deben realizarse. Se toma en cuenta aspectos personales como. Sexo,

edad, relación de dependencia, nivel cultural, capacidad laboral; que ponga en peligro la integridad física de los seres queridos de la víctima, número de hijos. Las circunstancias del hecho (temporales y espaciales), hechos e incidentes notorios que no necesitan prueba, frecuencia de las agresiones, tipo de violencia ejercida por el agresor sobre la víctima, peritajes de sangre, psicológicos, informe de estudios socioeconómico, entrevista de testigos, valúos, etc.

10- ¿A SU JUICIO CONSIDERA QUE AL DECRETARSE MEDIDAS DE PROTECCIÓN SIN HABERSE DADO LA OPORTUNIDAD AL DENUNCIADO DE SER OÍDO Y VENCIDO EN JUICIO, SE VULNERA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA?.

RESPUESTA	TOTAL	PORCENTAJE
SI	1	10 %
NO	7	70 %
PARCIALMENTE	2	20%
TOTAL	10	100%

Fuente : Aplicadores de la ley.



Las posiciones en cuanto a vulneración de la garantía de audiencia al decretarse medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar, se apreciaron así: el 10 % respondió que sí vulnera la garantía de audiencia al demandado, pues se debe reconocer la posibilidad de comparecer y ser oído en condiciones de igualdad con la parte demandante para integrar su derecho de defensa.

El 70 % manifiesta que no se vulnera la garantía de audiencia porque en la etapa del proceso llamada audiencia preliminar se le da oportunidad al denunciado para que haga sus propias valoraciones, es decir aún antes de que se emita una resolución o sentencia. No se ha iniciado en ese momento un proceso en estricto sentido de la palabra, sino que se está tratando en alguna forma una posible conducta que se convierta en una acción antijurídica que origine delito. Es de tener presente que es medida de carácter preventivo, temporal y busca proteger el interés mayor de menores, mujeres y personas adultas mayores, por ser estos los más vulnerables y luego como ya se mencionó se realiza audiencia preliminar para escuchar al denunciado.

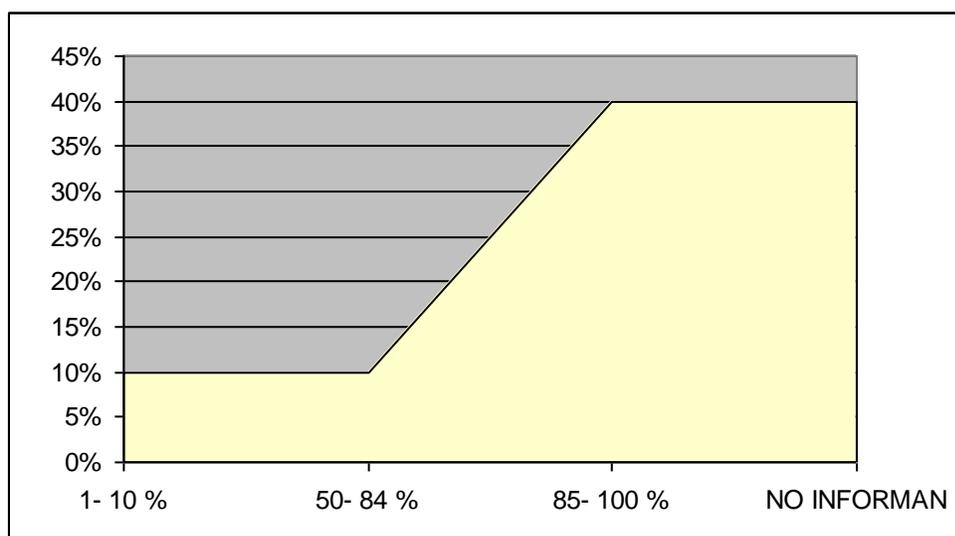
El 20 % de los entrevistados sostienen que la respuesta no puede ser categóricamente si ó no, el caso concreto y sus circunstancias son las que determinan si

existe un equilibrio entre los derechos fundamentales del denunciado y la eficacia de la ley. En algunos casos si se vulnera la garantía de audiencia, en otros darle audiencia al demandado significaría el sacrificio irreparable de los derechos del denunciante.

11- ¿DE LAS DENUNCIAS RECIBIDAS EN SU TRIBUNAL, CUAL ES EL PORCENTAJE APROXIMADO, QUE AL FINALIZAR EL PROCESO LE FUE ATRIBUIDA LA VIOLENCIA AL DENUNCIADO?.

PORCENTAJES	FUENTE	TOTAL	%
1- 10 %	1	1	10 %
50- 84 %	1	1	10 %
85- 100 %	4	4	40 %
NO INFORMAN	4	4	40%
TOTAL	10	10	100%

Fuente: Entrevista aplicadores de la ley.



Respecto a la atribución de violencia al denunciado al finalizar el proceso en casos de violencia intrafamiliar un 10% le fue atribuida dicha violencia, la razón de este porcentaje se debe a la falta de pruebas y al desistimiento. Otro 10 % obtuvo un porcentaje de 50-84 % de violencia atribuida al denunciado, un 40 % ha encontrado responsable de violencia en 85 a 100% de los denunciados y el restante 40 % no lleva estadísticas o refiere no conocer el porcentaje de denunciados a quienes se les ha atribuido la violencia intrafamiliar al final del proceso.

A CONTINUACION RESUMIMOS LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS A LAS PERSONAS DENUNCIADAS EN CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

1- ¿EN QUE MEDIDA SE LE DIO LA OPORTUNIDAD DE PODER DEFENDERSE AL MOMENTO DE QUE SE DECRETAN EN SU CONTRA MEDIDAS DE PROTECCIÓN?.

Las posiciones vertidas por personas denunciadas en casos de violencia intrafamiliar quedaron así en un 100%: no hubo oportunidad alguna, solo me llegaron a decir que no saliera de la casa, si me hubieran dado oportunidad habría nombrado abogado que me defendiera; la Constitución establece que previo a privarme de mis derechos tengo que ser condenado y no como se ha hecho, que primero se me condenó.

Depende de cuando se dictaron dichas medidas, si es solo con la denuncia de la víctima aquí no existe posibilidad alguna, pero si es en audiencia preliminar o en audiencia pública sí se puede defender con respecto de alguna medida que el agresor no esté de acuerdo.

En uno de los casos la oportunidad de defenderse se dio, pero después de haberse impuesto las medidas, por esa razón comentó que no hay ninguna igualdad, porque las medidas siempre se imponen.

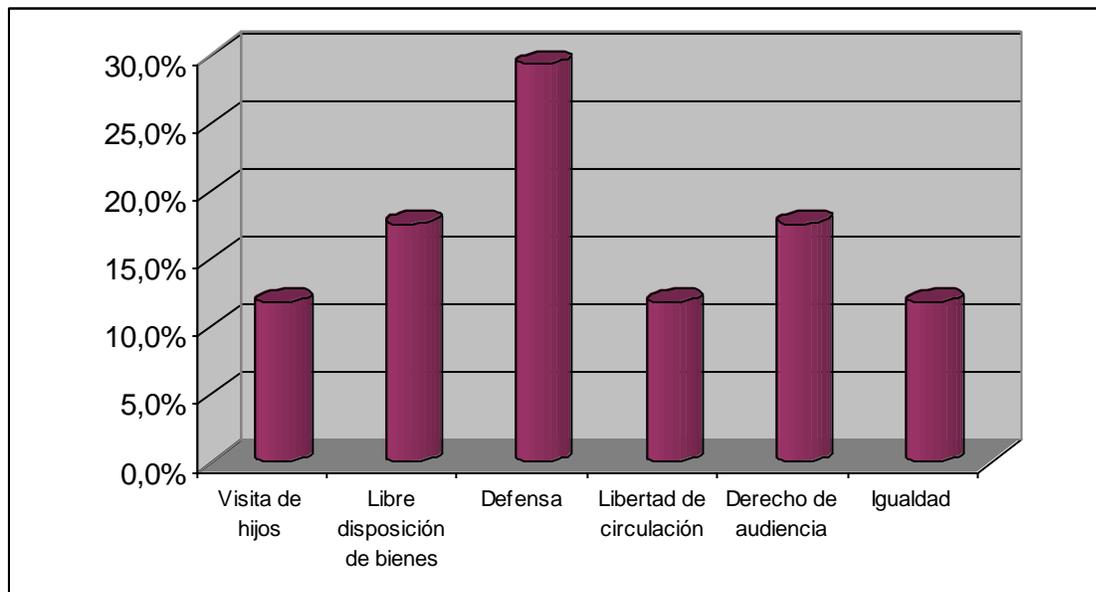
2- ¿QUE DERECHOS CONSIDERA USTED, QUE LE HAN SIDO VIOLENTADOS AL DECRETARSE EN SU CONTRA?

Las respuestas estuvieron proporcionadas así:

Derecho de ver a hijos, derecho de defensa, derecho de circulación libre, derecho de ser oído y vencido en juicio como lo establece la Constitución, derecho de inocencia mientras no se pruebe lo contrario art. 11 y 12 Constitución. , Derecho de libertad de disposición de bienes y derecho a la propiedad.

DERECHOS VIOLENTADOS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Visita de hijos	2	11.8 %
Libre disposición de bienes	3	17.6 %
Defensa	5	29.4 %
Libertad de circulación	2	11.8 %
Derecho de audiencia	3	17.6 %
Igualdad	2	11.8 %
Total	17	100%

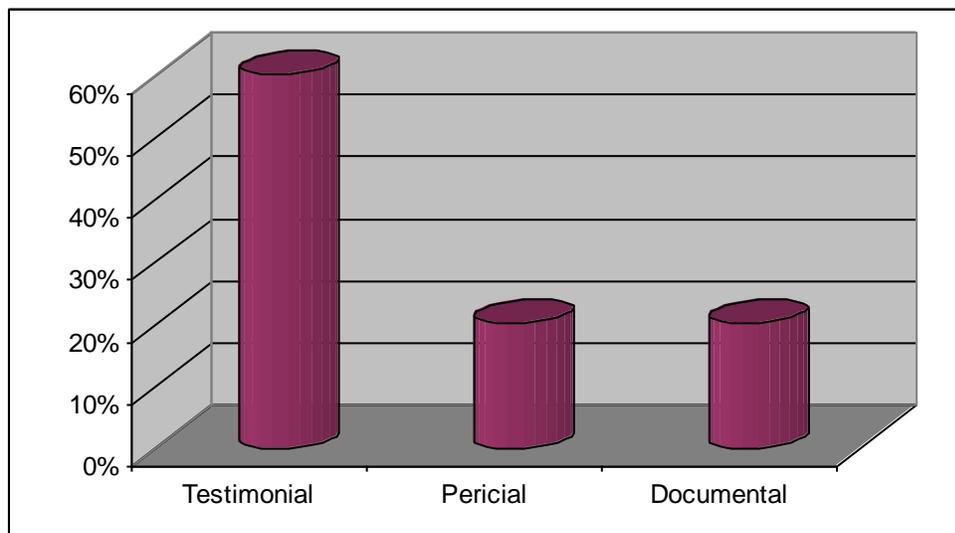
Fuente : Entrevista a denunciados.



3- ¿QUE PRUEBA CONSIDRA USTED, QUE HUBIERA PODIDO APORTAR PARA QUE NO LE FUERAN IMPUESTAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN?.

Pruebas para la no aplicación de medidas	Frecuencia	Porcentaje
Testimonial	9	60 %
Pericial	3	20 %
Documental	3	20 %
Total	15	100 %

Fuente : Entrevista a denunciados.



Según estos datos tenemos que el 60 % mencionó la prueba testimonial que podía ser por medio de vecinos, amigos y compañeros de trabajo. El 20 % manifestó la prueba documental como constancia de conducta laboral y el otro 20 % la prueba pericial como prueba psicológica para determinar si padece de agresividad.

4- ¿CONSIDERA USTED, QUE EL HECHO DE QUE HAYA SIDO (HOMBRE, MUJER) EL JUEZ (A) LE DIO MAYOR CREDIBILIDAD A LO MENCIONADO POR EL (A) DENUNCIANTE?.

A lo anterior respondieron lo siguiente: En efecto el 80% de los entrevistados creen que sí, porque se cree que todos los hombres son violentos. El hecho de que el Juez sea mujer le cree más a la mujer en el caso que ésta sea la denunciante. Si el Juez es hombre se pone del lado del hombre. Se cree que las mujeres son más susceptibles a la hora de encarar un caso de violencia intrafamiliar.

Sólo un 20 % manifiestan que no ocurre así, pero se dan casos aislados que cuentan con alguna motivación al respecto.

Tradicionalmente se ha venido creyendo que culturalmente los hombres siempre maltratan a las mujeres, así mismo los jueces sugestionados por las actuales campañas en las cuales ponen a los hombres como agresores.

CAPITULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

La Investigación realizada sobre la Vulneración de la Garantía de Audiencia cuando son Decretadas Medidas de Protección nos permite elaborar las Conclusiones Generales siguientes:

a) Al analizar el desarrollo histórico de la familia, vemos que con el surgimiento de la familia monógamica se inicia el fenómeno de maltrato a la mujer en el seno familiar, ya que esta es considerada únicamente para engendrar y criar a los hijos, quedando excluida de cualquier derecho, siendo esto más latente en el período feudal.

b) El problema de la Violencia Intrafamiliar, sin importar la manifestación teórica por medio de la cual sea abordada, es un fenómeno de carácter cultural, el cual ha sido heredado de generación en generación, sin distinción de clases, y ha sido hasta nuestros días que los Estados han tomado conciencia de dicho fenómeno, y han adoptado los mecanismos necesarios para tratar de erradicar la violencia en los hogares, uno de estos mecanismos es la Ley contra la Violencia Intrafamiliar.

c) Las Medidas de Protección, para ser decretadas deben cumplir con las características propias de cualquier Medida Cautelar, como instrumentalidad, provisionalidad, confusión, eliminación del Periculum in Mora, urgencia, modificables, deben de tener un término o plazo, no deben de surtir efectos de cosa juzgada, ya que de lo contrario, estarían siendo decretadas en oposición a su naturaleza.

d) Después de haber analizado la legislación existente, respecto del tema en estudio, pudimos darnos cuenta, que ésta es suficiente como para poder prevenir la Violencia Intrafamiliar, mas sin embargo, existe desconocimiento por parte de las personas, así como un manejo inadecuada de éstas por parte de los aplicadores de justicia; por lo que opinamos que no

es necesaria la elaboración de una mayor cantidad de leyes, sino crear conciencia en el Estado a fin que este instaure los mecanismos y políticas necesarias y efectivos que ayuden a prevenir y erradicar la violencia en los hogares, así como sensibilizar a los jueces competentes en el manejo y resolución de hechos de violencia intrafamiliar, quienes además deberán hacer un uso efectivo de las facultadas que las leyes les confieren.

e) El Estado de El Salvador se encuentra obligado por nuestra Constitución, así como por la suscripción y ratificación de tratados y convenios internacionales, a crear los mecanismos legales necesarios para garantizar la protección integral de las mujeres, menores y adultos mayores por ser éstos los sectores mas desprotegidos de nuestro país, actualizando tanto la normativa familiar como la Ley contra la Violencia Intrafamiliar; así como haciendo ajustes en su política social hacia las familias salvadoreñas que se encuentran en más riesgo de violencia.

Así mismo de las opiniones que respecto del tema, tienen los juzgadores de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar y las personas denunciadas por Violencia Intrafamiliar, nos permite plantear las conclusiones específicas siguientes:

a) Los derechos constitucionales son todos aquellos consagrados en la Constitución inherentes a toda persona natural, en cambio las garantías constitucionales son aquellos mecanismos procesales que sirven para hacer valer los derechos, por tanto, sí existe diferencia entre ambas, pero se encuentran entrelazadas, y una no puede existir sin la otra.

b) La adopción de Medidas de Protección con relación al proceso de Violencia Intrafamiliar, no vulnera el Derecho de Audiencia, sino más bien es el procedimiento judicial, el que menoscaba esta garantía, ya que el denunciado, puede hacer uso de la misma al momento de la realización de la Audiencia Preliminar, pues es en esta etapa en la cual tienen la oportunidad de poder defenderse y de ser oído. No obstante en la práctica a pesar de ser

convocados, no acuden al llamado judicial, pudiendo los jueces hacerlos comparecer mediante la imposición de una sanción económica o a través del uso de la fuerza pública; sin embargo éstos mecanismos en la mayoría de los casos no son utilizados, y únicamente se archivan las diligencias; En ese sentido, podemos establecer que nuestra hipótesis fue probada parcialmente, ya que como se dijo anteriormente, no es la ley en si la que vulnera la Garantía de Audiencia, sino que es el procedimiento que los jueces hacen de la ley la que la violenta.

c) Es importante distinguir entre Medida Cautelar y Medida de Protección, pues las segundas constituyen en sí una especie de Medida Cautelar, y su campo de aplicación va encaminado a proteger la integridad física de las personas; mientras que las Cautelares, tienden a asegurar el proceso.

d) Al analizar la jurisprudencia relacionada con nuestro tema de estudio, curiosamente encontramos que en la mayoría de éstas se ha utilizado textualmente el mismo fundamento y que las Medidas de Protección no lesionan la garantía de audiencia, argumentando las características propias del proceso y de las medidas, lo que a nuestro juicio indica que existe un criterio uniforme, respecto a este estudio, o que la falta de fundamentación se debe a un desconocimiento o conveniencia por parte de los magistrados, o a una repetición mecanizada de los parámetros en los que se fundamentan para sus resoluciones.

e) No existe un criterio establecido al momento de decretarse Medidas de Protección; pues de los jueces encuestados, en igual proporción unos manifestaron que sí debe tomarse en cuenta la garantía de audiencia, mientras que otros no lo consideran necesario; lo que consideramos que se debe a un arraigado tradicionalismo no acorde a las teorías modernas del derecho, respecto de los primeros y por lo tanto se contraponen a los que opinan que no se integre la garantía de Audiencia al momento de decretarse.

f) Como resultado de las entrevistas efectuadas a personas que han sido denunciadas por violencia intrafamiliar, se obtuvo, que en la mayoría de los casos, estos pudieron haber vertido prueba testimonial para demostrar que no son ciertos los hechos de violencia que se le están atribuyendo, y que no lo hicieron por que no se les dio por parte del juez la oportunidad para ello; así mismo, que la homogeneidad del sexo entre la persona que denuncia y el del juez, son un elemento clave para la credibilidad de la acusación; considerando como derechos violentados, el derecho de defensa, libre disposición de bienes, derecho de audiencia, derecho de circulación, y el derecho de relación y trato para con los hijos.

g) Al analizar la información obtenida sobre los casos atendidos en los cuales fueron decretadas Medidas de Protección, y los casos en los que fue atribuida la violencia al denunciado, existe desproporción entre estos, pues a manera de ejemplo en el Juzgado Tercero de Familia de esta ciudad, en el año 2002 se recibieron 162 denuncias, y solo en 24 de estas se atribuyó la violencia al denunciado, lo que a criterio del grupo se debe a un uso inadecuado de la solicitud de medidas de Protección, por parte de las supuestas víctimas, y a un desacertado uso por parte de los jueces, al decretarlas sin efectuar un análisis más profundo sobre el caso que es sometido a su conocimiento.

RECOMENDACIONES

Por otra parte, y dejando de lado las conclusiones la investigación realizada nos dio la oportunidad de llegar a establecer nuestras propias alternativas de solución a la problemática que denominados La vulneración de la Garantía de Audiencia cuando son decretadas Medidas de Protección, las cuales a continuación las planteamos a manera de recomendación.

1) Debe de existir un programa de educación continuo para los jueces y sus auxiliares, sobre Derechos Fundamentales, con la incorporación de las nuevas doctrinas del derecho, a fin de evitar la continuación de la tendencia tradicionalista del derecho.

2) Que la Corte Suprema de Justicia supervise el actuar de los jueces, en cuanto al cumplimiento del proceso de violencia intrafamiliar, con el objeto de identificar los motivos por los cuales la mayor parte de los procesos no llegan a su conclusión.

3) Que los jueces den mayor información al denunciante sobre las obligaciones y consecuencias de activar el aparato judicial, al solicitar a su favor medidas de protección, a fin de crear conciencia en estos sobre las responsabilidades en que pueden incurrir al hacer un uso inadecuado de las medidas.

4) Que se creen por parte de la Corte Suprema de Justicia, Equipos Multidisciplinarios que coadyuven al trabajo de los Jueces de Paz, con el objeto que estos tengan un parámetro más definido sobre la procedencia o no de la aplicación de Medidas de Protección.

ANEXOS

Guía de entrevista para Aplicadores de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar

A su Criterio, es lo mismo hablar de Derechos Constitucionales que Garantías Constitucionales. SI _____, NO ____, por que.

Que se entiende por Garantía de Audiencia.

A su criterio, cual sería la diferencia entre Medida Cautelar y Medida de protección.

Cuales es la característica de la Medida Cautelar.

Al momento de emitir una resolución, se toma en cuenta, el Derecho que toda persona tiene de ser oída y vencida en juicio.

Que presupuestos deben de ser tomados en cuenta al momento de emitir una resolución Judicial, sin que esta vulnere la Garantía de Audiencia.

Considera Usted, que la Garantía de Audiencia debe de ser integrada a los casos de Violencia Intrafamiliar, al momento de ser decretadas Medidas de Protección.

Que criterios son tomados en cuenta al momento de decretar Medidas de Protección.

Al momento de Decretar Medidas de Protección, que otros elementos o parámetros son valorados, a parte de lo manifestado por el denunciante.

A su juicio considera que al decretarse Medidas de Protección sin haber dado la oportunidad al denunciado de ser oído y vencido en juicio, se vulnera la Garantía de Audiencia.

De las denuncias recibidas en su Tribunal, cual es el porcentaje aproximado, que al finalizar el proceso, le fue atribuida la Violencia al denunciado.

Cual es la diferencia entre Medida Cautelar y Medida de Protección.

Guía de entrevista para personas denunciadas en casos de Violencia Intrafamiliar

En que medidas se le dio la oportunidad de poder defenderse al momento de que se decretan en su contra Medidas de Protección.

Que derechos considera Usted, que le han sido violentados al Decretarse en su contra Medidas de Protección.

Que pruebas considera usted, que hubiera podido aportar para que no le fueran impuestas Medidas de Protección.

Considera usted, que el hecho de que haya sido (hombre, mujer) el Juez (a) le dio mayor credibilidad a lo mencionado por el (a) denunciante.

Guía de entrevista para personas denunciadas en casos de Violencia Intrafamiliar

En que medidas se le dio la oportunidad de poder defenderse al momento de que se decretan en su contra Medidas de Protección.

Que derechos considera Usted, que le han sido violentados al Decretarse en su contra Medidas de Protección.

Que pruebas considera usted, que hubiera podido aportar para que no le fueran impuestas Medidas de Protección.

Considera usted, que el hecho de que haya sido (hombre, mujer) el Juez (a) le dio mayor credibilidad a lo mencionado por el (a) denunciante.

BIBLIOGRAFIA

Libros u Obras

1. Alessandri Rodriguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Los Bienes y los Derechos Reales, Tercera Edición, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1974.
2. Bertrand Galindo, Francisco y otros. Manual de Derecho Constitucional Tomo I, Editores Talleres Gráficos, UCA, San Salvador, 1996 .
3. Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, Veintiuna Edición, México D. F., 1988.
4. Broca, Guillermo María de, y otros, Práctica Procesal Civil, Enciclopedia Jurídica Tomo II, Procedimientos Generales, Virginia Ediciones, Bosh Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1975.
5. Corsis Jorge, Violencia Familiar, editorial Paidós, México D.F., 1997.
6. Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3° Edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.
7. Engels Federico, Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado, 3° Edición, Editoriales Mexicanos Unidos, S. A., Caracas, 1980.
8. Carnelutti, Francesco, Derecho Procesal Civil y Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1997.
9. Fournier, Fernando. Historia del Derecho. Primera Edición. San José Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1957.
10. García Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Editorial Alianza, S. A., Madrid, 1° Edición, 1984.
11. Grosman. Cecilia P., Violencia en la Familia, la Relación de la Pareja, 2° Edición, Editorial Universal, Buenos Aires, 1992.
12. Guier, Jorge Enrique. Historia del Derecho. 2da. Parte. San José Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1968.

13. Harens, Enrique, Historia del Derecho, 1° Edición, Buenos Aires, Editorial Impulso, 1945.
 14. La Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento. Sociedades Bíblicas Unidas. Corea.1992.
15. Montesquieu, Carlos de Secundat, Baron de, Del Espíritu de las Leyes. Tomo 8. Editorial Albatros. Buenos Aires, 1942.
16. Biscaretti di Ruffia, Paolo, Derecho Constitucional, Editorial Tecno, S. A., Madrid, 1965.
17. Von Hagen, Vactor W., El Mundo de los Mayas. Editorial Diana, México, D. F.,1970.

Tesis

18. Andrade Machuca, Gloria Ester y otros. Eficacia de las Medidas de Protección impuesta por los Juzgados de Familia de San Salvador, ante la Violencia Intrafamiliar de la Mujer. Trabajo de Graduación.1999.(UES) San Salvador.
19. Ayala Urrutia, Edwin Ernesto. trabajo de graduación. Las limitaciones legales, doctrinarias y administrativas que afectan la aplicación de las medidas cautelares en las diligencias y procesos de familia. 1999.
20. Cunza López, Nolberto Osmin y otras, Eficacia de las Medidas de Protección Aplicables en los Casos de Violencia Intrafamiliar, Trabajo de Graduación, UES, San Salvador, Abril del 2000
21. Carpio de Alvarado. Georgina Elizabeth y otros. Trabajo de Graduación. Medidas Cautelares y de Protección en la Ley Procesal de Familia como mecanismo para solucionar la Violencia Intrafamiliar. UES. 1995.
22. Laguardia, Sandra Morena, la Garantía de Audiencia en la Doctrina de la Sala de lo Constitucional, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1987.
23. Quiñones Cassera, Rafael, Las Garantías Individuales, Universidad de El Salvador, 1979.

Diccionarios o Enciclopedias

24. Brugger. Walter. Diccionario de Filosofía. Barcelona. Edit. Herder. 1983.
25. Cabanelas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, 1998, Editorial Heliastas S. R. L.
26. Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, Rances, Editorial Ramón Sopena, S. A., 1982.
27. Diccionario Enciclopédico Océano Uno. 1996.
28. Diccionario Jurídico Mexicano, Tercera Edición, Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Argentina, 1989.
29. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Tomo I, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 1989.
30. Diccionario Jurídico, Unidad de Sistemas Administrativos, Corte Suprema de Justicia, buzón@salnet.net.
31. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, Buenos Aires, 1990, Priskill, S. A.
32. Orgaz, Arturo. Introducción Enciclopédica al derecho y a las Ciencias Sociales, Córdoba, 1959. Editorial Assandri.
33. Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires.

Revistas

34. Cardenal Manuel, Rodolfo, Historia de Centro América. UCA Editores, 1996.
35. Rodríguez Ruiz, Napoleón. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas
36. Dr. Góchez Marín, Angel, Liber Amicorum: Homenaje póstumo al Doctor Salvador Navarrate Azurdia, 1º Edición, San Salvador, El Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2002.
37. Decenio de la Naciones Unidas para la Educación en la esfera de los Derechos Humanos, Proyecto de Cooperación Técnica sobre Derechos Humanos, Imprenta Criterio, San, Salvador, El Salvador, 1997.

38. Diaz Aronette, Erradicación de la Violencia de Genero y Educación de la Mujer, Divulgación Jurídica, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, año 6, febrero 1999.
39. Estado y Constitución, Mario Antonio Solano Ramírez, Sección Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia.
40. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2000, Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.
41. Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2001, Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.
42. Al encuentro de Nuestro Pensamiento Jurídico, Pórtico 6, Violencia Intrafamiliar, Lic. Jorge Alfonso Quinteros, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, Junio del 2001.
43. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe, Violencia de Genero en El Salvador, San Salvador, mayo 2000.

Legislación

44. Constituciones de la República de El Salvador. Sexta Edición, editada por la Fundación del Estudio para la Aplicación del derecho, 2001.
45. Constituciones de la República Federal de Centro América. Madrid. Ricardo Gallardo. 1950. Volumen 2.
46. Convención Americana sobre derechos Humanos, Normas Nacionales e Internacionales sobre Derechos Humanos, División de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en El Salvador, San Salvador, 1993.
47. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, editada por la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho, Primera Edición, 1996.

48. Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (Convención de Belem Do Pará) Normas Nacionales e Internacionales de protección contra la no Discriminación de la Mujer.
49. Código de Familia, Recopilación de Leyes Civiles, Ricardo Mendoza Orantes, Editorial Jurídica Salvadoreña, El Salvador, 1994.
50. Código Penal y Procesal Penal y Ley Penitenciaria, Luis Vasquez López, Editorial Lis, 1997.
51. Ley Procesal de Familia, Recopilación de Leyes Civiles, Ricardo Mendoza Orantes, Editorial Jurídica Salvadoreña, El Salvador, 1994.
52. Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962. primera parte. Tomo 2 A, Primera Edición. Unidad Técnica Ejecutiva. 1993.
53. Ley contra la Violencia Intrafamiliar, Publicada en el Diario Oficial N° 241, Tomo N° 333, de fecha 20 de diciembre de 1996.