

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



CONCEPCION DEL DERECHO DE FAMILIA
EN EL MARCO DE LA CONSTITUCION
DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

TESIS DE GRADO PRESENTADA POR
Hugo Noé García Guevara

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

OCTUBRE 29 DE 1990



SAN SALVADOR

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA

T
346.015
G216c

E. I

BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10130304

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector : Doctor José Benjamín López Guillen.

Secretario General : Doctora Gloria Estela Gómez de Pérez.

Fiscal General : Doctor Ismael Castillo Panameño.

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Decano : Doctor Héctor Antonio Hernández Turcios.

Secretario : Licenciado Mateo Alvarez Guzmán.

T R I B U N A L C A L I F I C A D O R

PRESIDENTE : DRA. ANITA CALDERON DE BUITRAGO.

SUPLENTE : DR. ROBERTO ROMERO CARRILLO.

PRIMER VOCAL : LIC. ALICIA ZELAYA QUINTANILLA.

SUPLENTE : LIC. INES ALICIA ESPINO TREJOS.

SEGUNDO VOCAL : DR. EDUARDO GARCIA

SUPLENTE : DR. LOMBARDO MORALES.

· D E D I C A T O R I A

A DIOS TODOPODEROSO:

Por haber permitido que su luz penetrando en mí me ilu
minara y perdiendome en su esplendor consiguiera alum-
brar mediante este trabajo, un nuevo sueño para nues--
tra sociedad.

A MIS PADRES:

Marcelino García Portillo y Guillermina Guevara de Gar-
cía con mucho amor, quienes con su vida y consejos me
enseñaron que sin herir la piedra no habrá escultura,
que sin sufrir no hay progreso.

A MI ESPOSA:

Ana Lorena del Carmen Cruz, quien con su abnegado amor
alentó mi lucha y mi sacrificio.

A MIS HERMANOS:

José Wilfredo, Oscar Nelson, Nahún Sabel, Marta Elena,
Deysi Guillermina, Juan Marcelino y Edwin Antonio,
quienes con su amor fraterno y solidario me animaron a
permanecer estoico hasta el triunfo.

A MI PUEBLO:

Quien con su triste realidad me inspiró, llamándome a
proclamar su verdad y a buscar en la obscuridad de la
noche un nuevo amanecer.

P R O L O G O

El propósito del presente trabajo de tesis es realizar un estudio sobre el tema: "Concepción del Derecho de Familia en el Marco de la Constitución de la República de El Salvador" considerando, en base al análisis crítico del desarrollo histórico del derecho de familia, el interés socio-jurídico que representa la familia en el momento coyuntural que vive nuestra sociedad. Dentro de esa perspectiva, el desarrollo del presente tema hace necesaria la realización de un trabajo interdisciplinario, ya que por la naturaleza misma del tema, su contenido guarda una estrecha dependencia con muchas disciplinas científicas; así pues, no se puede profundizar en el tema sin tener que estudiar obligadamente y en forma conexa los relacionados, no se puede hacer ni la más mínima abstracción del derecho de familia sin considerar las influencias que sobre él tiene la historia, la economía, la psicología y la sociología, dentro de otras ciencias o disciplinas científicas más.

Como "verdades a priori" generales en el desarrollo del trabajo señalamos: por un lado, que la concepción social del derecho de familia en el marco constitucional surge como una aparente solución a los efectos provocados por la crisis del capitalismo; y por otro lado, que una correcta y eficaz aplicación de los principios constitucionales, principalmente en lo referente al derecho de familia, determinará el surgimiento de una familia democrática, igualitaria y unitaria.

A fin de penetrar en las entrañas del conocimiento pasado y presente del derecho de familia, estudiando su coherencia lógica y captando las fuentes de donde surgen los principios o normas que le dan una concepción determinada, se ha hecho necesaria la utilización del método científico en su forma inductiva-deductiva y viceversa, extrayendo por medio del análisis lógico los principios jurídicos sociales que hacen posible ubicacar dentro de la enciclopedia jurídica al derecho de familia como un derecho social. Además, se ha hecho uso del método histórico en su forma progresiva, visualizando la realidad de la familia salvadoreña condicionada por hechos jurídicos pretéritos que le han dado una moderna tendencia.

Se espera que estas palabras cumplan verdaderamente una función propedéutica, a fin de que no se produzca desconcierto cuando dentro del desarrollo del trabajo se hagan unas breves incursiones en aspectos económicos y socio-políticos de nuestra realidad, ya que es dentro de esos ámbitos en donde la sensibilidad de las tendencias modernas del derecho de familia se acentúa.

Sólo me queda externar mis agradecimientos y devolver a los demás lo que he tomado "prestado" de ellos; en primer lugar, a Dios Todopoderoso por alentar mis esfuerzos con su bendiciones; a mis Asesores: Licenciado Héctor Alberto Rodríguez Auerbach y Licenciada María Magdalena Morales quienes leyeron

este documento y me indicaron un sin número de mejoras y formas de clarificar los conceptos en él vertidos hasta darle el presente contenido y forma; a los Profesores que me enseñaron a estudiar el Derecho no sólo como una realidad formal, sino también como una realidad social dialéctica que se nutre de las duras embestidas que se generan dentro de la misma sociedad, y que son simiente de donde han de surgir leyes más justas; a esas personas a quienes les ha interesado los problemas sociales y particularmente de la familia, y han escrito bellas páginas impresas en sueños de justicia; y también, a las circunstancias y condiciones en que han nacido estas páginas: fatiga, enfermedad y sacrificio que me acompañaron en pos de aquella luz que me hizo permanecer estoico no tanto por obtener un título, aunque ello fue el motivo inicial para escribir, sino para dar un aporte científico a nuestra sociedad y por honrar a la Universidad de El Salvador; a mis padres, que me acompañaron en mis tristezas y alegrías; y a ese pueblo a quien debo esta labor, que con sus problemas y tristezas me llamó a proclamar sus verdades. Lo que ustedes me han dado, se los devuelvo sencilla y humildemente en estas páginas!

I N D I C E

PROLOGO	i
INDICE	iv
INTRODUCCION	vii

CAPITULO I

LA FAMILIA. GENERALIDADES.	11
1.- Origen y Evolución Histórica de la familia.	1
1.1.- La Promiscuidad.....	1
1.2.- La Familia Consanguínea.	3
1.3.- La Familia Punulúa.	3
1.4.- La Familia Sindiásmica o Patriarcal.	4
1.5.- La Familia Monogámica.	5
2.- Definición de Familia.	6
3.- Importancia de La Familia.....	10
4.- Función de La Familia.	12
4.1.- Reguladora de las Relaciones sexuales.	12
4.2.- Económica.	13
4.3.- Educativa y Socializadora.....	15

CAPITULO II

LA DESIGUALDAD SOCIAL Y LAS CONCEPCIONES HISTORICO JURIDICO DE LA FAMILIA.	17
1.- Concepción de la Familia en el Derecho Romano.	17
1.1.- El Parentesco y la Desigualdad en la Familia Romana.	19
1.2.- Las Clases de Personas y la Desigualdad en la Familia	20
2.- Concepción Cristiana del Derecho de Familia.....	24
3.- Concepción Individualista del Derecho de Familia.....	30
3.1.- El Matrimonio y la Desigualdad dentro de la Familia.....	34
3.2.- El Divorcio y la Desigualdad dentro de la familia.	36
3.3.- La Potestad Marital y la Desigualdad dentro de la Familia.....	37

3.4.- La Separación de Bienes frente al Despotismo de la Potestad Marital.	40
3.5.- La Filación y la Desigualdad dentro de la Familia.	41

CAPITULO III

LA CRISIS DEL CAPITALISMO Y EL DERECHO DE FAMILIA	47
1.- El Socialismo frente a la crisis social y familiar.	48
1.1.- El Socialismo Utópico.	48
1.2.- El Socialismo Científico.	51
1.3.- El Socialismo Democrático.	53
2.- La Crisis del Capitalismo y el Derecho de Familia en El Salvador.	56
3.- Efectos Socio-Familiares de la Depresión Económica de 1929 en El Salvador.	60
4.- Efectos jurídicos Familiares de la Crisis Ca- pitalista de 1929 en El Salvador.	65
4.1.- "Constitución Política" de 1939.	65
4.2.- Las Reformas a la Constitución Política de 1939.	67
4.3.- La Constitución Política de 1945.	68
4.4.- La Constitución Política de 1950.	69
4.5.- La Constitución Política de 1962.	71
4.6.- La Constitución de La República de El Salvador de 1983.	74

CAPITULO IV

LA FUNCION ECONOMICA DE LA FAMILIA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD	77
1.- El Despojo de los Medios de Producción de la Familia	77
2.- La Sustitución de la Producción Artesanal	78
3.- El Principio de Subsidiaridad del Estado.	81
4.- El Derecho de Familia como un Derecho Social.	85

4.1.- Tesis de Sara Montero Duhalt.....	87
4.2.- Tesis de Sara Montero Duhalt.	88
4.3.- Tesis de Pablo Ramella.....	89
4.4.- Tesis sostenida por Las Naciones Unidas	90
4.5.- El Derecho de Familia dentro de la Constitución de la República de El Salvador.	92

CAPITULO V

LA FAMILIA DENTRO DE LA AXIOLOGIA DE NUESTRA CONSTITUCION	99
1.- El Valor Justicia y La Familia	100
2.- La Seguridad Jurídica y la familia.	103
3.- El Bien Común y la Familia.	105
3.1- El Transpersonalismo.	109
3.2.- El Personalismo ó Humanismo.	109

CAPITULO VI.

HACIA UNA NUEVA ORIENTACION DE LA FAMILIA SALVADOREÑA	114
1.- La familia Democrática.	114
1.1.- Derechos y Deberes de los Conyuges entre si.	116
1.2.- Derechos y Deberes entre los Convivientes en la Uniones de Hecho formalmente establecidas.	123
1.3.- Derechos y Deberes entre los Cónyuges ó Convivientes y sus Hijos.	125
2.- La Familia Igualitaria.	127
2.1- Reconocimiento de las Uniones de Hecho Estables.	130
2.2.- La Igualdad Jurídica de los Cónyuges y en General la igualdad del Hombre y la Mujer.	133

2.3.- La Igualdad Jurídica de los Hijos.....	138
3.- La familia Unitaria.	141
3.1.- La Paternidad Responsable.	143
3.2.- El Abandono del Menor.	156
3.3.- La Protección del Menor.	161
 CAPITULO VII	
LOS AVANCES DE LA BIOLOGIA GENETICA Y EL DERECHO DE FAMILIA.	166
1.- La Inseminación Artificial.	157
1.1.- La Inseminación Artificial dentro del Matrimonio	168
1.2.- La Inseminación Artificial fuera del Matrimonio.	178
2.- La Fecundación Extrauterina.	180
 CONCLUSIONES	183
 RECOMENDACIONES	191
 BIBLIOGRAFIA	197

INTRODUCCION

Al ver retrospectivamente a la familia salvadoreña durante nuestra historia, en una marcha incesante, soportando duros embates que ha logrado superar aún en los momentos más caóticos, logrando supervivir por sí misma, sin protección jurídica especial por parte del Estado, existiendo tan sólo amparada en su fundamento básico, cual es el orden social; es suficiente motivo para justificar toda labor tendiente a exponer y a acreditar su importancia social y el valor que por su verdadera naturaleza le corresponde. Dentro de ese contexto histórico, se afirma que la familia se presenta como la situación permanente del y necesaria de las personas, y si toda situación social puede encararse jurídicamente por ser más que las relaciones jurídicas relaciones sociales, es clara la importancia que una institución como la familia tenga en su calidad de grupo social y núcleo fundamental de la sociedad al ser condición "sine qua non" de la existencia del Estado; ya que por un lado, tiende a perpetuar la estructura social como institución estabilizadora de la sociedad y como agente efectiva del control social; y por otro lado, incorpora a la persona humana a la sociedad organiza jurídicamente en el Estado, y éste al darle un determinado tratamiento jurídico lo que hace es reconocerle sus derechos, los cuales son anteriores a cualquier consagración que de ellos pudiera hacer la ley positiva vigente, ya que la existencia de la familia es anterior al Estado mismo. Por todo lo cual, y en vis

ta de que no se han realizado estudios sobre la concepción que el derecho de familia ha tenido en las distintas Constituciones de El Salvador y particularmente en la de 1983, se espera que éste trabajo constituya un aporte a la investigación científica en general, y a la investigación científico-jurídica en lo particular.

El tema: "Concepción del Derecho de Familia en el Marco de la Constitución de la República de El Salvador" encuentra dentro de sí su delimitación; pero si consideramos que la Constitución de 1983 históricamente se encuentra inmersa dentro de una concepción social del derecho que surge tímidamente en 1939 cuando el General Maximiliano Hernández Martínez introduce reformas a la Constitución Liberal de 1886; por una necesidad histórico-científica se ha de comprender en su estudio un análisis a partir de la promulgación del Código Civil de 1860 dentro del cual se encuentran inmersas las normas jurídico-familiares que contienen una concepción individualista del derecho, es precisamente ahí, en donde al tenor de sus contradicciones empieza a germinar la idea de una concepción social del derecho. Ya lo dijo el padre de la sociología, el positivista Augusto Comte: "Se puede asegurar ahora, que la doctrina que logre explicar suficientemente el pasado en su conjunto, obtendrá inevitablemente, como consecuencia de ése sólo hecho, la presidencia mental del porvenir". (1)

(1) Marroquín, Alejandro Dagoberto. Teoría de la Historia. El Salvador: Editorial Universitaria, 1962, pág. 21.

Ese es el ideal que en suma inspira el presente trabajo y que ha hecho ardua la labor de su delimitación.

Es lamentable que la cadena de nuestra "verdadera historia" haya perdido en cierta medida sus primeros eslabones por el descubrimiento, la conquista y la colonización de nuestro continente, enajenando así nuestra cultura autóctona. Ello no significa que nuestros antepasados no hayan tenido un marco normativo de sus relaciones sociales y familiares. Así los estudiosos de nuestro pasado afirman que la organización social precolombina estaba fundamentada en el matrimonio dentro de un régimen patriarcal. La Doctora Amezcuita de Almeida sobre la familia maya nos dice: que "aunque se practicaba la monogamia había mucha libertad para disolver el matrimonio..." (2) Esto obedecía más que todo a una política de expansión territorial encaminada a ganar nuevos dominios y no tanto al hecho de dejar desprotegida la familia; ello se sostiene en base a lo sostenido por Díaz Vasconcelos, quien afirma: "... aún las mujeres repudiadas podían vivir, vivían en la casa del exconyuge que las había repudiado. En este caso la mujer no gozaba de los favores sexuales de su exmarido, ni éste tenía legalmente derecho en hacerse pagar en especies por la repudiada..." (3) Aunque tal situación

(2) Amezcuita de Almeida, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia. Colombia: Editorial Temis, 1980, pág. 40.

(3) Díaz Vasconcelos, Luis Antonio. Normas e Instituciones Jurídicas Mayas. Guatemala: Instituto de Investigaciones Científicas de la Universidad de San Carlos, No. 9, 1953, pág. 89.

plantee una sumisión de la mujer al hombre por un lado; se demuestra a la vez, cierto grado de protección a la familia a través de la protección a la mujer por parte del marido, por otro lado. Al descubrirse América y darse inicio a la conquista y al proceso de colonización surgen nuevas concepciones del derecho como una exigencia de las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales; siendo impuesto el llamado "derecho indiano", el cual era aplicable en forma genérica tanto a españoles como a aborígenes y a las nuevas generaciones que de la fusión de dichas razas surgieron; por otro lado, se aplicó el nominado "Derecho de Castilla" supletoriamente en aquellos casos y circunstancias no previstas en el derecho indiano. La religión Católica y el derecho romano aportan sus principios fundamentales en ésta nueva concepción del derecho, estando la familia organizada bajo un régimen patriarcal fundamentado en el absolutismo de la autoridad paterna. Debido a éstas situaciones muy especiales de nuestra historia es que lamentablemente hemos de buscar las raíces de nuestra cultura jurídica en lo particular, en un espacio geográfico y cultural diferente al que ocupa el escenario de nuestra propia historia.

Qué vamos a entender por el tema de este trabajo de investigación: "Concepción del Derecho de Familia en el Marco de la Constitución de la República de El Salvador?". Para comenzar, entenderemos que el tema hace referencia a un sistema de ideas, conceptos y representaciones sobre la realidad jurídico-social de la familia; la concepción del derecho, es en todo momento un

reflejo del ser social que depende del nivel de conocimientos humanos y de la experiencia acumulada dentro de un período histórico determinado; y de ésta concepción que del derecho se tenga dependerá la actitud del hombre frente a la realidad, la cual sirve a la vez, como una guía para la acción. Dentro de esa perspectiva, podemos encontrar una respuesta a la actitud asumida por el hombre dentro de una concepción individualista del derecho de familia que presenta los rasgos característicos siguientes: un servilismo de los poderes públicos a los intereses del grupo económicamente fuerte; una visión patrimonial de la familia, siendo concebida económicamente como unidad de producción; una concepción de la familia como base únicamente de derechos individuales; un reconocimiento unívoco de la familia, o sea de que se concibe jurídicamente una familia, si ésta tiene como base el matrimonio; la subordinación y la dependencia se constituye en criterios que fundamentan y explican las relaciones familiares. Así pues, hemos de comprender en el desarrollo de éste trabajo un estudio sobre la forma o diseño de cómo dentro de nuestro texto constitucional vigente se procura realizar o desarrollar el "valor axiológico", Justicia, dentro del derecho de familia, o sea, cómo los principios generales del derecho de familia contenidos en la Constitución de la República de El Salvador han de servir a la realización de la justicia que necesita dentro de la actual coyuntura la familia salvadoreña.

Todo lo anterior, nos permite tener presente que: una Constitución sin una filosofía conceptual, sin una noción e idea abierta a la realidad y sin un conocimiento íntegro, sistemático y coordinador de los hechos y relaciones sociales carecería de proyección social en el destino histórico de un pueblo. Así pues, toda Constitución necesita de una concepción jurídico-filosófica en que apoyarse. La familia dentro de ese contexto, también tiene una concepción particular derivada de aquélla, la cual es recogida de la interrelación de esta institución jurídico-social con la realidad. Dentro de esa línea de pensamiento, la concepción que del derecho de familia se tenga en un Estado que fundamenta su estructura jurídica sobre los principios de un constitucionalismo social, será necesariamente distinto a la de un Estado que fundamenta su estructura jurídica en los principios de un constitucionalismo liberal-individualista, porque ambos rigen en diferentes momentos históricos y en una distinta formación social.

En base al análisis crítico que se pretende proyectar en el trabajo, se comprende en el primer capítulo un estudio global de la familia, principalmente sobre los puntos siguientes: origen y evolución, definición e importancia social y las funciones que históricamente le ha tocado desempeñar como: reguladora de las relaciones sexuales, como unidad productora y consumidora de bienes y servicios y como educadora y socializadora.

En el segundo Capítulo estudiamos las distintas concepciones histórico-jurídicas de la familia que han influido grandemente en nuestro ordenamiento jurídico, y la desigualdad social estudiada a través de la concepción romana como fuente universal básica e histórica del derecho; a través de la concepción cristiana, la cual emerge dentro de un marco de crisis del imperio romano y la gradual efervescencia del triunfo del catolicismo, no solo en el campo teológico, sino también en el campo socio-político y económico; y de la concepción individualista del derecho que surge con la Revolución Francesa de 1789, traduciendo el ordenamiento jurídico en un subjetivismo que atribuye a la persona humana una autonomía absoluta y a los derechos individuales un valor incondicional. A raíz de la errada aplicación y a la estrechez sustancial de los principios individualista, surge la concepción social del derecho como un complemento a la concepción individualista, la cual ha pretendido hacer creer que el carácter social del hombre es puramente accidental.

Siguiendo el hilo genético del desarrollo del presente trabajo, enfocamos en el tercer capítulo un estudio de cómo la crisis del capitalismo liberal produce un cambio en la concepción del derecho promovido por el surgimiento: del socialismo utópico, como movimiento político-ideológico que considera equivocadamente que las ideas son las fuerzas motrices de la historia; del socialismo científico, que como crítica a las sc

luciones propuestas por el socialismo utópico, ha afirmado que es la lucha de clases la que en realidad mueve la historia; y del socialismo democrático o reformista, como movimiento político que se nutre de las críticas que se hacen tanto al socialismo utópico como al socialismo científico, proponiendo como tesis, que al poder se llega únicamente por medios democráticos; ambas doctrinas políticas comparten los fines, pero no los medios. Dentro de ese contexto, se hace un estudio de la crisis capitalista de 1929 y los efectos jurídico-sociales que particularmente produce en la familia salvadoreña, especialmente a partir de las llamadas "leyes de emergencia"; además, se trata de establecer una relación de correspondencia entre la evolución de la concepción social del derecho de familia con la evolución de las crisis periódicas que ha sufrido nuestra sociedad, a través de las Constituciones Políticas de 1939, 1950-62 y 1983.

En el capítulo cuarto, estudiamos cómo el Estado Moderno y el principio de subsidiaridad se constituyen en categorías de análisis a través de las cuales se explica la concepción social del derecho, particularmente del derecho de familia; surgiendo ambas categorías a raíz de dos acontecimientos: la promulgación de la Ley de Extinción de Ejidos y la Ley de Extinción de Comunidades Indígenas de 1881 y 1882 respectivamente, como medios para lograr la sustitución del cultivo del añil por el cultivo del café, a fin de superar la crisis que había

provocado en nuestra economía la innovación de colorantes sintéticos; y el proceso de industrialización promovido por la emergente burguesía industrial como un medio para poder sustituir la producción manufacturera o artesanal por la producción mecanizada a fin de superar la sensibilidad de "nuestra" economía a las crisis periódicas del mercado capitalista mundial. Ello permitió a la vez, que la naturaleza jurídica de la familia comenzara a cuestionarse a través de una clasificación tripartita del derecho: derecho privado, derecho público y derecho social.

En el quinto capítulo, se hace un estudio sobre los valores fundamentales que encierra la Constitución de la República de El Salvador: Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común, y la correspondencia que se establece entre ellos y las necesidades reales de la familia salvadoreña, frente al papel activo que le toca asumir al Estado Moderno con el fin de garantizar la positividad de esa triología axiológica como medio para la construcción de una sociedad más justa, basada en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Preciso es señalar, que durante el desarrollo de este trabajo siempre se estuvo a la espera de la promulgación del Código de Familia, cuyo proyecto se encontraba en proceso de elaboración por la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL), con el afán de hacer un estudio crítico y establecer la debida correspondencia con el espíritu de nuestro Legis

lador Constituyente de 1983; más sin embargo, solo fue posible recoger algunos trabajos previos a la elaboración de dicho proyecto, a lo cual en el desarrollo del trabajo he llamado: "proyecto"; lo importante es que, el contenido de dichos trabajos previos y el proyecto en sí, conservan en cierta medida el mismo contenido, y en efecto, van encaminado a desarrollar una orientación democrática, igualitaria y unitaria de la familia. (*)

Dentro de los lineamientos señalados en el capítulo anterior, estudiamos en el sexto capítulo, el proyecto de una familia democrática, igualitaria y unitaria en base a los principios constitucionales que particularmente sobre el derecho de familia, establece nuestro texto constitucional vigente. En este capítulo; se hace una valoración de las condiciones estructurales y culturales que obstaculizarían la superación de las Relaciones autárquicas y desigualitarias o de subordinación y dependencia, que explican y describen el proceso de desintegración a que se encuentra sometida la familia salvadoreña.

Y por último, en el séptimo capítulo se hace un estudio de los avances científico-tecnológicos de la biología genética en materia de inseminación artificial y fecundación extrauterina, y el impacto que su aplicabilidad produciría en la familia salvadoreña, no sólo a partir de las condiciones ético-socia--

(*) El trabajo ya había sido presentado al Tribunal Calificador, cuando se supo que la CORELESAL, había elaborado el proyecto del Código de Familia que sería presentado a la Asamblea Legislativa.

les prevaescentes en nuestra sociedad; sino también, a partir de las condiciones jurídicas en que se verificarían, según nuestra legislación vigente.

Naturalmente, como todo trabajo de investigación, el presente entraña una utilidad práctica que ha de motivar la investigación particular de cada uno de los tópicos que dentro de él se tratan, de una manera más amplia; tal situación, se ha de deducir no sólo por el enfoque novedoso que se le ha pretendido dar al tema conforme a su naturaleza, sino también, por el enfoque que se le ha pretendido dar según las modernas tendencias del derecho de familia.

CAPITULO I

LA FAMILIA. GENERALIDADES.

El propósito de este capítulo, es el penetrar al conocimiento íntegro de la familia bajo su perspectiva social; para luego, en los capítulos subsiguientes, poder proyectarla en el campo jurídico en particular. Dentro de ese contexto general, lugar importante ocupa el estudio del origen y evolución histórica de la familia, desde la promiscuidad, como situación previa a su surgimiento, hasta lo que es la familia "monogámica"; y a través de tal visión, se ha de poder comprender lo que en sí es la familia y su importancia social, determinando a la vez, las funciones que dentro de la sociedad le ha tocado desempeñar.

1. ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA.

En la medida en que el hombre ha logrado establecer un dominio cada vez mayor sobre la naturaleza, y ha iniciado la transformación de ésta en medios de subsistencia para sí, y en instrumentos de poder y dominio sobre los demás seres humanos, su forma de organización política, social y económica ha venido evolucionando. Y dentro de ese contexto histórico, encontramos una variedad de etapas que han dado una nueva modalidad a la institución familiar dentro del desarrollo histórico-social. Tales etapas son las siguientes:

1.1. La Promiscuidad.- Esta es la primera situación so---

cial reinante en los grupos humanos primitivos, quienes eran guiados por sus instintos más que por otras consideraciones - de raciocinio, de ética o de otro tipo de limitación a la libertad de su conducta. Al respecto, Sara Montero Duhalt afirma:

"Los integrantes de la horda primitiva satisfacían sus naturales instintos de supervivencia y pro---creación en forma tan espontánea e inocente como los demás animales que poblaban la tierra. Se des conocía con toda seguridad, el papel del macho en la procreación, de allí que la única relación, der tera entre los sujetos era la materna-filial" (1).

En ese orden de ideas, promiscuidad y matrilineaje son pa ralelos, como consecuencia del hecho, que cada mujer pertene cía igualmente a todos los hombres y, cada hombre a todas las mujeres; no existía pues, la más mínima noción de familia, ni de parentesco e imperaban únicamente los instintos. La unión de los hombres no era entonces con el objeto de establecer -- una unidad que tuviera como base la sangre o cualquier otro - elemento afectivo, como lo es en la familia; sino simplemente una asociación de protección y supervivencia, y no existiendo el reconocimiento de parentesco alguno, la reproducción era - el resultado del llamado fisiológico a multiplicarse.

Preciso es hacer ver, que la existencia pasada de la pro miscuidad es hipotética, pues no se ha encontrado ningún grupo que viva o con plena seguridad haya vivido en promiscuidad. El primero en formular esta hipótesis fue Bachofen, la cual -

(1) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. México:Edito---rial Porrúa S.A., la. Edición, 1984, pág. 3.

fue expuesta en su obra "El Derecho Materno". Federico Engels, partidario de esta hipótesis, afirma que Bachofen expone como proposición entre varias que a consecuencia de la incertidumbre de la paternidad "las mujeres como madres y únicos parientes ciertos de la generación joven, gozaban de tal aprecio y respeto, que, según parecer de Bachofen, llegaron hasta la --preponderancia femenina absoluta (ginococracia)". (2).

1.2. Familia Consanguínea. Es la primera formación de familia, y se podría afirmar que constituye un esfuerzo del ser humano por normar las relaciones sexuales entre los miembros del grupo; pues en esta forma de familia están excluidos de los derechos y deberes del matrimonio los descendientes y ascendientes, los padres y los hijos entre sí únicamente; las relaciones entre colaterales, o sea que, entre hermanos y entre primos eran permitidas. Nacer hermanos equivalía a nacer cónyuges; era una especie de promiscuidad por generaciones, ya que, el grupo interrelacionado sexualmente estaba formado por sujetos pertenecientes a una misma generación.

1.3 Familia Punulúa. Al igual que en la anterior formación, estamos frente a un tipo de familia por grupo, pero más evolucionado, ya que se excluye a los hermanos del comercio sexual recíproco. Al respecto, Abelardo Torr e afirma que: "Las uniones se realizaban entre grupos de hermanos y primos entre sí, igual que las mujeres; por eso los hijos llamaban "padres"

(2) Engels, Federico. El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado. México:Editores Mexicanos Unidos S.A., 3a. Edición 1980, pág. 10.

a todos los hombres del grupo del verdadero padre. "(3) En -- otras palabras, las relaciones se establecían entre un grupo de hermanas que comparten maridos comunes, o un grupo de hermanos con mujeres compartidas; siendo así como, todos los hijos paternos son comunes del grupo.

1.4. Familia Sindiásmica y Patriarcal. Habiéndose superado el salvajismo, se inicia una nueva etapa del desarrollo de la humanidad, dando inicio a la transformación de la naturaleza mediante el trabajo humano. Precisamente, nos encontramos en el estadio de la barbarie, en donde la ganadería y la agricultura asumen un papel determinante en el proceso evolutivo de la familia. "La mujer se incorpora ya al grupo del marido, sea como consecuencia del rapto, guerra, compra, Etc., y los grupos familiares se caracterizan más que por la poligamia, - que podía o no existir aunque era lo más común por el poder paterno del padre".(4) Todo lo cual significó, el reemplazo de la filiación uterina por la masculina; siendo el adulterio femenino castigado con gran severidad, ya que la restricción de exclusividad es sobre todo para la mujer.

Marido y mujer mantienen relaciones temporales entre sí. Sara Montero Duhalt, al respecto afirma: "La permanencia, o sea el lapso de la temporalidad de la relación marido-mujer se establece en función de la procreación; hasta que nace o se desteta el hijo, el hombre permanece al lado de la mujer, proyec

(3) Torr , Abelardo. Introducción al Derecho. Argentina: Editorial Perrot, 7a. Edición, 1975, Pág. 486.

(4) Ibid. Pág. 486.

yendo en común a la protección del crío".(5) De ello se desprende, que estas uniones se deshacen voluntariamente, sin mayores problemas, pero gradualmente constituyen un paso seguro a la monogamia.

1.5. Familia Monogámica. El dominio y la transformación de la naturaleza por parte del hombre continúa su curso, atrás ha quedado la barbarie para abrir paso a la civilización; el hombre aprende a elaborar productos artificiales por medio de la industria propiamente dicha y el arte. Paralelamente a ese cambio, la familia sindiásmica se ha desvanecido para que emerja la familia monogámica, diferenciándose ésta de aquella, en que hay una solidez mucho más grande del vínculo coyugal, cuya disolución ya no es facultativa, sólo el hombre puede romper este vínculo y repudiar a su mujer; y eso precisamente condiciona una esclavitud doméstica de la mujer frente al hombre. Iudin y Rosental, afirman que: el fin principal de la familia monogámica es "la acumulación de riquezas y su transmisión a sus herederos legítimos".(6) De ahí, el contenido eminentemente patrimonial que hasta nuestros días tiene la familia, según estos teóricos marxistas.

Como se ha podido ver, el proceso histórico de la humanidad impulsado por el progresivo dominio y transformación de la

(5) Montero Duhalt, Sara. Ob. Cit. Pág. 5

(6) Rosental, M.M. y Iudin, P.F. Diccionario Filosófico. México: Editorial Grijalbo, 1971, Pág. 169.

naturaleza, en forma concomitante se convierte en dominio o explotación del hombre por el hombre. La esclavitud doméstica de la mujer dentro de la familia surge precisamente dentro de ese momento.

2.0. DEFINICION DE FAMILIA.

Se ha dicho con toda propiedad, que la familia es la célula social por excelencia, pero dar una definición conceptual de ella no ha sido, ni es tarea fácil. La familia ha sido definida de distintas maneras, pero aunque no es posible concebir una definición uniforme, que se pueda usar en distintos contextos sociales e históricos, habrá que esforzarse por encontrar una definición que reuna aspectos de análisis históricos que tengan validez total o parcialmente en la actualidad, y aspectos que demuestren los rasgos sociales de la familia determinados por los cambios de condiciones y circunstancias que se operan en la realidad social. Y una de las definiciones que mas se aproxima a dicha idea, es la que nos da el Dr. Kurt Nagel Von Jess, quien en términos generales afirma que la familia es:

"Un conjunto de personas o comunidad primaria, involuntaria e irreflexible, fundamental, organizada, institucionalizada y estable formada originalmente por la unión biológico y/o psicológica de un hombre y una mujer llamados entre sí cónyuges, conforme a la ley o a la costumbre y el resto de individuos llamados parientes, unidos entre sí por vínculos de diversa índole, especialmente, los de parentesco, con el fin de conservar la especie, procrear los hijos, socorrerse y ayudarse mutuamente"(7)

(7) Von Jess, Kurt Nagel. El fenómeno Familiar y el Derecho. En revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, No. 25, 1972, Pág. 48.

Para comprender mejor la definición anterior, necesario es que la estudiemos en base a los elementos de análisis que de ella se desprenden, cuales son los siguientes:

2.1. Es una comunidad primaria. El hombre por naturaleza es un ser social, y el núcleo donde desenvuelve en un primer momento esa esencia, es la familia. Dentro de ese contexto, la familia se constituye como una comunidad primaria, ya que su existencia deriva de la naturaleza humana.

2.2. Es una comunidad voluntaria e irreflexiva. No se puede concebir un hombre fuera de la sociedad, mucho menos un ser humano sin familia; se quiera o no, formamos parte de una familia por una necesidad imperante, no potestativa. Es así como, se suele hablar de deshumanización de la persona, aunque pueda parecer paradójico, para hacer ver la negación del goce de la integridad física y moral que sólo una familia bien constituida puede dar. Es por ello, que la promiscuidad, dentro del estadio del salvajismo, necesariamente tuvo que ser superada.

2.3. Es una Comunidad fundamental. Consecuentemente con lo antes expuesto se afirma, que la familia es anterior a la existencia del Estado, y en efecto, base fundamental de la sociedad, siendo así reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

2.4. Es una comunidad organizada. Para que la familia se constituya como base fundamental de la sociedad, requiere de -

un orden social. Desde la superación institucional de la promiscuidad, se establece un marco normativo que inicia por regular las relaciones sexuales entre los seres humanos, estableciendo prohibiciones que vienen limitando el incesto hasta hacerlo desaparecer institucionalmente; a la vez que se ha venido regulando las relaciones jurídicas personales y patrimoniales de los miembros de la familia entre sí.

2.5. Es una comunidad institucionalizada y estable. Se afirma que la familia es un agente de socialización y como tal comprende un conjunto de normas, valores, posiciones y roles que transmite a las nuevas generaciones. Roberto K. Merton, citado por Silva Ruz, afirma:

"La familia transmite en general, la porción de cultura accesible al estrato social y al grupo social en que los padres se encuentran. Constituyen por consiguiente, un mecanismo para disciplinar al niño en función de los objetivos culturales y de las costumbres del grupo".(8)

Siendo así como, la familia tiende a perpetuar la estructura social prolongando sus idearios. Así se constituye como un aparato ideológico del Estado juntamente con la religión, la cultura, la educación, lo jurídico, lo político, etc. Sin embargo, modernamente por las transformaciones sociales, el rol de la familia frente al cambio social tiende a revertirse. Siendo por ello, como se verá mas adelante, que el Estado moderno, persigue como uno de sus principales fines dentro de la consecución del bien común, vigorizar la institución familiar.

(8) Silva Ruz, Pedro F. El Derecho de Familia en Puerto Rico y la Revisión del Código Civil. En Revista de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, año IX, No. 33, 1983, Pág. 157.

2.6. Es una comunidad formada originalmente por la unión biológica o psicológica de un hombre y una mujer.

No obstante, que una de las funciones de la familia es la reproducción de la especie, la cual necesariamente se verifica mediante la unión sexual de un hombre y una mujer, esta no es la fuente que determina, en términos absolutos la existencia del núcleo familiar. Así vemos dentro del ámbito religioso parejas legalmente unidas o reconocidas como tales, que hacen -- solemne voto de castidad; igualmente personas que por impedimentos físicos o por incompatibilidad de grupos sanguíneos no pueden engendrar, y por principios éticos, morales o religiosos no recurren a la inseminación artificial o a la fundación extrauterina, encontrándose unidos tan sólo por vínculos afectivos -- o psicológicos; y bajo tales circunstancias recurren a la adopción de niños huérfanos en su mayoría o en estado de abandono moral o material.

2.7. Estas uniones pueden ser por la ley o por la costumbre.

Como es bien sabido, en nuestro país hay un gran número de personas que por varias razones no se encuentran unidas entre sí mediante el vínculo jurídico del matrimonio; no obstante que son estables y socialmente reconocidas en virtud de la -- costumbre, por la cual se les reconoce como formadoras de familia. Es razonable que, teniéndose presente que la costumbre se constituye como una de las fuentes principales del derecho, se tienda a darle un reconocimiento jurídico a las uniones de hec

chos estables, a las cuales se les asimila en sus efectos el matrimonio según las modernas tendencias del derecho de familia.

3.0 IMPORTANCIA SOCIAL DE LA FAMILIA

Luego que la humanidad entera había sufrido los efectos de uno de sus duros flagelos, la Primera y la Segunda Guerra Mundial, se reconoce en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949 que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad".

La familia es el elemento natural de la sociedad, porque es la colectividad más antigua, anterior a la sociedad organizada jurídicamente en el Estado, y su existencia deriva de la naturaleza humana. Es así como podemos ver al hombre esforzándose por proporcionarse a sí mismo libertad, orden y derecho como elementos propicios para la elevación de sus condiciones mismas de humanidad; pero esa lucha no la ha realizado aisladamente, sino a través del grupo familiar que lo ha incorporado a la sociedad, erigiendo así su naturaleza eminentemente social. Consecuentemente con ello, se afirma que la familia es el elemento fundamental de la sociedad, porque sin ella no se concibe una vida en comunión con los demás seres humanos. Al respecto, los hermanos Mazeud afirman: "No sólo constituye la familia para los cónyuges y para los hijos una escuela de abnegación y mutua ayuda, la única capaz de refrenar el egoísmo, sino que la fami-

lia es la que asegura la protección del individuo".(9)

Obviamente, no se puede considerar con seriedad la posibilidad de que se excluya la familia dentro de una organización social; ello equivaldría a no percibir el vínculo íntimo que existe entre la fuerza de la familia y la grandeza de la nación; pues se puede afirmar que la familia es el parámetro que mide la fuerza del desarrollo y de la prosperidad de una nación. Dentro de esa línea de pensamiento, Carlos Alberto Siri, ha descrito la importancia de la familia en los términos siguientes:

"El Estado de una comunidad -su virtualidad para ser y para regenerar- se puede diagnosticar con solo tomarle el pulso a la familia... si la familia no cumple su misión, toda la colectividad padece las consecuencias... sino es fecunda en sentido biológico y espiritual, desfallece la nación... si enferma, enferma con ella la convivencia humana... si ella no educa, la cultura languidece y se esfuma su contenido universal... sin amor humano se hace uno, en el ámbito natural con el amor de Dios... En fin, la familia representa el arquetipo de toda comunidad, a la vez que genera una micro sociedad natural que precede y supera a toda otra forma social..." (10)

Claro es, que el valor social que tiene la familia es muy significativo y por tanto, todo problema social tiene sus hondas raíces fuertemente arraigadas en la realidad interna que en la familia se esté viviendo, o en la ausencia o falta de este grupo social primario.

(9) Mazeud, Jean y León Henry. Lecciones de Derecho Civil. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa -América, parte primera, Vol. III, 1976, pág. 11.

(10) Siri, Carlos Alberto. La Patología de la Sociedad, Diagnóstico y Terapéutica. Pág. 110.

4.0 FUNCIONES DE LA FAMILIA

En el decurso de nuestra historia, desde sus albores hasta nuestros tiempos, la familia ha cumplido un importante papel funcional en el desarrollo, no sólo de los miembros de la sociedad que la integran, sino de la misma comunidad global. Tales funciones de la familia, aunque no exclusiva de la misma, pues pueden cumplirse por otras instituciones sociales, ya como complemento o supletoriamente, (cuando el ser humano no ha tenido la verdadera formación como tal dentro del núcleo familiar o porque nunca tuvo en realidad una familia que condujera su vocación humana y social a una plena realización, son las siguientes:

4.1 Funciones reguladoras de las relaciones sexuales.

Desde la superación de la promiscuidad, como primera etapa donde se genera la reproducción de la especie humana, se han venido estableciendo normas reguladoras de las relaciones sexuales entre los seres humanos hasta suprimir, casi en su totalidad la promiscuidad del padre frente al hijo. Siendo así como, se establece la institución jurídico-social del matrimonio como fundamento de la familia; no obstante que desde siempre, los individuos solteros o casados establecen relaciones al márgen del matrimonio, ello no le quita a la familia el carácter de ser reguladora por excelencia de éstas relaciones; más bien, esa realidad social ha hecho sentir la necesidad de ampliar el concep-

to jurídico de familia, reconociendo de una u otra forma las uniones de hecho y/o regulando las consecuencias que de las simples uniones provinieren, estableciendo así, vínculos paternofiliales que han variado de acuerdo a las concepciones que de la familia se ha tenido.

Hablar de uniones sexuales equivale a hablar de reproducción de la especie humana; y hablar de procreación equivale a hablar de familia, ocasionalmente se da el hecho sin que la misma cree lazos familiares, y como ejemplo palpable de ello tenemos en nuestra sociedad el caso de la madre soltera que abandona al recién nacido, si en este caso, la reproducción no se convierte en fuente de familia, como ocurrió en la promiscuidad, esos lazos de consanguinidad desconocidos son sustituidos por lazos afectivos que se constituyen verdaderamente en fuente de familia, siendo reconocido jurídicamente por medio de la institución de la adopción; en este caso la procreación es realizada por personas ajenas a las que verificaron la reproducción (adoptantes o directores de Centros de Internamientos como villas y hogares infantiles).

4.2 Función Económica.

Por la naturaleza eminentemente social de la familia, paralelamente con otro tipo de funciones, le ha tocado desempeñar funciones de carácter económico, las cuales históricamente ha desarrollado bajo un doble aspecto; como unidad productora de bienes y servicios, y como unidad de consumo.

4.2.1. Como unidad productora de bienes y servicios. Mediante la transformación de la naturaleza y el dominio de la misma, el ser humano ha logrado hacerse dueño de la producción de sus provisiones para la subsistencia. Al respecto Morgan -citado por Engels- afirma: "Todas las grandes épocas del progreso de la humanidad coinciden de una manera más o menos directa con las épocas en que se extienden los medios de alimentarse". (11) La economía doméstica ha hecho su aparición con la enseñanza de habilidades y la disposición de información necesaria para la conservación y transformación de productos agrícolas en bienes y servicios útiles al consumo familiar; ello permitió que la familia se fuera desarrollando en una forma armoniosa hasta constituirse en un núcleo de gran cohesión así, en círculo cerrado tendía a bastarse a sí misma, labraban la tierra, hacían el pan y el vino, hilaban la lana y tejían las telas.

4.2.2 Como unidad consumidora de bienes y servicios. Paulatinamente, esa cohesión fuerte que presentaba la familia ha venido debilitándose por muchos factores. "El aumento de la riqueza y de las necesidades, la complejidad de las relaciones económicas que se fueron creando y el mayor intercambio comercial, mostraron la insuficiencia de la organización familiar como eje de la industria y el comercio". (12) Es así como, aunque no en foro

(11) Engels, Federico. Ob. cit. pág. 23

(12) Enciclopedia Jurídica Omeba. Argentina, Editorial Dreskil S.A. 1954, Tomo III, pág. 991.

ma total, las funciones de la familia como unidad de producción son transferidas a las emergentes organizaciones capitalistas y posteriormente, en algunos casos, al Estado ó entregando su fuerza de trabajo a las fábricas creadas por la nueva industria, la familia se queda únicamente con la función de consumo, generalmente. (Ver Capítulo IV).

4.3 Función Educativa y Socializadora.

Una de las funciones más importantes de la familia, por su universalidad y trascendencia social, es el papel socializador y educativo que cumple con respecto a los miembros que surgen y crecen dentro de ella, ya que, es dentro de ella donde se moldea el carácter, se afina la sensibilidad y se adquieren las normas éticas básicas que capacitan al individuo para interrelacionarse socialmente. La familia es sobre todas las cosas, la primera escuela de la vida, sirviendo de freno al egoísmo innato en el hombre, imponiendo al individuo normas de religión, de convivencia y trato social que le permiten controlar sus actos frente a los demás.

En la Segunda Conferencia del Episcopado Latinoamericano celebrado en Medellín, en 1968, se concluyó afirmando que: "La familia es la primera escuela de las virtudes sociales que necesitan todas las demás sociedades... encuentran en la familia

los hijos la primera experiencia de la sana sociedad humana"(13) Siendo así como, se le reconoció a la familia, como uno de sus valores fundamentales, la formación de la persona humana y la promoción del desarrollo social.

Dentro de ese contexto, la socialización que se da en forma concomitante con la función educativa, no es más que la "tendencia a asociarse para la consecución de los objetivos que superan la capacidad y los medios de que pueden disponer los individuos aisladamente". (14) Al servir de instrumento básico para enseñarles las normas de convivencia social y la importancia de la responsabilidad ciudadana, adquiere la familia una gran responsabilidad frente a la comunidad civil.

(13) Segunda Conferencia General del Episcopado Latinoamericano (CELAM). Los Textos de Medellín y el Proceso de Cambio en América Latina. El Salvador: UCA Editores, 3a. Edición, 1987, pág. 43.

(14) Juan XXIII. Encíclica "Mater et Magistra". España: Editorial Sígueme, 2a. Edición, 1963, pág. 33.

CAPITULO II

LA DESIGUALDAD SOCIAL Y LAS CONCEPCIONES HISTORICO-JURIDICAS DELA FAMILIA

Al realizar un estudio sobre la evolución histórico jurídica de la familia, desde sus orígenes hasta nuestros días, se puede establecer cómo ésta ha servido de fundamento a la desigualdad social al no tener un reconocimiento jurídico especial que garantice la igualdad dentro de su núcleo. Tal situación, la comprenderemos al estudiar el tratamiento que históricamente el derecho le ha dado a la institución familiar a través del derecho romano, de la concepción cristiana del derecho, surgida con el debilitamiento y caída del imperio romano; a través de la concepción individualista del derecho, surgida con el triunfo de la Revolución Francesa de 1789; y a través de la concepción social del derecho, surgida a raíz de los desordenes provocados por el liberalismo individualista. Dentro de ese marco de análisis, estudiemos la falta de igualdad dentro de la familia a través de los distintos momentos históricamente determinados.

1.0 CONCEPCION DE LA FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO

La familia fué una de las instituciones más fundamentales de la antigua Roma, constituyendo uno de los centros ideológicos y social sobre el cual giró su poderío imperialista. La familia patriarcal es colocada por el derecho romano como otro centro de gravedad frente al poder político grandemente desarro

llado.

Así pues, se ha dicho que "los romanos trabajaron con dos imperios, el de la familia y el ente político y a través de las tensiones entre ambos desarrollaron el derecho privado, elaboraron los principios y teorías jurídicas con motivos de asuntos privados y luego les aplicaron con algunas adaptaciones a lo público". (1) Ese carácter eminentemente privado del derecho de familia, es el punto de partida que condiciona la existencia de relaciones jurídicas desigualitarias, ya que aplica las normas de carácter privado y general a la familia, sin diferenciar la naturaleza propia de las relaciones familiares.

Dentro de ese contexto, los romanos entendían por la familia, al grupo de personas sometidas a la potestad del "pater familia", siendo éste el que ejercía el dominio o poder de la casa sin que estuviera sometido a potestad privada de otro. Siendo así como, la preeminencia del poder absoluto del padre o abuelo paterno, caracteriza fundamentalmente la constitución de la familia romana.

A través de la clasificación que del parentesco y de la persona se hicieron en Roma, podemos comprender con mayor precisión y claridad las relaciones desigualitarias que se dieron en la familia.

1.1 El parentesco y la desigualdad de la familia romana.

Los romanos únicamente conocieron dos tipos de parentesco: El cognaticio y el agnaticio. — El parentesco cognaticio es "el que une a las personas descendientes unas de otras (línea directa) o de descendientes de un autor común (línea colateral) sin la distinción de sexo". (2) Es el factor biológico o consanguíneo el que determina este tipo de parentesco; sin embargo, este tipo de parentesco por sí sólo no constituía familia, sino que se requería del título de agnado para ello.

Por su parte, agnaticio "era el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Gayo -citado por Petit- afirma que son los agnados descendientes por vía de varones, de un jefe de familia común, o que estuvieran sometidos si aún viviera". (3) De ello se desprende que la agnación existe entre el padre y los hijos nacidos de su matrimonio legítimos e introducidos a la familia por la adopción; si los hijos se casan y tienen descendientes, éstos se encuentran agnados entre sí y agnados con su padre y abuelo paterno. El parentesco existente, en un primer momento entre los hijos y su madre es cognaticio, y es agnaticio únicamente si su madre se encuentra sometida a la potestad marital de su esposo o padre de sus hijos. En tal sentido, por un lado, la agnación puede transmitirse sólo por

(2) Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México Editorial Epoca, 1977, pág. 96.

(3) Ibid. pág. 97.

medio de varones; y por otro lado, aunque naturalmente toda persona tiene padre, jurídicamente no lo tiene si su madre no está sometida a la potestad del marido o a la del padre de éste.

1.2 Las clases de personas y la desigualdad en la familia.

Bajo las ideas antes expuestas, es lógico comprender que necesariamente las personas se encuentran divididas en dos clases, cuales son: "alieni juris" y personas "sui juris".

Las personas "alieni juris", son aquellas que "no tienen la dirección de su propia persona, ni en el campo familiar, ni en el derecho privado (no pueden celebrar contratos). Pero desde el punto de vista político, pueden tener iguales derechos que el "paters" y sus derechos proceden de paters". (4) Bajo tal perspectiva los "alieni juris" son representados por el "paters", quien tiene un poder amplio sobre ellos; dentro de esa idea se explica la existencia de la patria potestad como una institución de derecho privado caracterizada por la primacía que tenía el interés del jefe de familia sobre la real protección del hijo; y en tal sentido, la patria potestad otorgaba al "paters" derechos rigurosos y absolutos que ejercía sobre la persona y bienes de su hijo.

Persona "sui juris", eran aquellos a quienes no pesaba ninguna autoridad privada, y que por tanto no obedece más que a sí

(4) Ellul, Jacques. Historia de las Instituciones de la Antiguedad. España: Editorial Aguilar S.A., 1970, pág. 264.

mismo. En una familia sólo podía existir un "sui juris": el "pater familia" quien tenía la potestad sobre los "alieni juris".

Puede comprenderse ahora cómo la patria potestad hacía del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico que rendía y ejecutaba rigurosas decisiones sobre sus hijos o personas sometidas a su potestad; ya que no existía en principio, un control del Estado sobre el derecho penal como en la actualidad. Así pues, los hijos se encontraban sometidos al "jus necis vitae" del padre, podían ser vendidos por él, manumitidos o tenidos durante toda su vida bajo su poder, podía casarlos y aún disolver su matrimonio; además, el "pater" tenía la acción para poder reclamar a los "alieni juris" que hubiesen huído, excluir a los recién nacidos y ceder al hijo en momento de miseria y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces le mancipaba a su acreedor en señal de garantía de su obligación".(5) Así se explica como, siendo absorbida la personalidad del hijo, de su esposa y de sus descendientes por el pater, estos no podían tener bienes propios; ya que todo lo que adquieren pertenece al jefe, para quien son un instrumento de consumo.

Dentro de las fuentes de la patria potestad podemos señalar en primer lugar el matrimonio, el cual se representa por la procreación de hijos; era mediante el matrimonio que el marido o

(5) Petit, Eugene. Ob. cit. pág. 102.

el paterfamilias adquiría un poder sobre la mujer en términos extremados, en cuanto esto se constituía "cun manu", o sea, llevando invivita la creación sobre ella de la potestad marital y colocándola en condición de hija de familia en relación al marido, quien se hace entonces propietario de sus bienes; claro es entonces, que la "capitis diminutio" que sufría la mujer por la entrada bajo la "manus" tenía por finalidad disolver la tutela del padre de ésta y transmitir al marido su patrimonio; valga aclarar, que este tipo de matrimonio que prevaleció durante las primeras etapas del derecho romano, sólo podía disolverse fuera de las causas naturales, por la repudiación del marido hacia la mujer. Fue hasta finales de la República y durante el imperio, que se popularizó el matrimonio "sine manu" el cual, según la Dra. Cisneros A., "planteaba igualdad de derechos en cuanto al divorcio, que podía tener lugar por consentimiento de los cónyuges "bona gratia" o por repudiación de cualquiera de ellos".(6) Bajo tal idea, se entiende que la mujer casada "sine manu" no forma parte de la familia de su marido sino que continúa bajo la potestad del jefe de su propia familia; y según la Dra. Cisneros A., para resarcirlo de esa "desventaja económica" se instituye la dote, la cual constituye un conjunto de bienes provenientes del "paterfamilias" o de la mujer, como una contribución a las cargas de la familia que pesan sobre el marido.

(6) Cisneros A., Rosa Judith. Condición Jurídica de la Mujer. El Salvador: publicación de la Asociación Demográfica Salvadoreña, 1976.

Otra fuente de la patria potestad fue la adopción, la cual fue conceptuada por Modestino como: "una institución de derecho civil, cuyo efecto era establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crea la "justae nuptiae" entre el hijo legítimo y el padre de familia". (7) Lo más frecuente era que el paters realizase la adopción cuando no tuviera ningún hijo legítimo. Condicionada por la clasificación de las personas, encontramos en Roma dos tipos de adopción: la adopción propiamente dicha y la adrogación.

En la adopción propiamente dicha se aceptaba a un "alieni juris" y la principal función, según Jacques Ellul, era "facilitar el desplazamiento de fuerzas laborales exuberantes en un grupo hacia otro grupo donde faltasen". (8) En consecuencia, la adopción era un acto meramente privado que se cumplía entre dos "paters" interesados, sin que en él tuviese lugar la voluntad del adoptado, el cual salía de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos de agnación y conservando la cualidad de cognado frente a su familia natural. Por su parte, la "adrogatio", trataba de la adopción de un "sui juris", o sea, la adopción de un paters familia comúnmente. "Los efectos de la "adrogatio" eran graves, pues consistían en la supresión de una familia; la sacra desaparecía, el parentesco caía bajo la propiedad del adrogante, y las personas "alieni juris" de la familia del adro-

(7) Arangio Rufz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Argentina: Edit. Depalma, 10a. edición, 1952, pág. 524.

(8) Ellul, Jacques. ob. cit. pág. 266.

gante". (9)

Fue entonces la familia romana, un núcleo en el cual no existió ningún ordenamiento jurídico especial que regulara las relaciones internas de ella en correspondencia a su naturaleza e importancia social; ya que privaba sobre todo el interés particular del "pater" sobre los intereses del resto de los integrantes de la familia y sobre cualquier otro interés de orden social.

2.0 CONCEPCION CRISTIANA DEL DERECHO DE FAMILIA

Bajo la égida del desarrollo mismo del imperio romano, se produce dentro de esa unidad, una lucha de contrarios que aspiran al poder político, como factor interno; y como factor externo, la invasión de los Bárbaros. "Las guerras civiles, las luchas de los pretendientes al trono, las invasiones de los Bárbaros acaban poco a poco la completa desorganización de la sociedad romana". (10) Y frente a ello, el Cristianismo se va consolidando como un movimiento teo-filosófico y político. Con Constantino, el Cristianismo llega a ser la religión oficial y la sede del gobierno es trasladada de Roma a Constantinopla.

Esta situación, como era de esperar, produce cambios en la estructura social, apareciendo como formación socio-económica

(9) Petit, Eugene. ob. cit. pág. 174.

(10) Ibid. pág. 115

el feudalismo, el cual se basa fundamentalmente en el dominio; la autoridad se divide entre señores que dispongan de medios su ficientes para hacerse obedecer por cierto número de individuos. Frente a este proceso de cambios, la desigualdad de la familia asume una nueva modalidad, y el derecho no se queda incolumne en el pasado, sino que camina paralelamente con esos aconteci-- mientos.

Habiéndose entendido por familia en el derecho romano, el grupo de personas sometidas a la potestad del "paters", en esta nueva etapa del desarrollo de la sociedad, "la familia es consi derada como la unión de individuos autónomos".(11) Con ello quiere darse a entender, que la potestad del "paters" tiene aho ra sus límites, ya no es absoluto su poder, sino que ahora está determinado en gran medida por una nueva concepción de las rela ciones familiares, principalmente en cuanto a los vínculos de parentesco. Así pues, bajo el predominio de la concepción Cris-- tiana del derecho de familia, ésta forma un grupo, no ya exten-- dido como en la familia patriarcal, sino restringido, no com-- prende sino al marido, a la mujer y a los hijos. En tal sentido el cambio sustancial que se da en cuanto al parentesco consiste en la sustitución del antiguo vínculo de parentesco jurídico o agnaticio por el parentesco de sangre, natural o cognaticio; ya que si recordamos bien, en el parentesco agnaticio no cuenta

(11) Ellul, Jacques. ob. cit. pág. 442.

tanto el parentesco natural o de sangre, sino el hecho de que una persona "alieni juris" se encuentre sometida bajo la potestad de una persona "sui juris". Bajo tal perspectiva, el parentesco agnaticio sufre cierto rechazo y cede el puesto al parentesco cognaticio, es decir, por vínculos de sangre; la familia tiende a identificarse con la familia natural.

A medida que se fue apaciguando la rudeza de las costumbres primitivas, se vió extinguirse lentamente la energía de la patria potestad centrada en derechos absolutos y rigurosos ejercidos sobre la persona y bienes sujetos al dominio paternal; la potestad del jefe de familia se vino reduciendo a un sencillo derecho de corrección y de educación, llegandose a castigar como parricida al padre que mataba a sus hijos e igualmente se castigaba el abandono de los menores.

A estas alturas del desarrollo Histórico-jurídico de la familia, el hijo es considerado como titular de capacidad jurídica; por consiguiente, puede contraer obligaciones y ser propietario de bienes, y aunque el padre esté encargado de su gestión; no puede enajenarlos y sólo tiene derecho al usufructo.

Como fuente de la patria potestad se puede enunciar en primer lugar; el matrimonio, sobre el cual se hace descansar en gran medida, la cohesión de la familia, y no tanto en la autoridad del marido o "pater" como lo fué en el derecho romano. A la vez se retoma el evangelio, en el cual se ha dicho: "Lo que Dios lo ha unido, no lo separe el hombre", lo cual supone que el matrimonio es indisoluble y, como corolario, que la obliga--

ción de fidelidad pesa no solamente sobre la mujer, sino también sobre el marido. Indiscutible es, que la potestad del marido se mantiene sobre la mujer y sus hijos, pero este poder tiene impuesto sus límites por el Cristianismo, así el apóstol San Pablo dice:

Que las esposas se sometan a sus maridos como al Señor. En efecto, el marido es cabeza de su esposa, como Cristo es cabeza de la Iglesia, cuerpo suyo, del cual es así mismo Salvador. Y así como la Iglesia se somete a Cristo, así también la esposa debe someterse a su marido. Maridos, amen a sus esposas como Cristo amó a la Iglesia y se entregó a sí mismo por ella..." (12)

Ello supone en sí una disminución del divorcio, ya que por la influencia del Cristianismo el divorcio va progresivamente extirpándose. "Así, Constantino, por Constitución del año 331, admite sólo el divorcio contra el marido homicida, mago o violador de sepulcros, o contra la mujer adúltera y dada a los maleficios". (13) La desigualdad como se ve, continúa inmanente dentro de la familia, ya que se habla de mujer adúltera y no de hombre adúltero. En relación a los bienes, el marido es nada más un administrador con derecho al usufructo de los bienes; la incapacidad de la mujer para administrar sus propios bienes evidencia aún la existencia de la potestad del marido sobre ella.

(12) Efesios 5:22-24 y 6:1-3

(13) Euyaguirre, Jaime. Historia del Derecho. Chile: Editorial Universitaria, 1960, pág. 95

Puede enunciarse, como un hecho social que dentro de la concepción Cristiana empieza a tener un reconocimiento jurídico el concubinato. "Fué únicamente en el Bajo imperio y desde Constantino, cuando parece haber sido reconocido un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato". (14) Pero los derechos que tal reconocimiento concedía eran limitados frente a los derechos que otorgaba el matrimonio a los hijos; el padre tenía la obligación de alimentar al hijo, y éste tenía ciertos derechos a la sucesión.

Precisamente uno de los fines del matrimonio era terminar con el concubinato, en tal sentido, se pretendió hacer más factible su celebración. Al respecto, Arangio Ruíz afirma que: "Justiniano, al suprimir muchos de los impedimentos para contraer matrimonio; hizo que desapareciera la razón del concubinato. Esto se convirtió pues, en un matrimonio de hecho al que solo faltaba la voluntad por parte de los interesados a casarse".(15) Ello fue lo que llevó a que se establecieran restricciones en los derechos sucesorios entre los concubinos y entre éstos y sus hijos, para facilitar con ello el tránsito del concubinato al matrimonio; y para ello, los emperadores cristianos crearon la institución de la legitimación, la cual operaba al casarse los concubinos, teniendo éstos capacidad para ello.

(14) Petit, Eugene. ob. cit. pág. 111.

(15) Góchez Castro, Jesús. Quiénes son los hijos naturales y cómo se adquiere esta calidad en nuestra legislación civil. Tesis Doctoral, 1935, pág.

Pero frente al matrimonio y el concubinato, se reconoce como un hecho social que no tiene reconocimiento jurídico, las uniones pasajeras o accidentales, que eran conceptuadas ilícitas ante la moral y ante la ley, cayendo la sanción de ilicitud únicamente sobre la mujer y su hijo. Al respecto, el Dr. Góchez Castro afirma:

"La deshonra de la mujer pesaba sobre el fruto de sus entrañas, producto de esa unión; así lo indicaba claramente el concepto que de él se tenía y el desamparo en que el derecho le dejaba. Caso insólito éste en virtud del cual, sin saberse cómo ni porqué, las culpas ajenas se transmitían a las víctimas de ellas".(16)

Estas uniones accidentales en cuales los padres no podían casarse dió origen a diversas nominaciones estigmatizantes de los hijos, como la de hijos espurios, bastardos y de dañado ayuntamiento (incestuosos, adulterinos y sacrílegos).

A través del breve desarrollo que se ha hecho de la concepción Cristiana del derecho de familia, puede observarse como, no obstante que las costumbres romanas son suavizadas, la desigualdad de la mujer y de los hijos sigue presente dentro de la familia.

(16) Góchez Castro, Jesús. Quiénes son los hijos naturales y cómo se adquiere esta calidad en nuestra legislación civil. Tesis Doctoral, 1935, pág.

3.0 CONCEPCION INDIVIDUALISTA DEL DERECHO DE FAMILIA

La dialéctica misma del desarrollo histórico de la sociedad, gravita sobre la constante negación de hechos sociales, que giran paralelamente con la lucha y unidad de contrarios. Y la Edad Media, el Cristianismo y el feudalismo no escapan a esa realidad.

Durante los siglos XV y XVI se producen en Europa una gran renovación intelectual, una nueva concepción de la vida que impulsó con vigor las artes, la ciencia y las letras: el Renacimiento, como movimiento intelectual había hecho su aparición. Luego la Reforma, a partir de 1517, da inicio a la división del mundo Cristiano de Europa en católicos y protestantes; y luego le suceden como hechos importantes, el Concilio de Trento, convocado por el Papa Paulo III en 1545, en donde se rechazan todas las modificaciones introducidas por la Reforma. En el año de 1598, el Rey de Francia Enrique IV, otorga el Edicto de Nantes mediante el cual se otorga libertad de conciencia e igualdad para las funciones públicas. Bajo tales circunstancias, en 1642 se inicia la Revolución Inglesa, lograndose durante el reinado de Carlos II la sanción de la ley de "Habeas Corpus"; y a partir de 1751 surge un movimiento ideológico conocido como la Enciclopedia, mediante el cual se critica la autoridad absoluta del Jefe de Estado y se proponen nuevas ideas acerca de política y religión; comprendiendo los monarcas las necesidades de tales reformas las implantaron en sus respectivos dominios, mejorando la cultura de las masas trabajadoras; pero el poder si--

guió siendo inaccesible para el pueblo; a éste modo de gobernar se le llamó: Despotismo ilustrado. Las ideas de los enciclopedistas pronto encarnaron en el pueblo francés, hasta gestarse la magna Revolución Francesa de 1789, la cual mediante la Declaración de los Derechos del Hombre provocó un cambio en la concepción del derecho, dentro del cual se enmarca, en cierta medida, nuestro Código civil de 1860 y dentro del cual se encuentran inmersas las normas de Derecho de Familia.

En el derecho natural, "deja de ser la revelación divina el principio fundamental para ser sustituida por la razón humana". (17) Ello pone en alto relieve al liberalismo, como forma típica de la doctrina individual.

La influencia de la doctrina individual proclamada por la Revolución Francesa hace sentir su influencia en nuestra legislación colonial mediante la Constitución de Bayona de 1808 y la Constitución de Cádiz de 1810, las cuales, si bien ciertamente no fueron aceptadas del todo por las autoridades coloniales, constituyeron un instrumento de lucha que llevó a culminar con la Proclamación de la Independencia de las Provincias Unidas de Centroamérica en 1821.

Ante todo, preciso es hacer ver que con posterioridad al

(17) Marroquín, Alejandro Dagoberto. La Filosofía del Código Civil. El Salvador: Editorial Universitaria, 1960, pág. 5.

movimiento emancipador . de 1821, El Salvador, al igual que toda Centroamérica, se encuentra inmerso en una lucha intestina entre liberales y conservadores. Es bajo esta situación jurídico-política fluctuante, que en la Constitución Política del Estado de El Salvador de 1824 aparece una disposición que reza: "Art. 29. Son atribuciones del Congreso: 1º... 2º Formar el Código Civil y Criminal". Siendo durante la vigencia de la Constitución Política de 1841, que se promulga el Código Civil de 1860, habiendo tenido su origen inmediato en el Código Civil Chileno de 1857, el cual a su vez, tenía su origen en el Código de Napoleón de 1804.

Preciso es aclarar, que no obstante que las ideas de la Revolución Francesa acuñaban una filosofía antiteológica, en nuestro constitucionalismo clásico, no se configura la separación entre la Iglesia y el Estado. Es así como, en la Constitución Política de 1824 se decía: Art. 5. "La religión del Estado es la misma que la República a saber; la Católica, Apostólica y Romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra". Disposición que en términos generales es mantenida en las Constituciones de 1841, 1864 y 1871; siendo hasta en la Constitución de 1883 en que cobra vigencia la separación entre Iglesia y Estado.

Valga lo anterior aclaración para poder comprender también las fluctuaciones que a su vez se dan en la concepción del derecho de familia y en el proceso de consolidación en nuestro país

de la doctrina individual proclamada por la Revolución Francesa.

Al igual que en las concepciones jurídicas antes estudiadas, podría decirse que dentro de la concepción individualista del derecho la familia no tiene un tratamiento jurídico especial por parte del Estado en nuestro constitucionalismo clásico. Es dentro de ese contexto que encontramos en la Constitución Política de 1864 una disposición que, en forma aislada y abstracta hace referencia el papel fundamental que tiene la familia dentro de la sociedad, tal disposición reza: "Art. 76. El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Teniendo por principios la libertad, la igualdad, la fraternidad; y por bases la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público". No obstante que se reconoce el papel fundamental de la familia, no encontramos en el resto del texto constitucional disposición alguna que tienda a protegerla y garantizarle la existencia digna e íntegra de sus miembros. Dentro de esa perspectiva, la libertad, la igualdad y la fraternidad resultaba un fariseísmo por parte del legislador; ante una familia desprotegida, ante relaciones laborales sometidas a la ley económica de la oferta y la demanda y ante un régimen de propiedad que no hace distinción entre lo que es el latifundio y la función social, los principios de libertad, igualdad y fraternidad no tenían ningún contenido real.

Dentro de ese contexto socio-jurídico, estudiemos las desigualdades que dentro del seno de la familia se daban, a través

de las instituciones siguientes: Matrimonio, divorcio, potestad marital, separación de bienes y relaciones paterno-filiales.

3.1 El matrimonio y la desigualdad dentro de la familia.

La unidad Iglesia-Estado condicionó la existencia de una concepción sacramental del matrimonio; encontrando así, en el Código Civil de 1860, una disposición que expresamente decía: "Art. 5. Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído." "Asimismo, la ley civil se remitía a las normas de derecho canónico para determinar los impedimentos para contraer matrimonio, lo cual suponía una subordinación de la ley civil".

Es mediante la ley del 30 de marzo de 1880, que se reduce la potestad de la Iglesia Católica en el ámbito jurídico, limitándose a decidir únicamente sobre la validez del matrimonio entre personas que profesan la Religión Católica. Pero hasta ese momento, no obstante existir independencia entre el matrimonio civil y el religioso, surge un problema de gran trascendencia determinado por la existencia de dos tipos de matrimonio lo cual significó una proclamación de la bigamia en forma tácita; así pues, tenemos dos tipos de matrimonio que no son complementarios ni interdependientes entre sí, y la posibilidad de que una persona estuviera casada civil y eclesiásticamente, sin lugar a dudas fue algo común. Al respecto, José D'aguanno, nos dice:

"Más, se dá con frecuencia el caso de mujeres que, para no perder el derecho a disfrutar pensiones de orfandad y viudedad, etc., solo contraen matrimonio religioso, y la opinión pública las considera como lícitamente casadas. Pero también ocurre a veces, que uno de los cónyuges de un matrimonio puramente religioso, cansado del otro cónyuge, contrae matrimonio civil con otra persona haciéndose por tanto bigamo de hecho".(18)

Tal situación, indiscutiblemente provocó problemas que agudiza la desigualdad existente en el núcleo familiar, ya que al contraer matrimonio nuevamente el marido, quedaba un hogar en el desamparo.

Fue hasta el 31 de marzo de 1881, que en virtud del establecimiento del matrimonio civil para todos los habitantes de la República, cualquiera que fuere la religión que profesare, la Ley del 30 de marzo de 1880 es derogada; a estas alturas se había comenzado a concebir la función de la iglesia como distinta a la del derecho y del Estado.

Además del carácter sacramental que tenía el matrimonio en el Código Civil de 1860, tenía un carácter contractual expresado en el Artículo 104 que decía: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente". Ello significó una proclamación de la desigualdad de la mujer frente al hombre en cuanto niega a ésta la facultad de poder divorciarse del marido

(18) D'aguanno, José. La Génesis y la Evolución del Derecho Civil. España: Edit. La España Moderna, Tomo II, Pág. 33.

ante los abusos e infidelidades de éste, negando con ello el espíritu de la filosofía individualista que proclamaba la igualdad de derechos; es hasta el 31 de marzo de 1880, al haber entrado en vigencia la Ley del matrimonio civil, que el matrimonio eclesiástico pierde su validez jurídica, dándose con ello la pauta para que se supriman del Art. 104C. las palabras: "actual e indisolublemente y por toda la vida".

3.2 El divorcio y la desigualdad dentro de la Familia.

Por la influencia que tuvo la Iglesia en el código civil de 1860, no se concibe en éste la idea del divorcio como medio de disolución del vínculo matrimonial; siendo hasta 1880, que al promulgarse como un agregado a la Ley de Matrimonio Civil la Ley de Divorcio, se establece en éste la disolución del vínculo matrimonial como efecto del divorcio. Pero dado el dominio que la Iglesia católica aún mantenía en la vida social, el 31 de marzo de 1881, se retoma el concepto del divorcio sin ruptura del vínculo matrimonial.

Para remediar los inconvenientes de una unión mantenida a la fuerza, nuestro legislador de 1860 concedió la separación de los cónyuges (Art. 173 C.); lo cual constituía una excepción a lo preceptuado por el Art. 174C. el cual establecía que: "Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá en beneficio del marido todo derecho a los gananciales, y el marido tendrá la administración y usufructo de los bienes de ella; exceptos aquellos que la mujer administra como separada de bie-

nes y los que adquiere a cualquier título después del divorcio. Tal disposición redunda siempre en perjuicio de la mujer, ya que si la condena es contra ella, pierde el derecho a los gananciales, y si es en su favor, mantiene tal derecho que no es sino fruto de su trabajo.

Fue en virtud de la Ley de Divorcio Absoluto de 1894 que se establece nuevamente como efecto del divorcio la disolución del vínculo matrimonial. Ello parece obedecer a la necesidad de que no se prostituyera el vínculo matrimonial y a la no desmoralización de la prole; ya que indiscutiblemente, lo común en la separación como efecto del divorcio fue la formación de dos familias.

3.3 La potestad marital y la desigualdad dentro de la familia

Como un instrumento jurídico que explica y fundamenta las relaciones entre los cónyuges, el Código Civil de 1860 conserva la potestad marital, la cual fue definida como: "el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer". (Art. 134C) El Dr. Salvador Valenzuela, tratando de encontrar un fundamento a la potestad marital afirma:

"La ley, tomando por guía la naturaleza, distribuye las cargas según las condiciones y el destino especial de cada sexo; imponiendo al hombre un deber de protección y de trabajo; a la mujer un deber de sujeción y de guardar el hogar; y a uno y otro, un deber de fide-

lidad y auxilios mutuos". (19)

En tal sentido, la condición socio-jurídica de la mujer frente al hombre es justificada por la naturaleza, y bajo esa perspectiva se le considera incapaz de ejercer por sí misma sus derechos. siendo así como el marido tiene el derecho de obligar la a vivir con él y a seguirle donde quiera que traslade su residencia (Art. 135C); a administrar sus bienes (Art. 137C); a autorizarla para comparecer en juicio civil, sea demandado o defendiéndose (Art. 138C.) a autorizarla para celebrar contratos, desistir de ellos, remitir una deuda, aceptar o repudiar una herencia, legado o donación, adquirir a título oneroso, enajenar, hipotecar o empeñar (Art. 139C).

Bajo tales ideas, el legislador de 1860 pretendió alcanzar o consolidar el principio de unidad y buena administración de la sociedad conyugal, sacrificando los intereses de la mujer a los del marido, la que por el hecho mismo de aceptar matrimonio se vuelve incapaz, y nada podrá hacer ya sin el beneplácito de su amo y representante legal. Al disponer el marido de los bienes de la mujer, éste fácilmente los podría despilfarrar y dejar en la indigencia a la mujer y a sus hijos.

Paulatinamente, se va produciendo la tendencia de nuestro legislador por ir suprimiendo la potestad marital debido a los efectos negativos que produce en contra de la familia. Así, el

(19) Valenzuela, Salvador. Instituciones de Derecho Civil Salvadoreño, pág. 232.

30 de marzo de 1880 se logra un avance en cuanto al reconocimiento de cierta autonomía de la mujer frente al marido al suprimir el Art. 146C., lo cual significaba que la mujer ya no necesitaría que la representación del marido para comparecer en juicio civil. Un logro de mayor trascendencia se da en 1902 al suprimirse los artículos 134, 137, 138 y 139 C. lo cual significó que la mujer ya no necesitaría de la autorización del marido para realizar ciertos actos que dependían única y exclusivamente de su voluntad. Al suprimirse estos Artículos, el legislador expuso los motivos siguientes:

"... por más íntima y completa que sea la unión de los que contraen matrimonio, ninguno de ellos pierde su personalidad por el hecho de casarse, ninguno de ellos debe abdicar en el otro el ejercicio de sus derechos que por la misma naturaleza le corresponden, como medio indispensables para la realización de los fines a que esta llamada toda criatura racional.

El matrimonio es la unión de dos seres fundamentalmente iguales, cuyos derechos y deberes recíprocos, los obligan a concesiones mutuas, pero no llegan jamás a establecer inferioridad y subordinación permanente del uno respecto al otro.

... la incapacidad relativa de la mujer casada y su dependencia del marido en todos los actos de la vida civil, no son el resultado natural del matrimonio, sino obra puramente artificial de las leyes". (20)

Ese cambio, en cuanto a la condición de la mujer, constituyó un avance de magnitud histórica cuyo significado más repre--

(20) Suárez, Belarmino. El Código Civil de 1860 con sus modificaciones hasta 1911. El Salvador: Dutriz Hermano Editores, 1912, pág. 125.

sentativo habría de traducirse en bienestar para la familia; sin embargo, aún quedaban remanentes de la potestad marital, co el Art. 135C. dentro de otros más.

3.4 La separación de bienes frente al despotismo de la potestad marital.

Mediante la separación de bienes, nuestro legislador de 1860 quiso minimizar los desequilibrados efectos que producía la potestad marital y la institución de la dote. Ello se desprende del informe que la Comisión Revisadora del Código Civil, hiciera el 20 de agosto de 1859 al señor Senador encargado del Supremo Poder Ejecutivo Capitán General Gerardo Barrios, el cual dice:

"Conservándose la potestad marital se ha procurado precaver sus abusos y mejorar la suerte de la mujer; por que aunque aparecen suprimidos los privilegios de la dote y la clasificación de los bienes dotales y parafernales, y aunque la hipoteca legal de la mujer casada corre a cuenta de las otras hipotecas de su clase; en recompensa se ha organizado y ampliado en pro de la mujer el beneficio de la separación de bienes; se ha minorado la desigualdad de los efectos civiles del divorcio; se ha regularizado los gananciales y se han dado bastantes garantías a la conservación de los bienes raíces de la mujer en manos del marido". (21)

Así pues, la mujer no necesita autorización del marido para los actos y contratos relativos a la administración y goce de los bienes que separadamente administra; tampoco necesita de la autorización del marido para enajenar a cualquier título los

(21) Ibid. Pág. 6.

bienes muebles que separadamente administra (Art. 162 C) Por su parte, el artículo 163 C. rezaba: "En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades". Ello supone como premisa, que la mujer tenga cierta solvencia económica para poder hacerle frente a las necesidades del hogar, ya que su trabajo doméstico no tiene ninguna valoración pecuniaria. Así pues, la mujer al casarse tiene que resignarse a estar inmersa dentro de una esclavitud doméstica o tener los medios económicos suficientes (de no haberlos despilfarrado el marido) para pedir la separación de bienes.

3.5 La filiación y la desigualdad dentro de la familia

No obstante que la filosofía individualista del derecho proclamó la igualdad, encontramos dentro del Código Civil de 1860 una multiplicidad de tipificaciones de los hijos. Sabido es ya, que la familia como base fundamental de la sociedad ha tenido como simiente el matrimonio, y sobre ese punto ha gravitado la desigualdad de los hijos frente al padre hasta recurrir a clasificarlos en forma estigmatizante. (ver cuadro).

Para que los padres pudieran conferir la calidad de legítimos a sus hijos por medio de la legitimación nuestro legislador exigía: que el legítimo fuese hijo natural (Art. 210C.); que los hijos a quienes confiriése este beneficio, sean designados por instrumento público otorgado a la fecha de matrimonio de sus padres, o en caso de impedimento grave, dentro de los trein

Legítimos propiamente dichos.

Son aquellos concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres que produzcan efectos civiles. Art. 35 C.

Legítimos

Legitimados.

Son aquellos concebidos antes del matrimonio de sus padres, y que con posterioridad o en el acto mismo del matrimonio es legitimado por estos. Art. 35 C.

Naturales.

Son los hijos que al tiempo de su concepción podían sus padres casarse con su madre sin dispensa con tal que el padre lo reconozca por instrumento público o por acto testamentario. Art. 37 C.

Espurios.

Son aquellos a quienes se les negaba el derecho a ser reconocidos por su padre. Art. 37 C.

Ilegítimos

De dañado ayuntamiento.

Son los que proceden de uniones en las cuales era prohibido a sus padres ayuntar entre sí, y cuyas relaciones se consideraban inmorales y delictuosas Art. 37 C.

Bastardos.

Éra el hijo que no sienta de dañado ayuntamiento no ha sido reconocido por su padre voluntariamente con las formalidades legales. Art. 41 C.

Incentuoso.

1. El concebido entre padres que estaban uno con otro en línea recta de consaguinidad o afinidad
2. El concebido entre padres de los cuales el uno se hallaba con el otro en el segundo grado transversal de consanguinidad o afinidad.
3. El concebido entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro Art. 39 C.

Adulterinos

El concebido en adulterio, esto es entre dos personas de las cuales una a lo menos al tiempo de la concepción estaba casada con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles. Art. 38 C.

Sacrilego.

El concebido entre padre de los cuales alguno era clérigo de órdenes mayores o persona ligada por votos solemne de

HIJOS

ta días subsiguientes (Art. 211 inc. 2º C.) Es mediante ley de marzo de 1886 que se admite que sean legitimados no sólo los hijos naturales, sino también los espurios; y en mayo de 1874, se establece que el instrumento en el cual se confiere la calidad de hijo legítimo puede ser otorgado en cualquier tiempo después de la celebración del matrimonio. En agosto de 1902, se establece que si el padre ha firmado en el Registro de Partidas de Nacimiento en concepto de padre, no se necesitará reconocimiento expreso para que se produzca "ipso jure" la legitimación; puede observarse como, el legislador ha querido ser un intérprete de la voluntad del padre, pero sin interferir en su contra.

En cuanto a la calidad de hijo natural, la piedra fundamental sobre la cual se asienta tal calidad es el reconocimiento del padre. Sin embargo, preciso es observar que nuestro legislador de 1860 no permitió la investigación de la paternidad, valga decir, no admitió el reconocimiento forzoso, sino tan solo el reconocimiento voluntario, y este lo admitió en forma muy restringida. Así, en el Art. 275 C. se establecía que "el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre que reconoce" Es mediante ley del 4 de agosto de 1902 que se amplía la forma de reconocimiento, pudiendo hacerse además, por escritos o cualquier otro acto judicial, o dando el padre a conocer el hijo como suyo a sus herederos presuntivos y declarándolo estos judicialmente. El 22 de octubre de 1903, se publica una ley mediante la cual se admite como forma de reconocer al hijo natural, el hecho de que el padre firme en concepto de tal la respectiva

partida de nacimiento. Y mediante ley del 21 de junio de 1907, se establece como nueva forma de reconocimiento el que mediante sentencia judicial se establezca que el padre ha creado y educado a su hijo a sus expensas.

Hasta este momento aún la investigación de la paternidad no es permitida por nuestro legislador. Duverger, citado por el Dr. Salvador Valenzuela, al respecto afirma:

"Estos juicios o investigaciones judiciales eran la verguenza de la justicia y la desolación de la sociedad. Las presunciones, los indicios, las conjeturas, erigidas en pruebas y arbitrariedades en principio; el más vergonzoso tráfico calculado sobre los más dulces sentimientos; todas las clases, todas las familias intrigadas a la verguenza o al temor. Al lado de un desgraciado que reclamaba socorro a nombre y expensas del honor, mil prostitutas especulan la publicidad de sus desórdenes y ponían a remate la paternidad de que disponían. Se buscaba un padre para un hijo que veinte podría reclamar; y se buscaba siempre, en cuanto era posible, al más virtuoso, al más honorable, al más rico para que el silencio fuese apagado a tanto mayor precio cuanto más temido fuera el escándalo". (22)

En oposición a la tesis sostenida por duverger sobre el fundamento de la indiferencia del legislador civilista clásico por la investigación de la paternidad, Julien Bonnecase afirma: "... lo anterior equivale a decir que cada vez que una acción judicial es susceptible de ocasionar un escándalo mundano, sería necesario borrarlo de las leyes". (23) Ello demuestra en sí,

(22) Valenzuela, Salvador. ob. cit. pág. 247.

(23) Bonnecase, Julien. La filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia. México: Editorial José M. Cajica, pág. 320.

cierta cobardía de nuestro legislador encaminada en el fondo, a satisfacer prejuicios del momento, a encubrir abusos sexuales que comunmente contra la servidumbre cometían los hombres de una posición socio-económica cómoda y recargar únicamente sobre la mujer la carga de la procreación.

Pero la necesidad del cambio no se hacía esperar, a lo mejor esa cobardía del legislador había hecho sentir ya sus duros efectos dentro de la sociedad. Es así como, mediante Decreto Legislativo del 15 de agosto de 1928 se instaura el reconocimiento forzoso, encontrándose regulado en el Art. 283 C.

En cuanto a los hijos bastardos, estos no podían ser legitimados (Art. 210 C) y solo podían ser reconocidos por el padre con el objeto de exigir alimentos y solo en cuanto fuere necesario para su subsistencia (Art. 284 y 288 C.) Es mediante ley del 4 de agosto de 1902 que la tipificación de hijos bastardos desaparece.

En cuanto a la tipificación de hijos sacrílegos, ésta desaparece en virtud de la separación entre Iglesia y Estado, siendo suprimida en 1893.

No obstante superadas algunas desigualdades planteadas en el Código Civil de 1860, principalmente en cuanto al hombre y la mujer y en cuanto a las relaciones paterno-filiales, continúa siendo un reto para el legislador consolidar el triunfo de la igualdad.



A manera de conclusión podemos afirmar que, en el vaiven histórico de las ideas jurídicas de la familia se ha podido establecer cómo la familia ha servido de fundamento a las desigualdades sociales al no tener un reconocimiento jurídico especial por parte del Estado que garantice la igualdad dentro de su núcleo. Y a partir de tal premisa, la desigualdad en la familia se ha identificado con la desigualdad social, condicionándose ambas entre sí.

CAPITULO III

LA CRISIS DEL CAPITALISMO Y EL DERECHO DE FAMILIA

Las condiciones de injusticia social que habfa provocado la concepción liberal e individualista del derecho y el Estado, alienta el surgimiento de la concepción social del derecho en el marco constitucional, como una aparente solución a los efectos provocados por la crisis del capitalismo.

La historia se ha encargado ya de valorar la forma cómo la concepción liberal e individualista del derecho ha pretendido procurar la realización de justicia en materia de familia. Precisamente tal concepción, nos ha planteado una igualdad de derecho que es contradicha por una desigualdad de hecho; y de ahí que el concepto de libertad tenga un significado abstracto. Dentro de ese contexto, se afirma que:

"En la concepción liberal los actores jurídicos encargados de hacer efectivos los derechos y libertades son los individuos mismos; a partir del momento en que la sociedad les reconoce la facultad de actuar libremente ya está todo hecho; cada uno debe de sacar provecho de su libertad por sus talentos o medios". (1)

No se trata pues, de una libertad capaz de posibilitar la satisfacción de las necesidades elementales del ser humano, ya

(1) Hauriou, André. Gicquel, Jean y Gerard, Patrice. Derecho Constitucional e Instituciones políticas. España: Editorial Ariel, 2a. Edición, 1980, pág. 242.

que el más poderoso goza de un mayor acceso al derecho de la libertad en sacrificio de la cuota de libertad que corresponde a los demás; ello crea concomitante una desigualdad, pues no se tiene una proporcionalidad equitativa de acceso a la igualdad.

1.0 EL SOCIALISMO FRENTE A LA CRISIS SOCIAL Y FAMILIAR

Bajo las circunstancias antes expuestas, la necesidad del cambio social empieza a encontrar eco en el pensamiento filosófico, jurídico y económico de aquél tiempo, a fin de encontrarle solución a la crisis social que cada día más se vuelve desesperante. El socialismo utópico empieza a manifestarse bajo una nueva forma, luego el socialismo científico y la social democracia hacen su aparición en el escenario de la historia para encontrar soluciones que superen las contradicciones que plantea el capitalismo liberal e iniciar el camino que de la necesidad conduzca a la libertad. Veamos brevemente el enfoque que cada una de estas doctrinas políticas hacen del problema y sus soluciones.

1.1 El Socialismo Utópico

Al hablar de socialismo utópico hacemos referencia a una de las más antiguas concepciones sociales que subordina el interés individual al interés colectivo, y que surge como una reacción a la desigualdad social. El primero es preconizar tal idea, es Platón con su obra "La República"; ubicándose dentro de esa misma línea de pensamiento encontramos en el Renacimiento a Campanella, con su obra

"La Ciudad del Sol"; Francis Bacon, con su obra "La nueva Atlántida" y Tomás Moro, con su obra "El óptimo Estado de la República en la Nueva Isla Utopía", siendo precisamente a este autor a quien se le debe la nominación de "utópico" con lo cual se ha llamado al sistema idealista que nos hace una representación ideal de un orden social distinto al existente, pero de difícil o imposible realización.

Pero la teoría del socialismo utópico no se queda estancada en el renacimiento, su mayor auge lo cobra a partir de la Revolución Francesa, en donde el capitalismo liberal empieza a agudizar la desigualdad social entre la burguesía y el proletariado, constituyéndose así en un movimiento ideológico-político. Dentro de esta nueva etapa encontramos como máximos exponentes, al Conde Henry de Saint Simons, Charles Fourier y Robert Owen; habiendo llevado, estos dos últimos a la realización práctica una serie de ideas que no se quedaron en meros proyectos, sino que lograron realizar experimentos sociales que desafortunadamente para ellos terminaron en un fracaso; conocido es ya, "El Falansterio" de Fourier y el experimento comunitario "New Harmony" de Owen.

No obstante que los socialistas utópicos deseaban una sociedad justa, prescindían de la lucha de clases y del papel determinante que habría de jugar el Estado. Al respecto, Marta Hernecker nos afirma:

"Ellos no consideraron, en sus modelos de sociedad, la resistencia que podían oponer las clases dominantes. Tampoco se formaron una idea correcta del papel que tiene el Estado en las sociedades de clase. No pensaron por lo tanto, que el aparato del Estado burgués al servicio de las clases dominantes, iba a ser usado por estas clases para oponerse a la implantación de una sociedad gobernada desde su propia base". (2)

Y es que, prescindiendo de la lucha de clases los utopistas buscan como método para implantar la sociedad ideal, la propaganda; son fieles creyentes de la bondad natural del hombre, en la posibilidad de llegar a acuerdos amistosos entre los intereses antagónicos de la burguesía y el proletariado.

Particularmente, en materia de derecho de familia se debe al socialismo utópico, el que por primera vez dentro de sus postulados se proclamara que "la liberación de la mujer era necesaria para cualquier liberación en general. Se inventaron y se organizaron guarderías infantiles". (3) Ello suponía obviamente, por un lado la igualdad de la mujer; y por otro, el ejercicio de una función tuitiva del Estado, ya complementando o supliendo la función que le toca desempeñar a la familia en el desarrollo integral de la persona; todo lo cual, tiempo después se consagró en la mayoría de los textos constitucionales.

(2) Harnecker, Marta. Qué es la sociedad?. Nicaragua: Editorial Vanguardia, 1ª edición, 1986, pág. 172.

(3) Ibid. Pág. 171

1.2 El Socialismo Científico

Marx y Engels, como clásicos y máximos exponentes del socialismo científico, no se limitaron a desear una sociedad nueva y justa, sino que realizaron un estudio científico de ella y por medio de él, "descubrieron las contradicciones del sistema capitalista; la contradicción entre el carácter cada vez más social de las fuerzas productivas y la propiedad privada cada vez más concentrada de los medios de producción" (4) Y a medida en que tal antagonismo se agudizaba, se desarrollaba también el contraste entre el proletariado y la burguesía. Es dentro de esa perspectiva, que ha hecho su aparición en el escenario de la historia el socialismo científico, pregonando que para el logro de una sociedad más justa e igualitaria hay que actuar de manera revolucionaria. Al respecto, el Dr. Fortín Magaña, tratando de interpretar tal doctrina afirma:

"Es verdad que esa situación fatalmente tendrá que presentarse, tarde o temprano; pero los revolucionarios de todo el mundo deben precipitarse, agudizar, estimular, las condiciones del advenimiento, por lo que no es lícito cruzarse simplemente de brazos para esperar que el mañana caiga del cielo. Y llegado el momento, la única forma revolucionaria aceptable es la toma del movimiento y del poder por los obreros, ya que para instalar a su hora el socialismo en el mundo será preciso y necesario el uso de la fuerza, de la violencia de la dictadura, y esa dictadura no puede ser otra, que la dictadura de los propios obreros, de los proletarios..." (5)

(4) Ibid. pág. 173

(5) Fortín Magaña, René. Democracia Social. El Salvador: Editorial Universitaria, 1962, pág. 140.

Es dentro de ese contexto que, el socialismo científico plantea el cambio social como una necesidad y un hecho al cual hay que ayudar a acelerar.

El aporte que el socialismo científico da a la moderna concepción del derecho de familia es de gran importancia; y el eje sobre el cual hace gravitar su teoría acerca de la familia es la identidad que establece entre la preponderancia del hombre sobre la mujer y la explotación del proletariado por la burguesía; al respecto Engels afirma:

"El hombre es en la familia el burgués, la mujer representa en ella el proletariado... el carácter particular del predominio del hombre sobre la mujer, así como la necesidad y la manera de establecer una real igualdad social de ambos no quedará claramente de manifiesto, sino cuando el hombre y la mujer tengan, según la ley, derechos iguales en absoluto". (6)

Bajo tal premisa, plantean la hipótesis que la preponderancia del hombre sobre la mujer establecida como una consecuencia de su preponderancia económica, caerá por sí sola al establecer una igualdad absoluta en la sociedad. La preponderancia del hombre se manifiesta a través de la esclavitud doméstica a la que ha estado sometida la mujer; sobre ello, María Rosa Della Costa considera: "que si el trabajo específico de la mujer produce plusvalía, y el salario permite el desarrollo del capitalismo,

(6) Engels, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. México: Editores Mexicanos Unidos S.A. 3ª Edición, 1980, pág. 82 y 83.

las mujeres deben exigir el pago por su trabajo doméstico". (7)
 En cuanto a las relaciones paterno filiales, la teoría del socialismo científico considera una igualdad absoluta de los hijos en base al paternalismo que asume la sociedad socialista. Sobre ello, Engels afirma: "la guarda y educación de los hijos se convierte en asunto público; la sociedad cuida con el mismo esmero de todos los hijos, sean legítimos o naturales". (8)

Aunque para muchos, el pensamiento marxista tiene un contenido muy radical, no se puede negar el aporte que han tenido sus ideas, las cuales, han sido instrumento de lucha que, quiera o no, han estado de una u otra manera, presente en la mente del legislador.

1.3 La Social Democracia o Socialismo Democrático.

Mientras evoluciona la sociedad, en el seno del pensamiento socialista no todo es unanimidad, pues pronto aparece una corriente revisionista del socialismo científico, conocida como: socialismo reformista o socialismo democrático. El máximo exponente de esta doctrina política es el alemán Eduardo Bernstein, quien formula duras críticas al socialismo científico en base al no cumplimiento de sus postulados. Ponderando el aporte de

(7) Coordinadora Universitaria de Investigación Científica, de la Universidad de el Salvador (CUIC). Propositiones Teóricas que explican el papel subordinado de la mujer en la sociedad y el desarrollo de los movimientos femenistas. Año 2, No. 8, 1988, pág. 30.

(8) Engels, Federico. ob. cit. pág. 84.



la doctrina marxista y reconociendo el papel determinante que desempeñó la social democracia como punto de equilibrio entre el liberalismo y el marxismo, el Dr. Fortín Magaña afirma:

"Habría que llamar a reflexión a los liberales intran-
sigentes de viejo cuño para que comprendan hasta qué
punto se hubiera cumplido la profecía marxista sino in
terviene a tiempo el Estado y la acción sindical. Marx
no erró, las que fallaron fueron las premisas de las
que sacó sus consecuencias. Si hubiera permanecido el
liberalismo en su ortodoxia es muy posible que a estas
horas su derrumbe hubiera sido inevitable". (9)

Precisamente, la social democracia se constituye en un fre-
no al avance de las ideas proclamadas por el socialismo cientí-
fico. Los partidarios del socialismo reformista se oponen a la
lucha de clases, a la revolución socialista por medios violen-
tos, a la dictadura del proletariado; ello obedece a la forma
de concebir el problema de la transformación social, así se ha
afirmado que:

"El problema de la transformación social es, ante todo
un problema moral, un problema de reeducación de los
hombres en el espíritu del socialismo... El socialis-
mo surge tan sólo "democráticamente", es decir, como
resultado de una suma de medidas sociales y, en parti-
cular, de tipo cultural y educativo llevadas a cabo
en el marco de la sociedad burguesa, por gobiernos
burgueses". (10)

(9) Fortín Magaña, René. ob. cit. pág. 153.

(10) Rosental, M.M. e Iudín, P.F. Diccionario Filosófico. Méxi-
co: Editorial Grijalbo, 1971, pág. 430.

Dentro de ese contexto, la social democracia tiende a perpetuar los soportes básicos de la sociedad burguesa. No obstante, la oposición de liberales ultra conservadores, la social de mocracia pronto ha empezado a ganar espacio; sus idearios polí ticos hacen surgir el Constitucionalismo Social o Moderno, como corriente jurídica que complementa las deficiencias que para re solver los agobiantes problemas sociales plantea el Constitucio nalismo Clásico. Dentro de esa línea de pensamiento, surgen como primeras expresiones del Constitucionalismo Social, la Cons titución del Estado Mexicano de Querétaro de 1917 y la Consti tución de la República de Weimar de 1919.

En cuanto al aporte que la doctrina social demócrata ha da do particularmente a las modernas concepciones del derecho de familia, cabe mencionar que fueron los primeros en proponer en un pleno legislativo la igualdad de derechos de la mujer frente al hombre. Tal proposición fue hecha por Augusto Bebel en el Congreso de Gota en 1875, la cual fue rechazada por el Congre so, argumentando que: "la mujer aún no estaba preparada para disfrutar de iguales derechos". (11) Digno de mérito es también el predominio que tuvo la social democracia en la Segunda Inter nacional Socialista (1889-1919), en donde se planteó por parte de la sección alemana, la organización de las mujeres, centran do su lucha principalmente, en la reivindicación de salario i-- gual.

(11) Coordinadora Universitaria de investigaciones científicas de la Universidad de El Salvador. ob. cit. pág. 19

Es en 1907, cuando aparece la Primera Internacional Socialista de Mujeres, en donde los Partidos Social Demócratas adquieren un compromiso en favor del voto para el hombre y la mujer.

2.0 LA CRISIS DEL CAPITALISMO Y EL DERECHO DE FAMILIA EN EL SALVADOR

La Constitución Política de 1886 representó el triunfo de la concepción liberal del derecho. Algunos tratadistas de historia del derecho salvadoreño, entre ellos el Dr. Dominguez Sosa, ubican entre 1870 a 1900 al triunfo del liberalismo y el inicio de la hegemonía del imperialismo anglosajón. En este período, se produce una transformación en la estructura económica, con las consecuentes alteración de las clases sociales y en el enfoque cultural y político; esto no hace excepción, que como siempre ocurre en este tipo de fenómenos, que de un remanente feudal mezclado con las nuevas instituciones.

Poco a poco el café iba superando el añil en la cuantía de sus exportaciones debido al descubrimiento de colorantes sintéticos, ante tal amenaza para los cultivadores del añil y para nuestra economía, los sectores gubernamentales abandonaron la idea de la diversificación de cultivos y decidieron fomentar el cultivo del café. "Para lograr sus propósitos se emitieron una serie de decretos para hacer obligatorio ese cultivo en tierras comunales, y para fomentar su cultivo en los de propiedad privada



da, fuera de las ya vigente desde antes". (12) Las comunidades campesinas e indígenas, a causa de su pobreza y desconocimientos de la técnica del cultivo cafetalero, debido a su ignorancia y analfabetismo alarmante, desconocieron el mandato legal, y se procedió de hecho en principio, el despojo de sus tierras, y por último se sancionó ese despojo por medio de la Ley de Extinción de Comunidades Indígenas de 1881 y de la Ley de Extinción de Ejidos de 1882.

El afirmar de que "no podrá alegarse ignorancia de la ley" resultaba irrisorio, ya que se parte del supuesto de que no hay ignorancia ni analfabetismo; y de hecho se les restaba personalidad a las grandes masas campesinas e indígenas que identificaban más bien el derecho, con la ética, la moral, la religión o las buenas costumbres, más que por normas escritas. Al respecto se ha afirmado que:

"Este conjunto de leyes dictadas por un Estado burgés agrícola de corte liberal, separó en forma definitiva al trabajador directo de su medio de producción, y así la legislación los trataba como delincuentes voluntarios, como si dependiese de su buena voluntad el continuar trabajando en las viejas condiciones ya abolidas".(13)

(12) Dominguez Sosa, Julio Alberto. Resumen Histórico de la Evolución Política, Económica y social de El Salvador después del rompimiento de la Federación hasta principios de 1900. Revista ATENEA, No. 1, pág. 65.

(13) Consejo Superior Universitario de la Universidad de El Salvador, Marco Teórico de Referencia (Documento de Trabajo). Editorial Universitaria, 27 de febrero de 1986, pág. 23.

Como se puede apreciar, de hecho estos derechos tenían un carácter clasista; y en efecto, los intereses de clase se ven claramente reflejados en uno de los considerandos de la Ley de Extinción de Comunidades, cual dice: "Considerando que la división de los terrenos poseídos por comunidades impide el desarrollo de la agricultura, entorpece la circulación de la riqueza y debilita los lazos de familia y la interdependencia del individuo. Cabe preguntarse a qué familia y a qué interdependencia individual se refiere este considerando, sino a la familia oligarca-cafetatera; y qué de las familias de las personas a quienes habían despojados de sus medios de producción? a estas no les llegaba el calor del abrigo de la Ley.

Ya en la Constitución Liberal de 1886, expresa y claramente se establecía:

"Art. 9.- Todos los habitantes de El Salvador tiene de rechos incontestables de conservar y defender su vida, su libertad y propiedad, a disponer libremente de sus bienes de conformidad a la Ley.

Art. 31.- La propiedad de cualquier naturaleza que sea es inviolable".

La ideología liberal se ve de manera clara, ya que el Estado no interviene en las relaciones privadas, mientras el individuo no actúe contra la ley; entendiéndose de antemano que esto es sólo en pro de los privilegiados. Por lo que respecta al contenido del Artículo 31, se puede decir que, "refleja el temor del sector social que controla el poder de que en El Salvador, algún levantamiento campesino trate de recuperar sus tierras

que han sido arrebatadas, y por eso la burguesía agraria, legisla para que en un momento de producirse un conflicto social, tener de su parte, no solo la fuerza represiva, sino también la ley". (14)

De gran importancia es la Constitución de 1886, puesto que rigió durante un largo período, siendo abolida por el General Hernández Martínez en 1939; pero no contenía ningún tipo de disposición relativa a la familia, y si se hablaba de familia, se hacía en términos idealistas, como base de principios de libertad, igualdad y fraternidad, lo cual carecía de significado al no tener una protección jurídica especial. Por lo que se puede decir, que la masa de la población solo interesa desde el punto de vista de cómo explotarla.

Precisamente sobre lo anterior, y no obstante haber sido superada jurídicamente la concepción individualista, aún 1977 Martín Baro escribe:

"En nuestra sociedad occidental (y El Salvador forma parte de ella), el individuo es considerado en función de su posible valor productivo; en otras palabras se le mide según un patrón de valoración mercantil... Pero si este es así, si el individuo es considerado como un instrumento, como un recurso de riqueza y producción, esa valoración social, en cuanto coordinada de sentido, estará en función del juego de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo. En otras palabras, el individuo será apreciado en la medida en que él o su capacidad de

(14) Iraheta Rosales, Gerardo y otros. La crisis de 1929 y sus consecuencias en los años posteriores. En revista "La Universidad", noviembre-diciembre, 1971, No. 6, pág. 45.

trabajo sea necesaria en el mercado de producción. Y por aquí comienza a asomar el problema de un pueblo como el Salvador". (15)

Si se considera la cita anterior, frente a la naturaleza de la producción del café, la cual absorbe mano de obra en gran cantidad únicamente en período de recolección del mismo, el problema tiene mayor relevancia.

Las relaciones sociales continuarán siendo las mismas, disponiendo el empresario de mano de obra barata y abundante, como la que ofrecía una masa carentes de derechos sociales y políticos. Y si dentro de ese contexto ubicamos a la familia, es lógico suponer las condiciones paupérrimas en que cumplía sus funciones (en una forma deficiente o nula), sin desconocer la marginación jurídica existente, como lo vimos en el capítulo anterior.

3.0 EFECTOS SOCIO-FAMILIARES DE LA DEPRESION ECONOMICA DE 1929 EN EL SALVADOR

En 1929 se opera dentro del sistema capitalista una crisis que hace sucumbir la estructura política, social y económica de corte liberal; la cual va acompañada de una superproducción de los sectores estratégicos de la industria en los países avanzados. Los teóricos marxistas, tratando de interpretar la naturaleza de estas crisis han afirmado:

(15) Baró, Ignacio Martín. Aglunas Perspectivas Psicosociales de la Densidad Demográfica en El Salvador. (en Psicología, Ciencia y Conciencia) UCA Editores, 4a. Edición, 1986, pág. 437.

Para que una empresa pueda obtener ganancias deben venderse los artículos producidos por ella, debe encontrar se un comprador. Pero como los compradores de estas mercancías debe ser la gran masa de la población ya que és tas enormes empresas producen grandes cantidades de mercancías y como las nueve décimas partes de la población de todos los países capitalistas son pobres puesto que son obreros que reciben salarios miserables y campesinos, que en su mayor parte viven aún en pobres condiciones que los obreros, entonces, durante el período de bonanza las grandes empresas industriales se esfuerzan por producir tan gran cantidad de artículos como sean posibles; arrojan sobre el mercado tan enorme cumulo de estos artículos que la mayoría del pueblo, siendo pobre está incapacitado para comprarlos todos". (16)

Claro es, que por el desarrollo del mismo del capitalismo industrial las contradicciones del sistema se presenta por la existencia de super producción de mercancías a través de innovaciones tecnológicas y de una mayor explotación de la clase obrera; así pues, en períodos de mayor abundancia hay miseria y de sempleo.

Indiscutiblemente El Salvador se coloca con el café bajo el modelo económico monoexportador, lo cual lo ubica en una posición altamente peligrosa de dependencia frente al mercado internacional, y en consecuencia adquiere una gran fragilidad económica frente a la crisis mundial del mercado capitalista.

Dentro de ese contexto, la crisis de 1929 caracterizada por su gran magnitud golpea seriamente la economía salvadoreña. "Dicho crack coincidió con la superproducción del café en Brasil, cosa que hizo que se viniera a pique nuestro precio de exporta-

(16) Iraheta Rosales, Gerardo y otros. Ob. cit. pág. 25.

ción llegando en 1932 al punto umbral, es decir, a cotizarse a la ridícula suma de ¢15.00 el quintal oro". (17) Lo cual se demuestra en el cuadro siguiente:

EXPORTACIONES DE CAFE, PAGOS POR VOLUMEN DEL MISMO Y
POR QUINTAL DE 46 KILOS DURANTE 1929 A 1933.

Años	Peso en quintal de 46 Kilos	Valor en colones	Valor por quintal.
1929	1.017.014	34.090.450	33.52
1930	1.274.378	23.914.450	18.77
1931	1.187.628	21.695.441	18.27
1932	862.063	12.867.077	15.00
1933	1.215.137	19.398.285	15.96

Fuente: Revista "El Economista" Mayo de 1934 No. 2

Mientras tanto, la situación que presenta la mayoría de la población salvadoreña es paupérrima y degradante en cuanto a su situación de seres humanos; es decir, que la opulencia que vivían los cafetaleros, contrastaba con la incapacidad de los trabajadores de poder obtener un mínimo para su subsistencia. Tal situación en que vivían nuestras masas campesinas e indígenas es desesperante; así analistas de nuestro pasado histórico, en relación a tal problema aseveran:

(17) Luna, David Alejandro. Manual de historia económica de El Salvador. Editorial Universitaria, 2a. edic., 1986, pág. 228.

"Nuestra clase: pobres, jornaleros y artesanos tiene como único patrimonio salarios inmerecidos, que apenas si les basta para satisfacer humildemente las exigencias más perentorias de la vida. Las largas jornadas de trabajo con míseros salarios lleva grandemente a reducir sus expectativas de vida... los obreros y campesinos de El Salvador no solo cobran salarios ínfimos y trabajan mal alimentados por tiempo un tanto excesivo sino que hallándose muy propensos a las enfermedades, a la vejez y aún a la muerte prematura por las condiciones físicas y económicas desfavorables en que viven... Sabemos que el paludismo, la tuberculosis, la influenza, las enfermedades del aparato digestivo y la viruela causan estragos entre la gente pobre que casi en su totalidad mueren sin asistencia médica... Falta de nutrición confortable, de medicina y asistencia médica hacen que el proletariado sea la víctima propicia de esos flagelos, cuyo factor predominante es la miseria". (18)

Dentro del marco de la anterior cita, puede verse que, los depositarios de los efectos de la crisis capitalista de 1929, no fueron, en alguna medida los cafetaleros, ni la burguesía, sino los campesinos e indígenas; ya que tal crisis dentro de una concepción liberal del Estado y el Derecho, significó una mayor explicación para los desposeídos.

Condicionado por tales circunstancias, en marzo de 1930, se funda el Partido Comunista Salvadoreño, quien toma la vanguardia de una lucha social con caracteres verdaderamente agresivos. Al respecto, el Dr. David Alejandro Luna afirma:

Los jornaleros agrícolas reunían mejores condiciones que resultaron explosivas a la postre. Eran campesinos proletarizados y despojados de sus tierras por los voraces latifundistas cafetaleros. La ley de Extinción de Ejidos y Comunidades Indígenas y otras disposiciones más, fueron el testafarro legal de esta usurpación que tarde o tem-

(18) Consejo Superior Universitario. Ob. cit. pág. 27.

prano se contestaría con las armas en mano. Feliciano Ama, cacique indígena de Izalco, justificaba su adhesión al movimiento revolucionario, afirmando que la familia Regalado le había usurpado las tierras que le habían dejado sus ascendientes". (19)

El movimiento revolucionario campesino se había hecho sentir fuertemente en los primeros meses de 1932; la presencia de el Partido Comunista Salvadoreño a la vanguardia de la insurgencia demostraba que, el Movimiento Campesino Indígena no se circunscribía únicamente a la recuperación de la parcela perdida, como muchos otros movimientos campesinos del continente, sino que se consideraba la toma directa del poder y la puesta en práctica de programas con perspectivas socializantes.

No obstante que la insurrección es aplastada, condiciona un cambio político que nos lleva a la vez, a un cambio en la concepción del derecho, la cual obviamente surge con la finalidad de terminar con el movimiento revolucionario. Bástenos decir en este apartado, que como efecto inmediato del levantamiento de las masas campesinas e indígenas se promulga en 1933 una serie de disposiciones jurídicas con un leve carácter social, conocidas como: "Leyes de Emergencias", dentro de las que particularmente se puede mencionar la "Ley sobre el Bien de Familia" del 8 de junio de 1934, la cual busca asegurar una base económica a la familia y declarar inembargable lo que en ella se pro--

(19) Luna, David Alejandro. Un Heroico y Trágico suceso de Nuestra Historia En Seminario de Historia Contemporánea sobre "El proceso político Centroamericano". El Salvador: Editorial Universitaria, 1963, pág. 53.

duzca.

4.0 EFFECTOS JURIDICO-FAMILIAR DE LA CRISIS CAPITALISTA DE 1929 EN EL SALVADOR.

El "constitucionalismo moderno", que como corriente jurídica, se ha iniciado en la República de Weimar y en el Estado Mexicano de Querétaro, en donde el Estado ha asumido un nuevo papel en las relaciones sociales; y el temor al resurgimiento del movimiento campesino e indígena ansioso de tomar el poder político, dan la pauta para que en una forma tímida se empiece a legislar en el plano constitucional con el fin de "proteger" a los desposeídos. Más la instauración del constitucionalismo moderno o social en nuestro país, ha tenido un proceso lento que ha tenido a la vez, un carácter demagógico, ya que ha obedecido más a intereses personales de los gobernantes para perpetuarse en el poder, que a satisfacer las necesidades reales del pueblo. Veamos el surgimiento y evolución del constitucionalismo moderno o social en nuestro país a continuación:

4.1 La Constitución Política de 1939.

En 1939, el mismo gobernante que había ordenado la masacre del Movimiento Campesino e Indígena en 1932, convocó a una Asamblea Constituyente con el objeto de reformar la Constitución Liberal de 1886 y ponerla en consonancia con las leyes económicas y sociales o "Leyes de Emergencias" e introducir una serie de reivindicaciones sociales en beneficio del pueblo salvadoreño. Pero ta-

les reivindicaciones, no respondían a una verdadera intención del gobernante, sino más bien, a reformar la Constitución de 1886 en la parte que prohibía la reelección del Presidente y permitirle que ejerciera dicho cargo durante el período comprendido entre el primero de marzo de 1939 al primero de enero de 1945. De ahí que algunos analistas políticos interpretan que, "para encubrir esta fechoría los constituyentes de 1939, incluyeron en la Constitución algunas disposiciones relativas a los derechos sociales, convirtiéndola así en la primera constitución salvadoreña que introdujo en su texto algunas regulaciones al respecto". (20)

Siendo así como, dentro del Título V. "Derechos y Garantías" se incluye el Capítulo II nominado: "Familia y Trabajo", y en lo relativo a la familia, encontramos los dos artículos siguientes:

"Art. 60.- La familia como base fundamental de la nación debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, para fomentar el matrimonio y para la protección de la maternidad y de la infancia.

Art. 61.- Se establece el bien de familia en beneficio de los salvadoreños, una ley especial lo reglamentará".

(20) Gómez n., Rodolfo Antonio. El Estado, la Constitución y los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. En Revista ECA, El Salvador: UCA Editores, enero-febrero, 1984, año XXXIX, pág. 22.

Como se puede ver, es poco lo que se regula sobre la familia, lo trascendente es el reconocimiento constitucional que se hace de ella como: "base fundamental de la nación", y que en tal sentido, requiere de la protección del Estado. Pero tales disposiciones no contribuyeron en nada a un cambio en las condiciones estructurales de la familia, la cual continúa bajo el dominio de la concepción liberal e individualista del derecho.

4.2 Reformas a la Constitución Política de 1939.

El 9 de Marzo de 1944, se reforma la constitución de 1939, dandose en materia de derecho de familia importantes reformas, mediante la ampliación del contenido del Artículo 60, al cual se le agregan los incisos siguientes:

"Los padres de familia tienen los mismos deberes para con sus hijos, ya provengan estos de matrimonio, o de uniones simplemente naturales".

El juzgamiento de los menores delincuentes quedará sujeto a las leyes especiales".

Realmente, el señalarles deberes a los padres en cuanto a sus hijos, sin distinción del tipo de unión de la cual provengan, es un paso grande hacia la realización de la igualdad en las relaciones paterno-filiales; ya que los padres han de comportarse de acuerdo a los requerimientos que exige la paternidad responsable, al menos en la medida en que lo permita la realidad social. Preciso es señalar, que al hablar de deberes de los padres, estos se revierten en derechos para los hijos, por lo que lógico es suponer, que se refiere tanto a derechos perso

nales como a derechos patrimoniales, ya que no se hace distinción alguna.

4.3 Constitución Política de 1945.

Para el período presidencial 1945 - 1949, fue electo el General Salvador Castaneda Castro como Presidente de la República, habiéndose promulgado en 1945 una nueva Carga Magna; siendo de tipo regresiva en materia familiar, ya que no aparece contemplada la disposición introducida en 1944, relativa a la igualdad de deberes de los padres frente a sus hijos. No obstante, se incluye una disposición relativa al patrimonio familiar, cual reza:

Art. 154.- El Estado protegerá y fomentará la adquisición y conservación de la pequeña propiedad rural y la construcción de viviendas urbanas cómodas e higiénicas para la población rural y urbana.

El inquilinato será reglamentado por la ley.

Al parecer, tal disposición al hablar de protección, adquisición y conservación de la pequeña propiedad rural pretende evitar que la "usurpación legal" que se dió en los años 1881 y 1882 con la Ley de Extinción de Ejidos y La Ley de Extinción de Comunidades Indígenas, y que contribuyó al levantamiento de las masas campesinas e indígenas en 1932, no vuelva a repetirse.

4.4 Constitución Política de 1950

En diciembre de 1948, a fin de continuar su mandato por dos años más, el General Castaneda Castro convocó a una Asamblea Constituyente. Pero el 14 de dicho mes y año, la Juventud Militar derrocó a su gobierno, y el 14 de septiembre de 1950 entró en vigencia una nueva Constitución, la cual enfoca con una perspectiva más amplia el fenómeno familiar y su problemática; tocando, no sólo aspectos externos, sino también asuntos internos que afectan las relaciones dentro de la familia. Así aparecen las disposiciones siguientes:

Art. 180.- La familia, como 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. El Matrimonio es el fundamento de la familia y de cansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La delincuencia los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial.

Art. 181.- Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los hijos adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto a la educación, asistencia y a la protección del padre.

No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el Estado Civil..

La ley determinará la forma de investigar la paternidad.

Atrás quedó la concepción individualista del derecho, la cual tenía una visión aislada de la familia. Con la Constitución de 1950 se ha dado un gran paso hacia la realización de la concepción social del derecho, con el establecimiento de la igualdad jurídica de los cónyuges, la introducción del Instituto de la adopción y la limitada igualdad de derecho de los hijos frente a sus padres.

Significado mayor tienen los artículos 180 y 181 Cn., en cuanto que los compromisos o prestaciones que la Constitución impone al Estado no se remiten únicamente a favor de la familia, sino también a otros institutos contenidos dentro de la nominada categoría de "Derechos Sociales", como el trabajo y la seguridad social, salud pública y asistencia social, y la cultura, los cuales se coadyuvan y complementan entre sí para la efectividad de los fines que cada uno de ellos persiguen. Estos derechos aparecen a la vez, en una íntima comunión con principios de orden económico, como: la correspondencia entre el régimen económico y la justicia social, art. 134; la libertad económica en lo que no se opongan al interés general, art. 136; la función social de la propiedad privada, Art. 137 el fomento al desarrollo de la pequeña propiedad rural y la asistencia para el mejor aprovechamiento de ellas, Art. 147; la construcción de viviendas como un interés social y la procuración de la propiedad de éstas por parte de la familia, Art. 148.

La vigencia de los anteriores principios y disposiciones, permite reconocer, que el pretender cambiar la estructura de la familia, requiere del concurso de transformaciones profundas dentro de la estructura social, ya que si la familia es la base fundamental de la sociedad, pesan sobre ella grandes compromisos que no podrá cumplir sin el auxilio de la misma sociedad organizada jurídicamente en el Estado.

4.5 Constitución Política de 1962.

La Constitución Política de 1962, es una copia fiel de la Constitución Política de 1950, razón por la cual, únicamente se hará referencia en este apartado, a las leyes secundarias que durante su vigencia se promulgaron, cuales son las siguientes:

4.5.1. La Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores. Esta Ley fue promulgada el 14 de julio de 1966, y su carácter responde en cierta medida a lo que es una concepción social del derecho de familia, en cuanto que el Estado, no sólo deja el cumplimiento del papel supletorio o complementario de la familia a los particulares mediante la Ley de Adopción, sino que él asume un papel activo en la asistencia a los menores. Claro es que, por el carácter privado que tiene la Ley de Adopción, hay muchas situaciones que en lo atinente a los menores no son reguladas, tal como el abandono material y moral, y la conducta antisocial de los menores, dentro de otras más, por lo que se requería de una ley especial, por medio de la cual el Estado habría de cumplir su función tutiva.

4.5.2 Reformas al Código Civil en materia de Derecho de Familia. Mediante Decreto Legislativo Número 490, publicado en el Diario Oficial del 29 de febrero de 1972, se promulgan una serie de disposiciones que modifican el derecho de familia contenido en el Código civil.

En cuanto a la igualdad jurídica de los cónyuges, y particularmente, en cuanto a los deberes y derechos de éstos para con sus hijos se dan importantes cambios. Así pues ahora, ambos padres dan su consentimiento para que un menor de edad habilitado pueda contraer matrimonio, art. 107 C; son ambos padres los que tienen la facultad de corregir y castigar moderada y racionalmente a los hijos, art. 244 C; ambos tienen el derecho de orientar el estado y profesión futura de sus hijos y dirigir su educación, art. 246 C; la patria potestad es concebida, según las reformas, como el conjunto de derechos que la ley da a "ambos" padres, art. 252 C.; así mismo, ambos padres administran los bienes del menor de edad, art. 259 C. Estos derechos antes del 29 de febrero de 1972, eran exclusivos del padre, y por tanto, la madre estaba excluida de su ejercicio.

En cuanto a los trámites matrimoniales, se trató de "facilitar" autorizando al notario para que, igualmente que los Alcaldes Municipales y el Gobernador pudiera también celebrarlo, Art. 117 C. No obstante, el espíritu del legislador, para muchos críticos, con ello lo que se hizo fue disminuirles el trabajo a los gobernadores y Alcaldes Municipales, y no tanto facilitar

la celebración del matrimonio.

4.5.3 El Código de Menores. A partir del 1º de enero de 1974 entra en vigencia el Código de Menores, mediante el cual se deroga la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores de 1966, la cual no desarrollaba debidamente el principio sobre la protección integral de los menores, ni estructuraba los organismos adecuados para velar por el cumplimiento de tal precepto constitucional. Bajo tal perspectiva, se establece en el Código de Menores la protección a todos los menores y de manera especial a los huérfanos, inadaptados, débiles mentales, los de conducta irregular, los física o fisiológicamente anormales, los que se hallen en situación de abandono o en estado de peligro y los de escasos recursos económicos (Art. 2 C. de M.) Tales funciones se ejecutarán a través de Consejo Salvadoreño de Menores por medio de los servicios de protección materno-infantil, art. 18 C. de M.; de protección a los menores de edad, art. 26 C. de M.; la cual se efectuará por medio de guarderías infantiles, hogares infantiles, centros de reeducación, centros de rehabilitación y educación especial, villas infantiles, centros de recreación y centros de orientación; de servicios de asistencia social, art. 34 C. de M.; y de servicios de asistencia jurídica, art. 36 C. de M.

4.6 Constitución de la República de El Salvador de 1983.

Como antesala a la promulgación de la Constitución de 1983, se ubica el golpe de Estado del 15 de octubre de 1979, el cual a través de la Proclama de la Fuerza Armada, representa una salida emergente a la crisis política y socio-económica del capitalismo.

La familia como base fundamental de esa sociedad semi integrada, absorbe tal situación, buscándose a través de la Constitución su integración mediante la introducción de nuevos principios o la ampliación de los ya existentes. Es así como, encontramos, el reconocimiento jurídico que se le da a la familia de hecho, o sea, a la familia no matrimonial, art. 32 inc. 2o. Cn; consecuentemente con ello, establece la regulación de las relaciones familiares (personales y patrimoniales) resultantes de la unión estable de un hombre con una mujer, al igual que en las uniones matrimoniales, Art. 33 Cn. La igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, es genérica, o sea que, no se limita tan solo a los derechos personales de educación, asistencia y protección, sino también a los derechos patrimoniales.

Cabe señalar además, que nuestro legislador constituyente de 1983, no se limitó a declarar que se dictarían leyes para la protección y asistencia de la maternidad, sino que se comprometió a crear las instituciones necesarias para ello, art. 34 inc. 2o. Cn. de igual manera se compromete a crear las institucio--

nes necesarias para garantizar la aplicabilidad sobre bases equitativas de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y/o convivientes, y entre éstos y sus hijos, art. 33 Cn; lo cual supone la creación de tribunales especializados para dirimir los conflictos internos de la familia.

Hemos visto como, la concepción social del derecho surge a raíz de la crisis capitalista de 1929 y del levantamiento de las masas campesinas e indígenas, en particular mediante las "Leyes de Emergencia"; y luego con la Constitución de 1939. Pero con ello no se ha terminado la crisis, simplemente se ha tratado de frenar; y a medida que la crisis ha venido proliferando se ha ido consolidando esta concepción como una necesidad histórico social.

El Centro Universitario de Investigaciones Científicas de la Universidad de El Salvador, afirma que: "Las condiciones materiales de vida de las grandes mayorías fueron deteriorándose y profundizándose, dando paso a las crisis periódicas que ha experimentado esta nación en los últimos cincuenta años: 1944, 1948, 1960, 1972 y 1979" (21) Y si tratamos de establecer un paralelo entre éstas crisis y la evolución del derecho de familia, tenemos; en 1944, al poner fin a la dictadura de General Maximí

(21) Coordinadora Universitaria de Investigaciones Científicas de la Universidad de El Salvador. La realidad Nacional agravada por la crisis del sistema capitalista latinoamericano y la guerra que sufre el país. Año 2, No. 8, 1988, pág. 5

liano Hernández Martínez, se reforma la Constitución de 1939; en 1948, se produce un Golpe de Estado que sirve de antesala a la promulgación de la Constitución de 1950; 1960, sirve de umbral a la promulgación de la Constitución de 1962; en 1972 se producen reformas al Código Civil en cuanto a la igualdad jurídica de los cónyuges, a la protección del matrimonio y a una mayor protección del menor; y en 1979, se produce el Golpe de Estado que hará emerger la Constitución de 1983.

CAPITULO IV

LA FUNCION ECONOMICA DE LA FAMILIA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

Ante las grandes transformaciones que presenta desde el inicio de la presente centuria la sociedad capitalista salvadoreña, la familia requiere ser tratada como unidad económica de consumo más que como unidad económica productora de bienes y servicios; lo cual estará determinado por la aplicabilidad del principio de subsidiaridad por parte del Estado en cuanto a la asistencia del grupo familiar.

1.0 EL DESPOJO DE LOS MEDIOS DE PRODUCCION DE LA FAMILIA.

Los cambios en la función económica que históricamente le ha tocado desarrollar a la familia pueden estudiarse a través de dos hechos sociales: La Ley de Extinción de Ejidos y la Ley de Extinción de Comunidades Indígenas de 1881 y 1882, respectivamente; y el proceso de industrialización iniciado con posterioridad a la crisis del capitalismo de 1929 y el levantamiento de las masas campesinas e indígenas de 1932.

Durante los años 1881-1882 se consolida la extinción de las propiedades comunales que habían configurado en nuestro país durante tiempo pretérito, la base de la función económica de producción que le había tocado desempeñar a la familia, y la cual le había capacitado, en cierta medida, para abastecerse "de manera autónoma" de los elementos básicos para su subsistencia. Precisamente, la Extinción de Ejidos y Comunidades Indígenas produce dentro de otros efectos, por un lado, la concentra-

ción de la propiedad privada de la tierra en pocas manos de una manera acentuada; y por otro lado, la liberalización de la mano de obra, la cual habría de ser utilizada en las plantaciones de café, ya que muchas familias campesinas al ser despojadas de sus tierras, en las cuales habían realizado sus cultivos productores de sus alimentos, se vieron forzados a vender su fuerza de trabajo para poder subsistir. (*) Obviamente, a partir de tal perspectiva histórica, con la extinción de ejidos y comunidades indígenas ha empezado a operarse un cambio en las características que como unidad económica ha desempeñado la familia, pues ésta se ha adaptado a esa nueva realidad del sistema económico en su conjunto.

2.0 LA SUSTITUCION DE LA PRODUCCION ARTESANAL

Lugar importante ocupa dentro de la evolución de la concepción de la familia, la crisis del capitalismo de 1929, la cual permitió la emergencia de una burguesía industrial. La producción manufacturera se había realizado en talleres artesanales, pues no era rubro predominante en la economía salvadoreña, ya que ésta tenía un carácter agroexportador tradicionalista y predominante dentro del sistema; ello propiciaba una mayor sensibilidad de nuestra economía frente a las crisis mundiales del mercado capitalista que expandía sus efectos dentro de la sociedad global. Y bajo tales circunstancias, la burguesía busca un au--

(*) Ver Capítulo III,

mento en la acumulación de capital. Dada Hirezi, al respecto nos dice:

"... las posibilidades de acumulación del sector industrial no se encontraba en la sustitución de importaciones, sino en la "industria de sustitución" que no hace sino sustituir la producción artesanal por producción mecanizada creando desempleo. Permitirla significaba volver a crear las condiciones favorables a la alianza de los trabajadores urbanos y campesinos que posibilitó la rebelión de 1932". (1)

Dentro de ese contexto, se enfocan dos aspectos antagónicos entre sí: primero, la necesidad de superar la crisis mediante el proceso de industrialización, lo cual destruiría por completo la producción manufacturera que se daba en la familia; y segundo, el surgimiento ante tal situación de la alianza campesina e indígena que pudiera provocar un levantamiento similar al de 1932, pues el papel reducido de la familia como unidad productora de bienes y servicios para su subsistencia sufriría un notable deterioro. Y ello produciría aun más la liberalización de la mano de obra de la industria manufacturera doméstica, que no puede competir con la industria mecanizada, teniendo por tanto, que sujetarse a la ciega ley de la oferta y la demanda; lo cual acrecentaría mucho más la marginación socioeconómica, mediante el ofrecimiento de mano de obra barata determinada por la necesidad de subsistir aún en condiciones infrahumanas.

(1) Dada Hirezi, Héctor. La Economía de El Salvador y la Integración Centroamericana, 1945-1960. El Salvador: UCA Editores, 1ª Edición, 1978, pág. 25

Sobre ello, Dada Hirezi nos afirma:

"A causa de ello, el gobierno tomó rápidas medidas para impedir la mecanización de ciertos sectores, o el establecimiento de industrias que sustituyeran la producción artesanal. Con esos objetivos se decreta en primer lugar, una ley que prohíbe la importación de maquinaria para ingenios azucareros y los beneficios algodoneros, y en 1939 se da un decreto prohibiendo el establecimiento de fábricas que con un capital mayor de 20,000.00 se dediquen a la producción de calzado, artículos de hojas de metal o de zinc, ladrillos, jabones y otros, decreto que da una amplia protección a la artesanía y pequeña industria". (2)

Más tales medidas, dentro de un Estado que fundamenta su estructura jurídica en una concepción liberal e individualista del derecho y del Estado, resultaba incapaz de detener el proceso de industrialización que había iniciado la burguesía, y el Estado pronto comprenderá que esa no es la forma de proteger a los económicamente débiles y definirá de una manera más clara y concreta su papel dentro del campo económico, con el fin de asegurar su existencia como ente soberano, mediante la protección de la pequeña industria manufacturera doméstica en particular, y de la familia y el trabajo en general.

La familia, como es claro, ha dejado de ser el centro de producción autónoma, hay centros más amplios que controlan y dirigen el sistema productivo, la distribución, la remuneración y el mercado; y a cada individuo se le asigna la tarea que habría de desempeñar y el trabajo que ha de realizar para todo el sis-

(2) Ibid. pág. 25.

tema en su conjunto. Segundo Montes, al respecto afirma:

"Cada uno de los miembros de la familia moderna tiene asignada una tarea económica en función no sólo del sistema global, sino también de la célula económica familiar. El varón adulto, generalmente desempeña un trabajo para aportar a la familia no ya los bienes directos de consumo, si no el dinero necesario para adquirirlos en el mercado. La mujer, o bien realiza otro trabajo remunerado, para completar los ingresos familiares, o transforma en el hogar los bienes de consumo directo (alimentos, vivienda, vestido, limpieza, salud e higiene, entre muchos) e incluso ambas tareas a la vez". (3)

Es evidente, que no obstante que el papel de la familia ha decaído gravemente en cuanto a unidad de producción, se mantiene como unidad básica de consumo. Y frente a ello, el desarrollo del capitalismo liberal en descomposición, nos aumenta, cada vez más con mayor intensidad los problemas sociales: hambre, desnutrición, injusta distribución de la riqueza, con sus secuelas de violencia y rebeldías, de enfermedades físicas, mentales y morales, de neurosis colectivas, de frustración y de delincuencia.

3.0 EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD DEL ESTADO

Habiendo sido sustituida la economía doméstica por una economía con características de mayor amplitud; el grupo familiar no puede asegurar totalmente y de manera autónoma la satisfac--

(3) Montes, Segundo. La familia en la sociedad salvadoreña. En revista de Estudios Centroamericanos ECA. El Salvador: año XLI, abril de 1986, pág. 312.

ción de sus necesidades elementales, siendo las grandes empresas industriales dirigidas por la burguesía, las únicas que pueden aplacar tales necesidades.

Pero, esperar que la burguesía industrial por voluntad propia acceda a solventar la indigencia de los trabajadores es una utopía; estos seguirán siendo sujetos a la condición social de proletarios de no aplicarse remedios oportunos y eficaces por parte del Estado. Tal situación, nos presenta en sí una crisis del derecho de familia, en cual no es válido el Estado demandar a la familia para que ésta cumpla con sus funciones como tal y asegure a él su existencia y prosperidad, sino asume la sociedad organiza jurídicamente en el Estado, obligaciones mucho más grandes para con la familia. Al respecto, Bidart Campos nos afirma:

"Aparecen así las prestaciones positivas a cargo del Estado y la concepción de que el fin de su organización constitucional no se satisface ni se agota con garantizarle el libre goce de los derechos, sino que requiere además, remover los obstáculos que impiden o dificultan a algunos hombres o sectores de la sociedad, el efectivo ejercicio de sus derechos, por carecer de similares oportunidades de hecho y, además de promover la liberalización y el desarrollo de todos los hombres suprimiendo las formas de explotación y opresión, sin las trabas que hacen inaccesibles para muchos, la facilidad y el decoro elemental de su vida personal". (4)

La crisis de la familia ha producido, como era de esperar, un cambio en la concepción del Estado y el derecho encaminado a

(4) Bidart Campos, G.S. Manual de Derecho Constitucional. Argentina: Editorial Ediar S.A., pág. 350.



suplir la función económica que como unidad productora capaz de auto abastecerse por sí misma le había tocado desempeñar. Y bajo tal perspectiva, viendo a la familia como unidad de consumo, se concibe que los derechos de la persona humana, "vistos desde su concepción social, nos permiten comprender que los derechos reconocidos constitucionalmente son susceptibles de tener como titular o sujetos activos a una agrupación o asociación a los que depara la calidad de sujetos de derecho". (5) Únicamente, bajo tal concepción se entiende que tales derechos interesan, no sólo exclusivamente a la familia o a un sindicato o asociación de trabajadores, sino a toda la comunidad por las repercusiones que en un sentido global tienen.

Imprescindible es el aporte que la doctrina social de la Iglesia ha dado al surgimiento del principio de subsidiaridad del Estado moderno en las relaciones familiares y laborales. Si con los postulados de la Revolución Francesa, la Iglesia había guardado silencio en cuanto al acontecer social, ésta cree que ha llegado el momento de decir algo con respecto a las recientes manifestaciones del capitalismo. En 1891, para sorpresa de los sectores conservadores que cree ver aún en la Iglesia Católica su baluarte, el Papa León XIII pronuncia la Encíclica "Rerum Novarum", provocando en el mundo las más encendidas controversias. En ella, el Sumo Pontífice, en relación a la desigualdad existente entre pobres y ricos afirma:

(5) Documento de Trabajo de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña. (CORELESAL) 1989, pág. 21.

"La clase de los ricos, se defiende por sus propios medios y necesitan menos de la tutela pública; más el pueblo miserable, falto de riqueza que le aseguren, está peculiarmente confiado a la defensa del Estado. Por tanto, el Estado debe abrazar con cuidado y provi-
dencia peculiar a los asalariados que forman parte de la clase obrera en general". (6)

Años más tarde, en 1931, conmemorando el Cuarenta Aniversario de la Encíclica Rerum Novarum, el Papa Pío XI pronuncia la Encíclica "Quadragesimo Anno", en donde reafirma las bases teó-
ricas de la carga encíclica antes relacionada, en los términos siguientes:

"Ciertamente, no debe faltar a las familias ni a los individuos una justa libertad de acción, pero con tal que quede a salvo el bien común y se evite cualquier injusticia... a los gobernantes toca defender a la comunidad y a todas sus partes; pero al defender los derechos de los particulares, deben tener principal cuenta de los débiles y de los desamparados". (7)

En estas encíclicas la Iglesia se define frente a los palpables problemas sociales con singular simpatía; sin rehuir las cuestiones centrales, establece su criterio con respecto a la propiedad privada, la cuestión gremial, el trato justo al obrero, el salario justo, y por qué no decirlo, a la familia en sí, institución sobre la cual se desemboca la problemática.

(6) León XIII. Encíclica Rerum Novarum. España: Editorial Sígueme, 2ª Edición, 1963, pág. 18.

(7) Pío XI. Encíclica "Quadragesimo Anno. España: Editorial Sígueme, 1963, pág. 22.

Siguiendo la tradición de las grandes encíclicas, el 15 de mayo de 1961, el Papa Juan XXIII, lanza su encíclica "Mater et Magistra", en donde, sin desconocer el importante papel del Estado en el desenvolvimiento de la vida económica y social, afirma:

"El Estado, cuya razón de ser es la realidad del bien común en el orden temporal, no puede permanecer ausente del mundo económico, debe estar presente en él para promover con oportunidad la producción de una abundancia de bienes materiales cuyo uso es necesario para el ejercicio de la virtud, y para tutelar los derechos de todos los ciudadanos, sobre todo los más débiles, cuales son los obreros, las mujeres, los niños". (8)

Buscando ante todo, la promoción de la personalidad humana, la doctrina social de la Iglesia persigue la valoración del trabajo no como una mercancía, sino como una expresión de la persona humana. Y desde ese punto de vista, hace exigencias al Estado para que resuelva los problemas sociales inspirado en el principio de subsidiaridad.

4.0 EL DERECHO DE FAMILIA COMO UN DERECHO SOCIAL

Si las transformaciones del capitalismo provocan el surgimiento del Estado "social o benefactor", frente al Estado "liberal e individualista", obvio es que, surja el derecho de familia como un "derecho social", frente a la concepción pretérita que lo ha configurado como un "derecho privado", en contraposi-

(8) Juan XXIII. Encíclica Mater et Magistra. España: Editorial Sígueme, 1963, pág. 22.

ción al "derecho público". Precisamente, es a través del derecho de familia como un derecho social, como se pueden explicar y estudiar las relaciones de familia, ya no como unidad productora, sino como unidad de consumo que necesita del subsidio del Estado para poder sobrevivir.

Dentro de ese marco, claro es que las características históricas muy especiales del derecho social; dentro del cual se configura el derecho de familia, suponga a la vez una autonomía de este frente al derecho público y frente al derecho privado. Inicialmente se consideró, como principales ramas del derecho social las relaciones entre el trabajo y el capital, siendo así como algunos tratadistas lo identifican con el derecho laboral; tal situación encuentra su justificación histórica, por el contenido que en sí tiene el trabajo; más en términos globales, el contenido del derecho social "fue ampliado más tarde para proteger a los débiles como jornaleros, mujeres, niños, huérfanos, pobres, desválidos, que tradicionalmente se incluían en el derecho privado o público siguiendo la tradición romana". (9)

El no considerar como sujetos de derecho social a los débiles, nos llevaría a considerar el trabajo como una función aislada y no como punto de partida de un espiral que dialécticamente expande sus efectos dentro de la sociedad.

(9) Documento de Trabajo de la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) pág. 2.

No obstante lo anterior, uno de los puntos controvertidos al estudiar el derecho de familia sigue siendo, el determinar su ubicuidad dentro de la clasificación tripartita del derecho, para los que reconocen la existencia de la denominada rama del derecho social. Principalmente, el problema está centrado en determinar si la familia, según las modernas tendencias, continúa considerándose como un derecho privado o como un derecho social. Bajo esos puntos polémicos se presentan una variedad de tesis como las siguientes:

4.1 Tesis de Sara Montero Duhalt.

Esta tratadista mexicana, ubica el derecho de familia como un derecho privado, afirmando que: "si recordamos las caracte--
rísticas del llamado derecho social; se refiere a los indivi---
duos en cuanto integrantes de grupos sociales o de sectores de
la sociedad bien definidos como obreros, campesinos, etc.". (10)
Sobre tal premisa Montero Dunalt, luego de interrogarse si la
familia pertenece a un grupo especial, responde que no, aseve--
rando que:

"La Sociedad en su totalidad está configurada por fami-
lias. Los individuos todos pertenecen de una u otra ma-
nera a grupos familiares. El derecho de familia no per
tenece de manera absoluta al derecho social... Creemos
que la inclusión del derecho de familia dentro del de-
recho privado es lo debido, pese que en este derecho
no vemos funcionar la autonomía de la voluntad como pi-

(10) Montero Duhalt, Sara. ob. cit. pág. 27.

lar de sus principios. Pero es derecho privado porque rige relaciones de los particulares entre sí, como sim ples particulares". (11)

Tal autora no es firme en sus convicciones, pues en su aseveración utiliza términos hipotéticos como: "creemos", y más parece que es de la opinión que el derecho de familia es "en parte" derecho social y derecho privado, pues afirma que "el derecho de familia no pertenece de manera absoluta al derecho social".

4.2 Tesis de Néstor de Buen Lozano.

Este jurista mexicano, al analizar la ubicuidad del derecho de familia, parte de la moderna tendencia a separar este derecho del derecho civil; dentro de esa perspectiva afirma:

"Se estima... que el derecho de familia ha dejado de ser norma reguladora de la esfera privada, que el intervencionismo estatal que en otras es considerable, también se hace patente en la familia. Se llega, inclusive, a pretender clasificar a las relaciones de derecho familiar, de relaciones de derecho público en consonancia con aquella intervención. El desarrollo de la fuerza estatal, su afán de protección a las clases económicamente débiles, o en condiciones de inferioridad por otros factores, no transformana las relaciones de derecho de familia en relaciones de derecho público. La tutela estatal, al asumir el Estado obligaciones que han venido siendo típicamente privadas, no excluyen que subsitan éstas, se trata de una tutela, pero no de una subrogación. Las relaciones de derecho de familia no afectan la estructura del Estado, ni son relaciones en que se juegan la soberanía. La socialización no es más que una tendencia pero dentro del derecho privado" (12)

(11) Ibid. Pág. 28

(12) De Buen Lozano, Nestor. Las Tendencias Modernas del Derecho de Familia. En Revista Anuario de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, año VI, No. 6, 1983, pág. 84.

Como se puede ver, Nestor de Buen, se ubica dentro de una clasificación bipartita del derecho, desconociendo según el tenor de la cita anterior la noción de derecho social, y dentro de ese contexto es que ubica al derecho de familia dentro de las normas jurídicas privadas. No obstante ello, aporta elementos característicos modernos del derecho de familia que lo apartan de la esfera del derecho privado.

4.3 Tesis de Pablo A. Ramella

Este jurista argentino, ubica el derecho de familia dentro del derecho social; en tal sentido afirma: "En realidad, los derechos sociales tienen por finalidad reconocer los derechos que surgen de la legislación laboral y de la existencia de grupos intermedios de la sociedad, como la familia, la escuela y los gremios, poniendo su acento en amenguar las desigualdades entre los hombres y en la especial protección de los pobres". (13)

Más adelante, este jurista, cita a Videla Moron, quien define el derecho de familia en los términos siguientes:

"El derecho de familia es aquella subdivisión del derecho social formada por el conjunto de normas reguladoras de las relaciones de comunión o integración provenientes de las relaciones jurídicas propias de la familia, cuya existencia se advierte en la realidad jurídica, en un primer estudio (matrimonio, hecho de la unión natural de sexos, etc.) con carácter coordinador y, luego con carácter subordinativo (régimen jurídico de la familia, donde la patria potestad, la curatela, la

(13) Ramella, Pablo A. Derecho Constitucional. Argentina: Editorial Depalma, 3a. edición, 1980, pág. 345.

tutela, filiación, legitimidad, etc.) forman un verdadero ordenamiento de tipo especial". (14)

Al parecer tomando la tesis de Jellinek, sobre la identidad de las normas de derecho privado y las normas de derecho público. Videla Morón identifica al derecho de familia con un carácter coordinador de las relaciones jurídicas que actúan en plano de igualdad (derecho privado); y a la vez, con un carácter de subordinación de los particulares en las relaciones jurídicas que actúan en un plano de desigualdad o subordinación frente al Estado (derecho público). Dentro de ese contexto, la concurrencia de características de la tradicional clasificación bipartita, conforman el derecho social.

4.4 Tesis sostenida por las Naciones Unidas.

El 10 de diciembre de 1948, se proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual vino a constituirse como un complemento a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789; surgiendo con ello, además de los derechos civiles y políticos, una nueva modalidad de derechos humanos, a la cual se les ha denominado "derechos sociales", ubicándose dentro de ellos, la familia, el trabajo, la salud y asistencia social, la cultura y la educación. Bajo esta nueva perspectiva, los derechos no constituyen ya para los individuos un poder de actuar, sino más bien, una facultad de reclamar determinadas prestaciones al Estado. En tal sentido se afirma:

(14) *Ibid.* pág. 346.

"La Declaración de 1789, como todas las declaraciones de finales del siglo XVII, se puede decir que organizan un estatuto negativo del individuo. Definen las facultades de actuar que se asigna a cada uno, sin el apoyo de una prestación particular suministrada por la sociedad que vendría a facilitar la acción del titular de esas libertades. Por otra parte, las declaraciones de derechos del siglo XVIII se preocupan únicamente del individuo y no de los grupos sociales en los que este se encuentra naturalmente encuadrado, como familia, profesión, etc.".(15)

Lo anterior no significa una negación de los derechos civiles, sino más bien una reafirmación y complementación de los mismos por medio de la vigencia y positividad de los derechos sociales. En consecuencia se afirma que:

"Solo el reconocimiento integral de todos los derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Pero a la inversa, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida en su amplio sentido, los derechos económicos, sociales y culturales carecen a su vez de verdadera significación". (16)

Dentro de ese contexto, es de considerar que todos los derechos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, y que la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos sociales resulta imposible. Enmarcado en esa línea de pensamiento, en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, encontramos en su preámbulo el considerando siguiente:

(15) Hauriou, André. Giequel, Jean y Gerad, Patrice. ob. cit. pág. 235.

(16) Gross Espiell, Héctor. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema Interamericano. Costa Rica: Edit. Libro Libre, 1986, pág. 16

"Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

Las tendencias a concebir el derecho de familia como un derecho social ha cobrado su fuerza extraordinaria frente a la tradicional tendencia a concebirlo a la luz del derecho privado.

4.5 El Derecho de Familia dentro de la Constitución de la República de El Salvador.

Con el Golpe de Estado del 15 de octubre de 1979 se abren nuevas perspectivas de cambios sociales. A poco más de un mes, la Junta Revolucionaria de Gobierno que había asumido el mando, convierte en "Leyes de la República" dos tratados internacionales celebrados y suscritos por los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas en 1966 al ser ratificados mediante Decreto N° 27 de dicha Junta Revolucionaria de Gobierno, de fecha 23 de noviembre de 1979 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 supera el contenido de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgado por la Asamblea Legislativa y Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789, en cuanto reconoce a los "Derechos Sociales" (familia, trabajo, salud y educación, principalmente) como una

nueva categoría de los "Derechos Humanos" que se suman a los ya proclamados "Derechos o Garantías Individuales"; éstos Pactos Internacionales no se limitan tan sólo a proclamar o enunciar derechos, sino que señalan deberes que obligan al Estado -al menos moralmente- a hacer efectivos los derechos de la persona humana. Así el Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reza:

Art. 10.- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que:

1- Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2- Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajan se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3- Se debe adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligra su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionada por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

De igual manera el Artículo 11 inciso 2º, del mismo pacto, reza:

Art. 11.- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia incluso alimentación, vestido y vivienda adecuado y a una mejora continua de las

condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de éste derecho reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Dos años más tarde, el 2 de junio de 1981, es ratificada por la Junta Revolucionaria de Gobierno mediante Decreto Nº 705 "La Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer" aprobada por las Naciones Unidas en 1979.

Constituyendo dichos pactos y convenciones internacionales "Leyes de la República", es obvio que en la Constitución de la República de El Salvador de 1983 se hable con un mayor realismo y certeza de la protección del Estado hacia la familia; es que nuestro Legislador Constituyente de 1983 recoge en forma de preceptos legales la situación creada por los factores reales o fuerzas sociales efectivas que propiciaron el Golpe de Estado y la Proclama de la Fuerza Armada del 15 de octubre de 1979 en busca de una nueva fisonomía político-social del Estado; es que por fin las proféticas palabras del Doctor Reynaldo Galindo Pohl, Presidente de la Asamblea Constituyente de 1950, han encontrado la máxima resonancia del eco de su voz; dicho vaticinador del futuro, que hoy es nuestro presente, al inaugurar la Asamblea Nacional Constituyente, dijo:

"El poder público no implica derechos sino responsabilidades. Gran misión, agotadora misión, sublime misión de dar a los salvadoreños una vida digna de seres humanos. Si en la generación de hoy nos hablara la convicción de que la paz se gana por un nuevo trato en las relaciones sociales; si no hablaran las lecciones de la historia; si no hablaran la capacidad política que demanda adelantarse a acontecimientos previsibles, yo apelaría a su generosidad que es inagotable; yo apelaría a su concepción cristiana de la vida... Si hoy no hacemos justicia, mañana nuestros hijos llorarán sobre ruinas". ()

Por fin el Estado va comprendiendo de que no se agota su realidad en el plano de lo normativo. La protección del Estado hacia la familia trasciende a lo que es una simple protección jurídica; no se limitó nuestro Legislador Constituyente a declarar que se dictaran leyes mediante las cuales protegerá y garantizará los derechos de la familia, sino que en busca de la seguridad familiar se crea un mandato constitucional que establece la creación de instituciones y la integración de organismos y servicios que garanticen la aplicabilidad de las normas constitucionales; además se compromete a formular la legislación necesaria para la integración, el bienestar y desarrollo social, cultural y económico de la familia. Tal compromiso del Estado, impuesto por la Asamblea Constituyente, cobra mayor fuerza al dejar como misión a la Asamblea Legislativa, el armonizar con la Constitución las "leyes secundarias de la República", dentro del término de un año a partir de su vigencia (Art. 271 Cn).

().- Documentos Históricos de la Constitución Política de 1950
pág. 33.

Dentro de nuestro texto constitucional de 1983 podemos ver dos aspectos que según las Modernas Tendencias del Derecho de Familia (expuesta por Pablo A. Ramella, Videla Morón y las Naciones Unidas, principalmente) viene a reafirmar la norminación: "Derechos Sociales" que se le ha dado al Capítulo II, dentro del cual se encuentra inmersa la Sección Primera, relativa a la familia. Tales aspectos son:

1º Las actividades de las autoridades públicas o de organizaciones privadas, no pueden quebrantar el derecho inalienable que tiene el hombre y la mujer de fundar una familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a engendrar; así mismo, no pueden limitar por regla general, la libertad de los esposos en las decisiones acerca de sus hijos. Tal situación, ha sido establecida desde el constitucionalismo clásico y en nuestra Constitución de la República la encontramos en el inc. 2º del Art. 2 que reza: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

2º La familia tiene derecho a la asistencia del Estado en lo referente a sus deberes de procreación (*) y educación de los hijos. Art. 32 y sptes. de la Constitución de la República.

(*) Tómese el término "procreación", en su doble sentido: biológico (engendrar, dar alimentos, salud, etc.) y psico-social (dar cultura, un lenguaje, afectividad, amor e inculcar valores éticos, morales y religiosos) ver Cap. VI, 3.1.

En la primera situación, vemos que las relaciones jurídico-familiares tienen un carácter subordinativo, en cuanto al Estado interviene para establecer un régimen jurídico-familiar que le permitirá desarrollar su función tuitiva, cuando la familia no esté cumpliendo por diferentes razones, de carácter interno o externo, con su papel fundamental. Es así como encontramos en la Constitución de la República los términos: "dictará", "creará", "fomentará", "regulará", "determinará", y "protegerá", los cuales son aplicables al compromiso que adquiere el Estado frente a la familia y que describe en términos globales, el derecho que tiene la familia de poder contar con una política familiar por parte de la autoridad pública en el terreno jurídico, económico y social sin discriminación alguna. Preciso es notar, que cuando se utiliza el término: "protegerá" se entiende que éste sobrepasa los límites impuestos a la autoridad pública por el Art. 2 inc. 2o. Cn.; ya que si buscamos cuál fué la intención clara que tuvo nuestro Legislador Constituyente, en la historia fidedigna del establecimiento de la norma, encontramos en la Exposición de Motivos del Título Primero "La Persona Humana y los Fines del Estado" de nuestra Constitución, el espíritu de nuestro Legislador Constituyente al afirmar: "Persona aislada es im posible de concebir puesto que debe su vida a otros seres humanos con los cuales se relaciona. La regulación de éstas relaciones de sociedad y de sus miembros entre sí, es el objeto y finalidad del Derecho y del Estado". () Ello indica que, aunque



nuestro legislador permita la intimidad familiar, no puede ser indiferente ante los maltratos o el abandono moral o material de un menor por parte de sus padres o representantes; no puede ser indiferente ante los abusos del hombre frente a la mujer.

La concepción económica de la familia como unidad de producción corresponde a una concepción individualista del derecho enmarcada dentro del capitalismo liberal, en donde el Estado no tiene intervención en las relaciones familiares, las cuales tienen un carácter privado. Por su parte, a raíz de la Extinción de Ejidos y Comunidades Indígenas, que despoja a las masas campesinas e indígenas de su medio de producción: la tierra; y a raíz del proceso de industrialización que se da con posterioridad a la crisis capitalista de 1929 y el levantamiento de las masas campesinas e indígenas de 1932, el producto elaborado por la industria manufacturera doméstica entra a competir con el producto elaborado por las grandes empresas dirigidas por la burguesía industrial; en donde tiene una caída grande en el mercado. Ante tal situación, toca al Estado, concibiendo a la familia como unidad de consumo, y no tanto como unidad de producción, ayudarla subsidiariamente a suplir en algunos casos a través de su función tuitiva a preservar su existencia como tal.

CAPITULO V

LA FAMILIA DENTRO DE LA AXIOLOGIA DE NUESTRA CONSTITUCION.

La Constitución de la República de El Salvador, como fundamento de la estructura jurídica del Estado, presenta una filosofía conceptual que dimana de un conocimiento íntegro, sistemático y coordinador de los hechos y relaciones sociales, dentro del cual se propone cristalizar su proyección social en el destino histórico de nuestro pueblo. Más sin embargo, tal proposición no trasciende de su contenido teórico a la práctica, por lo que hipotéticamente se afirma que los principios constitucionales responderán a las necesidades de la familia salvadoreña, en la medida en que el Estado establece condiciones mínimas de su efectiva vigencia.

Podemos ver así, como nuestra Constitución establece: "Los fundamentos de la convivencia nacional con base ^{en la necesidad} al respecto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia". (1) Para tal efecto, se establece en el Artículo Primero que, el Estado está organizado para la consecución de tres valores fundamentales: Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común.

(1) Preámbulo de la Constitución de la República de El Salvador 1983.

1. EL VALOR JUSTICIA Y LA FAMILIA.

Por su naturaleza eminentemente social, el hombre cuando coadyuva a la subsistencia y perfeccionamiento de la sociedad, se afirma como tal. Dentro de ese contexto, Recasens Siches afirma:

"Consistiendo la sociedad en un sistema de relaciones interhumanas, sirve a la primera (persona humana) lo que perfecciona a la segunda (sociedad). La perfección de ésta reside en que aquellos entre quienes se dan, reciban por su medio cada uno lo que le corresponda. Dar a cada uno lo suyo es el acto de la justicia... A cada cual le corresponde, lo que coadyuva para su perfección". (2)

Dentro de esa línea de pensamiento, puede comprenderse que la justicia constituye un fin social que es descrito principalmente, a través del término de igualdad. La cual, según la Social Democracia, en términos generales significa: "la igualdad de derechos y oportunidades económicas, sociales, políticas y culturales. Sin la igualdad de posibilidades para todos los integrantes de la sociedad, la libertad es una ilusión". (3) En tal sentido, la justicia supone un orden en las relaciones interhumanas, la cual ha de partir necesariamente de esa base fundamental de la sociedad: La Familia; y siendo el ordenamiento jurídico de un Estado, el conjunto de normas cuyo fin consiste

(2) Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, México: Editorial Porrúa, 1970, pág. 220.

(3) Partido social Demócrata de El Salvador. Elementos Básicos de la Social Democracia, 1986, pág. 13.

en realizar la justicia dentro de la sociedad, le es esencial al derecho el sentido de servir a la justicia. Por tanto, vano sería hablar de un Estado solidamente constituido, sino tiene un buen concepto y organización de la justicia, que garantice debidamente los derechos fundamentales de la persona humana, sin desconocer que ésta inicia su proceso de socialización en la familia.

No es necesaria la frialdad de los datos estadísticos para poder afirmar que la justicia está muy lejos de la inmensa mayoría de familias. La mendicidad, el abandono de la niñez, la prostitución, la delincuencia y la violencia, son indicadores -dentro de muchos más- de la falta de igualdad de oportunidades; es decir que no es cierto que se está garantizando a la persona la oportunidad de optar a un nivel de vida mínimo que le garantice el bienestar. Dentro de ese contexto es claro que, la igualdad existe en una sociedad que incluya una distribución de la propiedad, un sistema educativo amplio y una interrelación entre las clases sociales distribuyendo con mayor justicia el poder y los privilegios. Nuestro Legislador Constituyente de 1983, no podía ser ajeno a esa realidad que habla por sí sola y que no permite concebir la idea de que una familia pueda constituirse en base fundamental de una sociedad democrática; y bajo esa perspectiva, estableció la igualdad de derechos en la disposición siguiente:



"Art. 3.- Todas las personas son iguales ante la Ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basan en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios".

Tal disposición, viene rigiéndonos en lo sustancial, desde las Constituciones de Bayona y de Cadiz, inspiradas por principios de la Revolución Francesa, siendo retomadas por nuestras primeras Constituciones, desde 1824 hasta la presente; y pudo haber servido de premisa fundamental para que desde aquella fecha se incorporara la igualdad jurídica de los cónyuges y la igualdad en las relaciones paterno filiales, lo cual no ha sido así.

Si en la concepción individualista del derecho, no se reguló la igualdad de oportunidades, particularmente en la Constitución de 1983, nuestro legislador constituyente estableció una serie de normas tendientes a crear condiciones para que en realidad pueda darse la igualdad de derechos, mediante una igualdad de oportunidades que lleven a fortalecer a la familia y por ende a la sociedad global. Así se habla en el texto constitucional de 1983, de un compromiso del Estado para proteger al menor a fin de que esté viva en condiciones ambientales y familiares que le permitan su desarrollo integral; así mismo, se habla de crear las instituciones necesarias para la protección de la maternidad y la infancia (Art. 34 Cn.) Indiscutiblemente, la aplicabilidad de tales disposiciones, dentro de otras más, permitirían a todo menor tener igualdad de oportunidades dentro de un

nivel social, y apaliar las condiciones naturales de carácter físico o fisiológico que le niegan esa igualdad de oportunidades. Más sin embargo, la positividad de estas disposiciones aún gravitan en el sueño de tantas familias semi integradas o en proceso de desintegración que anhelan el goce de una justicia social.

2. LA SEGURIDAD JURIDICA Y LA FAMILIA.

Para que el valor justicia tenga significación real, necesita complementarse con el derecho a la seguridad que toda persona debe de tener. Debe tenerse muy en cuenta, que no obstante que la justicia es el valor que en un rango superior persigue el derecho, este no surge como mero atributo a ese valor, sino al impulso de una urgencia de seguridad; en tal sentido, debe entenderse que si la justicia es el fin que persigue el derecho, la seguridad es la causa o móvil que nos lleva a tal fin. Así pues, se afirma que: "La pregunta de por qué y para qué hacen derecho los hombres no la encontraremos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el séquito de agregios valores que la acompañan como presupuestos por ella, sino en un valor subordinado -la seguridad- correspondiente a una perentoria necesidad humana". (5)

(5) Recasens Siches, Luis. Ob. cit. pág. 220.

Claro es que el derecho a la seguridad que toda persona tiene, significa una protección para la conservación y la defensa del derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, al trabajo, a la propiedad y posesión; es por ello, que es obvio que en la disposición constitucional, se hable además de tales derechos, de garantías de la efectiva protección y de indemnización, al menos por daños de carácter moral, que pudiera ocasionar el no cumplimiento o la violación de tales derechos. Y dentro de ese contexto la familia se presenta no sólo como un medio, sino también como un fin en la realización de esos derechos fundamentales de la persona. Bajo tal perspectiva, el legislador constituyente estableció la disposición siguiente:

Art. 2.- 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 protegido 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.

Respecto a la concepción de seguridad jurídica, tomada por el Legislador Constituyente de 1983, la Comisión encargada de elaborar el respectivo proyecto expuso:

"Este concepto de seguridad aquí incluido es, en opinión de la Comisión, algo más que un concepto de seguridad material. No se trata únicamente del derecho que pueda tener una persona a que se le garantice estar libre, exenta de todo peligro, daño o riesgo, que ilegítimamente amenace sus derechos, sino también, se trata de la seguridad jurídica como concepto inmaterial.

Es la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de la persona tal y como la ley los declara". (6)

Tal idea surge indiscutiblemente, con el afán de hacer énfasis en la función del Estado Moderno, dentro de la cual se admite que, reforzando los derechos individuales de la persona con derechos de carácter social, se hace realidad la plena efectividad de los primeros. En tal sentido, la persona debe saber por un lado, cómo se comportará la sociedad con ella? Siendo por ello que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se establece:

"Art. 22.- Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

Consecuentemente con lo anterior, encontramos en nuestra Constitución una serie de disposiciones que persiguen hacer una realidad, o dar una certeza de que el derecho a la vida, a la integridad física y otros derechos individuales más, tendrán efectividad mediante el establecimiento de normas e instituciones que den un tratamiento a la familia como base fundamental de la sociedad; al trabajo, como una función social; a la educación y la cultura, como un derecho inherente a la persona; y a la salud pública y asistencia social, como un bien público. Cla

(6) Asamblea Constituyente de 1983. Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución Política (copia mimeografiada) pág. 7 y 8.

ro es, como lo demuestra nuestra realidad, que no se estarán asegurando el derecho a la vida y a la integridad física y moral de una persona, cuando ésta vive en condiciones insalubres, en una familia desintegrada, en la ignorancia y sin trabajo; indiscutiblemente la cruz que imponen estas situaciones que contradicten los derechos fundamentales de toda persona humana la llevan al calvario en donde la muerte ha de cerrar el telón de la esperanza de una vida con integridad física y moral; y eso no es seguridad.

Pero por otro lado, toda persona debe saber qué debe hacer frente a la sociedad dentro de la cual vive? siendo así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se afirma:

Art. 29.- Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

Si observamos el orden sistemático de la referida Declaración, apreciaremos que en las primeras disposiciones se regulan derechos inherentes a la persona humana (tanto individuales como sociales); y luego los deberes de la persona para con la sociedad. De lo cual se afirma, que sólo cuando una persona goza de sus derechos fundamentales es capaz de cumplir sus deberes frente a la comunidad civil; o sea que, vano sería esperar un cambio de la sociedad exigiendo a la familia un cumplimiento estricto de sus funciones, si ésta carece de esa seguridad jurídica que le permita desenvolverse como base fundamental de la so-

ciudad que camina con paso firme hacia su desarrollo. Cabalmente, el espíritu Franciscano: "Dando es como recibimos", encarna en las relaciones existentes entre la persona humana, que inicia su proceso de socialización en la familia, y la sociedad; ya que en la medida en que la sociedad de seguridad o protección para la conservación y defensa de los derechos fundamentales de la persona humana y la familia, en esa medida la persona y la familia podrá cumplir con sus deberes para con la comunidad civil.

3. LA FAMILIA Y EL BIEN COMUN

La vida del hombre no está orientada al vacío, ya que ninguna institución humana puede carecer de fin; cuantas veces los hombres se agrupan en sociedad hay un "bien común" que ordena los medios hacia él y que se instaura como su finalidad.

La idea de seguridad, como móvil que hace emerger el derecho; y la idea de justicia, como finalidad del mismo, encuentran su común denominador en un valor que trasciende propiamente la esfera jurídica para ubicarse en la esfera política, nos referimos al valor; bien común; y en tal sentido, la justicia se nos presenta como una manifestación o un aspecto de él. Todos los problemas de la vida político-social se resuelven y se agrupan en derredor de la idea de lo que es el bien común; y éste ha de ser la manifestación de la voluntad de la persona humana, creadora del derecho y del Estado. Dentro de esa perspectiva, preciso es analizar brevemente la valoración que de la persona huma-

na hacen las principales filosofías jurídicas y políticas: personalistas y transpersonalistas, para la elaboración de un derecho justo.

3.1 El Transpersonalismo.

Esta filosofía jurídico-política ha sido considerada como una concepción anti-humana, ya que niega al hombre la dignidad de su esencia moral. Recasens Siches, al respecto afirma:

"En la concepción transpersonalista, el hombre no es considerado como ser moral con dignidad, como persona que tiene una singular misión a cumplir por propia cuenta; por el contrario, es utilizado tan sólo como mero material para la realización de finalidades que trasciende su propia existencia moral, como pura cosa que se maneja como instrumento para fines ajenos a su vida; por tanto, se le valúa no como un sujeto que es sustrato de la tarea moral, sino únicamente como una mercancía que tiene un precio, en la medida en que resulta aprovechada para una obra transhumana (ajena a la individualidad) que encarna en el Estado". (7)

Bajo tal perspectiva, la persona humana es un instrumento para el fortalecimiento del Estado; y su valoración se polemiza cuando sirve de modo efectivo a los fines transpersonales de él. Así pues, la finalidad o la misión del Estado no está sometida a los principios de justicia y de moralidad, y no tiene porque respetar las llamadas reglas de equidad, de caridad, de decencia, de tolerancia, ni tampoco que reconocer la libertad ni la norma de igualdad; es así como la colectividad debe tolerar tan

(7) Recasens Siches, Luis. Ob. cit. pág. 502.



sólo a aquellos individuos cuya conducta se ajusta totalmente a los fines de élla, debiendo destruir a los desidentes e inservibles.

3.2 El Personalismo o Humanismo

Diametralmente opuesta a la concepción transpersonalista, encontramos al personalismo o humanismo; y según esta concepción, el Estado y el derecho tienen sentido sólo cuando se constituyen en instrumentos puestos al servicio de la persona humana para la realización de los fines de ésta.

En nuestra vida institucional e independiente, podemos apreciar dos momentos históricos que han dado una modalidad diferente a esta concepción: la etapa del individualismo liberal y la etapa del intervencionismo... estatal.

Dentro del individualismo liberal, según Recasens Siches, se considera que:

"La mejor manera de servir al fin humanista consiste en dejar en plena espontaneidad y libre juego las libertades de los hombres en todos los órdenes, y restringir la función del derecho y del Estado a la garantía material interior y exterior (policía y ejército), sin intervenir para nada en la realización de los fines humanos concretos de bienestar (culturales, económicos, etc.)". (8)

Más sin embargo puede considerarse, por un lado, que cuando se sufre bajo el agobio de una perentoria necesidad económica, no hay propiamente libertad; y por otro lado, que el princi

(8) Ibid. pág. 513.

pio de igualdad, como paralelo al de libertad, exige no tanto una igualdad en los bienes, pero sí de oportunidades; son éstos los principios que el individualismo liberal no pudo consolidar. Esa es la premisa que sirve de fundamento al surgimiento de una nueva forma de valorar a la persona humana dentro de la misma concepción humanista, que se sintetiza en la intervención estatal dentro de las relaciones de los particulares. Ya no le es permitido al Estado asumir una actitud pasiva frente a la explotación injusta y frente a los efectos que produce la desorganización económica; sino que por el contrario, es llamado a intervenir para evitar que nadie se aproveche de su situación económica ventajosa y produzca un detrimento en la libertad de otros, llevándolos a una situación injusta o de miseria; así también es llamado a intervenir para que mediante la organización y control de una serie de actividades confiadas a la iniciativa individual, asegure un mayor bienestar común.

Y es precisamente dentro de esa línea de pensamiento, que nuestro Legislador Constituyente de 1983 se ubica, sosteniendo en la Exposición de Motivos del Proyecto el argumento siguiente:

"... Para los miembros de la Comisión el fin último del Estado, es el hombre mismo, la persona humana.

El Estado no se agota en sí mismo, no es una entelequia intrascendente, sino creación de la actividad humana que trasciende para beneficios de las propias personas. Por eso se dice en el Artículo 1 que "la persona humana es el principio y fin de la actividad del Estado" pero como creación misma del ser humano, el Estado no se concibe como organizado para el beneficio de los intereses individuales, sino el de las personas como

miembros de una sociedad. La realidad social es tan fuerte como la realidad individual. El hombre no es simplemente un ser, es como dirían los iusfilósofos "un ser entre", "un ser para", "un ser con".(9)

Se desprende del espíritu de nuestro Legislador Constituyente, que el fin último del Estado es la persona humana, pero viendo a ésta, ya no bajo una dimensión individualista, sino bajo una dimensión social; o sea que se concibe a la persona humana como "un ser entre" otras personas, dentro de una familia; pero sobre todo, se concibe a "un ser con" necesidades de diversa índole que necesitan ser satisfechas.

Comprendiendo la filosofía jurídico-política contenida en nuestra Constitución, podemos tener una idea clara de como en ella se concibe el bien común. Una definición de bien común que se acopla al espíritu del legislador constituyente de 1983, es la que nos da el Doctor Luis Sánchez Agesta, quien afirma:

"El bien común ha de ser "bien" y ha de ser "común". Que sea "bien" quiere decir, que de satisfacción a las necesidades del hombre en su entera naturaleza espiritual, moral y corporal, proporcionándole la paz, la virtud, la cultura y las cosas necesarias para el desenvolvimiento de su existencia. Que sea "común" ha de entenderse en el sentido que el esfuerzo y el disfrute de éstos bienes ha de compartirse en la proporción de la justicia". (10)

(9) Asamblea Constituyente de 1983. ob. cit. pág. 6.

(10) Basave Fernández del Valle, Agustín. Teoría del Estado. Fundamentos de Filosofía Política. México: Editorial Jus, 1956, pág. 82.

Pero indiscutiblemente, para hacer una realidad la vigencia del bien común se necesita crear los medios necesarios para que surja un clima de libertad que permita poder disponer de los beneficios de la colectividad para ponerlos al servicio de la colectividad total. Esto lleva implícito, la formación de un sentimiento de solidaridad y de ayuda recíproca entre los individuos, partiendo del carácter de universalidad del bien común, el cual se manifiesta como una necesidad para la realización de la persona humana dentro del seno de una familia bien constituida.

El pensamiento de la Iglesia, sobre este punto no se ha hecho esperar, y ha atribuido a los poderes públicos una función especial en la consecución del bien común, al afirmar que:

"En la época moderna se considera realizado el bien común cuando se han salvado los derechos y deberes de la persona. De ahí que los deberes principales de los poderes públicos consistirán sobre todo en reconocer, respetar, armonizar, tutelar y promover aquellos derechos y en contribuir por consiguiente, a hacer más fácil el cumplimiento de los respectivos deberes". (11)

Con lo anterior se puede decir, que el bien común es la propia razón del ser del Estado, el cual solo puede existir cuando está al servicio de la comunidad, y en ella y por ella al de todos y cada uno de los hombres.

(11) Juan XXIII. Encíclica "Pacem in Terris". Colombia: Ediciones Paulinas, 12ª edición, 1986, pág. 26.

Con todo lo expuesto en el presente Capítulo, se puede concluir afirmando que, no obstante que los valores constitucionales: justicia, seguridad jurídica y bien común, están en correspondencia con las necesidades de la familia salvadoreña; no se han establecido aun las condiciones mínimas para que tengan "efectiva positividad"; lo que necesariamente implica la urgencia de un cambio en la estructura social, económica y política, que traduzca en hechos el espíritu de nuestro legislador constituyente de 1983. Y si consideramos el efecto de la guerra, se puede decir que, ésta niega a muchas familias la igualdad de derechos y de oportunidades, tanto interna como externamente; a la vez que niega a la familia la seguridad jurídica que los derechos consagrados a su favor serán cumplidos; y por último puede afirmarse, que niega el goce del bien común en la medida en que no se dan soluciones a sus perentorias necesidades.

CAPITULO VI

HACIA UNA NUEVA ORIENTACION DE LA FAMILIA SALVADOREÑA

Ante la pronunciada agudización de la crisis social y particularmente de la familia, en donde las relaciones familiares se explican a través del poder autocrático y desigualitario del hombre frente a la mujer, y que lleva a la desintegración del grupo familiar, se puede considerar que una correcta y eficaz aplicación de los principios constitucionales en lo referente al derecho de familia, determinará el surgimiento de una familia democrática, igualitaria y unitaria. Bajo tal perspectiva, la familia estaría abriendo el cauce que llevaría a nuestra sociedad a la superación de la etapa de sub-desarrollo en la cual se encuentra inmersa.

Retomando el espíritu del desarrollo del segundo Capítulo del presente trabajo, es perfectamente dable decir en términos hipotéticos, que una familia democrática, igualitaria y unitaria, ha de contribuir grandemente a la formación de una sociedad auténticamente democrática, igualitaria y unitaria. Dentro de esa línea de pensamiento, que nos impone el desarrollo de las hipótesis antes expuestas, estudiemos a la familia dentro de la triología antes mencionada.

1.0 LA FAMILIA DEMOCRATICA

Al observar el desarrollo evolutivo de la familia, se ha podido apreciar cómo la subordinación y la dependencia de la mu

jer frente al hombre, se constituyen como criterios que fundamentan y explican las relaciones dentro de ella. Y dentro de ese criterio de valoración, nuestra sociedad actual no constituye absolutamente una excepción; el lento desarrollo cultural refleja una clara ^{de} miniscencia del criterio antes señalado y que configura una familia autocrática con grandes similitudes a la familia romana.

Es dentro de ese contexto que surge la idea, encarnada en nuestra Constitución, de una familia democrática como contraposición a la idea de una familia en donde uno de sus miembros, comunmente el hombre-padre, ejercen un poder despótico que configura una autocracia dentro del grupo familiar.

La idea de "familia" explica una relación entre dos seres: un hombre y una mujer. Lo cual implica que la idea de una familia democrática, necesariamente habrá de significar una intervención de ambos seres en la dirección, y también como una lógica consecuencia en el mejoramiento de todo el grupo familiar. Todo ello supone la existencia de un marco de normatividad jurídica que regule, no sólo las relaciones personales entre los cónyuges, sino también las relaciones patrimoniales entre ambos, y de ellos para con sus hijos. Dentro de esa línea de pensamiento, encontramos en nuestra Constitución una disposición que reza:

Art. 33.- La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará así mismo, las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.

Al expresar nuestra Constitución, que habrá una regulación de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, nos está dando la idea de un criterio asociativo, como fundamento de las relaciones internas del núcleo familiar. Y un criterio democrático y asociativo, presupone a la vez, un criterio de participación de los componentes de tal unidad; pero ello sólo es posible mediante el establecimiento de derechos y deberes recíprocos entre las partes, tal como lo señala la disposición constitucional antes aludida.

1.1 Derechos y Deberes de los Cónyuges entre sí.

En base al tenor literal del Artículo 33 de la Constitución de la República de El Salvador, los derechos y deberes de los cónyuges entre sí, son de dos tipos: personales y patrimoniales.

1.1.1 Relaciones personales entre los cónyuges.

Dentro de los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, existe la tendencia a superar la autárquica y caduca disposición en cual el marido tiene el derecho para obligar a la mujer a vivir con él y a seguirle donde quiera que traslade su residencia (Art. 138 C.) mediante el establecimiento de una disposición más justa. Dentro de esas líneas de pensamiento, encon--

tramos en el Proyecto de Código de Familia elaborado por la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) la disposición que reza: "Art. 183. El marido y la mujer tienen la obligación de vivir juntos; salvo causa justificada, y fijarán de común acuerdo el lugar de su residencia". Puede observarse, como elemento característico de esta disposición, el acuerdo común en la dirección del hogar, y por tanto, la responsabilidad compartida por parte del marido y de la mujer.

Aquella reminiscencia milenaria del "pater familia" romano, mediante el cual el marido era el jefe omnipotente de la familia, manifestada en la disposición civilista que establece que la mujer debe obediencia al marido (Art. 182 inc. 2o. C.) tiende a ser superada, asignando conjuntamente a ambos cónyuges la dirección de la familia; en tal sentido, el inc. 2o. del Art. 183 del Proyecto de Código de Familia elaborado por la CORELESAL dispone: "La dirección moral y material de la familia estará a cargo de ambos cónyuges, excepto cuando alguno de ellos faltare o estuviere incapacitado para ejercerla".

Por los problemas socio-culturales de nuestro pueblo, ocurre en los hogares que, muchas veces ante la irresponsabilidad paterna "por parte del padre", ya debidos a vicios, -comunmente el alcoholismo- o meros ausentismo temporal del hogar, la mujer tiene que salir fuera de él en busca de trabajo para el sustento del núcleo familiar "matriarcal", con las limitantes que le impone

el hecho de ser siempre ama de casa. Y frente a la tendencia a que la mujer no descuide sus funciones dentro de la familia, se establece en el Código de Familia en proyecto la disposición que reza:

"Art. 184.- La mujer podrá desempeñar cualquier empleo, ejercer una profesión, industria, oficio, comercio, siempre que ello no interfiera con el cuidado personal de los hijos o las atenciones del hogar.

El marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a actividades fuera del hogar, siempre que suministre todo lo necesario para el sostenimiento del mismo, de la mujer y de los hijos y su oposición tenga motivos suficientemente justificados.

Puede observarse, que en atención al interés de los hijos, como uno de los principios sobre el cual gravitan fundamentalmente las modernas tendencias del derecho de familia, se tiende a sacrificar en este aspecto, las facultades de la mujer, colocándola a ésta en una situación de desventaja en cuanto a la adquisición de bienes patrimoniales propios. En 1981, la Doctora Roxana Bartón Conlin hacía una crítica relativa al hecho de que en los Estados Unidos las leyes existentes no proporcionan seguridad jurídica ni económica a la mujer que elige ser ama de casa a tiempo completo, y como una solución a dicho problema planteaba:

"Se han propuesto numerosas soluciones para aliviar este problema, pero algunas son inoperantes. Los contratos entre las partes de un matrimonio que intentan establecer derechos y responsabilidades, no tienen valor en algunos Estados. Algunas dificultades prácticas son inherentes a las propuestas para pagar un sa-

lario a las amas de casa, siendo principal el hecho de que el cónyuge proveedor de dinero puede tener insuficientes ingresos para pagar este salario". (1)

Este problema encarna en nuestra sociedad, principalmente en aquellas familias de tipo tradicionalista, en donde la mujer no puede recibir la compensación de un trabajador. (+)

Consecuentemente con las ideas antes expuestas, surge la necesidad de establecer nuevos derechos o delimitar algunos derechos en lo que no se opongan a la orientación de una familia democrática; es así como ya no encuentra justificación la disposición civilista en cual se establece que "el marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido", sino que se tiende a establecer derechos y deberes comunes a ambos; así lo refleja el Art. 182 del proyecto del Código de Familia antes referido, al disponer:

"Los cónyuges están obligados al débito conyugal, a guardarse fidelidad, a socorrerse y asistirse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Cada uno debe protección, consideración, respeto y tolerancia al otro".

Por la situación de crisis social que se vive, la cual en gran medida parte del grupo familiar y se expande por toda la sociedad global, se requiere de una certeza jurídica que garantice que la norma se cumplirá de la manera preceptuada en el or

(1) Barton Conlin, Roxana. La Ley y la Familia. En la Familia del futuro: continuidad y cambio. México: Noemo Editores. 1981, pág. 97 y 98.

(+) Más adelante al hablar de las obligaciones y derechos patrimoniales en tre los cónyuges, abordaremos con mayor amplitud este problema.

denamiento jurídico vigente. Siendo así como, a efecto de prevenir que a raíz de algún desacuerdo entre los cónyuges se socave la estabilidad de la familia, atentando contra la orientación democrática de ésta; y a efecto de hacer positivo el valor constitucional de la seguridad jurídica, las modernas tendencias del derecho de familia establecen la intervención de un juez especial para dirimir las discordias existentes entre los cónyuges. En tal sentido, el Art. 185 inc. 2o. del proyecto de Código de Familia antes referido, expresa: "En todos los casos a que se refiere este capítulo (+), cuando no hubiere acuerdo se recurrirá al juez, para que éste decida lo conveniente".

1.1.2 Relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

El régimen patrimonial de la familia o régimen económico matrimonial que se establece en el Código Civil vigente, es el de la separación absoluta de bienes, el cual apareció como lo vimos al estudiar la concepción individualista del derecho de familia, para superar las desventajas extremadas que para la mujer representaba el régimen de comunidad absoluta de bienes; no obstante ello, la larga vigencia de dicho régimen no ha atenuado en lo sustancial, la desventaja que para la mujer existía en el régimen anterior. Y dentro de ese marco, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Familia la Comisión afirma:

(+) Capítulo I "Relaciones Personales", perteneciente al Título II "Obligaciones y Derechos entre los cónyuges".

"Actualmente si los cónyuges no celebran capitulaciones matrimoniales, cada uno conserva la propiedad exclusiva y la libre administración de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiere durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros. Este régimen, ...tiene el defecto de dejar desprotegido al cónyuge que carece de bienes, que por lo general es la mujer, en caso de divorcio, sobre todo en los casos en que ésta se dedicó, durante la existencia del matrimonio, a su papel de ama de casa, actividad que no obstante ser valuable en dinero, el régimen imperante no permite siquiera retribuirle en parte". (2)

Indiscutiblemente, dentro de la concepción de una familia democrática, no se puede mantener un régimen de separación absoluta de bienes porque atenta contra la seguridad jurídica de la mujer; siendo así como, las modernas tendencias del derecho de familia se orientan a la formación de un régimen de comunidad de gananciales, admitiendo otro tipo de régimen, con tal que no vaya en detrimento de los derechos concedidos por éste. Así encontramos, en el Proyecto de Código de familia elaborado por la CORELESAL, la disposición siguiente:

Art. 186.- Todo matrimonio se entenderá contraído bajo el siguiente régimen de comunidad de gananciales: cada cónyuge conservará la propiedad exclusiva y libre administración de los bienes que tenía al contraer matrimonio; pero los que adquiere durante éste a título oneroso y los frutos de uno y otro se considerarán comunes".

Si la familia es concebida como una unidad, obvio será que lo que en ella se produzca como ganancia, independientemente de quien de los cónyuges sea el dueño, es común; ello constituiría

(2) Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) Exposición de Motivos de las Reformas al Código Civil en lo referente a la regulación de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre éstos y sus hijos. (copia mimeografiada) 1989, pág. 3.

una especie de retribución para la mujer que desempeña su papel de ama de casa. Por lo tanto, el régimen de comunidad de ganancias representa una posibilidad de que la mujer reciba una especie de "retribución por sus servicios domésticos, como "un patrimonio de ella".

Además, como una excepción a la regla general antes expuesta, en el Proyecto de Código de Familia se establece:

Art. 189.- El anterior régimen de comunidad de ganancias es sin perjuicio de que uno de los cónyuges pueda, antes o después de contraer matrimonio; ~~ar~~reglar en las capitulaciones todo lo concerniente a la propiedad y administración de sus bienes, siempre que no sea en detrimento del régimen legal establecido en los artículos anteriores.

Al respecto, en la Exposición de Motivos, los redactores del proyecto de Código de Familia afirman:

"Si se celebran capitulaciones se podrá establecer otra modalidad de régimen de comunidad de bienes, sin el peligro de que sea menos ventajosa que el legal que ahora se establece, porque siendo un convenio las capitulaciones, el cónyuge que pudiera salir perjudicado por las capitulaciones de la sociedad conyugal, no prestará su consentimiento para su celebración... los cónyuges pueden arreglar en ella todo lo concerniente a la propiedad y administración de sus bienes". (3).

Resalta en el espíritu de la Comisión Revisora, la tendencia a cristalizar el derecho de familia como un derecho social, ya que tiende a proteger al que se encuentre o pueda encontrar-

(3) Ibid. pág. 3.

se en una situación de desventaja económica, en este caso es la mujer; siendo así como, en el Artículo 189 del proyecto, se contempla en una forma tácita el principio de irrenunciabilidad de los derechos que el legislador concede; lo cual en otras ramas del derecho social, como en el derecho laboral en una forma expresa nuestro legislador constituyente lo expresó (Art.21 Cn.P.).

1.2 Derechos y Deberes entre los convivientes en las uniones de hecho formalmente establecidas.

Uno de los avances más significativos en la Constitución de la República de El Salvador, indiscutiblemente lo constituye el reconocimiento que el legislador hizo de la familia no matrimonial como base fundamental de la sociedad, al igual que la familia matrimonial. Dentro de ese marco, en cuanto a las uniones de hecho, las obligaciones y derechos entre los convivientes, ya sean relaciones de tipo personal o patrimonial, se han de regular en base a lo establecido en cuanto a los derechos y obligaciones entre los cónyuges. Tomando como anteproyecto el esquema que presenta el Código Civil vigente, aparece en un proyecto de la CORELESAL sobre este punto la disposición siguiente:

"Art. 192.- La unión de hecho existente entre un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio entre sí, surtirá los mismos efectos de éste, cuando fuere reconocida ante un notario o funcionario competente, o declarada por el juez, en su caso, y siempre que reúna los requisitos siguientes:

- a) Que sea singular, es decir, que ninguno de los convivientes esté casado o tenga unión de hecho formalizada con otra persona; y

- b) Que sea estable, es decir, que exista hogar y la vida comun se haya mantenido por un lapso continuo no menor de tres años, o si antes de ese periodo ya hubieren procreado algun hijo.

Ello no debe entenderse, bajo la idea de que el legislador ha pretendido crear una nueva forma de matrimonio, sino más bien, que la unión de hecho produzca efectos similares a este en atención a sus características de "singularidad y estabilidad", que hacen necesario, por ser de justicia, que se establezcan derechos y obligaciones para ambos convivientes y entre estos con respecto a sus descendientes comunes. Sobre ello, la Comisión Revisora en su Exposición de Motivos afirma:

"Se fundamenta esta disposición y demás relativas a los efectos de la unión de hecho, en que es de justicia que se establezcan derechos y obligaciones mutuos como si fueran casados, a aquellos convivientes cuya situación ha tenido estabilidad, pues ha durado no menos de tres años, durante los cuales han trabajado juntos, teniendo hijos en común y adquiriendo bienes, por lo que su apariencia es la de un matrimonio. De no regularse en tal sentido los efectos de la unión, se estaría permitiendo que el más fuerte de los convivientes abusara del otro, pues a su voluntad quedaría el cese de la unión y el destino de los bienes adquiridos en la misma, seguramente con el esfuerzo de ambos". (4)

Puede observarse, que al igual que en las uniones matrimoniales, en las uniones de hecho formalmente establecidas, se pretende que las decisiones no surjan de la voluntad unilateral

(4) Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) Exposición de Motivos de las Adicciones y Reformas al Código Civil relativas a la regulación de las uniones de hecho (copia mimeografiada) 1986, pág. 3.

de uno de los convivientes, ya que ello propiciaría una autocracia dentro de la familia no matrimonial, la que también es concebida como base fundamental de la sociedad, y eso atentaría contra la existencia de una familia democrática.

1.3 Derechos y obligaciones entre los cónyuges o convivientes y sus hijos.

Desde el 10. de febrero de 1972, fecha en que se introdujeron reformas en el campo de los derechos y obligaciones entre los cónyuges y entre estos y sus hijos, se configuraron en este campo las premisas para el establecimiento aún más pronunciado, de una familia democrática. Por lo que en este plano, los cambios requeridos por la Constitución son mínimos, y estos van orientados a dejar claramente establecidos en la ley secundaria la verdadera esencia de la norma fundamental. Debe de recordarse, que hay críticos que opinan aún que las Constituciones Liberales fueron excelentes.

Dentro de ese contexto histórico, importante es apuntar que aquella reminiscencia conceptual inadecuada y anacrónica denominada "patria potestad" tiende a ser sustituida por la nominación "autoridad parental". Así vemos, por un lado, que en el Código Civil vigente, los derechos sobre los hijos no son exclusivos del padre, sino que son compartidos por igual con la madre, y en algunos casos exclusivos de ella o ejercida por los otros ascendientes, como los abuelos; por otro lado, esos derechos que el padre y la madre o ascendientes ejercen sobre un descen-

diente, no se fundamenta en un poder absoluto y despótico, sino que en cualidades y méritos para poder ejercer derechos y contraer obligaciones para beneficio de una persona o ascendiente, o sea que, esa facultad se conquista a través de un desinteresado servicio en favor del ascendiente o persona sobre quien recaen tales derechos, lo cual es contrapuesto al papel del "pater familia", el cual se servía para su beneficio particular del hijo o "alieni juris" sometido a su potestad; el ejercicio de tales derechos supone un conocimiento o capacidad para ello, y a eso no se le puede seguir llamando "potestad", sino más bien "autoridad".

La Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, ha creído conveniente aceptar el término "autoridad parental" en vez del término "patria potestad", y en su proyecto de Código de Familia entienden que por la autoridad parental los padres tienen el derecho y el deber de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, estableciéndose a la vez, para dejar claro su sentido, que el interés del hijo y su protección son los principios rectores que han de tener en cuenta los padres al ejercer su autoridad, y dentro de ella, ha de encomendarse a los padres la promoción de los principios de moralidad, solidaridad humana y respeto a sus semejantes; para nutrir y proyectar la orientación de una familia democrática a la sociedad global.

2.0 LA FAMILIA IGUALITARIA

La idea "familia democrática" descansa necesariamente sobre un principio básico: la igualdad; en tal sentido, para hablar de una familia democrática se necesita concebir previamente la idea de una familia en donde haya igualdad de participación, de oportunidades, de derechos y deberes correlativos; ambas ideas son, dentro de ese marco, complementarias e interdependientes entre sí.

Mediante el estudio del desarrollo histórico y socio-jurídico de la familia se ha observado, desde el punto de vista del ejercicio del poder dentro de su núcleo, la presencia de la familia matriarcal en un primer momento, luego la presencia de la familia patriarcal; y actualmente, con las transformaciones socio-económicas de los últimos decenio y sus influencias en las normas y valores de la sociedad, se nos presentan cambios en los atributos, expectativas y patrones de comportamientos de los grupos sociales, configurándose como una necesidad histórica la existencia de una familia igualitaria que poco a poco va imponiéndose a la persistencia de prejuicios y normas arraigadas acerca del papel tradicional de la mujer, que tienden a limitar las posibilidades de una participación igualitaria frente al hombre en la familia y en toda la estructura social.

En una sociedad subdesarrollada como la nuestra y particularmente por una serie de problemas estructurales que revierten las funciones del grupo familiar, podemos concebir a la familia como semi integrada o en vía de desintegración. Al referirse a este tipo de familia, que conforma la inmensa mayoría dentro de la estructura social salvadoreña, la Licenciada Querubina Henriquez de Paredes, afirma:

"... esta tipología de familia es característica en los grupos de clase baja marginales, compuestos por campesinos que han emigrado recientemente a la ciudad en busca de mejores oportunidades. Se llama semi integrada por cuanto no ha logrado una integración completa al medio urbano, ni tampoco lo ha logrado como familia". (5)

La familia semi-integrada en nuestro país presenta rasgos fuertes de persistencia, no sólo por el proceso de industrialización iniciado con posterioridad a la crisis capitalista de 1929, sino también por el conflicto bélico que ha aumentado más el proceso de emigración del campo a la ciudad; todo ello, sin hacer abstracción de la crisis que particularmente se da dentro de las familias urbanas marginadas que se ubican en los suburbios de la ciudad.

Por la marginalidad socio-económica y cultural en que se encuentran la mayoría de núcleos familiares, podemos encontrar dentro de ellos dos características fundamentales:

(5) Henríquez de Paredes, Querubina. Sociología de la Familia. Trabajo presentado en el Primer Seminario Nacional de El Salvador sobre Juventud y Población, promovido por la Asamblea Mundial de la Juventud. El Salvador: Editorial Universitaria, 1970, pág. 58.

a) El Machismo. Como un grave problema analizado a nivel de psicología social, se observa una acentuada manifestación del autoritarismo por parte del padre o marido; este individualismo autoritario se encuentra condicionado por la posición que los integrantes del grupo familiar ocupan dentro de la estructura social. Al respecto, Martín Baró afirma: "... frente a un mundo opresor el único camino de crecimiento que se ofrece al individuo es este camino individualista que acepta integrar nuevos brazos de opresión, pero no ofrece posibilidades para un crecimiento comunitario". (6) Y dentro de ese marco, como es obvio, el grupo familiar se presenta como la oportunidad más importante de ejercer poder sobre otros.

b) Pauta de Sumisión. Encontrándose cerrado el espacio para la mujer en la dirección y comportamiento de responsabilidades en una forma igualitaria frente al hombre, es obvio que la madre y esposa tiene menos oportunidades de participar efectiva y simbólicamente en los órdenes institucionales más avanzados de la sociedad frente al cambio social, y en efecto, "maneja la situación de inferioridad en cuanto al poder con respecto al esposo por el conformismo con la norma de obediencia". (7) Esta actitud tiene su origen en la socialización diferencial que tra

(6) Baró, Ignacio Martín. Psicología del Campesino Salvadoreño. En psicología, ciencia y conciencia. El Salvador: UCA editores, 4ª edición, 1986, pág. 498.

(7) Henríquez de Paredes, Querubina, ob. cit. pág. 60.

dicionalmente se le ha inculcado a la mujer y que ha recibido en cierta medida, el aval del legislador.

Frente a esa realidad social inmanente en el grupo familiar surge la necesidad de llevar a cabo en nuestra sociedad el proyecto de formación de una familia igualitaria. Dentro de ese contexto, se observa que la desigualdad dentro de la familia encuentra sus manifestaciones concretas no sólo en la simple desigualdad de la mujer frente al hombre, este es tan sólo un aspecto genérico que en el campo jurídico se traduce en el reconocimiento unívoco que de la familia se ha hecho, esto es, el reconocimiento de la familia únicamente cuando tiene como origen el matrimonio; obviamente, esa igualdad tiende a expandirse, y el impacto inmediato se expresa en la desigualdad de los hijos. Así pues, dentro del proyecto de una familia igualitaria hemos de considerar tres tópicos fundamentales: el reconocimiento de las uniones de hecho estables y como medio de protección a la familia no matrimonial; la igualdad jurídica de los cónyuges y en general la igualdad del hombre y la mujer; y la igualdad jurídica de los hijos.

2.1 Reconocimiento de las Uniones de Hecho Estables

Si observamos el desarrollo histórico social de la familia, encontramos como elemento característico aún inmanente en la actualidad, las uniones de hechos estables en gran proporción y la falta de regulación de los vínculos familiares resultantes de ella entre el varón y la mujer. Con gran acierto el Profesor

Antonio D'Jesús critica la legislación venezolana, la cual ha sido similar a la nuestra, en los términos siguientes:

"... para aquel entonces toda la orientación de la familia se centraba más en la defensa del matrimonio aún cuando fuere fallido, que en la defensa de la familia formada con te^zón y trabajo. En otras palabras, el legislador puso toda su atención en la defensa de un aspecto formal del matrimonio que en la defensa sustancial de la familia". (8)

Nuestro legislador constituyente de 1983, no podía seguir indiferente a esa realidad que enfáticamente habla por sí sola a través de la crisis social agudizada que vivimos. En tal sentido encontramos en la Constitución de la República de El Salvador una disposición que reza:

"Art. 32.- La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

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

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

Al interpretar el artículo anterior, se aprecia que el término "familia", jerárquicamente está por encima del término o voz "matrimonio". Obviamente, a partir de ese detalle se da a

(8) D'Jesús, Antonio. La Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes ante la ley que reforma el Código Civil en materia de Derecho de Familia. En Revista de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, año VII, N° 25, junio 1983, pág. 109.

entender que la familia como base fundamental de la sociedad, puede o no ser matrimonial, por un lado; y por otro, preciso es notar que en base a ese mismo caracter el artículo establece que la familia "tendrá la protección del Estado", sin ninguna otra clase de condición ni clasificación, es decir, sea o no matrimonial.

No obstante lo anterior, dentro del texto del Art. 32 inc. 2o. de la Constitución, existe la convicción y preferencia por la defensa de la familia matrimonial. Y puede observarse en el inciso 3o. de dicho artículo que se dice: "El Estado fomentará el matrimonio..." no se dice en iguales términos que el Estado habrá de proteger el concubinato; pero a continuación de dicha afirmación nos dice: "... pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos establecidos en favor de la familia".

Es de considerar entonces, que al redactar el Art. 32 nuestro legislador constituyente tomó en cuenta nuestra realidad social y la forma como la familia surge en nuestra sociedad; la cual en un alto porcentaje se queda simplemente como unión de hecho, pero igualmente con la familia matrimonial constituye una forma de integración familiar. De ahí que más adelante, el legislador constituyente establezca que: "La ley regulará las relaciones resultantes de la unión estable de un varón y una mujer".

Al comentar en la Constitución Política venezolana una disposición similar al Art. 32 de la nuestra, el Profesor Antonio D'Jesús afirma:

"Leyendo bajo este norte el texto constitucional, es posible establecer situaciones que no se conforman totalmente al rígido modelo de la ley, pero demuestran como comunidades sociales altos fines que permiten el desarrollo de la personalidad humana y por lo tanto que deben ser meritoria de tutela aún cuando no gocen de los principios de la familia matrimonial". (9)

Con todo lo anterior es válido afirmar, que dentro de la concepción social del derecho el Estado ha reconocido y admitido como un hecho con validez jurídica, el vínculo biológico que intercorre entre los miembros de la familia, aún cuando ella no sea matrimonial; coligiéndose de ella, la necesidad de dictar normas en cuales el término familia no tenga un sentido unívoco, o sea que, sin hacer referencia a la familia en términos de familia matrimonial, como antes se ha hecho a nivel constitucional.

2.2 La Igualdad Jurídica de los Cónyuges y en general la

igualdad del hombre y la mujer.

Establecida una igualdad en cuanto a los efectos que producen, tanto las uniones matrimoniales como las uniones de

(9) Ibid. pág. 108.

hecho que reúnen los requisitos de singularidad y estabilidad, establezcamos en qué forma el proyecto igualitario establecido en la Constitución se ha de dar dentro del grupo familiar.

Dentro del derecho de familia la igualdad se nos presenta como una pauta de comportamiento y un límite a los actos de autonomía privada, considerados absolutos en la concepción individualista del derecho; y ello precisamente se constituye como uno de los elementos característicos del llamado derecho social, al cual se ha afirmado anteriormente que pertenece el derecho de familia. Nos encontramos pues, no ante una igualdad formal sino ante una igualdad sustancial, lo cual significa recibir la protección de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones sin importar, en el caso particular, la división de sexos ni las causas que originan las relaciones paterno filiales.

Vano sería hablar de que se va a encontrar el mejoramiento de la condición del grupo familiar mediante la democraticidad en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y entre los convivientes cuando no existe una igualdad de condiciones o de oportunidades para poder participar activamente en la dirección del grupo. Ello significa, que deben ser criterios igualitarios y asociativos los que deben privar en la explicación acerca de las relaciones familiares. Así pues, la igualdad entre los cónyuges y convivientes ha de constituirse en el reflejo de la existencia de un interés de carácter familiar que

supere los intereses individuales de los distintos miembros del grupo familiar. Por lo tanto, si hemos afirmado anteriormente que la proyección de una familia democrática supone la existencia de un marco de normatividad jurídica que regule las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges o convivientes y entre éstos y sus hijos, corresponde a la proyección de una familia igualitaria, crear los medios y condiciones necesarios para que esa normatividad jurídica democrática tenga positividad.

Si consideramos la realidad que vive la inmensa mayoría de familia de clase baja, que comunmente se ubican como familias semi-integradas o en vías de desintegración, veremos que la proximidad de una familia igualitaria es un sueño, más aún cuando consideramos el ciclo o la dinámica social de ellas. Al respecto la Doctora Rosa Judith Cisneros afirma:

"La familia de clase baja suele ser muy numerosa. En un primer momento está constituida por la madre, el padre y sus hijos, ambos tienen necesidad de trabajar; los nacimientos se suceden con frecuencia y con poca distancia entre unos y otros, de tal manera que en breve tiempo la mujer se ve precisada a dejar el trabajo para atender sus numerosos hijos. Los recursos disminuyen cuando más se necesitan y el hombre sintiendo una carga difícil de sobrellevar, toma la decisión más simple para él y más conflictiva para la mujer; la abandona y se casa o acompaña con otra mujer más joven que la anterior, para repetir el ciclo de vida marital, numerosos hijos y abandono. En un siguiente período, la familia queda formada por la madre y sus hijos. Como los controles sociales son muy débiles o inexistentes a ese abandono siguen otras uniones temporales o esporádicas que introducen al núcleo familiar a un hombre que no es el padre de los primeros hijos. La mujer lo lleva con el afán de que le ayude

al sostenimiento del núcleo y él por su parte se acerca para ser ayudado. La disparidad de intereses produce ruptura de esa frágil unión que deja de nuevo a la mujer sola con más hijos de los que tenía, cuando inició la segunda o ulterior unión". (10)

Vemos como la ignorancia, el machismo, la pauta de sumisión y la persistencia de normas y valores tradicionales que obstaculizan el cambio dentro de la familia, se alimentan y nutren de las características desventajosas que en el plano biológico presenta la mujer, y esto, no obstante que existe un marco de normatividad jurídica que regule las relaciones entre los cónyuges o convivientes, mantiene atada a la mujer bajo distinta formalidad a la milenaria potestad marital.

No obstante que se establezca, como en todo derecho social, de manera expresa la irrenunciabilidad de los derechos del desprotegido socialmente (la mujer) frente al potentoso (el hombre), en la clase baja el eco de estas palabras o disposiciones no se escucharían porque no han recibido la formación cultural y educativa para ello. Claramente lo decía Segundo Montes en el Primer Seminario Operacional Latinoamericano de Educación Funcional de Adultos, auspiciado por la UNESCO en 1973 al afirmar:

(10) Cisneros, Rosa Judith. Condiciones de la Salud del Niño en un Mundo Cambiante. Asociación Demográfica Salvadoreña, 1978, pág. 18 y 19.

"Corremos el peligro de juzgar esas familias a través de y por "nuestra cultura", a través de la legislación vigente y a través de la Declaración de Derechos Humanos, cuando es una cultura ajena a muchas de esas poblaciones. Corremos igualmente el peligro de querer les imponer unos valores inasequibles a esas gentes, y que no los sienten como propios.

Si miramos la familia por supuesto no todas, pero si globalmente, si las miramos a la luz "nuestra cultura" a la luz de los Derechos Humanos y a la luz de la legislación, podemos formarnos el juicio de la familia está muy mal, está deshecha". (11)

Tanto analfabetismo hay aún que si se puede alegar ignorancia de la ley, aunque se contrarie la disposición civilista; y en efecto, se podría alegar ignorancia de la igualdad jurídica entre los cónyuges y en general, de igualdad entre el hombre y la mujer. Y aunque no se ignorasen en realidad tales derechos, que valor podrán tener si muchas veces en la clase baja por las condiciones paupérrimas del núcleo familiar, para mantenerse al menos en ese mismo "status" o sea, para no morir la mujer y sus hijos, tiene la mujer que permitir violaciones a sus derechos como tal.

Si una familia igualitaria significa que marido y mujer tienen iguales oportunidades reales de involucramiento en las esferas ocupacionales, educacionales y políticas de la sociedad global, esta es una ilusión para las clases bajas.

(11) Montes, Segundo. Familia y Paternidad Responsable. En Revista ECA, año XXIX, Nos. 303-304, enero-febrero, 1974, pág. 25.

2.3 La igualdad Jurídica de los Hijos.

Habiéndose reconocido por parte del legislador constituyente de 1983, a las uniones de hecho estables como medio de protección a la familia no matrimonial, aceptándose con ello, la producción de los mismos efectos entre ambos tipos de uniones; y establecida la igualdad jurídica de los cónyuges y en general la igualdad del hombre y la mujer, es lógico que esta igualdad se reproduzca en las relaciones paterno-filiales, independientemente de las causas que originan tales vínculos.

Dentro de esa línea de pensamiento, el legislador constituyente de 1983 estableció en el Art. 36 de la Constitución que: "Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia y seguridad". Clara es la innovación que se introdujo en este campo; bástenos recordar que en la Constitución de 1950 - 1962 no obstante que ya se habla de igualdad, ésta lo es restringida, o sea que solo lo es cuanto a la educación, asistencia y protección del padre; derechos que tienen carácter personal, no patrimonial; por lo que la desigualdad, principalmente en el campo patrimonial se entendía presente. En tal sentido, el legislador constituyente de 1983 establece igualdad de derechos no solo en el campo personal, sino también en lo patrimonial, y considera dentro de los derechos personales del menor la obligación que tiene el pa

dre de dar seguridad a su hijo, lo cual está en perfecta armonía con el valor de seguridad jurídica que en un sentido genérico desarrolla la Constitución en el Art. 2.

Así pues, cobra vigencia con nuestro legislador constituyente de 1983, las transformaciones que en las últimas décadas ha sufrido el derecho privado al reconocer la preexistencia del derecho a la igualdad no solo formalmente, sino también sustancialmente, lo cual ha permitido que algunas de las ramas del derecho privado tengan una nueva orientación que polemiza su tradicional identidad, como lo es el derecho de familia; pero para esto se tuvo que esperar mucho tiempo, recuerdese que la igualdad de los hombres ante la ley viene desde la Revolución Francesa y así se incorporó en nuestros pretéritos textos constitucionales sin cobrar una real efectividad. Al respecto Osés Luis Mendizabal afirma:

"Estos principios de la igualdad ante la ley y de la verdad biológica del nacimiento, han venido a consagrar jurídicamente el principio de la igualdad de la filiación; igualdad ésta que al ser estrictamente jurídica de hecho queda reducida a una simple abstracción que resulta ineficaz para erradicar esos sentimientos frustrantes que tienen su razón de ser en generalizadas actitudes de rechazo social que se hacen recaer sobre quienes no tuvieron la fortuna de nacer en un medio tradicionalmente aceptado. A fortalecer aquellos sentimientos y estas actitudes coadyuvó, paradójicamente, el propio derecho positivo, ya que, pese a establecer poco más que un simple principio de igualdad, en su aplicación práctica hubo de imponerles serias restricciones". (12)

(12) Mendizabal, Osés Luis. Derecho de Menores. Teoría General. España: Editorial Pirámide S.A., 1977, págs. 247.

La conquista de la igualdad de filiación que consagra la Constitución de la República de El Salvador de 1983 requiere de un cambio de perspectiva en cuanto a la operacionalización por medio de las leyes secundarias, lo que desde el dogmatismo civil no será fácil alcanzar. Bástenos observar las disposiciones civilistas que desarrollan la clasificación estigmatizante de los hijos; vemos así, que los hijos naturales no tienen respecto al padre otros derechos que los que éste contribuya a los gastos de crianza y educación (Arts. 285 y 291); asimismo, el hijo natural tiene menor preferencia frente al hijo legítimo en relación al suministro de alimentos (Art. 347 C.); y en cuanto a la sucesión intestada por derecho de representación y por derecho personal se manifiesta también ese trato preferencial del hijo legítimo (Arts. 986, 988 y 990 C.).

Tomando en consideración que las disposiciones civilistas antes mencionadas, se oponen categóricamente a la proyección de una familia igualitaria en cuanto a las relaciones paterno-filiales, en el Proyecto de Código de Familia elaborado por la CORELESAL se dispone que: "todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes frente a sus padres".

No obstante lo anterior, es necesario ver que una sana concepción de la igualdad no se queda incolume en la mera normatividad, sino que debe procurarse las condiciones necesarias para que dichas normas puedan ejercitarse. Al respecto, la CORELESAL en la Exposición de Motivos del proyecto referido afirma: "En

muchas ocasiones los hijos no pueden ejercer los derechos frente a sus padres por su filiación no establecida; en otras, por no tener la posibilidad de acceso a las diversas instancias legales y, en muchos casos más, por no contar los progenitores con los medios económicos suficientes para hacerle frente a sus necesidades". (13)

Estas situaciones reales niegan en sí la igualdad de derecho de los hijos porque no existe una igualdad de oportunidades, a no ser que el Estado intervenga con mayor fuerza.

3.0 LA FAMILIA UNITARIA

Por la naturaleza social del hombre, cuando se afirma como tal dentro de la sociedad coadyuva al perfeccionamiento de su propia individualidad; por lo tanto, dentro de la unidad que implica el orden social se imponen al hombre limitaciones a sus actividades para beneficio propio en obediencia a su inherente naturaleza. Así pues, "los fines de la sociedad son fines de cada uno de los hombres, así como lo contrario, de aquella lo es para la esencia de la individualidad de éstos". (14) Dentro de ese contexto, el proyecto de una familia democrática e igualitaria como expresión de la concepción social del derecho, implica la existencia de una familia unitaria que permita el desarrollo

(13) Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL) Exposición de Motivos de Proyecto de Ley Relativo a las Regulaciones de los Derechos de los hijos nacidos fuera de Matrimonio (material mimeografiado) 1989, pág. 3.

(14) Borja y Borja, Ramiro. Teoría General del Derecho y del Estado. Argentina: Editorial Depalma, 1977, pág. 25.

integral de la persona.

La premisa jurídica fundamental de la familia unitaria la encontramos en el Art. 2 de nuestra Constitución, el cual reza: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral..." Y la vigencia plena de estos derechos sólo es posible dentro de un grupo familiar bien constituido que cumpla sin limitantes de ningún tipo sus funciones como base fundamental de la sociedad. Es por ello, que el Art. 34 de nuestro texto constitucional dice: "Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral..."

Más sin embargo, como antes se ha dicho, si la proyección de una familia democrática e igualitaria tropieza con muchos obstáculos para su real concretización qué se puede decir del proyecto de una familia unitaria?

Debe tenerse en consideración, que hoy enfrentamos un conflicto bélico que ha desintegrado en gran proporción el núcleo familiar; y al cual se suma la existencia de una familia autárquica y desigualitaria en sus relaciones internas; y bajo tal perspectiva, el proyecto de una familia unitaria es un lejano señuelo que solo podrá alcanzarse mediante el reconocimiento no solo formal por parte del Estado de que debe su existencia a la familia, sino más bien real. Es por ello que encontramos en nuestra Constitución, que luego del reconocimiento que se hace

en tal sentido a la familia, como base fundamental de la sociedad, se obliga el Estado a protegerla, dictando la legislación necesaria y creando los organismos y servicios necesarios para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

Este proceso de desintegración el cual se encuentra sometida la familia, lo podemos analizar a partir de la responsabilidad paterna y el abandono del menor, aspectos que en correspondencia recíproca van reproduciendo la crisis de la familia, y por tanto la crisis social.

3.1 La Paternidad Irresponsable.

La paternidad irresponsable como factor desintegrador de la familia, la vamos a estudiar a través de la idea de lo que es la paternidad responsable.

Por parte del Gobierno de la República de El Salvador se ha dicho que paternidad responsable es: "la acción libre, voluntaria y sobre todo humana de los padres hacia sus hijos para satisfacerles sus necesidades e intereses, proporcionándoles desde antes de nacer y en el futuro: amor, seguridad, vivienda, alimentación, salud, educación y mayor bienestar". (15) Bajo las circunstancias y condiciones en que se encuentra nuestra socie-

(15) Ministerio de Planificación y Coordinación del Desarrollo Económico y Social (MIPLAN). La Paternidad Responsable. Uno de sus más grandes propósitos. 1986, pág. 5.

dad, ello implica la procreación de nuevos seres humanos en un sentido amplio.

Si analizamos el término: "procreación", veremos de que éste no se limita estrictamente al aspecto biológico (tan es así que muchas veces puede prescindirse de él para determinar la paternidad, como en el caso de la adopción, pero para los efectos del presente trabajo estudiamos con mayor énfasis la paternidad responsable frente al progenitor). Al respecto, Martín Baro afirma:

"Un nuevo ser humano es mucho más que un simple organismo viviente; procrear seres humanos es darle vida en lo corporal y en lo psíquico, generales como individuos pero generales también como miembros de una sociedad. Procrear es dar vida, pero también un lenguaje, una cultura, unos valores, unas pautas de conducta y, en última instancia, todo aquel mínimo necesario para que el hombre pueda llegar a ser miembro de una sociedad y su jeto de una historia". (16)

En iguales términos se expresa el Papa Juan Pablo II al afirmar:

"La sexualidad mediante la cual el hombre y la mujer se dan uno a otro... no es algo puramente biológico, sino que afecta al núcleo íntimo de la persona en cuanto tal. Esta totalidad exigida por el amor conyugal, corresponde también con la exigencia de una fecundidad responsable, la cual orientada a engendrar a una persona, supera por su naturaleza el orden puramente biológico..." (17)

(16) Baró, Ignacio Martín. Cinco Tesis sobre la Paternidad aplicada a El Salvador. Trabajo presentado en el Primer Seminario de Paternidad, promovido por la Procuraduría General de Pobres, celebrado del 21 al 25 de julio de 1975, pág. 1.

(17) Juan Pablo II. Encíclica Familiaris Consortis. Colombia: Ediciones Paulinas, 1986, pág. 25.

Así pues, dentro de la paternidad se distinguen dos elementos constitutivos: La generación biológico y la generación psicosocial o proceso de socialización o humanización de la persona.

Ahora bien, es necesario establecer un marco de referencia para determinar en forma cualitativa una escala de valores que puedan ayudarnos a calificar la paternidad dentro de la formación social salvadoreña; porque toda formación social regula o pretende regular el comportamiento paternal; cuándo, cómo y bajo qué condiciones puede darse el acto procreador o el proceso socializador paternal; o sea que el comportamiento paternal no es tan libre ni tan voluntaria como se piensa, sino que hay algo que inclina al individuo a asumir un determinado comportamiento.

Qué se podrá decir de la forma como nuestra sociedad regula o pretende regular el comportamiento paternal? La respuesta a esta interrogante la encontramos en el análisis de las dimensiones: social, cultural y educativa y económica del problema.

3.1.1 Dimensión Social.

Dentro de esta dimensión puede considerarse en primer lugar, el vicio del alcoholismo y la drogadicción, los cuales se constituyen en un peligro que poco a poco va cobrando fuerzas como enfermedades silenciosas que van minando nuestra sociedad cada vez con mayor ímpetu, y va diezmando los ingresos de la fa

milia. El dinero se despilfarra en lo superfluo y artificial con olvido de lo necesario y básico; el desmesurado consumo de bebidas embriagantes está incidiendo en forma alarmante como elemento desestabilizador de la familia. Otty Ossa Aristizabal, al analizar el problema del alcoholismo sostiene que este fortalece o promueve la prostitución, bajo los siguientes puntos:

- "a) El embriagado pierde la conciencia y destruye, a veces totalmente, la capacidad de discernir entre lo que es saludable y lo que no lo es;
- b) El ebrio sufre perturbaciones en su vida efectiva y las dirige en favor de la mujer inmediata, que en muchos casos puede ser su mujer o su propia hija;
- c) Aumenta los celos contra su esposa, y estimula los deseos de venganza;
- d) Estimula directamente el instinto y deseo sexual y lleva al alcoholismo a buscar soluciones fáciles. Sino sacia el deseo con su esposa o hijas, el dinero queda en el prostíbulo;
- e) Indirectamente el alcohol puede inducir a la disolución del núcleo familiar, abandono del hogar y consecuentemente al fomento de la prostitución;
- f) El alcoholismo está considerado como una de las causas que más está influyendo para disponer al divorcio" (18)

El problema social del alcoholismo y la drogadicción, en sí y por sí solos podría ser suficiente para conocer la desintegración en que se encuentra la familia.

(18) Aristizabal, Otty Ossa. La Desestabilidad de la Familia. Venezuela: Ediciones Paulinas, 1988, pág. 34.

En un segundo lugar, cabe mencionar dentro de la dimensión social la falta de vivienda, la cual es considerada como una condición situacional necesaria para el desarrollo de una vida familiar estable; tan es así, que nuestro legislador constituyente de 1983 declaró como un interés social, la construcción de viviendas e impuso como una exigencia al Estado, el procurar que el mayor número de familias salvadoreñas lleguen a ser propietarias de su vivienda (Art. 119 Cn.) Al hacer un estudio sobre el problema de la vivienda, Ignacio Martín Baró en 1975 afirma:

"Ante todo, es evidente que la vivienda es condición situacional necesaria para el desarrollo de una vida estable. Ahora bien, según datos de la ODECA, existiría en El Salvador un déficit habitacional de 333,000 unidades, de las cuales 95,400 (el 28.5%) correspondería al déficit urbano y 238.200 (el 71.5%) al rural. Estos datos son evidentemente muy optimistas. Pero aún así, y supuesta una población de cuatro millones, con un grupo familiar promedio de 5 personas y media significan que, por lo menos, un 45.5% de la población salvadoreña carece de vivienda adecuada. Este dato resulta bien expresivo con respecto a las posibilidades objetivas de estabilidad en la vida familiar". (19)

La acrecentada emigración del campo a la ciudad debido al conflicto bélico ha venido a agudizar más el problema de la vivienda. De la noche a la mañana se levantan ranchos o "champas" de lámina y cartón, y ejércitos de seres hambrientos y carentes de recursos económicos que se cobijan a la sombra de un portal

(19) Baró, Ignacio Martín. ob. cit. pág. 18.

o en las aceras de las calles van a engrosar el problema de la vivienda. Si según datos del Ministerio de Planificación (MIPLAN) "Para que todos los salvadoreños tuvieran una vivienda adecuada en 1983 se necesitaba construir aproximadamente 600.000 viviendas nuevas". (20) Cuántas viviendas se necesitarán construir en 1990, cuando la crisis se ha agudizado no sólo por el desarrollo del conflicto, sino también por el terremoto de 1986? El hacinamiento es mucho más serio, y esto, propicia la promiscuidad bajo muchos aspectos.

En tercer lugar, puede mencionarse dentro de la dimensión social el problema de la salud, la cual es uno de los dones más preciados que tiene el hombre; así, nuestro legislador constituyente de 1983, la consideró como un bien público y obligó al Estado y a la persona a velar por su conservación y restablecimiento (Art. 65 Cn.) Gozando de una buena salud se puede adquirir mucho, pero naturalmente, para mantenerse sano se requieren ciertas condiciones que difícilmente están al alcance de la inmensa mayoría de la población.

La canasta familiar básica difícilmente llega a la mayoría de los hogares salvadoreños, hablando en términos globales así, con suficientes elementos de juicios se ha afirmado que:

"Para enero de 1990, un grupo familiar de 5 personas invierte mínimamente, consumiendo solo frijoles, arroz, tortilla, pan, café y azúcar, \$283.00 al mes. Esta cifra es aproximada y en extremo conservadora. Aún así habría que agregar otros gastos elementales: educación,

medicina, vivienda, vestuario, jabón y dentríficos". (21)

Lo primero que se necesita para alimentarse bien y mantenerse saludable es tener el ingreso suficiente que permita atender esas necesidades, y el poder adquisitivo del colón va en una constante caída; así se ha estimado que: "para llegar al poder adquisitivo de 1978 tendríamos que transformar por completo los salarios mínimos. Por ejemplo, en el café deberían ser ¢65.00 aproximadamente; en la caña, ¢37.00; en el algodón ¢43.00 en la industria, ¢47.00 el salario mínimo". (22)

Por otro lado, triste es constatar que en los hospitales el paciente tiene que llevar hasta el algodón con el cual se le va a curar, porque se carece muchas veces de él, pero esto es sí se le atiende, ya que según datos de MIPLAN, "aproximadamente sólo la cuarta parte de los enfermos son atendidos en las clínicas del gobierno y una cantidad muy reducida por las clínicas particulares". (23)

La premisa sobre la cual gira el factor salud, es la alimentación; y una mala alimentación produce: desnutrición, disminución de la inteligencia, enfermedades y muertes; y eso influye negativamente en la familia porque la desestabiliza en

(21) Martínez Guzmán, Pedro. Vivir o sobrevivir. La carestía. En Revista SEMANA, año Nº 3, edic. Nº 92. El Salvador, 12 de febrero de 1990, pág. 7.

(22) Saz, Carlos Alberto. Siguen subiendo los precios? En Revista SEMANA, año No. 3, edición No. 95, El Salvador, marzo 1990, pág. 31.

(23) Ministerio de Planificación y Coordinación del Desarrollo Económico y Social, ob. cit. pág. 5.

muchos sentidos.

3.1.2 Dimensión Cultural y Educativa.

Dentro de esa dimensión se puede ubicar en un primer lugar, el machismo, el cual se entiende y se explica a través del dominio que el hombre ejerce sobre la mujer. Los patrones cultura--les tradicionales se encuentran tan inmersos en nuestra socie--dad que existe una reafirmación permanente en el papel machista del hombre proporcionado por la sociedad misma; si falla como macho es irrespetado por la sociedad y sobre todo por la mujer. Otty Ossa Aristizabal afirma, que el machismo ataca el carácter digno e inviolable de la esposa o compañera de vida y de los hijos de la manera siguiente:

- "-Con el juicio y autoritarismo, se considera superior en derechos e impone arbitrariamente su voluntad a la esposa en la vida sexual y a toda la familia en la e--conomía, relaciones sociales, etc.
- Con su libertad sexual el machista se permite, con toda naturalidad, unas libertades que de ninguna manera tolera su esposa e hijas;
- Tanto a la mujer, como a los hijos, los trata no como personas queridas, sino como objetos que le pertene--cen y sobre los que puede disponer a su capricho; pa--ra el machista todos son menores de edad y servidores que le deben obediencia sin réplica alguna". (24)

Indiscutiblemente, el machismo unido como condicionante a la irresponsabilidad paterna, sigue siendo el problema que con--tradice todo lo establecido por la ley en beneficio de la uni--dad de la familia, constituyéndose de ese modo no sólo en una

(24) Aristizabal, Otty Ossa. ob. cit. pág. 94.

incompatibilidad, sino también como una irresponsabilidad en la familia.

Lugar importante ocupa también en nuestra formación social la ineducación, la cual campa con índices alarmantes, ya que la educación parece tener aún un carácter clasista en la realidad. Al hablar de educación, no se hace referencia a alfabetismo, la educación es mucho más que saber leer y escribir, es, utilizando los términos de nuestro **L**egisla**d**or **C**onstituyente de 1983, un instrumento o medio para lograr "el desarrollo integral de la personalidad humana en su dimensión espiritual, moral y social" (Art. 55 Cn.); y en consecuencia, un medio para superar cualquier tipo de marginación, ya sea social, económica, política o cultural. Cabe recordar la respuesta que da Masferrer a la pregunta sobre, qué debe saber un hombre para ser instruído racionalmente?

"Debe saber, en primer lugar, cuales son sus derechos naturales, y los medios de que se cumplan libre e integrámente. Ese conocimiento primario y fundamental garantizará la eficacia de sus esfuerzos para cultivar otros ramos de la ciencia y el arte, porque le hará fuerte, justo bueno y libre, y la fuerza, la justicia, la bondad y la libertad serán para su entendimiento alas de poderosos e incontrastable vuelo". (25)

Ya se ha hablado lo suficiente, sobre la ignorancia de las leyes en nuestra sociedad, aunque contravenga la ficticia pre--

(25) Masferrer, Alberto. Qué debemos Saber? El Salvador: Dirección de Publicaciones e impresos, 5ª edición, 1980, pág. 12.

sunción establecida en el Art. 8 C., como factor que imposibilita la absoluta positividad de éstas por toda la población. La falta de educación y la ignorancia es extremada.

Según datos de MIPLAN, en el año de 1983, se matricularon aproximadamente:

- "-De cada 100 niños de 4 a 6 años de edad, sólo 14 en parvularia.
 - De cada 100 niños de 7 a 15 años de edad, solo 73 en grados de 1º a 9º.
 - De cada 100 jóvenes de 16 a 18 años, sólo 26 en educación media o bachillerato.
- Además:
- De cada 100 adultos, sólo 9 pudieron recibir educación superior (universitaria o no universitaria).
 - Finalmente, de cada 100 personas en edad de leer y escribir, 25 hombres no sabían hacerlo y 32 mujeres tampoco". (26)

La voz de la Iglesia sobre este problema no se ha hecho esperar, en la Tercera Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, se afirmó que: "Son los sectores deprimidos los que muestran mayores tasas de analfabetismo, deserción escolar y menos posibilidades de obtener empleo". (27)

Es obvio, que si la sociedad organizada jurídicamente en el Estado no cumple en realidad con su compromiso de proporcionar educación, la familia tampoco podrá cumplir con su función educativa y socializadora, y eso es irresponsabilidad. Si cier-

(26) Ministerio de Planificación y Coordinación del Desarrollo Económico y Social. Ob. cit. pág. 11

(27) III Conferencia General del Episcopado Latinoamericano. Puebla. La Evangelización en el presente y en el futuro de América Latina. El Salvador: UCA editores, 5ª edic., 1988, pág. 214.

tamente como afirma Masferrer, un padre ha de ser un maestro para su hijo, lo cierto es que la mayoría de padres no están preparados para ello, porque "la sociedad" los margina.

3.1.3 Dimensión Económica

Puede considerarse que en nuestra sociedad, el común denominador para realizar cualquier actividad es el consumismo, el cual golpea duramente a la familia y la desquicia, ya que la propaganda que impulsan los medios de comunicación social sobre ciertos productos empuja muchas veces, a una obsesión por el trabajo y por el dinero; y cuando el deseo de conseguir dinero llega a constituirse en la primera prioridad para el hombre, en tonces ese deseo se convierte en obsesión. Esta obsesión lo lleva a menospreciar ciertos valores éticos y morales, y pasa por encima de ellos con el fin de conseguir el dinero que desea. Muchas veces, con el fin de tener el dinero suficiente para comprar determinado bien "suntuoso" que no corresponden a las reales condiciones económicas del grupo familiar, se olvidan los padres de alimentar, educar y dar asistencia y protección a sus hijos; y muchas veces los instrumentalizan en función de sus fines, sometiénolos a duros trabajos y frustándolos de toda afectividad.

Por otro lado puede considerarse, que sería una insensatez no reconocer que en El Salvador vivimos una profunda crisis económica que hace sentir sus efectos muy especialmente en la familia. La escalada migración rural-urbana debido al conflicto bé-

lico, como un contraste, nos presenta por una parte los grandes centros comerciales y las zonas residenciales de la gente rica; y por otra parte, los cinturones de pobreza en los grandes asentamientos de desplazados, junto con la ya existente población urbana de los suburbios; esto viene a acrecentar los serios problemas ya existentes desde antes del conflicto bélico, a lo que se sumo el terremoto del 10 de octubre de 1986, nominados por muchos críticos sociales como "una radiografía de la miseria". La crisis económica ha producido desempleo, sub-empleo y marginalidad extremada; la "piñata de dólares" que nunca ha estado bien distribuida y mucho menos saludablemente utilizada, ya que ha servido para enriquecer a pocos (claros testimonios de ello se han dado en las campañas prosilitistas de los partidos políticos en oposición) y a incrementar más la guerra, que a promover el bienestar socio-económico. En el vaivén de esta crisis económica es difícil conseguir el pan de cada día, y esto repercute sobre la familia como factor que la desintegra, no solo porque hacen difícil la generación de una paternidad responsable, sino también porque crea nuevos problemas: incremento de la violencia, de la delincuencia, de la drogadicción y de el suicidio.

Es dentro de una sociedad y una familia en crisis en donde tiene cabida hablando en términos globales la irresponsabilidad paterna; de la cual, los individuos componentes del grupo familiar son: consecuencia, instrumento y síntomas. Dentro de ese

contexto, Martín Baró afirma:

"... el individuo no es tan libre ni tan autónomo como se pretende. Y no lo es porque el comportamiento de los individuos es una consecuencia de su aprendizaje y de sus posibilidades de acción y opción. En otras palabras, la formación de tipos de familia anómalas es realizada por los individuos porque a ello les impulsa tanto las actitudes aprendidas, cuanto las estructuras socio-económicas que condicionan las posibilidades reales de conducta. Así las estructuras económicas de El Salvador impulsan, facilitan y aún exigen que el varón procreé biológicamente, mientras que inhiben, dificultan y aún imposibilitan que el mismo varón asuma la procreación psicosocial de aquellos a quienes engendra". (28)

De una u otra manera nuestro legislador constituyente de 1983 recogió tal realidad al afirmar que: "La ley determinará las formas de investigar la paternidad" (Art. 36 inc. últ. Cn.) Y del tenor literal de dicho artículo surgen las siguientes interrogantes: Será correcto afirmar que se investigará y se establecerá la paternidad? o en cambio, será correcto suponer que se investigará quien es el progenitor o "procreador" biológico y se le obligará a que cumpla con la procreación en su sentido psicosocial? Claro es, que nos encontramos frente al caso, según el texto Constitucional, de un ser del cual no se sabe quién lo engendró, para obligar a éste a que dé una cuota alimenticia; pero no obstante ello, hasta ahí estaríamos todavía frente a u-

(28) Baró, Ignacio Martín. Ob. cit. pág. 15

na irresponsabilidad paterna, ya que solo se estaría estableciendo la paternidad en sentido biológico, mas no en su sentido psicosocial. Mas sin embargo, podría concebirse que tal disposición tiene un contenido ambivalente de la paternidad, en caso de un abandono no voluntario de un hijo si consideráramos que éste ha sobrevenido como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor independiente de la voluntad de los padres; pero esa no es nuestra realidad. Frente a esa realidad, preciso es hacer mención que en 1969 la Asociación Demográfica Salvadoreña (ADS) realizó una campaña nominada "PATER" cuyo lema fue: "Solamente debes engendrar los hijos que puedas paternizar", aunque la voz paternizar tiene un sentido psicosocial según dicha frase, por la determinación de la formación social salvadoreña solo puede dársele a dicha voz hablando en términos globales, un sentido biológico.

Sintetizando los puntos antes expuestos, es obvio asociar la idea de paternidad irresponsable con abandono material o moral de un menor, lo cual estudiaremos a continuación.

3.2 El Abandono del Menor

Juntamente con la paternidad irresponsable, y como una consecuencia de ésta, la institución de la familia enfrenta con uno de los problemas de gran magnitud que explica su desintegración como lo es el abandono del menor; fenómeno social que implica un desamparo del menor o el hecho de que no se le suministre a éste los medios imprescindibles para su desarrollo inte--

gral, negando con ello el espíritu del Legislador Constituyente de 1983 plasmado en el Art. 34 Cn.

Poco sería escribir para dar a conocer en su totalidad la vida de aquellos que habitualmente son mordidos por el infortunio, los que no tienen un padre responsable, los que viven hacinados en la miseria; es dura la realidad de estos menores cuya vida es dura no por que ellos la hayan querido así, sino porque así se las ofrecemos o se las damos los adultos. Como seres inocentes ajenos a todo lo que ocurre a su alrededor, confían ciegamente en nosotros los adultos y nosotros los defraudamos, negándoles en la mayoría de los caso lo más elemental y valioso: el amor. Podemos ver con los ojos de la realidad esos cuadros desalentadores de niños pordioseros, de infantes andrajosos implorando caridad pública o llegar al robo o al hurto "famélico" para subsistir su vida miserable de espanto y dolor.

Pero no sólo en las familias de escasos recursos económi--cos se da el abandono del menor, también bajo distinta modalidad se da en las familias adineradas, ya que hay menores que disfrutan del rezguardo esencial que les brinda un núcleo familiar aparentemente bien constituido, es decir, que poseen una adecuada asistencia económica, higiénica y alimenticia y que sin em--bargo, están abandonados en el orden moral y espiritual.

Dentro de la línea de pensamiento antes expuesta, se observa que el abandono atenta contra el desarrollo bio-psico-social

del menor de igual manera que la irresponsabilidad paterna; y de ahí que podamos establecer dos categorías de abandono de un menor: abandono material y abandono moral. Ello no implica que ambos sean excluyentes entre sí, ya que ambos pueden darse concomitantemente.

3.2.1 El Abandono Material

José L. Araya, citado por Monroy Cabra, afirma que: "Existe el estado de abandono material del menor cuando éste no recibe dentro del núcleo familiar las atenciones propias de su edad (educación, vestuario, alimentación)" (29) Este tipo de abandono puede darse entonces, cuando el menor carece de personas que según la ley tengan la obligación de suministrarle alimentos, educación y asistencia, o sea que no está sujeto a "patria potestad" o "autoridad parental"; e igualmente se da cuando, no obstante existir personas que según la ley deban proporcionarles educación, alimentos, asistencia y protección, éstas no tengan la capacidad económica de proporcionarles dichos elementos básicos para su desarrollo. Ejemplos claros de este tipo de abandono son los siguientes:

- Menores que han sido abandonados en lugares públicos en la primera infancia. Este caso se da comúnmente, cuando la madre no pudo provocar el aborto o no quiso incurrir en parricidio.

(29) Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho de Menores. Colombia: Editorial Wilches, 1a. edición, 1983, pág. 72.

- Menores que han sido abandonados por sus padres en manos de personas extrañas. Comunmente se da el caso de padres que emigran a otro país y dejan el menor con determinadas personas que no pueden ejercer sobre el menor "autoridad parental" o "patria potestad" y se comprometen a enviar dinero para el sostenimiento del menor, y con el tiempo incumplen con el compromiso y se olvidan del menor.
- Menores que han sido abandonados por sus padres o personas adultas en instituciones asistenciales. La Dra. Rosa Judith Cisneros describe este tipo de abandono, que comúnmente se da dentro de la clase baja, en los términos siguientes:

"La mayoría de los hijos ~~no han~~ sido deseados, su presencia en tales condiciones es conflictiva y ese rechazo se refleja en el cotidiano mal trato que los niños reciben de su familia. Si se enferma más allá del nivel de despreocupación es llevado a un centro asistencial más con la esperanza que no se salve que con el deseo que se restablezca. Es frecuente leer en los periódicos salvadoreños el llamamiento que hace el Hospital para que los parientes recojan a un niño al que llevaron tres meses antes en estado de gravedad. Cuando estas notas salen en la prensa, ya el Hospital tiene más de un mes de infructuosa búsqueda de los padres para que se lleven al niño res-tablecido". (30)

- Menores huérfanos carentes de adultos responsables de su cuidado. Este es el caso que tiene gran magnitud en tiempos de conflicto bélico, como el que vivimos actualmente.

(30) Cisneros, Rosa Judith. Ob. cit. pág. 20.

- Menores que requieren tratamiento especializado, ya por tener alteraciones en el área física (ceguera, sordera, trastornos del habla, parálisis cerebral, etc.); ya por estar afectados en el área intelectual, retardo mental o que observan una conducta disocial.

3.2.2 El Abandono Moral.

Según José L. Araya, "existe el estado de abandono mortal cuando, constituida la familia, por indigencia, deficiencia, incompetencia o desintegración de la misma el vicio está presente en sus múltiples manifestaciones". (31)

Comunmente se da este tipo de abandono cuando el padre de un menor incitan a éste a la ejecución de actos perjudiciales a su salud física y moral, como por ejemplo: el obligarles a trabajar demasiado o el permitirles leer revistas pornográficas u obligarlos a ejercer la prostitución; también cuando los menores se dedican a la vagancia o frecuentan el trato con personas viciosas o de mal vivir. Luis Mendizabal Oses, con un criterio más amplio afirma:

"El abandono moral es la situación en que se encuentra un menor como consecuencia de aludirse por parte de quienes están obligados a protegerle y guardarle el cumplimiento de la carga de satisfacer sus necesidades subjetivas, al no facilitarles el disfrute de los bienes suprasensibles que precisa para desarrollar su personalidad". (32)

(31) Monroy Cabra, Marco Gerardo, ob. cit. pág. 72.

(32) Mendizabal Oses, Luis. Ob. cit. pág. 282.

Dentro de ese contexto, podemos considerar dos casos reales de abandono moral: primero, el caso de menores que son objetos de crueldad, maltrato, violencia carnal, corrupción, negligencia, mendicidad y vagancia a propósito de lucro con consentimiento o participación de sus padres; y segundo, el caso de madres solteras menores de edad rechazadas por su familia a título de prejuicio social o pautas morales muy rígidas.

Puede decirse que el abandono del menor es una negación a la igualdad de oportunidades que debe tener todo ser humano, ya que el menor carente de familia o que teniéndola ésta se encuentra en un proceso de desintegración social, se le cierran los espacios para incorporarse a la sociedad y disfrutar del bienestar integral.

3.3 Protección del Menor.

Hemos concebido dentro de la sociedad salvadoreña la existencia de una familia desintegrada, y bajo tal perspectiva, la protección del menor frente al abandono puede ser explicada bajo tres dimensiones:

3.3.1 Protección del menor frente al rechazo del medio natural.

Al hablar de este tipo de protección se hace referencia a la situación de abandono material y moral en que puede encontrarse un menor. Al respecto, en el Código de Menores se establece que a través de los "Hogares Infantiles" se ofrecerá residencia, alimentación, educación y protección integral a los

menores considerados en estado de abandono material o moral (Art. 30 C. de M.) Y a través de las "Villas Infantiles", se prestará atención integral a los menores que carecieren de padres (Art. 33 C. de M.) Ya en el Art. 177 del Código Penal vigente se encuentra tipificado como delito el hecho de que una persona que tenga a su cargo el cuidado o custodia de un menor de doce años o de una persona con incapacidad de proveerse a sí mismo le abandonare o pusiere en peligro su vida o salud, colocándolo en situación de desamparo. El hecho de tipificar el abandono como un delito obedece a una realidad inmanente en nuestra sociedad, y frente a ello además de la función punitiva del Estado para reprimir dicho hecho, la instauración de Hogares y Villas Infantiles se presenta como un medio de suplir la carencia de familia.

3.3.2 Protección del menor ante la nocividad del medio familiar.

Al hablar de este tipo de protección hacemos referencia a la existencia de un núcleo familiar que no cumple o contradice el verdadero ejercicio de las funciones propias de la familia. Sobre ello Mendizabal Oses afirma:

"La dureza excesiva en el trato, las órdenes, consejos o ejemplos corruptores implican, respecto del menor de edad una preexistente situación de hecho esencialmente perturbadora que deteriora el proceso evolutivo de su personalidad. Y cuando cualquiera de aquellas manifestaciones se originan y producen en el ámbito familiar del menor, por sí misma y de modo esencial contradice la misión formativa que, en primer lugar,

corresponde ejercer a los padres". (33)

Ya en nuestro Código Penal vigente encontramos elevada a la categoría de delito: la corrupción de menores y la promoción de la prostitución de éstos (Arts. 204, 205, 206, 207, 208 y 209 Pn.); el abuso en el derecho de corrección (Art. 276 Pn.); y la coautoría legal (Art. 217 Pn.).

Por su parte, el Código de Menores establece que a través de los Centros de Rehabilitación y Educación Especial se procurará la rehabilitación psíquica y mental de los menores, a fin de incorporarlos a la sociedad para que puedan valerse por sí mismos (Art. 31 C. de M.); y a través de los Centros de Reeducación se da tratamiento a los menores con problemas de formación de su personalidad, con el fin de lograr su readaptación social y familiar (Art. 32 C. de M.).

3.3.3 Protección del menor ante la deficiencia de medio familiar.

No nos encontramos acá, frente a problemas que entrañan una corrupción deformadora en la personalidad evolutiva del menor; pero sí de situaciones extrafamiliares que pueden incidir en el desarrollo de la familia de manera inconveniente. Al respecto Mendizabal Oses afirma:

(33) Ibid. pág. 157.

"No constituyen estas deficiencias un fenómeno autónomo y aislado, ya que son, por lo general, la resultante de una compleja combinación de factores estructurales e institucionales, originados fuera o al margen del hogar familiar, pero que se manifiestan en él, condicionando gravemente su normal funcionamiento". (34)

Sobre esto ya se hablo lo suficiente en este capítulo al hablar sobre las condicionantes de la irresponsabilidad paterna en la formación social salvadoreña. Es aquí donde se hace necesaria la existencia de una acción pública de asistencia socio-económica a la familia en beneficio principalmente, de los menores que son atendidos de manera muy deficiente por sus padres, en virtud del principio de subsidiaridad. Ya el Papa Juan XXIII al hacer referencia a la función de los poderes públicos afirma: "que vale su acción que tiene carácter de orientación, de estímulo, de coordinación, de suplencia y de integración debe inspirarse en el principio de subsidiaridad". (35) Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el Art. 10 Inc. 1o. que se debe conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de sus hijos a su cargo. Y este principio de derecho internacional encarna en el texto constitucional de 1983, en el Art. 35 Inc. 1o.

(34) Ibid. pág. 158.

(35) Juan XXIII. Encíclica "Mater et Magistra". pág. 18.

Con lo antes expuesto podemos concluir que, según el texto constitucional de 1983 se configura la proyección de una familia democrática, igualitaria y unitaria; pero la verificación real de tal proyecto únicamente será posible mediante una eficaz y correcta aplicación de los principios constitucionales en lo referente al derecho de familia principalmente; ello supone, la superación de la marginalidad socio-económica, política y cultural por medio de cambios estructurales profundos.

CAPITULO VII

LOS AVANCES DE LA BIOLOGIA GENERICA Y EL DERECHO DE FAMILIA

El derecho como instrumento al servicio de una convivencia social busca, dentro de otros fines, potenciar los recursos humanos y materiales para su engrandecimiento, lo cual supone una necesaria conexión entre el derecho y los avances técnico-científicos. Más sin embargo, en nuestra sociedad salvadoreña, la aplicación de los avances científicos principalmente en materia de inseminación artificial y fecundación extrauterina atentaría contra el principio constitucional de la unidad familiar. Cabe señalar, que ambos avances de la biología genética presentan un comun denominador que se constituye como una respuesta ante las carencias naturales que impiden al hombre y a la mujer en circunstancias concretas, lograr la procreación de un hijo mediante la cópula normal.

Persistentes han sido las críticas que se han hecho a la aplicación de los avances de la biología genética antes señalados, los cuales han girado sobre aspectos ético-morales, y jurídicos en cierta medida. La voz de la Iglesia Católica en protesta por la práctica de tales avances no se ha hecho esperar, sosteniendo que la vida del ser humano se da únicamente a través del acto conyugal expresado a través de la pareja.

En 1978 un notable jurista argentino, Eduardo Zanoni, en su obra titulada: "Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina (proyecciones jurídicas)" planteaba con cierta moderación algunas advertencias sobre el impacto que éstos avances científicos provocarían a la familia, en los términos siguientes:

"Piensese, si se quieren aventurar hipótesis... en los bancos de óvulos que, juntamente con los bancos de espermatozoides permitirían, en el futuro, la selección eugénica teniendo en cuenta las características genéticas que contiene. Piensese en los "vientres mercenarios" que estarán dispuestos a ofrecerse para la gestación del embrión ajeno. Piensese en los hijos de padres y madres desconocidos, obtenidos mediante la adecuada selección de óvulos y espermatozoide de dadores anónimos que han comercializado con ellos... Debemos condenar energicamente y dotar a la sociedad de los medios legales represivos eficaces todo intento de utilizar los conocimientos de la genética, fuere en el ámbito de la experimentación como en el de sus resultados, para contrariar la naturaleza ética de la procreación humana. Pero, simultáneamente, deberían reglamentarse minuciosamente las condiciones en que es factible la fecundación extrauterina". (1)

Establecidas las críticas antes mencionadas, las que obviamente deben ilustrar el espíritu del Legislador en cierta medida, estudiemos por separado cada uno de estos avances científicos.

1. LA INSEMINACION ARTIFICIAL

En términos generales se afirma que inseminación artifi-

(1) Silva Rufz, Pedro F. La Familia y Los avances científicos: Inseminación Artificial y fecundación extrauterina. En Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, Vol. XIX, mayo-agosto de 1985, pág. 537.

cial es: la puesta en contacto del semen del hombre con los órganos reproductores de la mujer, o su inoculación en tales órganos que no sea mediante el acto sexual. Dentro de esa perspectiva, es perfectamente dable concebir la inseminación artificial como un método que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula normal entre el hombre y la mujer.

Teniendo presente que estamos estudiando este avance científico frente a los efectos que produciría su aplicación dentro del núcleo familiar, hemos de clasificar la inseminación artificial en dos tipos: inseminación artificial dentro del matrimonio e inseminación artificial fuera del matrimonio.

1.1 Inseminación Artificial dentro del matrimonio.

Este tipo de inseminación artificial es la que se da cuando la mujer se encuentra unida por medio del vínculo familiar, y puede clasificarse en base al número de sujetos que directa o indirectamente intervienen en ella o en las personas sobre las cuales recaerían los efectos jurídico-naturales que de la misma resultarían; así tenemos: la inseminación homóloga y la inseminación heteróloga.

1.1.1 Inseminación Homóloga

Se ha denominado a este tipo de fecundación como "inseminación matrimonial", porque el semen del marido es aplicado a la esposa. Precisamente acá nos encontramos frente a casos en

que la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser ésta estéril, y tales trastornos no se pueden superar mediante tratamiento terapéutico. En otras palabras, como afirma Silva Rufz, "los componentes genéticos óvulo y espermatozoide fértil existen en el marido y la mujer: la inseminación artificial solo facilita su encuentro apto para lograr la fecundación". (2)

Si consideramos que el derecho debe aceptar y regular aquellos descubrimientos que se muestren conformes a la naturaleza y dignidad del hombre, es permisible que hagamos sobre el presente tema consideraciones éticas y jurídicas de este tipo de inseminación.

A. Consideraciones Éticas. Las funciones orgánico-sexuales dentro del matrimonio son inseparables, en tal sentido, el logro mediante la cópula perfecta de la reproducción humana condiciona su licitud ética y lo contrario implicaría una violación a la ley natural. Este pensamiento, ha sido enriquecido principalmente por la ética Católica, el Papa Pío XII citado por Silva Rufz ha afirmado que: "es superfluo observar que el elemento activo (de la fecundación) no puede ser jamás procurado lícitamente por actos contra la naturaleza". (3) Es claro entender entonces, que lo que se condena es la inseminación artificial homóloga es el medio empleado, el cual viola la ley natural; ello

(3) Ibid. pág. 538.

supone que se acepte, lo que Silva Rufz ha dado en llamar: "inseminación complementaria", la cual constituye una ayuda para la consecución de la procreación por medio natural. Así, luego de criticar en términos absolutos la inseminación artificial, el Papa Pío XII en el discurso pronunciado en el IV Congreso de Médicos Católicos celebrado el 29 de septiembre de 1949, afirma: "Al hablar así no se proscrib[e] necesariamente el empleo de ciertos medios artificiales destinados únicamente sea a facilitar el acto conyugal, sea a hacer llegar a su fin el acto natural normalmente llevado a cabo". (4)

Bajo tal perspectiva, lo reprobable éticamente sería el medio por el cual se logra la inseminación, el cual exige la obtención del semen del marido por medios contrarios a la naturaleza como lo sería la masturbación. Desde luego, es aceptable el procedimiento que complementa el acto conyugal para lograr la fecundación, si el semen se obtiene de la vagina luego de un coito normal entre marido y mujer.

Con la exposición anterior, nos queda claramente delimitado lo ético de lo antiético de este tipo de fecundación. Veamos a continuación, el margen de aceptación que en el campo jurídico tiene la inseminación artificial homóloga en nuestra legislación.

(4) Unión Internacional de Estudios Sociales. Códigos de Malinas (Código Familiar) España: Editorial Sal Terrae, 2ª Edición, 1959, pág. 194.

B. Consideraciones Jurídicas. En un primer momento se puede afirmar que, al hijo concebido mediante inseminación artificial homóloga se le pueden aplicar las disposiciones comprendidas en el Título VII "De los hijos legítimos concebidos en matrimonio" del Código Civil vigente; ya que en este caso coinciden por un lado, el fundamento biológico del derecho de filiación matrimonial, o sea que el hijo es legítimo porque fue concebido por marido y mujer, lo cual implica una exigencia genética; y por otro lado, coincide el fundamento institucional, en cuanto el hijo es legítimo porque fue concebido durante el matrimonio. En tal sentido, se podría establecer que este tipo de inseminación no nos presenta mayores problemas de tipo jurídico.

No obstante lo anterior, si pretendemos ver esta situación dentro de una perspectiva de mayor amplitud, los problemas comenzarían a surgir. Para el caso, si partimos de la premisa que la inseminación homóloga es practicada después del fallecimiento del marido, no obstante que éste haya permitido la conservación de su esperma expresamente con el fin de engendrar un hijo los efectos jurídicos no serían iguales, ya que el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir. Sobre ello, Silva Rufz afirma:

"Desde esa perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre. Por qué no afirmar que la moderna biología permite que la individualidad genética del ser vivo, del hombre en nuestro caso, trascienda

su muerte física y que en tanto esa individualidad se mantenga en potencia, mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenecía no ha muerto definitivamente". (5)

Ello evidencia en sí, un desajuste entre la ciencia biogenética y el derecho. Recuérdese que para nuestro Código Civil vigente, la muerte física del ser humano implica el fin de su personalidad (Art. 77 C.) Y en tal sentido, al hijo concebido post-mortem (con semen de su padre) le estaría privando del derecho de adquirir por vía hereditaria cualquier derecho derivado de la transmisión sucesoria; ya que ese hijo no existirá, según el tenor del Art. 77 C. el día del fallecimiento de su "padre biológico".

Hasta este momento, hemos hablado de la inseminación artificial homóloga considerando la mutua voluntad de marido y mujer. Veamos tal fecundación desvinculada de voluntariedad por parte de la mujer. Sobre ello, Umaña Aragón afirma:

"... es indudable que la actitud de uno de los cónyuges que accede a la inseminación artificial en contra de la voluntad del otro o simplemente sin su consentimiento, es una deslealtad, apartada de la corrección que debe privar en la vida matrimonial. Esa deslealtad es la de tanta trascendencia que no debe considerarse como una simple desaveniencia o desacuerdo entre los cónyuges, sino como una verdadera falta grave al buen orden y consecuentemente, como conducta que da origen a una causa de divorcio". (6)

(5) Ibid. Pág. 541.

(6) Umaña Aragón, Ricardo Alfonso. El derecho de familia y la inseminación artificial en el género humano. Trabajo presentado en el VII Congreso Iberoamericano de Colegios y Agrupaciones de Abogados, celebrado del 20 al 24 de junio en Guatemala, pág. 9.

En el caso concreto, puede darse la circunstancia que desde el punto de vista médico no es aconsejable practicar una inseminación artificial homóloga, a pesar de la fecundidad del matrimonio, cuando está específicamente contraindicada, por ejemplo: cuando la posibilidad es de enfermedades hereditarias u otras enfermedades graves como la sífilis o el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) desaconsejen la reproducción; o cuando la incompatibilidad sanguínea signifique un riesgo para el niño. Todo ello independientemente de la acción penal a que tales hechos podrían dar lugar, en caso que la inseminación artificial se practique a una mujer con violencia, amenazas, con narcótico o mediante engaño sobre la especie de intervención a que se le somete; o cuando el marido ignora la utilización de su semen obtenido con fines de un diagnóstico médico.

Preciso es afirmar que bajo las circunstancias y condiciones antes anotadas, en las cuales podría darse la inseminación artificial homóloga, se estaría atentando contra el principio de la unidad familiar, cual es el fin primordial que persigue nuestro Legislador.

1.1.2 Inseminación Heteróloga.

Se ha denominado a este tipo de fecundación como: "inseminación extramatrimonial", en cuanto que, designa la inseminación de una mujer casada inseminada con semen de un hombre que no es su marido, o sea que la fecundación se realiza con espermatozoide de un tercero.

Tanto en la inseminación artificial homóloga como en la inseminación artificial heteróloga se presupone dentro del matrimonio la fecundidad de la mujer; pero particularmente, la inseminación artificial heteróloga presupone generalmente, la esterilidad del marido o el peligro de una enfermedad hereditaria por parte del marido que pueda sacrificar la vida del niño. Así pues, en este caso la inseminación artificial no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que además, aporta un componente genético ausente o presente en la pareja pero que no se puede hacer fecundar con buenos resultados; en otras palabras, el esperma fértil o sano está ausente, la inseminación lo aporta y lo introduce "desde fuera". Así se configura, dentro de este tipo de inseminación, la integración de un triángulo básico: esposa, esposo y donante; este último, como componente genético extraño a la relación jurídica matrimonial.

A. Consideraciones Éticas. Tan solo considerando que la voluntad existe en los integrantes del triángulo básico, y que el donante aporta su elemento activo (semen), que le ha sido dado por la naturaleza, para procrear sin hacerse responsable del nuevo ser que contribuye a crear, es suficiente motivo para que se obtenga un repudio ético-moral para la práctica de este tipo de inseminación. Al respecto, la Unión Internacional de Estudios Sociales con sede en el Vaticano, ha concluido afirmando que:

- "a) La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de condenarse pura y simplemente como inmoral.
- b) En el matrimonio, pero producida por el elemento activo de un tercero, es igualmente inmoral y como tal debe reprobarse sin apelación. Solo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclusivo, imposible de ceder, inalienable". (7)

Dentro de esa misma línea de pensamiento, el Papa Pío XII citado por Silva Rufz, al respecto ha afirmado:

"A todo aquel que da la vida a un pequeño ser, la naturaleza le impone, en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo de un tercero (aunque el esposo hubiera consentido) no existe ningún lazo de origen, ninguna ligadura moral ni jurídica de procreación conyugal... (ello) sería solo convertir al hogar doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico". (8)

Las consideraciones éticas que se han hecho a este tipo de inseminación, hacen abstracción de situaciones que de mayor gravedad se podrían dar, como cuando no existe voluntad por parte de uno de los integrantes del triángulo básico; además, preciso es agregar que en este tipo de inseminación al igual que en la homóloga, la obtención del semen del donante es realizada por medios antinaturales como la masturbación, lo cual es ética y moralmente inaceptable. Todo ello, desnaturaliza el significado que tiene el matrimonio en la transmisión de la vida, como obra personal e indelegable de los esposos.

(7) Unión Internacional de Estudios Sociales. Ob. cit. pág. 194.

(8) Silva Rufz, Pedro F. Ob. Cit. pág. 541.

B. Consideraciones Jurídicas. Los problemas jurídicos que nos plantea la inseminación artificial heteróloga, son más complejos que los planteados por la inseminación artificial homóloga por la naturaleza misma determinada por los sujetos que en ella intervienen. No dudando que pueden suscitarse una multiplicidad de problemas, se enuncian dentro de ellos únicamente los siguientes:

1. Cuando la inseminación artificial es practicada con el consentimiento del marido. En este supuesto, fácilmente le son aplicables las disposiciones comprendidas en el Título VII "De los hijos concebidos en Matrimonio" del Código Civil Vigente, por lo que hasta ahí, no nos presenta mayores problemas este tipo de inseminación. Pero si trascendemos a una forma más amplia de pensar, los problemas hacen su aparición atentando contra la unidad de la familia. Imaginémonos los problemas que crearía el caso de que el marido de una mujer que dio a luz un hijo, al no más tener conocimiento del parto pretenda probar, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 197 C., que el hijo biológica o genéticamente no es suyo, no obstante que haya consentido en la inseminación de su mujer con semen de un tercero. Tal situación podría dar lugar a que se alegue el adulterio como causal de divorcio, Art. 111 No. 1 C. por un lado; y a que se den situaciones de daño moral o psicológico al menor, en cuanto a saber quién es su padre; por otro lado:

ii. Cuando la inseminación artificial es practicada sin o contra el consentimiento del marido. En este supuesto, como una agravante más al hecho de que el hijo no es biológicamente del marido, se suma el hecho de que el marido desconocía, rechazó o se opuso a la inseminación de la esposa. Con mayor razón en este caso, el esposo podría impugnar la "legitimidad" del hijo que su esposa ha dado a luz dentro del matrimonio; ya que suponiendo que generalmente en la inseminación artificial heteróloga la esterilidad del marido es básica, y aún prescindiendo de recurrir a prueba hematológica de incompatibilidad de grupos sanguíneos, el marido podría comprobar que permanentemente o durante el tiempo en que según el Art. 74 C. puede presumirse la concepción, estuvo imposibilitado físicamente para tener acceso a la mujer (Art. 193 inc. 3o. C.).

iii. Cuando la paternidad fuere reclamada por el donante del semen. Acá debe tenerse presente, que el donante del semen es el padre natural, y que puede impugnar la paternidad del "padre ficticio".

iv. Que se ejercite la acción de impugnación de la paternidad por parte de los herederos del marido, de conformidad al Art. 198 C. para aprovecharse de la sucesión intestada del causante. Claro es, que en este caso estamos partiendo del supuesto de que el "padre ficticio" ha fallecido.

Preciso es señalar, que en este tipo de inseminación no existe coincidencia entre el fundamento biológico y el fundamento institucional del matrimonio, ya que, el hijo se podría considerar legítimo sólo por el hecho de haber sido concebido durante el matrimonio, más no por el hecho de haber sido concebido por marido y mujer.

1.2 Inseminación Artificial fuera del Matrimonio.

En este tipo de inseminación artificial prescindimos de la existencia por parte de la mujer, de relación jurídica-matrimonial (o de unión de hechos con los requisitos legales, ya que tendrían un reconocimiento jurídico que surtiría iguales efectos que el matrimonio, según el proyecto de Código de Familia; y sobre este tipo de inseminación, dos casos podríamos citar, cuales son los siguientes:

1.2.1 Inseminación Artificial en una mujer soltera.

Nos referimos acá, al caso de una mujer soltera que de sea ser madre, no solo desde el punto de vista biológico, sino también desde el punto de vista psicosocial, y no quiere tener acceso carnal con hombre. Cabría aca suponer el caso de una mujer que sostiene unión de hecho irregular con un hombre siendo infecunda pero no estéril, debido a anomalías psíquicas o físicas que impiden la copulación. Otro caso, sería el señalado por Zanoní -citado por Silva Ruiz- quien hace referencia al supuesto en que se seleccionan "mujeres ideales" por sus caracteres

biológicos y raciales, para recibir el semen de "hombres ideales", como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo.

En este caso, jurídicamente no se nos ofrecen mayores problemas de los que comunmente suelen darse en el caso de un hijo natural; pero el problema ético continúa inmanente.

1.2.2 Inseminación Artificial de madre sustituta.

Nos encontramos acá comunmente, ante el caso de un matrimonio en el cual la mujer es estéril y el hombre fecundo; y por tanto recurren al "alquiler del útero materno" o "útero mercenario", donde se reciba el semen del marido de la mujer estéril. El problema sería de gran magnitud, ya que obviamente, la mujer que "alquila su útero" tiene derechos naturales y jurídicos capaces de ejercitar por medio de prueba hematológicas u otras pruebas médicas o biogenéticas que determinen factores hereditarios a través del Acido Dexoribonucleico (ADN o DNA) o por medio de prueba testimonial para reclamar a su hijo natural. Bajo tal perspectiva, a la mujer del hombre que dio el semen (madre ficticia) a la mujer que alquiló el útero (madre natural) no le asiste ni el derecho para impugnar la maternidad, Art. 292 Cn. en caso que la madre natural no quiere darle el hijo conforme a lo acordado; y si la madre ficticia por cualquier medio lograra obtener su "hijo ficticio", a la madre natural le asiste el derecho de promover acción penal por el delito de "su posición de embarazo o parto" tipificado en el Art. 274 Pn.



2.0 FECUNDACION EXTRAUTERINA.

Silva Rufz, al definir lo que es la fecundación extrauterina, nos dice que: "se trata de la fecundación (gestación) extracorpórea en un "tubo de ensayo", conocida como ectogénesis, y la posterior implantación o anidación del embrión en el útero materno". (9)

La aplicabilidad de este avance de la biología genética en nuestra sociedad es lejana, pero no se podrá discutir que podría ponerse en práctica, ya como simple experimento de laboratorio para suplir la practica de la inseminación artificial.

Al igual que en la inseminación artificial podemos hacer en la fecundación extrauterina consideraciones tanto éticas como jurídicas.

2.1 Consideraciones Eticas.

Las consideraciones éticas señaladas al analizar la inseminación artificial, le son aplicables a la fecundación extrauterina; recuérdese que ambos avances de la biología genética presentan un común denominador y en efecto similitudes, como ya se dijo al principio del capítulo. Sin embargo, en este tipo de fecundación se agrega una agravante más que encuentra su fundamento en el procedimiento que en ella se sigue; bástenos leer el análisis que nos hace Silva Rufz en el párrafo siguiente:

(9) Ibid. pág. 543.

"... como pueden extraerse más de un óvulo de la mujer y fertilizarse varios, se podría implantar algunos embriones en el útero materno. Así se aseguraría la gestación exitosa de alguno de ellos y el nacimiento de un niño. Los restantes embriones, esto es, vida humana genéticamente ya perfecta, se destruirían". (10)

De la cita anterior se puede conocer como la aplicación de la fecundación extrauterina menoscaba el derecho a la vida del ser humano.

2.2 Consideraciones Jurídicas.

Las consideraciones jurídicas hechas en cuanto a la inseminación artificial, le son aplicables circunstancialmente a la fecundación extrauterina.

Tomando como base las consideraciones éticas señaladas anteriormente donde existe un pronunciamiento, -independientemente de la forma como se obtiene el espermatozoide y el óvulo-, contra la destrucción de embriones, que constituyen vida humana genéticamente perfecta puede hacerse la consideración jurídica siguiente:

Aunque jurídicamente la existencia de la persona, según el Art. 72 C. principia al nacer, o sea, al separarse completamente de su madre, la ley protege la vida del que está por nacer (Art. 73 C.) ello significaría una protección a los embriones que son destruidos al practicar la inseminación extrauterina.

(10) Ibid. pág. 553.

Indiscutiblemente, como una forma de proteger la vida del que está por nacer, nuestro legislador elevó a la categoría de delito, el aborto; más sin embargo, si consideramos que nuestra legislación penal no admite la analogía, la destrucción de embriones que se opera en la fecundación extrauterina sería un hecho inmoral nada más, sin llegar a la categoría de hecho punible.

En conclusión puede afirmarse que los avances de la biología genéticos (inseminación artificial y fecundación extrauterina) atentan contra la unidad o estabilidad de la familia, no solo por su carácter contrario a la naturaleza, sino también por la multiplicidad de problemas que su práctica produciría, tales como: el divorcio, el abandono del menor, el incremento de diligencias de impugnación de la paternidad o de la maternidad, traumas psicológicos en las personas engendradas mediante esos tipos de fecundación o inseminación, problemas delincuenciales; además con ello, se estaría violando el derecho que toda persona tiene a que se investigue y establezca quien es su padre. Con todo lo anterior, es claro que los avances de la biología genética trasgreden el espíritu de nuestro legislador civil y penal; y aunque pudiesen tener cabida dentro de nuestra legislación, el interpretar a la luz de una ley de carácter general situaciones muy especiales como tales avances, provocarían problemas aún.

CONCLUSIONES

El fin de los esfuerzos realizados en un sentido global, en el presente trabajo ha sido desarrollar el tema: "Concepción del Derecho de Familia en el Marco de la Constitución de la República de El Salvador" enmarcado dentro del interés jurídico-social que representa la familia, particularmente a partir de su proceso de escisión del derecho privado. Ello ha hecho imperiosa la necesidad de estudiar la familia como una visión crítica, no sólo a partir de su perspectiva jurídica, sino también que a partir de los aspectos sociales, económicos y políticos que contribuyen a su formación y desarrollo; y ello nos lleva a concebir a la familia dentro de la esfera del derecho social. Bajo tales premisas, se presentan las conclusiones siguientes:

I

A través de la interpretación de los cambios de la familia en las distintas concepciones históricas, desde su origen hasta nuestros días, se ha podido establecer como ésta ha servido de fundamento a la desigualdad social al no tener un reconocimiento jurídico especial que garantice la igualdad dentro de su núcleo. Tal situación se interpreta y explica por medio del poder preeminente que ha ejercido el hombre sobre la mujer en todos los campos de la vida. Ha sido determinante en lo principal, la supremacía que el hombre ha ocupado en el campo económico, ya que en función de tal factor ha mantenido cierta estabilidad en sus relaciones maritales, sin que ello le haya limitado el po--

der para sostener relaciones extramatrimoniales determinados ya no por el aspecto económico, sino simplemente por el placer. (+) No obstante que jurídicamente se ha venido evolucionando en cuanto a regular la monogamia "tanto para la mujer como para el hombre", la misma ley ha limitado la posibilidad de que la igualdad entre ambos sea efectiva, la potestad marital aún presente en el Código Civil vigente desde 1860 lo confirma; aunque en nuestro Constitucionalismo Clásico se haya hablado de igualdad en términos absolutos. Bajo tales circunstancias, es natural que la desigualdad en las relaciones paterno-filiales exista también, determinadas por el poder económico y el placer como situaciones que condicionan y limitan la existencia en términos globales, del amor; de ahí que el hijo resultante de unión legítima tenga mayores derechos que el hijo producto de la unión ilegítima estable o pasajera.

Lo anterior se explica además, por la tensión que ha existido entre la Familia y el Estado. Así tenemos una familia desprotegida, debilitada, en proceso de desintegración y carentes de derechos como agrupación intermedia entre el "individuo aislado" y el Estado; que como base fundamental de la sociedad plantea grandes exigencias a un Estado que se ha comportado con indiferencia ante sus necesidades.

(+) Recuérdese que la institución de la "dote" exigía que la mujer al casar se aportara bienes para contribuir a las "cargas familiares". Los bienes dotales que una mujer o su padre pudiese aportar al matrimonio fue lo que en suma determinaba la existencia de éste.

II

Estableciendo una relación de correspondencia entre la realidad socio jurídica existente antes del surgimiento de la concepción social del derecho de familia en el marco constitucional, o sea antes de la promulgación de la Constitución Política de 1939, se demuestra como esta concepción surge como una aparentemente solución a los problemas causados por la crisis del capitalismo de 1929 principalmente. Precisamente, esta crisis del capitalismo hace comprender en alguna medida a nuestro Legislador, que la igualdad de derechos contenida en todas las Constituciones Liberales (comprendiendo aún las de Bayona y Cádiz) es contradicha por la desigualdad de hecho que producen, dentro de otros factores, las relaciones sociales injustas entre capital y trabajo, la concentración de la tierra en pocas manos y la no correspondencia entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción. Y sobre ello se erige un parámetro entre las crisis del capitalismo y el surgimiento y evolución de la concepción social del derecho de familia en lo particular, desde 1939 hasta 1983. No obstante, es claro que la concepción social del derecho de familia ha surgido y evolucionado no como una solución real a los problemas que plantea el capitalismo, sea liberal o neoliberal, sino como una garantía de la existencia del mismo, que con el disfraz de justicia social, democracia y libertad ha pretendido frenar el avance de nuevas ideas que promuevan un sistema político y económico nuevo que responda en realidad

dad a las necesidades de la familia salvadoreña. En tal sentido, los avances que desde 1939 a 1983 se han dado han sido mínimos frente a la demanda real de la familia.

III

Mediante el estudio del impacto que produce en la función económica de la familia las grandes transformaciones que desde finales del siglo pasado atraviesa la sociedad capitalista salvadoreña, ha surgido la necesidad de que la familia sea tratada por parte del Estado, no como aquella unidad productora de bienes y servicios que le hacían capaz de autoabastecerse de manera "autónoma", como lo era antes de que se diera con mayor fuerza la Extinción de Ejidos y la Extinción de Comunidades Indígenas (1881-1882) que la despoja de su principal medio de producción: la tierra; y antes del surgimiento del proceso de industrialización iniciado por la burguesía para contrarrestar la extrema sensibilidad de nuestra economía a los efectos de las crisis periódicas del capitalismo mundial, que restringe o limita el mercado del producto manufacturero o artesanal; (+) sino como una unidad de consumo y que por tanto, necesita urgentemente de la aplicación del principio de subsidiaridad por parte del Estado en beneficio de ella, complementando el desempeño de la función familiar y en muchos casos supliéndola mediante el desa

(+) Las familias desplazadas del norte del Departamento de Morazán, asentadas en los suburbios de la ciudad de San Francisco Gotera viven de la transformación del henequén en productos como: hamacas, matatas, lazos, etc. Imaginémonos las consecuencias que ocasionaría a la economía de tales familias el apareamiento de una industria mecanizada que transforme el henequén en productos. La pobreza de estas familias se agudizará más.

rrollo de su función tuitiva.

Todo este proceso evolutivo nos permite observar, la correspondencia existente entre la concepción económica de la familia como unidad de producción con la concepción individualista del derecho; entre la concepción económica de la familia como unidad de consumo, (surgida con el despojo de los medios de producción y la sustitución de la industria artesanal) y la concepción social del derecho; estas concepciones jurídicas y económicas de la familia se dan a la vez, dentro de una concepción filosófico-política humanista o personalista instituida a nivel teórico-jurídico desde el Constitucionalismo Clásico.

IV

Al proponernos demostrar en qué medida los principios fundamentales contenidos en la Constitución de la República de El Salvador: justicia jurídica y bien comun, responden a las necesidades de la familia salvadoreña, se ha establecido que en la medida en que el Estado establezca condiciones mínimas de "efectiva positividad" de tales principios, se estará dando respuesta a las apremiantes necesidades de la familia. Las relaciones sociales injustas en que se encuentran un gran número de familias niegan la igualdad (como término descriptivo por excelencia del valor justicia); y ello condiciona a la vez una marginación socio-económica, política y cultural que demuestra que la seguridad jurídica como tal y como parte del bienestar familiar

es una utopía; y si la seguridad jurídica y la justicia encuentran su punto de convergencia en la idea del bien común, es poco lo que de ello se puede hablar, ya que la injusticia y la desprotección del individuo repercuten profunda y nefastamente en el bien común. Por lo que urge un cambio estructural profundo que traduzca en hechos el espíritu del Legislador Constituyente de 1983.

Dentro de esa realidad histórica recogida por nuestro Legislador Constituyente de 1983, se puede elaborar el concepto de derecho de familia siguiente:

Derecho de familia es una rama del derecho social formada por el conjunto de normas que ordena las relaciones familiares y estructura la política familiar a ejecutar por parte de las autoridades públicas en lo económico, social y cultural principalmente, con el objeto de hacer efectivo el cumplimiento de las funciones que le corresponden a la familia; y proteger al social y económicamente desprotegido o que se pueda encontrar en tal situación, mediante la efectividad de la igualdad de derechos y oportunidades.

V

Al tratar de determinar la orientación que ha de tener la familia salvadoreña en base a los principios que particularmente sobre ella establece la Constitución de la República de El Salvador, se concluye que; mediante una eficaz y correcta aplicación de los principios constitucionales se determinará el sur

gimiento de una familia democrática, igualitaria y unitaria. Al hablar de una correcta y eficaz aplicación de los principios constitucionales sobre el derecho de familia, se hace referencia a la necesidad de crear las condiciones necesarias para el cumplimiento de tales normas, lo cual supone como condición "si ne qua non", la superación de la marginalidad socio-económica, política y cultural en que vive un gran número de familias, por medio de cambios estructurales profundos.

VI

A través de la exposición y análisis de los efectos jurídicos y sociales que producirían la aplicación de los avances científicos en materia de inseminación artificial y fecundación extrauterina, se ha podido establecer que la practica de tales avances atentaría contra el proyecto de una familia unitaria contenido en nuestra Constitución, no solo por consideraciones ético-religiosas, sino también por consideraciones de tipo jurídico, ya que la aplicación o práctica de tales avances sería una trasgresión al espíritu de nuestra legislación "civil" y penal principalmente; (+) y en otros casos, porque verdaderamente existe un vacío en nuestra legislación ante situaciones especiales que se presentarían y que no podrían dirimirse a la luz de una ley de carácter general.

(+) Piénsese en la multitud de diligencias que sobre la impugnación de la paternidad o la maternidad se darían; y frente a ello muchos menores reclamando el derecho a que se investigue y establezca su paternidad para tener una seguridad; piénsese en la multitud de delitos que se darían. (Ver Capítulo VII).

Con lo anterior, se dan por terminadas las conclusiones en las que se dan por comprobadas aquellas afirmaciones "a priori" que hipotéticamente se formularon al inicio del proceso de investigación que hoy se da por terminado. No se puede prescindir, ni mucho menos dejar de mencionar, la ardua labor que en el desarrollo del presente trabajo se ha verificado en subordinación al valor crítico y novedoso que se ha pretendido hacer del tema, conforme a los problemas de la actualidad, y por ello, de antemano no se somete a dudas las controversias que sobre su contenido se puedan suscitar, más sin embargo, la historia ha de estar presente para juzgarlo oportunamente.

RECOMENDACIONES

Como producto del desarrollo de las hipótesis establecidas en cada uno de los artículos del presente trabajo, las cuales han sido transformadas en verdades "a posteriori" en la conclusión, se hace sentir la obligación moral y científica de "suplicar" a aquellos que tienen poder de decisión superior en nuestro país a que erijan verdaderamente su autoridad sobre el fundamento real de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana y en la construcción de una sociedad más justa que ha de germinar ~~de~~ una familia íntegra y fuerte. Bajo tal premisa, se presentan las recomendaciones siguientes:

I

- Deben de promulgarse nuevas leyes que den a la familia un tratamiento jurídico especial, debiendo el derecho de familia a desligarse del Código Civil, el cual tiene un contenido patrimonial y contractual, y promulgarse inmediatamente un Código de Familia; o modificarse las leyes ya existentes, como la Ley de Adopción que ha tenido propiamente un carácter contractual. Tal proceso de cambio ha de girar sobre dos aspectos fundamentales.

- a) La superación gradual del extremado poder del hombre sobre la mujer;
- b) El establecimiento de una correspondencia entre las necesidades de la familia salvadoreña y la función activa



que le toca desempeñar al Estado Moderno para responder a tales necesidades y tutelar los intereses de la familia en general.

II

- Deben de aprovecharse al máximo las enseñanzas que nos ha dado nuestro pasado histórico, ya que éste nos enseña que la crisis social que vivimos es un reflejo de la crisis que ha vivido la familia salvadoreña.

- Deben de elaborarse nuevos principios y teorías jurídicas fundamentales en base a una concepción social del derecho de familia, para luego aplicarlas con algunas adaptaciones al derecho privado y al derecho público, o sea que, si se dice que la familia es "la base fundamental de la sociedad", todas las instituciones jurídicas, sociales y económicas deben gravitar sobre ella; lo cual supone la realización de reformas al Código de Trabajo, a las leyes agrarias, al Código Civil y a las leyes administrativas dentro de otra más, en función de las modernas tendencias del derecho que ha de contener el Código de Familia en proyecto, ya que de lo contrario, el reconocimiento que se haga de la familia como "germen" de la sociedad, seguirá por mucho tiempo más estancado en la teoría.

III

- Deben de tratar de superarse los problemas producidos por la Ley de Extinción de Ejidos y la Ley de Extinción de Comunidades Indígenas (1881-1882) en la propiedad agraria comunal de la fa-

milia, mediante la realización de una Reforma Agraria profunda que promueva y fomente las asociaciones comunales y cooperativas, y que fomente además el desarrollo de la pequeña propiedad rural; mediante una reforma urbana que procure a las familias la propiedad de sus viviendas, debiendo éstas reunir condiciones de higiene y comodidad.

- Debe fomentarse, garantizar y promover la industria artesanal doméstica y la comercialización de su producto. Debiendo regular en beneficio de la producción artesanal doméstica, la competencia que en perjuicio absoluto de ella pueda establecer la industria mecanizada nacional o extranjera.

IV

- Debe de conceptualizarse el valor justicia, no en función del "individuo aislado", sino en función de la familia a la cual pertenece. Así, es de justicia que se reforme el Código de Trabajo en lo particular, a efecto de que se introduzcan en los contratos laborales, cláusulas que hagan relación a los "subsídios familiares" básicamente proporcionales a las cargas familiares, o sea que, debe de calificarse el salario en función del mínimun correspondiente, en términos globales, a las necesidades de la familia del trabajador.

- En base a lo anterior y considerando que la seguridad jurídica no debe verse como una prestación directa del Estado al "individuo aislado", los seguros obligatorios destinados a cubrir



riesgos de enfermedades, accidentes, invalidez permanente y paros de trabajo, sino en función de las necesidades del trabajador y su familia en lo fundamental (educación, alimento, vestuario y salud).

- Comprendiendo que el bien común exige al Estado coadyuvar a la concretización del bienestar de la familia y no servirse de ella para el logro de fines transpersonales; el Estado debe procurar antes de exigir, que los padres de familia tengan el conocimiento necesario de sus deberes y cierto grado de cultura que el mismo bien común exija.

- La protección social de la familia, no debe proponerse como ideal una ayuda tal, que mantenga siempre a la familia en estado de tutela o de minoría, ya que eso fomentaría el atenuamiento; sino que debe de establecerse un régimen de seguros que obligue al hogar a acrecentar con los medios que el Estado proporcione, su mayor seguridad e independencia.

V

- Debe de promulgarse a la mayor brevedad posible un Código de Familia, el cual debió haberse promulgado el 20 de diciembre de 1984, según el tenor literal del Art. 271 Cn, ya que no se puede establecer un orden social únicamente en base a las normas constitucionales las cuales tienen carácter general, cuando el fenómeno familiar por la multiplicidad de hechos y circunstancias en que se da, demanda normas especiales que faciliten la

positividad de los valores: justicia, seguridad jurídica y el bien común familiar.

- Debe realizar el Estado una tenaz lucha contra la ignorancia, ya que de nada servirá el tener un Código de Familia a la altura de las modernas tendencias del derecho, si el pueblo no está preparado para hacerse receptor de su contenido. La ignorancia niega la igualdad de oportunidades y la igualdad de derechos queda en el vacío, por tanto, la generalidad de las normas jurídico-familiares debe de hacerse efectiva para que así en realidad, no pueda alegarse ignorancia de la ley.

- Deben de ejecutarse programas que tiendan a superar las consecuencias y síntomas que en nuestra formación social determinan o condicionan la irresponsabilidad paterna y el abandono de la niñez, como el alcoholismo, el machismo, la drogadicción, la escasez de vivienda, la enfermedad, el desempleo y sub-empleo, dentro de otros problemas más. En muchos de estos problemas, debe de legislarse para abolir dichos males y no para reglamentar los o regularlos, como hasta hoy se ha hecho.

- Debe de introducirse en el Código de Familia en proyecto, normas que dispongan expresamente la irrenunciabilidad de los derechos que la ley concede a favor de la mujer y de los hijos.

VI

- Debe de promulgarse una ley especial o introducir disposiciones en el Código de Familia en proyecto, que regulen ya sea prohibiendo o permitiendo en algunos casos y bajo ciertas circunstancias y condiciones, la práctica de los avances de la biología genética: inseminación artificial y fecundación extrauterina; debiendo tener especial cuidado en no negar el derecho de la persona a saber quién es su padre o madre, a no crear traumas de ningún tipo en dicho menor y en general, a no provocar problemas que atenten contra la unidad familiar como: el divorcio y la conducta delictiva en que pudieran incurrir los intervinientes en la práctica de dichos avances.

BIBLIOGRAFIA

1. Obras de Consulta:

- Amezquita de Almeida, Josefina . Lecciones de Derecho de Familia. Colombia: Editorial Temis, 1980.
- Arangio Rufz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Argentina: Editorial Depalma, 10ª edición, 1952.
- Aristizabal, Otty Ossa. La desestabilidad de la familia. Venezuela; Ediciones Paulinas, 1988.
- Baró, Ignacio Martín. Algunas perspectivas psicosociales de la densidad demográfica en El Salvador. (En psicología, ciencia y conciencia) El Salvador; UCA Editores, 4ª edición 1986.
- Baró, Ignacio Martín. Psicología del campesino salvadoreño. (En psicología, ciencia y conciencia) El Salvador; UCA editores, 4ª edición, 1986.
- Baro, Ignacio Martín. Cinco tesis sobre la paternidad aplicadas a El Salvador. Trabajo presentado en el Primer Seminario de Paternidad promovido por la Procuraduría General de Pobres, celebrado el 21 al 25 de julio de 1975.
- Barton Conlín, Roxane. La ley y la familia. En familia del futuro: continuidad y cambio. Mexico: Noemo Editores, 1981.
- Basave Fernández del Valle, Agustín. Teoría del Estado. Fundamentos de filosofía política. México: Editorial Jus, 1955.
- Bidart Campos. G.S. Manual de Derecho Constitucional. Argentina: Editorial Ediar S.A.

- Bonnecase, Julien. Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. México: Editorial José M. Cajica (sin año y número de edición).
- Borja y Borja, Ramiro. Teoría General del Derecho y del Estado. Argentina: Editorial Depalma, 1977.
- Cisneros, Rosa Judith. Condición Jurídica de la mujer. Asociación Demográfica Salvadoreña. 1977.
- Cisneros, Rosa Judith. Condiciones de la salud del niño en un mundo cambiante. Asociación Demográfica Salvadoreña, 1978.
- Dada Hirezi, Héctor. La Economía de El Salvador y la integración Centroamericana 1945-1960. El Salvador: UCA Editores, 1ª edición, 1978.
- D'aguanno, José. La Génesis y la evolución del derecho civil. España: Editorial La España Moderna, Tomo II (sin número ni año de edición).
- De Buen Lozano, Nestor. Las Tendencias modernas del derecho de la familia. En Revista Anuario de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, año VI, No. 6, 1983.
- D'Jesús, Antonio. La Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes ante la ley que reforma el Código Civil en materia de Derecho de Familia. En Revista de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, año VII, Nº 25, junio de 1983

- Díaz Vasconcelos, Luis Antonio. Normas e Instituciones Jurídicas Mayas. Guatemala: Instituto de Investigaciones Científicas de la Universidad de San Carlos, N° 9, 1953.
- Dominguez Sosa, Julio Alberto. Resumen histórico de la evolución política, económica y social de El Salvador después del rompimiento de la federación hasta principios de 1900. En Revista Atenea, No. 1, 1985.
- Ellul, Jacques. Historia de las instituciones de la antigüedad. España: Editorial Aguilar S.A. 1970.
- Engels, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. México: Editores Mexicanos Unidos S.A. 3ª edición, 1980.
- Euyaguirre, Jaime. Historia del Derecho. Chile: Editorial Universitaria, 1960.
- Fortín Magaña, René. Democracia Social. El Salvador: Editorial Universitaria, 1962.
- Galindo Pohl, Reynaldo. Guión histórico de la Ciencia del Derecho. El Salvador: UCA Editores, 1ª edición, 1978, Tomo I.
- Gochez Castro, Jesús. Quiénes son los hijos naturales y cómo se adquiere esta calidad en nuestra legislación civil. Tesis para obtener el grado de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, 1935.
- Gómez h., Rodolfo Antonio. El Estado, la Constitución y los Derechos Sociales, económicos y culturales. En Revista ECA. El Salvador: UCA Editores, año XXXIX, enero-febrero, 1984.

- Gross Espiell, Héctor. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema Interamericano. Costa Rica: Editorial Libro Libre, 1986.
- Harmecker, Marta. Qué es la Sociedad?. Nicaragua: Editorial Ariel, 2ª edición, 1980.
- Henríquez de Paredes, Querubina. Sociología de la Familia. Trabajo presentado en el Primer Seminario Nacional de El Salvador sobre Juventud y Población promovido por la Asamblea Mundial de la Juventud. El Salvador: Editorial Universitaria, 1980.
- Iraheta Rosales, Gerardo y otros. La crisis de 1929 y sus consecuencias en los años posteriores. En Revista La Universidad. No. 6, noviembre-diciembre de 1971.
- Juan XXIII. Encíclica "Mater et Magistra". España: Editorial Sígueme, 2ª edición, 1963.
- Juan XXIII. Encíclica "Pacem in Terris", Colombia. Ediciones Paulinas, 12ª edición, 1986.
- Juan Pablo II. Encíclica "Familiaris Consortio". Colombia: Ediciones Paulinas, 1986.
- Leinsteinschneider, María y Fredy. Historia de Períodos Presidenciales y Constituciones Federales y Políticas de El Salvador. Dirección de Publicaciones del Ministerio de Cultura, 1980.
- León XIII. Encíclica "Rerum Novarum". España: Editorial Sígueme, 2ª edición, 1963.

- Luna, David Alejandro. Un Heróico y Trágico suceso de Nuestra Historia. En Seminario de Historia Contemporánea sobre "El Proceso Político Centroamericano". El Salvador: Editorial Universitario, 1963.
- Marroquín, Alejandro Daboerto. Teoría de la Historia. El Salvador: Editorial Universitaria, 1962.
- Marroquín, Alejandro Daboerto. La Filosofía del Código Civil. El Salvador: Editorial Universitaria, 1960.
- Masferrer, Alberto. Qué debemos saber? (en Páginas Escogidas). El Salvador: Dirección de Publicaciones e Impresos, 7ª edición, 1989.
- Mazeaud, Jean y Herry, León. Lecciones de Derecho Civil. Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Primera, Volúmen II, 1976.
- Mendizabal Oses, Luis. Derecho de Menores. Teoría General. España: Editorial Pirámide S.A., 1977.
- Monroy Cabraq, Marco Gerardo. Derecho de Menores, Colombia: Editorial Wilches, 1ª edición, 1983.
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, México: Editorial Porrúa S.A. 1ª edición, 1984.
- Montes, Segundo. La Familia en la Sociedad Salvadoreña. En Revista ECA, El Salvador: UCA Editores, año XLI, abril de 1986.
- Montes, Segundo. Familia y Paternidad Responsable. En Revista ECA, El Salvador: UCA Editores, año XXIX, enero-febrero, 1974.

- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México: Editorial Epoca. 1977.
- Pío XI. Encíclica "Quadragesimo Anno". España: Editorial Sígueme, 1963.
- Ramella, Pablo A. Derecho Constitucional, Argentina: Editorial Depalma, 3ª edición, 1980.
- Recasens Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho. México: Editorial Porrúa, 1970.
- Silva Rufz, Pedro F. El Derecho de Familia en Puerto Rico y la Revisión del Código Civil. En Revista de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, año IX, No. 33, 1983.
- Silva Rufz, Pedro F. La Familia y Los Avances Científicos: Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina. En Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Volúmen XIX, mayo-agosto de 1985.
- Siri, Carlos Alberto. La Patología de la Sociedad. Diagnóstico y Terapéutica. (no aparecen mayores datos. La obra fue encontrada en la Biblioteca del Centro Judicial "David Rosales H. de San Miguel).
- Suárez, Belarmino. El Código Civil de 1860 con sus modificaciones hasta 1911. El Salvador: Dutriz Hermanos, 1912.
- Torré, Abelardo. Introducción al Derecho. Argentina: Editorial Perrot, 7ª edición, 1975.
- Valenzuela, Salvador. Instituciones de Derecho Civil Salvadoreño (no aparecen mayores datos, la obra fue encontrada en la Biblioteca de la facultad).

Von Jess, Kurt Nagel. El Fenómeno Familiar y el Derecho. En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia. Maracaibo, Venezuela, Nº 25, 1972.

Umaña Aragón, Ricardo Alfonso. El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial en el género humano. Trabajo presentado en el VIII Congreso Iberoamericano de Colegios y Agrupaciones de Abogados, celebrado del 20 al 24 de junio de 1988 en Guatemala.

B. Obras Informativas.

Asamblea Nacional Constituyente de 1950. Documentos Históricos de la Constitución de 1950.

Asamblea Nacional Constituyente de 1950. Constitución Política de 1950.

Asamblea Nacional Constituyente de 1962. Constitución Política de 1962.

Asamblea Nacional Constituyente de 1983. Constitución de la República de El Salvador.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966.

La Biblia Latinoamericana. Venezuela: Ediciones Paulinas, 1984.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L. de 1983.

Comisión Redactora del Código Civil de 1860. Código Civil de

El Salvador. Editorial Universitaria, edición del centenario, 1960.

Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL).
Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Familia,
1989.

Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución. Exposición
de Motivos del Proyecto de Constitución de 1983.

Consejo Superior Universitario de la Universidad de El Salvador.

Marco Teórico de Referencia (Documento de trabajo) 27 de febrero de 1986.

Coordinadora Universitaria de Investigación Científica (CUIC)
Año 2, No. 8, 1988.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Argentina: Editorial Dreskil S.A.
1954.

La Prensa Gráfica del 25 de octubre de 1988.

Ministerio de Justicia. Proyecto de Código de Familia.

Ministerio de Planificación y Coordinación del Desarrollo
Económico y Social (MIPLAN) La Paternidad Responsable. Uno
de sus más grandes propósitos, 1986.

Partido Social Demócrata de El Salvador. Elementos Básicos
de la Social Democracia. (Cuadernos "La Zona Roja" No. 2)
1986.

Revista SEMANA, Año No. 3, edición No. 95, marzo de 1990.

Rosental, M.M. e Iudín, P.F. Diccionario Filosófico. México:
Editorial Grijalbo, 1971.

Segunda Conferencia General del Episcopado Latinoamericano
(CELAM) Los Textos de Medellín y el Proceso de Cambios en
América Latina. El Salvador: UCA Editores, 3ª edición, 1987.

Tercera Conferencia General del Episcopado Latinoamericano
(CELAM) Puebla. La Evangelización en el Presente y en el
futuro en América Latina. El Salvador: UCA Editores, 5ª
edición, 1988.

Unión Internacional de Estudios Sociales. Códigos de Malinas
(Código Social, Familiar, Moral Internacional). España:
Editorial Sal Terrae, 2ª edición, 1959.