Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia.

República de El Salvador, C. A.
"Proyecto de Control y Reducción de la Impunidad en los Delitos Violentos contra hombres y mujeres"

PLENO DEL CONSEJO

Presidencia
Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

Consejales Propietarios
Lic. Manuel Francisco Martínez,
Lic. Alcides Salvador Funes Teos
Lic. Jorge Alfonso Quinteros Hernández,
Lic. Luis Enrique Campos Díaz
Licda. Margarita Romagoza de López Bertrand
Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo"
Dr. Héctor Ramón Torres Reyes - Director
Lic. Jackson Elmer Parada Cardona - Sub Director

UTE
Unidad Técnica Ejecutiva
Dr. Rafael Flores y Flores - Director Ejecutivo.

Autor
Licda. María de los Ángeles Figueroa Meléndez
Licda. Silvia Cristina Pérez Sánchez

1ª Edición 2010

Revisión y aprobación de texto
Sección Académica - ECJ

Diseño y diagramación
Licda. Ana Patricia Martínez
Unidad de Producción Bibliográfica y Documental - ECJ

El material publicado es de exclusiva responsabilidad de sus autoras.

Consejo Nacional de la Judicatura
Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador.
Tels. (503)2245-2449, 2245-5260 y 2245-4491.

Índice

No. de Pág.

Presentación i

I. DERECHO DE FAMILIA..... 1
1. Matrimonio..... 1
1.1. Disenso..... 1
1.2. Matrimonio por poder..... 1
1.3. Deberes de carácter personal..... 2
1.3.1. Relativización en el cumplimiento de los deberes del matrimonio... 4
1.4. Deberes de carácter patrimonial..... 5
1.4.1. Gastos de familia..... 5
1.4.2. Regímenes Patrimoniales Del Matrimonio..... 6
1.4.2.1. Disolución Y Liquidación Del Régimen..... 6
1.4.2.2. Reintegros..... 9
1.4.3. Protección De La Vivienda Familiar..... 10
1.4.3.1. Ley Del Bien De Familia..... 18

2. NULIDAD DEL MATRIMONIO..... 21
2.1. Diferencia entre inexistencia y nulidad del matrimonio..... 22
2.2. Diferencia entre nulidad absoluta y relativa..... 23
2.3. Nulidad absoluta falta de consentimiento de cualquiera de los contrayentes..... 24
2.4. Nulidad relativa..... 24
2.5. Legitimación activa..... 26
2.6. Legitimación pasiva..... 27
2.7. Daño moral..... 30
2.8. Efectos de la sentencia de nulidad..... 31

3. DIVORCIO..... 33
3.1. Divorcio por mutuo consentimiento..... 33
3.1.1. Requesitos del convenio y formalidades..... 34
3.1.2. Modificación del convenio..... 37
3.1.3. Homologación del convenio..... 38
3.1.4. Facultad de los abogados para la ratificación y modificación del convenio..... 39
3.2. Divorcio por la causal de separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos..... 42
3.3. Vida intolerables..... 53
3.3.1. Legitimación..... 53
3.3.2. Hechos constitutivos de la vida intolerable..... 54
3.3.2.1. Infifelidad..... 58
3.4. Pretensiones conexas y accesorias del divorcio..... 59
3.4.1. Pensión compensatoria..... 65
3.4.1.1. Generalidades..... 65
3.4.1.2. Naturaleza jurídica..... 65
3.4.1.3. Presupuestos y criterios de cuantificación del desequilibrio... 67
3.4.1.4. Determinación del plazo de fijación de la pensión compensatoria... 71
3.4.1.5. Privación de la pensión compensatoria..... 72
3.4.1.6. Modificación de la pensión compensatoria..... 73
3.4.1.7. Extinción de la pensión compensatoria..... 77
3.4.1.8. Bases de actualización de la pensión compensatoria..... 82
3.4.2. Pensión alimenticia especial..... 83
3.4.2.1. Diferencia de la pensión alimenticia especial y alimentos..... 86
3.4.3. Daño moral..... 86
3.4.3.1. Daño moral a favor del hijo en un proceso de divorcio..... 90
3.5. Efectos de la sentencia de divorcio..... 91

4. UNIÓN NO MATRIMONIAL..... 99
4.1. Generalidades..... 99
4.2. Requisitos..... 99
4.2.1. Capacidad nupcial..... 99
4.2.2. Comunidad de vida..... 100
4.2.3. Singularidad. Caso especial de relaciones alternas..... 102
4.2.4. Continuidad, temporalidad y permanencia..... 103
4.2.5. Notoriedad..... 105
4.3. Caducidad del ejercicio del Derecho de acción de unión no matrimonial..... 106
4.4. Legitimación pasiva..... 108

5. FILIACIÓN..... 115
5.1. Filiación eneficaz..... 115
5.1.1. Contenido..... 115
5.1.2. Diferencia entre nulidad y filiación eneficaz..... 120
5.1.3. Diferencia de declaratoria judicial con filiación ineficaz..... 123
5.2. Filiación paterna..... 124
5.2.1. Presunción de la paternidad..... 125
5.2.2. Reconocimiento voluntario..... 128
5.2.3. Reconocimiento provocado..... 128
5.2.3.1. Actitud ante la solicitud de reconocimiento provocado..... 129
5.2.3.2. Legitimación procesal para inicial las diligencias de reconocimiento provocado..... 130
5.2.3.3. Citación para la audiencia de reconocimiento provocado..... 133
5.2.3.4. Daño moral en el supuesto de reconocimiento provocado..... 134
5.3. Declatoria judicial de paternidad..... 135
5.3.1. Legitimación..... 135
5.3.2. Legitimación pasiva. Curador de la herencia yacente..... 135
5.3.3. Causales para la procedencia de la declaratoria judicial de paternidad.. 138
5.3.4. Pretensiones conexas y accesorias de la declaratoria judicial de paternidad 139
5.3.4.1. Alimentos..... 139
5.3.4.2. Daño moral ocasionado por la declaratoria judicial de paternidad.... 141
5.3.4.2.1. Generalidades..... 141
5.3.4.2.2. Daño moral a favor del hijo en los supuestos de declaratoria judicial de paternidad..... 142
5.3.4.2.3. Daño moral a favor de la madre en los supuestos de declaratoria judicial de paternidad..... 144
5.3.4.2.4. Procedencia y cuantificación del daño moral en los procesos de declaratoria judicial de paternidad..... 146
5.3.4.2.5. Relativización del daño moral en los procesos de declaratoria judicial de paternidad..... 150
5.3.4.2.6. Desestimación del daño moral en los procesos de declaratoria judicial de paternidad..... 155
5.3.4.2.7. Prueba del daño moral en los procesos de paternidad..... 158
5.3.4.3. Daño material en los procesos de declaratoria judicial de paternidad 160
5.3.5. Comportamiento procesal del demandado y negativa de someterse a las de ADN..... 162
5.3.5.1. Negativa A Someterse A La Prueba De Adn Por Parte De Un Tercero. 166
5.3.6. Reconocimiento De La Paternidad Intra Proceso..... 167
5.3.7. Diferencia Entre La Declaratoria Judicial De Paternidad Y El Reconocimiento Provocado..... 169
5.4. Impugnación De La Paternidad..... 170
5.4.1.Paternidad Falsa..... 170
5.4.2. Diferencia Entre Impugnación De La Paternidad E Impugnación Del Reconocimiento Voluntario..... 171
5.4.3. Diferencia Entre Impugnación De Reconocimiento Voluntario Y Establecimiento Subsidiario Del Estado Familiar De Hijo..... 173
5.4.4. Diferencia Entre Impugnación De Reconocimiento Voluntario Y Nulidad Del Reconocimiento Voluntario..... 174
5.4.5. Legitimación De Impugnación De La Paternidad Matrimonial..... 174

5.4.6. Legitimación Para La Impugnación Del Reconocimiento Voluntario. Actuación Procesal De La Madre..... 176
5.4.7. Acumulación De Las Pretensiones De Emplazamiento Y Desplazamiento De La Paternidad..... 179
5.4.8. Caducidad De La Acción De Impugnación De La Paternidad..... 180
5.4.9. Prueba De La Impugnación..... 181
5.4.10. Valoración De La Negativa A Someterse A Las Pruebas De ADN En Los Casos De Desplazamiento De La Paternidad..... 182
5.4.11. Indemnización Por Daño Moral En Los Casos De Desplazamiento De La Paternidad..... 184

6. ADOPCIÓN..... 185
6.1. Aptitud De Adoptabilidad..... 187
6.2. Consentimiento Para La Adopción Del Hijo(A)..... 188
6.3. Adopción Por Parientes..... 190
6.4. Adopción Por Extranjeros..... 193
6.5. Cambio De Nombre En Las Diligencias De Adopción..... 195

7. ESTADO FAMILIAR..... 199
7.1. Prueba Del Estado Familiar..... 200
7.2. Rectificación De Partida De Nacimiento..... 201
7.3. Registro Del Estado Familiar..... 205
7.3.1. Autenticidad Del Registro..... 208

8. AUTORIDAD PARENTAL..... 209
8.1. Ejercicio De La Autoridad Parental..... 209
8.1.1. Ejercicio De La Autoridad Parental En Supuestos De Oposición Para El Establecimiento De La Filiación..... 211
8.1.2. Desacuerdo En El Ejercicio De La Autoridad Parental..... 211

9. CUIDADO PERSONAL..... 215
9.1. Elementos A Valorar Al Conferir El Cuidado Personal De Un Hijo(A)..... 215
9.1.1. Idoneidad De Los Progenitores..... 215
9.1.2. Principio De Unidad Filial..... 221
9.1.3. Alienación Parental..... 222
9.2. Cuidado Personal Ejercido De Forma Compartida Entre Los Progenitores. 225
9.3. Delegación Del Cuidado Personal De Un Niño(A) A Abuelos O Terceros.... 227
9.4. Régimen De Comunicación, Relación, Trato Y Estadía..... 234
9.4.1. Régimen De Comunicación, Relación Y Trato A Favor De Parientes... 240
9.4.2. Obstaculización Del Régimen De Comunicación, Relación Trato Y Estadía..... 242
9.4.3. Suspensión Provisional Del Régimen De Comunicación, Relación, Trato Y Estadía..... 243

10. REPRESENTACIÓN LEGAL..... 247
10.1. Ejercicio De La Representación Legal..... 247
10.2. Intereses Contrapuestos En El Ejercicio De La Representación Legal..... 249
10.3. Autorización Judicial Para Salida Del País De Un Menor De Edad..... 254

11. ADMINISTRACIÓN DE BIENES..... 257
11.1. Bienes Que No Administran Los Progenitores..... 257
11.2. Diligencias De Utilidad Y Necesidad..... 257

12. VISICITUDES DE LA AUTORIDAD PARENTAL..... 259
12.1. Extinción De La Autoridad Parental..... 259
12.2. Pérdida De La Autoridad Parental..... 260
12.2.1. Legitimación Para Promover La Declaratoria De Pérdida De La Autoridad Parental..... 261
12.2.2. Abandono Moral Y Material Del Hijo(A)..... 262
12.2.2.1. Elementos Que No Dan Lugar Al Abandono..... 266

12.3. Suspensión De La Autoridad Parental. Causas..... 271
12.3.1. Desistimiento De La Pretensión De Suspensión De La Autoridad Parental..... 276
12.3.2. Diferencia Entre Pérdida Y Suspensión De La Autoridad Parental..... 276

13. ALIMENTOS..... 277
13.1. Generalidades..... 277
13.2. Título Para Requerir Alimentos..... 279
13.3. Legitimación..... 282
13.3.1. Legitimación Activa..... 282
13.3.1.1. Legitimación Activa En Que El Cuidado Del Hijo Es Ejercido Por Un Tercero..... 282
13.3.1.2. Alimentos A Favor De La Mujer Embarazada. Restitución De Gastos..... 284
13.3.1.3. Alimentos A Favor Del Hijo Mayor De Edad. (Art. 211 C.F.)..... 284
13.3.1.3.1. Reintegro De Gastos En El Supuesto Del Art. 211 C.F..... 286
13.3.2. Legitimación Pasiva..... 287
13.3.2.1. Legitimación Pasiva En El Supuesto De Reclamo De Alimentos Contra Abuelos..... 287
13.3.2.2. Legitimación Pasiva En El Caso De Reclamo De Alimentos Contra Hermanos Menores De Edad..... 293
13.3.2.2.1. Necesidades En El Supuesto De Reclamo De Alimentos Contra Hermanos Menores De Edad..... 293
13.3.2.3. Legitimación Pasiva En Caso De Reclamo De Alimentos Contra Hermanos Mayores De Edad..... 294
13.4. Prelación En El Pago De Alimentos..... 297
13.5. Necesidad Del Alimentario..... 299
13.6. Diferencia Entre Gastos Ordinarios Y Extraordinarios..... 301
13.7. Capacidad Del Alimentante..... 302
13.8. Condiciones personales del alimentante..... 304
13.9. Forma De Pago De La Prestación Alimenticia..... 311
13.10. Asignaciones Alimenticias Forzosas A Favor De Cónyuges, Hijos Menores De Edad E Hijos Mayores De Edad..... 312
13.11. Asignaciones Alimenticias Voluntarias..... 329
13.12. Medidas Cautelares Para Garantizar El Pago De Los Alimentos..... 331
13.12.1. Caución Personal..... 332
13.12.2. Restricción Migratoria..... 332
13.12.3. Garantía Hipotecaria..... 334
13.12.4. Anotación Preventiva De La Demanda..... 335
13.12.5. Alimentos Provisionales..... 336
13.13. Aplicación Del Art. 253-A C.F..... 338
13.14. Exigibilidad De Los Alimentos..... 338
13.15. Modificación Ulterior De La Sentencia Que Impone Alimentos..... 341
13.16. Improcedencia De La Imposición De Bases De Actualización De La Cuota Alimenticia En Procesos Contenciosos..... 343
13.17. Ejecución De Convenios Ante El Procurador General De La República O Sus Auxiliares Departamentales..... 345
13.18. Retención Salarial De La Cuota Alimenticia. (Como Forma De Pago Y Ejecución De La Obligación)..... 345
13.19. Prescripción En El Cobro De Cuotas Alimenticias..... 348
13.20. Decretos Legislativos Relacionados A Obligaciones Alimenticias Judicialmente Establecida. (D.L.140 Y 503)..... 350
13.21. Rendición De Cuentas Respecto De La Administración De La Cuota Alimenticia..... 353
13.22. Cesación De La Cuota De Alimentos..... 356
13.23. Diferencia Entre La Pretensión De Modificación Y Cesación De La Cuota Alimenticia..... 360
13.24. Dispensa En El Pago De Alimentos..... 361

365
14. TUTEL..... 365
14.1. Declaratoria De Incapacidad Y Nombramiento De Tutor..... 365
14.2. Tipos De Tutela. Tutela Dativa..... 366
14.3. Representación Del Pupilo..... 367
14.4. Administración De Los Bienes Del Pupilo..... 369
14.5. Garantías Para El Ejercicio Del Cargo De Tutor..... 370
14.6. Diligencias De Utilidad Y Necesidad..... 371
14.6.1. Plazo Para La Venta Del Inmueble..... 373
14.7. Causas De Finalización De La Tutela.....

375
15. DERECHOS DE NIÑOS(AS) Y ADOLESCENTES..... 376
15.1. Interés Superior Del Niño(A)..... 378
15.2. Localización..... 381
15.3. Restitución Internacional De Niños(As).....

389
16. PROTECCIÓN A ADULTO MAYOR.....

PRESENTACIÓN

A las puertas del décimo sexto aniversario de la jurisdicción familiar, el Consejo Nacional de la Judicatura y su Escuela de Capacitación Judicial *"Dr. Arturo Zeledón Castrillo",* presenta a la comunidad jurídica, una apreciación sistemática de la evolución jurisprudencial de todas las Cámaras de Familia, durante los años 2007 - 2009, mediante la obra ***Líneas y criterios jurisprudenciales en Derecho de Familia***, que contiene diferentes formas de interpretación del Código de Familia de El Salvador.

Este esfuerzo editorial del CNJ ha sido posible con el apoyo de la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, mediante su Unidad Técnica Ejecutiva (UTE), en el marco del proyecto *"Fortalecimiento de la calidad de la justicia y la seguridad por medio del aumento de la efectividad y la reducción de la impunidad en delitos contra la vida, integridad física y la violencia de género en El Salvador (FORCEF)"* y financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID).

En el episodio de violencia social por el que atraviesa la sociedad salvadoreña, resulta de mucha utilidad impulsar medidas de legitimación de la administración de justicia, y mucho más en el ámbito de la justicia familiar, como uno de los primigenios escenarios en los que se pueden originar, posteriores situaciones de armonía o conflicto, equilibrio o desajustes de las relaciones interpersonales e intergrupales; es por ello que en esta oportunidad se propone a las y los operadores del sistema judicial –funcionarios/as, empleados/as judiciales y profesionales jurídicos en general– incorporar a su instrumental teórico y normativo, el presente estudio jurisprudencial, como instrumento de apoyo al mejor desempeño funcional.

En el texto se aborda con mucha profundidad el Derecho de Familia y sus principales instituciones como: la nulidad del matrimonio, el divorcio, la unión no matrimonial, la filiación, la adopción, el estado familiar y la autoridad parental, en sus diversas manifestaciones, recorriendo desde el cuidado personal y la representación legal, pasando por la administración de bienes, para llegar a las vicisitudes de la autoridad parental. Por otra parte, presenta el tratamiento judicial que se ha dado a temas de frecuente disputa en los conflictos familiares: los alimentos, la tutela, los derechos de la niñez-adolescencia y finalmente la protección de la población adulta mayor. Es decir que la obra contiene un ejercicio académico de gran impacto conceptual y pragmático, encaminado al desarrollo de una forma de administrar justicia, más respetuosa de los derechos humanos de los grupos sociales vulnerables: niñas, niños, adolescentes, personas discapacitadas, incapaces y adultas mayores.

El CNJ reconoce la colaboración prestada por las y los titulares de magistraturas de las Cámaras de Familia de todo el territorio nacional, por haber identificado, compilado y suministrado la más relevante jurisprudencia, finamente sistematizada por las autoras, a quienes se agradece su generosa actitud académica, por autorizar la publicación de tan novedoso aporte al sector justicia y a toda su población justiciable.

Debe enfatizarse que el Consejo Nacional de la Judicatura, se complace en ofrecer la presente obra a toda la planta funcionarial y operativa del Órgano Judicial y la comunidad jurídica nacional, destinatarias del servicio de capacitación, con el firme y comprometido propósito de incentivar el análisis y la discusión de un Derecho de Familia más orientado a la justicia, la armonía y el equilibrio de las y los integrantes del tejido familiar de la sociedad salvadoreña.

I. DERECHO DE FAMILIA.

1. MATRIMONIO.

1.1. DISENSO.

Al respecto la ley ha establecido los requisitos para contraer matrimonio, dentro de éstos, en el caso de los menores de edad, éstos podrán contraer matrimonio, si siendo púberes tuvieren ya un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada. Art. 14 in fine.

En este caso, por encontrarse la menor bajo la Autoridad Parental de sus progenitores deberán éstos dar su expreso asentimiento, disponiendo asimismo la ley el procedimiento a seguir en el evento de que falte uno o ambos progenitores, así también en el caso de los sujetos a tutela, huérfanos, abandonados o de filiación desconocida, conforme a lo dispuesto por el Art. 18 C. F.. Es decir, para que los menores de edad puedan contraer matrimonio, es necesario el asentimiento o conformidad del padre y madre como requisito adicional, o en su caso de las demás personas que señala la ley. (...)

Asì las cosas, el objeto de tales diligencias se constriñe a que la jueza determine mediante el contacto directo con los progenitores y las pruebas que al efecto se presenten, si es justificada o no la negativa para otorgar su conformidad para la celebración del matrimonio de la menor en referencia. De no justificarse la negativa del asentimiento, se procederá a conceder la autorización correspondiente, Art. 19 C. F.. En otros términos, la jueza deberá conocer en la audiencia respectiva el motivo por el que el padre y la madre o uno de ellos se niega a otorgar el asentimiento y si éste motivo o razón no es justificado, de acuerdo al Art. 19 C. F., se procederá a otorgarlo, por tanto ha existido una errónea interpretación por parte de la a quo de las disposiciones citadas, que no se adecua a la situación fáctica planteada en la solicitud.

(Cam. Fam. S.S., veinticinco de febrero de dos mil ocho. Ref. 228-A-2007)

1.2. MATRIMONIO POR PODER.

De la declaración de la señora *** se establece que efectivamente las partes no convivieron desde la celebración del matrimonio.

Por la peculiaridad en que se celebró el matrimonio resulta lógico, que las partes no hayan establecido de forma inmediata su convivencia matrimonial, ya que el matrimonio celebrado a través de

poder requiere obviamente que una de las partes no comparezca a la celebración del acto matrimonial y por ende la convivencia no se establece en ese primer momento, se presume que la misma se constituirá en el transcurso del tiempo, una vez superadas las causas que impedían a uno de los contrayentes estar presentes en la celebración del acto matrimonial. (...)

(Cam.Fam. S.S., catorce de mayo de dos mil siete. Ref. 205-A-2006) [1]

1.3. DEBERES DE CARÁCTER PERSONAL.

Así tenemos, que existió una separación de mutuo acuerdo entre los cónyuges, durante el tiempo que el señor *** residió en el extranjero, es decir, dicha separación no se diocon el objeto de disolver el matrimonio, sino por situaciones propias de la pareja tal y como lo expresó el a quo, citando el Art. 36 C. F. que habla de una separación temporal de los cónyuges por circunstancias especiales en beneficio de la familia, continuando incluso con sus obligaciones, como por ejemplo la prestación alimenticia y la comunicación entre ambos, no se trata entonces de una separación entre los cónyuges y así habremos de interpretarla en el sub lite.

(Cam.Fam. S.S. ocho de junio de dos mil cinco. Ref. 152-A-2004)

En el sub lite se solicita que la Jueza a quo declare disuelta la unión o bien, que declare la separación de hecho entre las partes, como lo aclara la apoderada en el escrito de fs..., al respecto, consideramos al igual que la a quo que nuestro ordenamiento jurídico no contempla dicha figura, sino que establece que la unión no matrimonial termina con el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de dicha relación y es en este momento en que precisamente y dentro del plazo de un año que ha de pedirse que se declare la existencia de la unión para ejercer los derechos que la ley confiere al conviviente.

1. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES DURANTE UNO O MÁS AÑOS CONSECUTIVOS, publicado en el numeral 3.2 de la parte sustantiva de esta publicación*

En este caso, los señores *** ya no mantienen una unión de hecho que reúna todos los requisitos establecidos en el Art. 118 Inc. 1° L. Pr. F., sino que únicamente comparten el mismo techo, por lo tanto no podemos afirmar que conforman unión no matrimonial. En todo caso dicha unión no reuniría ni reunió los requisitos del Art. 118 C. F., porque en la misma demanda se refiere a la falta de singularidad. Por esa razón estimamos que la demanda de cumplimiento del Deber de respeto no prosperaría en el caso que nos ocupa, ya que este tipo de procesos únicamente se ventila entre cónyuges y convivientes, y los señores *** y *** ya no sostienen esa unión de hecho que un tiempo se calificaba como concubinato por lo tanto no son sujetos procesales en un proceso por incumplimiento del Deber de Respeto (Art. 129 L. Pr. F.).

(Cam.Fam. S.S. trece de septiembre de dos mil cinco. Ref. 193-A-2004)

(...) Que por encontrarse casada con el demandado se presume la exclusividad de las relaciones sexuales con éste, no habiéndose establecido que previo, durante, ni después del matrimonio hubiese sostenido relaciones sexuales con una tercera persona que pudiera contagiarla con tan grave enfermedad, de donde se infiere que quien la contagió fue su cónyuge.

(Cam.Fam.S.S., quince de febrero de dos mil seis. Ref. 187-A-2005)[2]

Podemos observar respecto de este punto, que existieron muchos problemas entre los cónyuges desde el inicio del matrimonio a raíz de la incompatibilidad de caracteres, independientemente de quien iniciara los conflictos, llegando a rebasar los límites del respeto y consideración mutuas, no obstante ello continuaban juntos y procreando tres hijas, evidenciándose que lo que finalmente provocó la ruptura definitiva del matrimonio fue la infidelidad del señor *** con la secretaria de la imprenta y que producto de esa relación procreó un hijo, situación que el mismo demandado aceptó en el estudio psicológico.

(Cam.Fam. S.S,. diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 94-A-2006)

2. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominado GASTOS DE FAMILIA, publicado en el numeral 1.4.1 de la parte sustantiva de esta publicación y en DAÑO MORAL, publicado en el numeral 3.4.3 de la parte sustantiva de esta publicación.*

1.3.1. RELATIVIZACIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL MATRIMONIO.

También hemos considerado que no obstante que las partes se encontraban separadas en razón de residir el demandante en los Estados Unidos de Norteamérica; ello no implicó una relativización en el cumplimiento de los deberes del matrimonio, es que existía un acuerdo aparente o tácito entre las partes en que aquel residiera en el extranjero con fines laborales, además no se evidencia del ánimo del Sr ***, su deseo de separación, por cuanto sus actitudes frente a su grupo familiar eran las de enviar remesas para suplir las necesidades del grupo familiar, las visitas al mismo por lo menos una vez al año, y la comunicación telefónica.

(Cam.Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 27-A-2005)

El otro argumento que aduce el apelante se refiere a la aceptación de los hechos por parte de la demandada a través de su apoderado, lo cual no se puede tener como prueba, pues aunque a dicho profesional en el poder se le otorgan las facultades contenidas en los Arts. 113 Pr. C. y 100 L. Pr. F. (que incluyen la admisión de hechos), no aceptó de manera llana y simple la separación, pues si bien afirmó que materialmente las partes residen en lugares distintos es por el acuerdo común de ambos y por el bienestar de la familia, pero que actualmente el demandante no cumple con la cuota alimenticia. Que aunque a los hechos aceptados no se adicionó ninguna otra prueba que los reforzara, éstos no son suficientes para decretar el divorcio, ya que el demandante no probó ni siquiera indiciariamente la separación para que lo dicho o afirmado por el Lic. *** pudiera dar lugar a su establecimiento, no siendo a este último a quien compete probar la separación, tampoco su dicho se refirió a una negativa, sino a una aceptación consensuada de la separación, en términos que no pueden considerarse en definitiva como una causal de divorcio, pues se dio por mutuo acuerdo de los cónyuges y en el interés de la familia, por tanto es procedente confirmar la sentencia que declaró sin lugar el divorcio.

(Cam.Fam. S.S., veintiocho de julio de dos mil seis. Ref. 44-A-2006)

1.4. DEBERES DE CARÁCTER PATRIMONIAL.

1.4.1. GASTOS DE FAMILIA.

Nuestra legislación contempla en el Art. 38 C. F., los gastos de familia, estableciendo que los cónyuges deberán sufragar en proporción a sus recursos económicos, los gastos de familia. Si uno de ellos no tuviere bienes ni gozare de emolumento alguno, el desempeño del trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos, con el mismo significado que las aportaciones del otro.

Si alguno de los cónyuges, por incumplimiento del otro se hubiere visto obligado a contraer deudas para sufragar los gastos de la familia, éste será solidariamente responsable de su pago. El juez, en este caso podrá moderar la cuantía de los gastos, atendiendo a las condiciones de vida de la familia y a la razonabilidad de los mismos. (...)

El apelante pidió la retribución de los gastos del parto del menor ***, Art. 249 C. F., incluyéndolos dentro de los gastos de familia, los que fueron cancelados (gastos de parto), en su totalidad por el padre de la demandante, señor ***, pero tratándose en todo caso -por su misma naturaleza- de gastos de familia, constituyen obligaciones de ambos cónyuges, de acuerdo al citado Art. 38 C. F. y habiendo sido reclamado su reintegro por la Sra. *** y existiendo prueba suficiente al respecto en el sub lite, esta Cámara es de la opinión que el señor ***debe retribuirle a la demandante el equivalente al cuarenta por ciento de los gastos de parto del menor *** (...)

(Cam. Fam. S. S., quince de febrero de dos mil seis. Ref. 187-A-2005) [3]

(...) el Art. 38 inciso primero *in fine* dispone que "el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos **se estimará como su contribución a tales gastos, con el mismo significado que las aportaciones del otro**" (Resaltado fuera de texto). Es así que aunque la señora *** no hubiese contribuido económicamente a la manutención de sus hijos,

3. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado DEBERES DE CARÁCTER PERSONAL, publicado en el numeral 1.3 de la parte sustantiva de esta publicación y en DAÑO MORAL numeral*

su cuidado equivaldría al mismo valor que lo aportado económicamente por el otro progenitor.

(Cam. Fam. S. S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005)

1.4.2. REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

En el sub judice consta que las partes contrajeron matrimonio el día cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco; de conformidad a lo dispuesto en el art. 402 C. F. "El régimen patrimonial de los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia de este Código, continuará inalterable, a menos que los cónyuges expresamente dispusieren lo contrario". De tal suerte que en lo relativo a regímenes patrimoniales de los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia del Código de Familia, opera la ultra actividad de la norma, es decir, la aplicación de una norma derogada a un proceso actual, en ese sentido el régimen patrimonial al que las partes se encuentran sometidas es el de separación de bienes, Art. 186 C. C. (derogado), en consecuencia se encuentra acreditado uno de los extremos para la procedencia de la pensión compensatoria.

(Cam. Fam. S. S., seis de febrero de dos mil seis. Ref. 97-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 186-A-2005.

1.4.2.1. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN.

El reconviniente planteó en forma acumulada las pretensiones de disolución y liquidación del régimen patrimonial de comunidad diferida; si bien el Art. 74 C. F., señala que disuelta la comunidad se procederá a su liquidación; esta Cámara entiende que ello no es óbice para que dichas pretensiones se conozcan de forma acumulada -simultánea- en el mismo proceso de divorcio, sobre todo si de esa forma fueron introducidas al conocimiento del a quo, en consideración a los principios de concentración y economía procesal; por lo que este Tribunal no comparte el criterio del a quo, respecto de que el trámite de la liquidación sólo procede una vez disuelta de manera independiente o autónoma la comunidad, ello sin perjuicio de que pueda realizarse también posteriormente, situación que seria la más idónea a tenor literal

de las disposiciones comentadas; evidentemente el artículo es claro al disponer tal situación, pero ello no impide que las pretensiones sean conocidas de forma simultánea aunque resueltas de manera correlativa, ya que similarmente ocurre con la pensión compensatoria, en la que para su fijación aún en los casos de separación de bienes, se ha procedido a un inventario y liquidación de bienes para verificar de mejor manera cual de los cónyuges ha quedado en desequilibrio económico. Por ello una vez que se declare la disolución de la comunidad se procede a su liquidación, valorando esa situación en la misma audiencia y resolviéndola en la sentencia, por lo que la valoración de las pruebas debe seguir la misma suerte; de manera que en la ratio del juzgador, primero debe valorar si con la prueba aportada se configuran los hechos alegados, determinado lo anterior procederá a disolver e inmediatamente liquidar dicho régimen con la prueba que se hubiere vertido, evitando abrir un nuevo proceso o un procedimiento de ejecución, puesto que ha sido solicitado en el mismo proceso, junto con la pensión compensatoria.(...)

La liquidación de bienes exige un conocimiento especial, por lo que a criterio de esta Cámara el nombramiento de perito contable solicitado al a quo, era una prueba de carácter pertinente y no inútil ni impertinente como lo sostuvo el juzgador.

(...)Al negarse la recepción de tal peritaje, se restringió la oportunidad probatoria del Sr. ***; situación que no sólo ha incidido en las pretensiones relativas al régimen patrimonial sino además en la pretensión de pensión compensatoria, ya que al haberse conjugado las tres pretensiones, el juzgador estaba obligado a resolverlas de forma unísona y coherente, ello sólo podía hacerlo al resolver cada pretensión oportunamente, sin que ello implique seguir procesos diferentes.

(Cam. Fam. S. S. trece de julio de dos mil cinco. Ref. 143-A-2004)

Al respecto, el Art. 131 L.Pr.F. referido a la Disolución Judicial de la Comunidad Diferida, y los artículos de la normativa civil mencionados por la a-quo en la prevención, se refieren a la formación de inventarios en lo relativo a la herencia y los arts. 83 C.F. y 218 L. Pr. F., establecen como regla supletoria la aplicación del mismo procedimiento sólo en aquellos casos no previstos, ni expresamente regulados.

Cabe acotar que los documentos que presentó el apelante con la finalidad de subsanar la prevención, no contienen el inventario global de los bienes de la sociedad legal, sino que se limitó a darle cumplimiento de manera parcial al literal a) del art. 133 L.Pr.F, puesto que únicamente presentó el inventario privado de sus bienes sin incluir los de la cónyuge y los que corresponden a la sociedad, no obstante, no es necesario presentarlo de manera conjunta, ya que cada uno de ellos presentará su propio inventario, del cual podrán extraerse los bienes que correspondan a la sociedad o excluir los considerados como propios, pero que en realidad pertenecen a la sociedad; también en lo que se refiere al activo y pasivo, no incluyó los documentos de las obligaciones que tienen título con fuerza ejecutiva, tampoco agregó todos los estados de cuenta, ni mencionó compensaciones debidas a la masa común de los bienes y reintegros, los que incluso podrían no existir.

Estimamos que si bien el inventario no está completo en cuanto a todos los datos que se deben incluir, ni se menciona expresamente la existencia de algunos rubros ni toda la prueba pertinente, ello no implica que en el inventario no se hayan comprendido bienes de la sociedad, puesto que será en la liquidación que la jueza separará los bienes propios de cada cónyuge, de aquellos que forman parte de la sociedad a partir de la fecha y el título a que se adquirieron y será ésta quien en el momento de la verificación de los datos procederá con los pagos de las deudas, reintegros o recompensas si las hubiere, incluyendo o excluyendo bienes, de acuerdo al Art. 133 lits. b), e), f), g) e inciso último C. F.. Por lo tanto será sólo con el examen de los elementos aportados al proceso que la jueza se pronunciará, asimismo si no se reportan ni se prueban deudas será como si no se tuvieren, situación de hecho que no podrá ser suplida por la a-quo, ya que solamente está obligada a resolver con el material probatorio que se aporte por ambas partes y aún por terceros (según corresponda), sin perjuicio de que pueda requerir alguna prueba para mejor proveer o solicitada oficiosamente.

(Cam. Fam. S.S. doce de diciembre de dos mil cinco. Ref. 136-A-2004)

De lo anterior resulta que la muerte de uno de los cónyuges disuelve el matrimonio y a su vez, el régimen patrimonial del matrimonio.

En ese sentido tenemos que la muerte real de uno de los cónyuges da lugar a la acción de la Sra. ***, respecto de la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio por haber quedado este disuelto de pleno derecho con la muerte del otro cónyuge.

La liquidación entonces ha de realizarse sobre los bienes de la comunidad diferida haciendo la separación entre los bienes propios de cada cónyuge y los bienes de la comunidad, de tal suerte que los bienes en comunidad serán repartidos entre los cónyuges y no forman parte de la masa sucesoral hasta en tanto no se separen y adjudiquen los que corresponderían a cada uno de ellos de acuerdo al régimen de comunidad, pues serán los que se adjudiquen al causante los que formarán parte de la masa sucesoral. En ese sentido al inventariarse los bienes de la comunidad deberán aplicarse los Arts. 62, 64, 65, 80 y 82 C. F.-; el primero de ellos establece que al disolverse el régimen se distribuirán por mitad los bienes, frutos y rentas obtenidas por cualquiera de los cónyuges. De la misma manera el inmueble que sirvió de vivienda familiar se adjudicará preferentemente al cónyuge supérstite. Art. 81 lit. 4° C. F.

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de junio de dos mil siete. Ref. 96-A-2007)

1.4.2.2. REINTEGROS.

En cuanto a la petición de la señora **** de que se realice en base al Art. 69 C. F por parte del señor *** el reintegro de la cantidad de dinero que invirtió en la constitución de la empresa "Radio Taxis Génesis", en razón de que dicha cantidad es la que recibió en concepto de indemnización por haber laborado diecinueve años en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; hacemos las siguientes consideraciones:

El artículo 69 C. F. a la letra dispone: "***Si uno de los cónyuges hubiere hecho aportaciones de sus propios fondos, para satisfacer obligaciones a cargo de la comunidad diferida, tendrá derecho a que le sean reintegradas por ésta, con los intereses legales."(Sic.).***

Consideramos que el mencionado artículo no es aplicable de forma analógica al *sub lite* por cuanto no se reúnen las condiciones establecidas en el Art. 9 C. F.; es decir no existe anomia para aplicar dicho precepto, ya que la figura del reintegro ha sido instituida de forma específica para el caso del régimen de comunidad diferida y

ello no responde a un capricho u omisión legislativa, sino a la naturaleza misma del régimen al que resulta aplicable.

Por otra parte en el *sub judice* se trata de un régimen de separación de bienes para lo cual procede la petición de pensión compensatoria – tal como lo hizo la señora ***, (Art. 113 C. F.), por lo que no cabe aplicar analógicamente el Art. 69 C. F.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 21-A-2006)

1.4.3. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Es de advertir que la Jueza a quo, al fundamentar el fallo no sólo consideró la protección de los menores hijos como se relacionó anteriormente, sino además otros precedentes sostenidos por esta Cámara en lo que concierne a la constitución de la vivienda familiar y al uso de la misma, de conformidad a los Arts. 46 y 111 C. F., pues la hipoteca que recae sobre la vivienda familiar constituye un riesgo que implica que ésta pueda ser objeto de embargo por falta de pago, lo que en manera alguna beneficia a la familia ni a los menores hijos, sino por el contrario representa un perjuicio mayor si por ello son despojados de la vivienda colocándolos en franca desprotección. Por otra parte, según la sentencia de primera instancia, se ha requerido por la a quo que la nueva vivienda incluya todos los servicios básicos y que a su vez se encuentre libre de gravamen, a fin de evitar a futuro situaciones como el sub judice.

Se reconoce también en esa resolución, que la modificación entraña un cambio en las condiciones familiares que afectan al grupo familiar, pero es necesaria su concesión por haberse constatado que las circunstancias que rodean el caso son de tal gravedad que ameritan este cambio de vida, ya que si bien es cierto, el Sr *** es propietario del inmueble situado en San Antonio Abad, lo es a través de un crédito, por lo que dicho inmueble se encuentra gravado, siendo este el elemento principal a considerar para la modificación, ya que el demandante podría caer en insolvencia, dada su actual situación económica. Además la concesión de dicha vivienda en la sentencia que hoy se modifica era "temporal" y la demandada por su parte no probó la capacidad del demandante. De ahí que el requerir una vivienda en iguales condiciones

que la primera volvería innecesaria la pretensión del demandante, ya que se pidió la modificación de la primera, precisamente por su incapacidad para costearla.

(Cam. Fam. S.S. trece de abril de dos mil cinco. Ref. 13-A-2005)

En lo tocante al uso de la vivienda familiar, el impetrante no señala específicamente por qué considera que debió otorgársele el uso de la vivienda familiar, únicamente expresa su desacuerdo con lo resuelto en la sentencia, la cual dispuso que no podía otorgarse el uso de la vivienda familiar –del inmueble donde actualmente reside la madre con sus hijos- en virtud de que dicho inmueble esta gravado con usufructo vitalicio a favor de tercera persona (en este caso a favor de la madre del demandado), ver fs. 124 -127. Al respecto debemos señalar, que para proteger el inmueble que sirve de vivienda familiar, a tenor de lo dispuesto por el Art. 46 C. F., entre otros requisitos es que este se encuentre libre de gravamen, y en el sub judice, el inmueble del cual se ha solicitado su uso, aún cuando es propiedad del demandado, señor *** se encuentra gravado con derecho real de usufructo, como se ha establecido con la prueba que obra en el proceso, por lo que consideramos acertada la decisión del a quo de no conceder el uso y habitación del referido inmueble.

Ante la circunstancia de no poder conceder la protección en el inmueble referido, el Juez a quo, procedió a otorgar dicho beneficio -uso de vivienda- sobre otro inmueble propiedad del demandado en proindivisión con la demandante el cual no tiene gravamen y el mismo demandado acepto ceder el derecho que le corresponde; a fin de no dejar desprotegido al grupo familiar, no obstante que no hubo petición concreta respecto de ese otro inmueble aunque sí del primeramente mencionado, pues de lo contrario –de no haber mediado petición alguna sobre el uso de vivienda ni el ofrecimiento del inmueble referido por parte del demandado, no habría procedido su concesión. Que no obstante no haberse concedido el uso de vivienda sobre el inmueble peticionado en la demanda que es donde efectivamente ha residido el grupo familiar, se ha dejado garantizado ese derecho a la demandante y sus hijos en el otro inmueble referido, por lo que no resulta procedente que este Tribunal, otorgue el uso de vivienda en el inmueble solicitado, como tampoco revocar el decisorio, que confiere

su uso en inmueble diferente, pues ello colocaría en una situación más gravosa a la impetrante, por lo que procede confirmar la sentencia en ese punto.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 142 - A - 2005)

Doctrinariamente se entiende por vivienda familiar, la casa donde vive permanentemente el grupo familiar; específicamente, el inmueble donde la pareja y sus hijos habitan y establecen la residencia familiar o "patrimonio al servicio de la familia como colectividad" (Cos, José Manuel Marco en su artículo *"Protección a la Vivienda Familiar"*).

Del Art. 46 del Código de Familia que se ha trascrito *ut supra*, se puede colegir que los requisitos **mínimos** que son exigibles para decretar la protección a la vivienda familiar son: **1)** Que se trate de un solo inmueble el que se destine como vivienda familiar; **2)** Que dicho inmueble sea propiedad de uno o ambos cónyuges y **3)** Que sirva de habitación a la familia.

Cabe acotar que la frase "protección para la vivienda familiar" constituye un concepto genérico que comprende diversas formas de protección de la vivienda familiar: 1° Destinación voluntaria de los cónyuges mediante escritura pública o acta ante funcionario competente de la Procuraduría General de la República; 2° Mediante sentencia en proceso contencioso (como el caso que conocemos); 3° Como medida cautelar mediante la destinación o uso de la vivienda por disposición judicial en el proceso de divorcio o en otro proceso incluso en el proceso de violencia intrafamiliar. Arts. 111 C.F., 130 L.Pr.F. y 7 LCVI. (...)

En ningún inciso del citado Artículo 46 se establece la inscripción del inmueble como requisito de procedibilidad de la demanda de protección a la vivienda familiar, lo que la disposición establece es que el instrumento en el cual se haga constar la protección a la vivienda familiar deberá ser inscrito, dando por sentado que el inmueble donde ésta se encuentra, está inscrito lo cual en la realidad no siempre es así, ya que existe una cantidad considerable de inmuebles sin inscripción.

De ahí que la inscripción previa del inmueble que sirve de vivienda familiar es una circunstancia distinta de los presupuestos que

se exigen para la procedencia de la protección de la vivienda de uso familiar. En efecto la inscripción cumple con la función de la publicidad del acto constitutivo de la protección de la vivienda familiar, para que surta efecto frente a terceros evitando enajenaciones o gravámenes.

El Código Civil respecto a la inscripción de bienes raíces, entre otras disposiciones, en su Art. 667 refiere que "*la tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos,* ***salvas las excepciones legales****, se efectuará por medio de un* ***instrumento público****, en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla.* ***Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato****, y* ***para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad."*** (Negritas y subrayado fuera de texto.)

Por su parte el Art. 717 del mismo código señala que "***No se admitirá en los tribunales o juzgados de la República, ni en las oficinas administrativas, ningún título ni documento que no esté registrado, si fuere de los que conforme a este título están sujetos a registro; siempre que el objeto de la presentación fuere hacer valer algún derecho contra tercero.*** *Si no obstante se admitiere, no hará fe. Con todo, deberá admitirse un instrumento sin registro, cuando se presente para pedir la declaración de nulidad o la cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel instrumento".* (El resaltado y subrayado es nuestro)

Observamos que esta disposición refiere un caso de excepción a la presentación de un instrumento no inscrito, el cual se admitirá cuando con él se pretenda la declaración de nulidad o la cancelación de algún asiento que impida previamente verificar la inscripción de dicho instrumento. También se aceptará para verificar la inscripción de un título anterior a este instrumento.

Ahora bien, tratándose de hacer valer el derecho relativo a la protección a la vivienda familiar, que es un derecho no contemplado en el Código Civil, sino en el Código de Familia, deberá analizarse si también puede hacerse esa salvedad.

El derecho de protección a la vivienda ha sido clasificado doctrinaria y jurisprudencialmente tal como el Tribunal Supremo Español lo ha señalado en algunas de sus sentencias como un derecho de ocupación. Es un derecho real que se ejerce sobre cosa ajena, cuyo goce no puede ser interrumpido por el que posea el título de dominio.

El cónyuge o conviviente a favor del cual se decreta la protección de la vivienda se reviste de las características de un **poseedor legítimo**, por lo que su derecho **es susceptible de ser oponible a terceros**. Para lograr la total efectividad de dicha oponibilidad ante terceros ajenos a la relación familiar, es precisamente que debe ser inscrita en el Registro Público.

Sin embargo, en casos como el sub judice si no existe un antecedente inscrito, efectivamente no podría inscribirse la protección de la vivienda familiar, lo cual no implica que no proceda la pretensión solicitada y que no pueda reclamarse este derecho, por cuanto, no puede vedarse la procedencia de la demanda de protección de la vivienda familiar ni la constitución de ese derecho en la correspondiente sentencia únicamente, por la falta de inscripción del inmueble objeto de dicha pretensión, puesto que éste es un derecho que deriva de la calidad de cónyuge de la señora *** respecto del señor *** y de otros requisitos, entre ellos que funja precisamente como vivienda familiar, que sea propiedad de uno de los cónyuges, no tenga gravamen o enajenación y no de la realidad jurídica registral del inmueble.

Bastará entonces para acceder a la admisión de la demanda planteada que se establezcan los requisitos necesarios para su procedencia, fundamentando la petición, sin supeditar la protección de la vivienda familiar a más requisitos que los exigidos en la ley, lo que implica que para la concreción de ese derecho debe tomarse en cuenta nuestra realidad social en la que existen muchos inmuebles que carecen de antecedentes inscritos en los respectivos registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, por cuanto esos inmuebles gozan de protección jurídica mediante la institución de la posesión la que se refuerza cuando se cuenta con instrumento público o privado que la ampare, aún cuando no se encuentre inscrito pero es susceptible de ello mediante los trámites legales pertinentes. Pero mientras eso no ocurra por lo engorroso y oneroso que resulta para algunas personas, no se puede negar el acceso a la justicia incumpliendo los derechos familiares que son de naturaleza social.(...)

(...) la falta de inscripción no es óbice para que éstos derechos, se constituyan, puesto que en este particular caso, la señora *** si comprobare que la vivienda ha fungido como vivienda familiar, que la propiedad del inmueble está a favor del cónyuge y la necesidad de su

protección, procederá declarar ese derecho. Ahora bien, la dificultad estriba en la manera en que ese derecho podrá hacerse valer **frente a terceros**, lo que implica la efectividad y real cumplimiento de la sentencia, que en el caso del cónyuge quedará desde luego vinculado a cumplirla a partir de la notificación de la sentencia, sin que pueda alegar después desconocimiento de la misma, pero en cuanto a terceros resultará difícil que conozcan la situación jurídica del inmueble debiendo buscarse en la resolución alguna modalidad que garantice de alguna forma su cumplimiento. (...)

En este caso se ha presentado certificación de un documento privado registrado en la Alcaldía Municipal de Dulce Nombre de María, expedido por el Alcalde de dicha municipalidad. (...)

Es decir existe prueba documental que establece que el señor *** es dueño del inmueble, ostentando la posesión y dominio teniendo liminarmente seguridad jurídica sobre el mismo para hacerlo valer, de la misma manera se hace extensible a aquellos que pretendan hacer valer un derecho sobre dicho inmueble, dicho de otro modo, si bien es cierto no existirá podrá inscribirse en el registro la protección pedida, resulta pertinente su constitución, cuando proceda.

Considerar de otro modo tal situación podría acarrear como consecuencia directa una desprotección, volviendo nugatorios los derechos familiares y vedando el derecho de acceso a la administración de justicia, el cual se encuentra consagrado constitucionalmente. (...)

Es así que ante la omisión del legislador familiar al no prever de manera expresa la manera de efectivizar la pretensión de protección de la vivienda familiar, en el caso que dicho inmueble tenga un poseedor legítimo cuyo derecho no se encuentre debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, el Juzgador, deberá hacer una heterointegración de las normas generales, esto es el Código Civil y el Código de Familia, dándole preeminencia a la finalidad que ésta última persigue y a los sujetos involucrados en el conflicto familiar realizando una interpretación amplia y adecuada al caso. Esto en armonía con los Arts. 8 y 9 C.F. y 2 y 7 letra f) L.Pr.F..

(Cam.Fam. S.S., treinta de marzo de dos mil siete. Ref. 1-A-2007)

El Art. 46 C.F., recoge diversas modalidades de protección a la vivienda familiar: la primera de ellas establece un límite a la libre disposición y administración del inmueble que sirve de habitación a la familia, al instituir la necesidad del asentimiento del cónyuge no propietario del bien para su enajenación o constitución de derechos reales –Art. 46 inc. 1° C.F- cuando dicho inmueble se haya constituido como vivienda familiar ya sea voluntaria o judicialmente. En el segundo caso se establece la concesión del uso del inmueble que sirve como vivienda familiar.

Los Arts. 108 y 111 C.F., frente a la disolución del vínculo matrimonial -es decir frente a una situación de crisis- establece que en la sentencia de divorcio se deberá establecer a quien de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda familiar, cuando fuere procedente, ya sea que haya precedido o no su protección.

No discutimos que el contenido esencial de ambos derechos –uso y habitación, tal como los regula la legislación familiar- es el mismo, ya que ambos configuran "*la facultad de morar en la vivienda familiar"(...)*

La constitución de la vivienda familiar, de conformidad al Art. 46 C.F., se efectúa por acuerdo de los cónyuges, en otras palabras esta modalidad de protección tiene su génesis en el avenimiento de voluntades de los consortes o por declaración judicial; en cambio la destinación del uso de la vivienda familiar se constituye como consecuencia del divorcio, separación o cualquier otra circunstancia que de lugar a su concesión como una medida de protección generalmente a petición de parte, la que se prolonga en el tiempo cuando existen hijos menores de edad, sin importar que el inmueble se encuentre gravado e incluso que pertenezca excepcionalmente a terceros como en los casos de arrendamiento o comodato. En ambos casos el inmueble funge y seguirá fungiendo como vivienda familiar.

Sin embargo, en nuestro medio la posibilidad de lograr un acuerdo en cuanto al uso de la vivienda o su concesión judicial, no se agota frente a la crisis familiar que implica la ruptura del vínculo matrimonial, ya que el Art. 108 ord. 4° C.F., establece que en el convenio de divorcio los –hasta entonces- cónyuges acuerden a quien corresponderá el uso de la vivienda, entre otras circunstancias, como también en los

casos de separación.

En ambos casos -derecho de habitación y uso de la vivienda familiar- la titularidad del derecho deviene de la calidad de cónyuges o convivientes, para la procedencia del primero se requiere que uno o ambos cónyuges o convivientes sean propietarios del inmueble y que no se encuentre gravado, situación que no necesariamente ocurre para el uso de la vivienda familiar.

Como lo señalamos *supra* los instrumentos constitutivos de esos derechos difieren en uno y otros supuestos, para la **constitución del derecho de la vivienda familiar** –Art. 46 C.F.-, serán la escritura pública o el acta de acuerdo ante el Procurador General de la República o alguno de sus Procuradores Auxiliares Departamentales o en su defecto la declaración judicial, **para el caso del derecho de uso de la vivienda familiar** –Arts. 108 y 111 C.F.-, el pronunciamiento dictado en la sentencia de divorcio o el dictado de la medida de protección en su caso.

Para la protección del derecho de la vivienda familiar o uso de la vivienda familiar- frente a terceros, necesariamente se requerirá su inscripción en el Registro respectivo, tal como lo dispone el Art. 46 inc. 2° C. F., norma que aplicamos analógicamente respaldados en el principio de publicidad, uso de la vivienda familiar aunque los Arts. 108 y 111 C.F., no lo dispongan expresamente; excepcionalmente puede concederse ese derecho aunque el inmueble no se encuentre inscrito, como ha ocurrido en la realidad y no por ello se ha denegado ese derecho (...)

Esta Cámara ha sostenido en reiterados pronunciamientos que el derecho de *uso de la vivienda familiar*, no puede concederse de forma indefinida, en respeto no sólo del derecho de propiedad del titular del inmueble, sino de la naturaleza misma de la institución, cual es -como lo dijimos *supra*- la protección para los *miembros más necesitados de tutela y cuidado*; es por ello que por regla general se concede el uso de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente a quien se le ha conferido el cuidado de los hijos, aunque por ser un derecho exclusivo de los cónyuges y convivientes tampoco se requiere que se

hayan procreado hijos, en cuyo caso su uso se otorgará al cónyuge o conviviente que se encuentre más necesitado de ese derecho.

En ese orden de ideas y advirtiendo del contenido de las normas –Arts. 108 y 111 C.F.- que el uso de la vivienda familiar es un derecho exclusivo de los cónyuges y no de los hijos pese a que la vivienda forma parte del rubro de los alimentos, es posible concluir que la sentencia de divorcio en cuanto a dicho punto sólo puede ser modificada para hacer cesar ese derecho en el caso que no se haya estipulado un plazo de vigencia o aún antes de su cumplimiento cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias por las cuales se concedió; pero no es dable aceptar la modificación respecto del titular del derecho, ya que al momento el solicitante no se encontraría legitimado para instar la acción, por cuanto se trata de una persona divorciada (o separada en el caso del conviviente), por tanto es aceptable la tesis de la *a quo* -aunque con las variaciones efectuadas en esta sentencia- que establece que el derecho que se pretende modificar es exclusivo de los cónyuges por lo que debió desestimarse la demanda. Reiteramos que al disolverse el vínculo matrimonial, la única posibilidad que queda al ex cónyuge a quien no se confirió el uso es solicitar la modificación, en cuanto al cese del derecho conferido a su ex cónyuge.

(Cam. Fam. S. S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 42-A-2007)

1.4.3.1. LEY DEL BIEN DE FAMILIA.

Esa ley, (Ley del Bien de Familia) en lo que atañe al caso que nos ocupa, ha sido tácitamente derogada por el Código de Familia, el cual en su Art. 46 C. F., regula lo que en su epígrafe llama "Protección para la vivienda familiar", aún cuando en su texto regula lo atinente al "inmueble que sirve de habitación a la familia" (inc. 1°) y "la constitución del derecho de habitación... sobre la vivienda familiar". Por ello lo correcto es decir "constitución de la vivienda familiar)". En este caso tampoco es procedente otorgar su uso, puesto que lo que se pidió es que se constituyera como bien de familia y aunque se concedió su uso de manera provisional, la demandante se la devolvió (la vivienda) al demandado (fs. ...) y ambos viven desde algún tiempo en diferentes

inmuebles.

(Cam.Fam. S.S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95-A-2004)(El paréntesis es nuestro).

2. NULIDAD DEL MATRIMONIO.

En otras palabras la nulidad del matrimonio tiene como fin inmediato la privación de los efectos del matrimonio, y que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban hasta antes de la celebración del acto. (...)

(...) es preciso determinar si previo a promover el proceso de nulidad se debió seguir la acción penal; en ese sentido insistimos que no se ha determinado claramente con el material fáctico de la demanda si se trata de usurpación de documentos o del supuesto de homónimos –ello se definirá hasta finalizar este proceso y dictar sentencia-, independientemente de ello, este Tribunal ha sostenido que en supuestos como el del sub lite no es requisito sine qua non la promoción previa del proceso penal, puesto que ambos procesos tienen una finalidad diferente, en esta vía se insta a la declaratoria de nulidad del matrimonio, por no haber concurrido la parte actora a otorgar su consentimiento, por lo que se debe comprobar que ella (parte actora) no compareció al acto sino que fue otra persona quien lo hizo, ya sea usurpando sus documentos o por ser una persona con identidad homónima.

Sin embargo aún cuando los hechos pudieron darse por la utilización ilegal de los documentos de la demandante por parte de un tercero (la demandada), ello no la obliga a iniciar la vía penal ya que en el sub judice deberá acreditar que los documentos fueron utilizados ilegalmente por personas distintas o que esos documentos le pertenecen a ella y no a la persona que compareció al acto del matrimonio; efectivamente el proceso penal serviría para preconstituir prueba, pero ello no obliga a que el mismo sea iniciado y sentenciado previamente a instar la acción familiar, aunque en estos casos el juzgador por su parte sí debe informar a la Fiscalía General de la República para que inicie el proceso penal Art. 288 C.Pn..

Ambos procesos son de naturaleza diferente, juzgándose en cada uno de ellos situaciones diferentes, no existiendo una relación de dependencia entre ambos, que impongan como requisito de procesabilidad el agotar la vía penal, ya que perfectamente se pueden acreditar en la jurisdicción familiar los hechos en que se funda la pretensión, sin necesidad de que previamente se haya conocido en sede penal; por ende es errónea la resolución de la jueza a quo al expresar que la vía utilizada no es la idónea, ya que la única jurisdicción competente para

conocer de una declaratoria de nulidad de matrimonio es la familiar, a través de la promoción de un proceso de nulidad. En consecuencia la demanda ha sido debidamente entablada en la jurisdicción correspondiente y mediante el trámite procesal adecuado –proceso contencioso- siendo procedente revocar la resolución que declaró la ineptitud de la demanda; no obstante que como hemos observado la demanda carece de requisitos formales de los cuales algunos pueden ser saneados con los documentos presentados por la parte actora y otros –como la falta de las generales de la demandada serán evacuados en el transcurso del proceso- no obstante ello es procedente admitir la demanda, porque como hemos señalado supra se trata de una pretensión cuyo contenido es de orden público.

(Cam.Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006)

2.1. DIFERENCIA ENTRE INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO.

Las primeras tres causales (del Art. 90 C.F.), doctrinariamente son constitutivas de la inexistencia del matrimonio, que en principio no precisa de reconocimiento judicial por cuanto es un acto que por sí mismo no existe, sin embargo como este ha nacido a la vida jurídica (se ha inscrito en los respectivos registros), nuestra legislación a fin de sanear dichos vicios lo ha normado por la vía de la nulidad absoluta, al efecto se ha sostenido"Habrá también inexistencia del matrimonio por ausencia de consentimiento de una o ambas partes cuando exista un acta de la cual resulte la prestación de un consentimiento que en realidad no tuvo lugar, como en los siguientes casos: a) Cuando existe sustitución de la persona de uno de los contrayentes o de ambos, es decir, cuando quienes comparecen ante el oficial público aparentan una identidad falsa, haciendo aparecer en el acta como casados a quienes en realidad no concurrieron a la ceremonia." (Belluscio, Augusto César. Ib. Idem) (Subrayado fuera de texto)

(Cam.Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006) (El primer paréntesis nos pertenece)

2.2. DIFERENCIA ENTRE NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.

La Nulidad es la sanción de privación de los efectos del matrimonio por la falta de requisitos que la ley establece previamente, ya sean éstos de existencia, los cuales generan una nulidad absoluta o la falta de requisitos de validez que generan nulidad relativa (subsanable), produciendo un efecto similar al de anulación de los actos jurídicos en general, es decir, vuelven las cosas al mismo o igual estado en que se encontraban antes del acto anulado. La nulidad relativa sólo puede ser reclamada únicamente por los cónyuges o por cualquiera que tuviere interés, siendo subsanables conforme a las reglas legalmente establecidas; a diferencia de la nulidad absoluta, que por obedecer a razones de orden público puede decretarse aún de oficio por el Juez (a) de acuerdo al Art. 91 C.F., cuando aparezca de manifiesto o se advierta razón para ello dentro del proceso, pudiendo darse en cualquier tiempo; tal declaratoria produce efecto erga-omnes y no admite saneamiento.(...)

No es lo mismo que existan vicios en el consentimiento (error y fuerza) al momento de contraer matrimonio, que la falta del consentimiento (nulidad absoluta), ya que el primero hace referencia a que hubo consentimiento por parte de uno de los contrayentes pero que tal consentimiento estaba viciado; como el hecho de que exista error en la persona o fuerza física o moral suficiente que obligue al contrayente a dar su consentimiento, acarreando con ello nulidades que son subsanables dentro de un lapso determinado de tiempo de acuerdo a la ley (Art. 93 nums. 1º y 2º, 94 y 95 C.F.); mientras que en el segundo caso se entiende que nunca existió tal consentimiento, siendo que es un requisito indispensable para la existencia del matrimonio, genera nulidad absoluta que no admite saneamiento ni por acuerdo entre las partes o por prescripción.

(Cam.Fam. S.S. veintiuno de noviembre de dos mil cinco. Ref. 138-A-2004)

Relaciones: Cam.Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006

2.3. NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CUALQUIERA DE LOS CONTRAYENTES.

Por otro lado, es necesario aclarar que el acto jurídico del matrimonio entre el señor *** (***) Y ***, adolece de error o falsedad en cuanto que uno de los contrayentes formal o jurídicamente no lo ha contraído, en este caso el señor ***, aunque alegue buena fe (error); los efectos de ese error son los que han dado lugar a este procedimiento, por cuanto la señora *** formalmente está casada con persona diferente a la que materialmente se encuentra vinculada. Tan es así, que es en la partida de nacimiento de quien supuestamente lo contrajo que aparece dicha marginación(y no podría ser de otra manera) del matrimonio, sin que este haya consentido en ese acto, es decir, que el inscrito jamás contrajo matrimonio con la señora ***, por lo que no ha podido consentir en el mismo, de ahí que dicho acto adolece de nulidad, por no ser la persona que seidentifica como contrayente, quien realmente lo contrajo sino otra diferente (el solicitante) que como lo expresa ha venido utilizando por error un documento que no le corresponde.

Así las cosas, este tribunal no puede centrarse a analizar la situación jurídica de la anotación marginal en forma aislada sin que se examine el origen del error que ha dado lugar a que éste conste en la partida de nacimiento de un tercero (señor ***), con lo que también se anularía la marginación en la perteneciente a la señora ***; ya que su cónyuge contrajo nupcias sin probar su verdadero estado familiar o su edad media, pues se identificó con datos y documentos que pertenecen a persona distinta.

(Cam. Fam. S. S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 147-A-2004) [4]

2.4. NULIDAD RELATIVA.

La demanda ha sido fundamentada en la causal primera del Art. 93 C.F. que sanciona con nulidad relativa, cuando exista "error en la persona del otro cónyuge", afirmando que la demandante contrajo matrimonio con el señor A.G., sin embargo por no saber leer ninguno

4. *Esta sentencia se encuentra relacionada con los apartados denominados: LEGITIMACIÓN ACTIVA numeral 2.5, LEGITIMACIÓN PASIVA, numeral 2.6 y REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.3, todos de la parte sustantiva.*

de los contrayentes y por problemas de homonimia, en la Alcaldía de Quezaltepeque, les entregaron equivocadamente la certificación de partida de nacimiento del señor A.G.M., que fue el documento que se agregó al expediente matrimonial, causando dicha circunstancia que en la partida de matrimonio aparezca dicho señor como cónyuge de la demandante, por lo que considera se configura la causal invocada.- Advertimos que el Art. 94 F., establece la legitimación, plazo y el concepto de lo que se debe entender como error en la persona.- (...)

(...) consideramos que la ley es clara al establecer que para que se tipifique tal sanción, el error debe recaer en la identidad física o sobre alguna cualidad personal que sea determinante en la prestación del consentimiento.- En ese entendido el error debe consistir en los aspectos físicos que determinan a uno de los contrayentes, situación que no es la acaecida en el presente caso, por cuanto la demandante al momento de contraer matrimonio lo hizo efectivamente con la persona física con la cual era su deseo hacerlo y que determinaban su consentimiento ante tal acto; el error según los hechos narrados no lo constituye la identidad física de la persona con quien contrajo matrimonio, sino uno de los documentos agregados a las diligencias matrimoniales.- En otras palabras, el error recae sobre la papelería o documentación.-

Ante tal circunstancia concordamos con la señora Jueza respecto al rechazo liminar de la demanda, ya que el conjunto de hechos históricos del que se pretende deducir lo que se pide, no son congruentes con la norma sustantiva invocada, pues no obstante estar conscientes de la existencia de una situación anómala, los hechos que fundamenta su pretensión no se adaptan a la vía jurídica utilizada para el ejercicio del derecho de acción, y por lo tanto no puede ser tramitada su pretensión por el órgano jurisdiccional por un cauce procedimental inadecuado, ya que no puede declararse la nulidad del matrimonio por cuanto la demandante con el señor A.G.M. nunca se casaron, ella con quien contrajo matrimonio fue con el señor A.G., sin embargo en vista que por error se agregó una certificación de partida de nacimiento del primero es que tuvo por consecuencia que se asentara la partida de matrimonio cual pareciera que éste era el contrayente, situación que no es compatible en la realidad.-

En conclusión, los Magistrados de esta Cámara consideramos que al no cumplir con los requisitos y presupuestos establecidos para tal pretensión, dicha demanda deberechazarse por ser improponible, por falta de concordancia entre la pretensión invocada y los hechos planteados, por lo que de conformidad al Art. 197 Pr.C., era correcto su rechazo liminarmente, y lo procedente es la confirmación de la resolución apelada.-

(Cam. Fam. Occ., treinta de julio de dos mil siete REF. *089/2007)*[5].

2.5. LEGITIMACIÓN ACTIVA.

En atención a esos puntos, consideramos, que el señor ***, es legítimo contradictor activo. Su interés en el proceso deviene en que sus datos de identidad y los de su esposa (ver certificación de partida de matrimonio, fs. ...) han sido consignados mediante anotación marginal en la partida de nacimiento de una persona ajena a ellos, cuando legal y correctamente debería estar contenida en la partida de nacimiento número (...) a nombre de ***, lo que sin embargo no ha sido posible porque no fue esta la partida de nacimiento que el impetrante utilizó para contraer dicho matrimonio, la que ni siquiera existía al momento de la celebración del mismo, por lo que debe analizarse si procede una marginación anterior al asentamiento o inscripción; como contrariamente ocurrió en la partida de nacimiento de su esposa (fs...), según lo señala el Art. 34 Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio (L.T.R.E.F.y R. P.M.) y 29 inc. 3° C.F.

Para cancelar esa anotación marginal ya referida, no puede obligarse al titular de la partida de nacimiento a interponer demanda alguna, ya que a nadie puede obligársele a ser actor, Art. 14 C.Pr.C. en relación al Art. 218 L.Pr.F.

De la respectiva demanda, debe escucharse al titular de la partida de nacimiento (garantía de audiencia). Para tal efecto debe emplazársele, ya que es razonable que tenga interés en dilucidar esta situación en un proceso judicial y no en unas Diligencias de Jurisdicción Voluntaria,

5. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado: REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.3 de la parte sustantiva.*

como se ha pretendido en el sub lite.

(Cam.Fam. S.S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 147-A-2004)[6].

En cuanto a la identidad de la parte actora y la demandada, la experiencia y la lógica nos indica que una persona no se demandará judicialmente a sí misma, por alguna infracción legal, lo que en todo caso se comprobará en la correspondiente fase probatoria; no podemos obviar que en casos como el presente pueden darse variadas situaciones, entre éstas, que se trate de homónimos donde se confundieron los documentos de una u otra persona (actuación sin dolo) o que efectivamente se trate de la utilización dolosa de documentos falsos que corresponden a otra persona (en este caso a la demandante).

(Cam.Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006)

2.6. LEGITIMACIÓN PASIVA.

Como ya comentamos, la Licda. ***, pretende se ordene la cancelación de la anotación marginal, sin hacer referencia a un pronunciamiento judicial de fondo sobre el problema, es decir, no ha pedido que se declare la nulidad de la anotación marginal relativa al matrimonio, sin embargo, este tribunal considera que la solicitud planteada da lugar a promover la nulidad del matrimonio y consecuentemente de la anotación marginal para lo cual deberá integrarse litisconsorcio necesario, Art.16 L.Pr.F., con todas aquellas personas a quien afectará la sentencia, en este caso contra la cónyuge señora *** y al señor *** quién inicialmente estaría llamado a promover este proceso, ya que por existir interés contrapuesto no puede ventilarse en diligencias de jurisdicción voluntaria. Advirtiéndose que el señor *** (...) podrá promoverlo, conforme al Art. 91 in fine C.F. que regula la legitimación activa de la nulidad de matrimonio "por cualquier persona interesada", partiendo del principio de probidad y buena fe, dado que aduce error, lo que además tendrá que probar. Por otro lado, en estricto derecho

6. *Esta sentencia se encuentra relacionada con los apartados denominados: NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CUALQUIERA DE LOS CONTRAYENTES, numeral 2.3, LEGITIMACIÓN PASIVA, numeral 2.6 y REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.3, todos de la parte sustantiva.*

solo podría promoverlo el interesado (agraviado), pero tomando en cuenta, además, que en estos casos se exige la oficiosidad de acuerdo a lo establecido en el Art. 93 C.F., se adecuará su trámite con las prevenciones de ley. Por último, cabe mencionar, que la nulidad del matrimonio también puede promoverla la señora *** contra la persona que aparece en la partida de matrimonio en calidad de esposo, otros sujetos que pueden solicitarla, son el Fiscal General de la República y el Procurador General de la República, en defensa de la legalidad y la familia, Art. 91 C.F.

(Cam. Fam. S.S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 147-A-2004) [7]

En este proceso, cuya demanda e impugnación fueron declaradas inadmisibles, aparece de manifiesto la nulidad de un matrimonio, por lo que es procedente que se inicie de oficio el proceso de nulidad absoluta del matrimonio que el señor *** contrajo con la señora *** acreditado con la certificación de partida de matrimonio agregada a fs. 18, ya que aún no se ha disuelto el que contrajo con la señora *** según la certificación de partida de matrimonio de fs. 19; y como consta de la certificación de partida de defunción del señor *** agregada a fs..., el cónyuge de ambas ya falleció, la acción de nulidad absoluta del matrimonio deberá dirigirse contra la señora *** y contra la(s) persona(s) que represente(n) a la sucesión, es decir contra los herederos del señor ***, sean éstos aceptantes que representan interinamente a la sucesión o herederos declarados que la representan definitivamente, tal como se encuentra dispuesto en los Arts. 1163 y 1166 del Código Civil (en adelante identificado sólo como "C.") o, en su caso, contra el curador de la herencia yacente a quien corresponde el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de su representado, según se regula en los Arts. 1164, 480 y 489 C..-

Para los efectos de lo expuesto en la parte final del párrafo que antecede, el juzgador deberá librar oficio al Secretario General de la Honorable Corte Suprema de Justicia para que le informe si se han promovido diligencias de aceptación de herencia del causante *** o de

7. *Esta sentencia se encuentra relacionada con los apartado denominados: NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CUALQUIERA DE LOS CONTRAYENTES, numeral 2.3, LEGITIMACIÓN ACTIVA numeral 2.5, y REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.3, todos de la parte sustantiva.*

su declaratoria de yacencia, y si hay o no testamente que él mismo pudiese haber otorgado (Art. 19 N° 1° de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias).-

Si del informe resulta que se han promovido cualesquiera de las diligencias, se sabrá quién es el legítimo contradictor que representará al difunto señor ***, caso contrario deberán promoverse las diligencias de declaratoria de yacencia de la herencia a fin que se provea de un curador de los bienes del de cujus para tramitar el juicio contra él.- De este modo se tramitará el proceso de nulidad absoluta del matrimonio que el señor *** o *** contrajo con la señora ***, en la actualidad de ***, contra ésta y contra quien represente a la sucesión de dicho señor.-

(Cam.Fam.Occ., treinta y uno de marzo de dos mil cinco. REF. 19/2005)

De los hechos narrados en la demanda no se pueden determinar las circunstancias bajo las cuales se utilizaron los documentos de la señora ***, puesto que la parte actora es enfática al afirmar que desconoce quiénes son las personas contrayentes, pues ese hecho lo supo con posterioridad, al querer obtener su Documento Único de Identidad, no identificando incluso el domicilio de los contrayentes, por lo que presume –según se refirió en el escrito de apelación- que debiera investigarse los hechos, tomando en cuenta la facultad oficiosa de la a quo; a nuestro criterio, previo a la tramitación, la demandante debió indagarse sobre lo acontecido, aunque hay casos en los que no existe la posibilidad de conocer tales hechos. Los datos suministrados en la demanda resultan insuficientes para delimitar con precisión la legitimación pasiva, tampoco se aclaró si se trata de una persona con identidad homónima a la demandante o que haya sido una persona diferente la que presumiblemente de forma dolosa utilizó la documentación perteneciente a la actora, no obstante tratándose de una situación que es de orden público como lo es el estado familiar, resulta imperativa la admisión de la demanda. (...)

Independientemente de lo anterior, habiéndose advertido que la demanda adolece de deficiencias formales, éstas pueden ser saneadas en el transcurso del proceso, como es el caso de las generales de la demandada, lo cual deberá hacerse vía requerimiento; en cuanto a las generales del demandado, ellas se pueden inferir de la misma certificación

de partida de matrimonio (Fs. 4), donde consta que el señor ***, es mayor de edad, empleado, del domicilio de Tejutla, Departamento de Chalatenango. Además se advierte de dicho instrumento que su apellido es *** y no *** como se consigna en la demanda y demás actuaciones judiciales.

En cuanto al domicilio de ambos demandados se manifiesta por la parte actora que es desconocido, por lo que se solicita su emplazamiento por medio de edicto; sin embargo en la copia simple del Registro de Ciudadanos de la Alcaldía Municipal de Ciudad Delgado -Fs. 10- , aparece que el lugar de residencia de la señora *** –demandada, es la que aparece en dicho documento, en el cual consta que ella es casada con el demandado señor ***- y que residen en ***; en ese sentido este Tribunal estima procedente que el emplazamiento se verifique en dicho lugar; de constatarse que los demandados no residen en el mismo se deberá pedir informe al Registro de las Personas Naturales para conocer sus direcciones, conforme a los datos proporcionados en sus Documentos Únicos de Identidad -por cuanto este tipo de información difícilmente es proporcionada a particulares- finalmente si no es posible determinar su lugar de residencia deberá emplazárseles por medio de publicaciones de edictos.

(Cam. Fam. S.S., diecinueve de junio de dos mil siete. Ref. 134-A-2006)

2.7. DAÑO MORAL.

Que el reclamo de una indemnización por daño moral por parte del señor *** es procedente, aunque no se trate en este caso del cónyuge de buena fe, por cuanto yendo más allá de lo que textualmente dispone el Art. 97 C. F. resulta que el demandante nunca en realidad contrajo matrimonio, ni se ha relacionado con la señora *** (formalmente su cónyuge legal) pidiendo por tanto la nulidad de ese matrimonio en el que no ha intervenido en ninguna forma, afectándole la celebración de ese acto, por lo que pide dicha indemnización la que a nuestro juicio es una pretensión que analógicamente puede solicitarse.(...)

(...) a partir de la misma prueba con la que se acredita la nulidad del matrimonio, se establece el hecho antijurídico que ha causado el daño al demandante, a raíz de colocarlo en un estado familiar de casado -que no le corresponde-, sin que mediara su consentimiento,

(tal como lo afirma la Licda. *** vinculándolo a una persona que no conocía y afectando sus relaciones familiares, laborales y sociales, pasando por situaciones de angustia y en principio de reproche por parte de sus seres queridos, quienes en su momento se creyeron engañados por él, situación que lógicamente implica una afectación a los sentimientos del demandante por el accionar del señor ***, quien bien pudo percatarse del error cometido y no hizo nada para evitarlo ni al momento de contraer matrimonio; previo al cual debió presentar certificación de partida de nacimiento; ni después de ese evento. (...)

En el caso del Sr. ***, la mala fe del mismo queda comprobada con la sola utilización de un documento de identidad cuyo titular era otra persona, pues no ha podido justificar que desconocía que sus nombres no coincidían con los que aparecían en la Cédula de Identidad Personal que utilizó para contraer matrimonio con la Sra. ***, quien no estaba obligada a saber que esa partida de nacimiento no le correspondía al Sr. *** por lo que en ese sentido la buena fe de la cónyuge se presume y deberá eximírsele de responsabilidad respecto del matrimonio contraído -lo que más adelante será objeto de análisis- pues incluso también estaría facultada para pedir la nulidad del acto y solicitar indemnización contra el cónyuge culpable tal como lo establece la ley.

(Cam. Fam. S.S. veinticuatro de agosto de dos mil cinco. Ref. 18-A-2005)

2.8. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD.

No compartimos el criterio de la a quo en cuanto a los efectos o perjuicios que pudiera traer la declaratoria de nulidad del matrimonio en relación a los hijos, pues consideramos que con tal declaratoria no serán afectados en sus derechos en relación a sus progenitores ni la unión familiar, pues dicho matrimonio ha producido todos sus efectos como si se tratase de un matrimonio válido respecto de éstos (matrimonio putativo).

Por otra parte, no puede bajo ese argumento ni bajo la protección del matrimonio, causar graves perjuicios a quien en la secuela del proceso ha acreditado fehacientemente ser la persona a quien corresponde la partida de nacimiento utilizada por tercera persona para contraer matrimonio y cuyos efectos negativos para la demandante han de perdurar en el tiempo y en el espacio de no decretarse la nulidad como

es procedente, por cuanto la Sra *** nunca consintió en ese matrimonio, pero jurídicamente por ser la verdadera titular de la partida de nacimiento utilizada, se encuentra casada con el Sr ***, lo cual afecta su estado familiar y el de sus hijos.

(Cam. Fam. S. S. veintiuno de noviembre de dos mil cinco. Ref. 138-A-2004)

3. DIVORCIO.

En cuanto al excesivo celo de la institución matrimonial, debemos referir que el divorcio es una institución aceptada en nuestro ordenamiento jurídico y aplicada por el órgano judicial desde hace muchos años, si bien es cierto que la Constitución de la República ordena fomentar el matrimonio, también se acepta constitucionalmente la disolución del mismo bajo los presupuestos de ley; ahora bien, es sabido que esta institución es de orden público, de tal suerte que para acceder al decreto de divorcio es preciso que las partes acrediten fehacientemente los extremos de su demanda, por ello no basta la simple petición contenida en la demanda o la publicación de los edictos para que la demandada se presente al juicio, ya que esto per se no acredita la separación, en otras palabras en el sub judice correspondía al abogado del demandante ofrecer y producir la prueba conducente, pertinente e idónea que comprobara la separación alegada en la demanda, sólo así se habría acreditado que el matrimonio de los señores *** y ********** no cumple sus fines.

(Cam. Fam. S. S., dieciocho de abril de dos mil siete. Ref. 223-A-2006)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., diez de septiembre de dos mil siete. Ref. 75-A-2007.

3.1. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

El objeto principal de dicho convenio es la manifestación de la voluntad de divorciarse por parte de los solicitantes, plasmado en el instrumento; efectivamente se trata de un acto personalísimo pues son los comparecientes quienes solicitan al funcionario autorizado que formalice en dicho instrumento el convenio aludido, a fin de que el procurador que designen inicie las diligencias con el objeto de que se decrete el divorcio; sin embargo, una vez plasmado dicho consentimiento, no es exigencia legal que éste sea expresado en audiencia, por lo que bastará para acreditar tal conformidad únicamente el instrumento donde conste el acuerdo, como ocurre en la especie.

(Cam. Fam. S. S., quince de agosto de dos mil siete. Ref. 109-A-2007)

3.1.1. REQUISITOS DEL CONVENIO Y FORMALIDADES.

Esta Cámara considera que al analizar los requisitos de la solicitud de divorcio se deben valorar además las cláusulas del convenio de divorcio. Esos requisitos del convenio, dada la naturaleza de las diligencias de jurisdicción voluntaria, en las cuales no hay contención de partes, en la cual los conflictos deben resolverse mediante procedimientos breves, ágiles y sencillos; habilitan al juzgador para hacer las prevenciones que sean justas y legales, a fin de que éstas puedan cumplirse, –en ciertos casos- no necesariamente en el término de tres días a que se refiere el Art. 96 L. Pr. F., sino inclusive hasta en la audiencia de sentencia, en que se resolverá el caso conforme el Art. 109 C. F., en relación con las disposiciones de la Ley Procesal de Familia relacionadas ut supra, con más razón cuando ya se mencionó que el solicitante ofrece como garantía personal la fianza del señor ***, faltando únicamente que se adjuntara el documento respectivo en que constara el contrato de fianza personal y al mencionar la Licda. *** que será en la respectiva audiencia que presentará al referido fiador, debió aclararse que la garantía ofrecida debe acreditarse en la correspondiente audiencia, con el documento respectivo; todo lo cual debe ser homologado por la Jueza a-quo, especialmente el convenio de divorcio; es decir que la Licda. *** bien puede presentar la fianza hasta en la audiencia de sentencia.

(Cam. Fam. S.S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 67-A-2005)

Como puede observarse, el precepto citado no expresa las formalidades del convenio, por lo que a nuestro criterio puede celebrarse en escritura pública, acta notarial, documento autenticado o en documento privado. Lo esencial es que el instrumento sea suscrito por los cónyuges que pretenden divorciarse.

(Cam. Fam. S.S. cinco de octubre de dos mil cinco. Ref. 153-A-2005)

Efectivamente, la garantía del pago de los alimentos es parte del convenio y no de la solicitud de divorcio, por ello su trámite implica analizar ese punto en la audiencia de sentencia fijada para tal efecto en la cual se puede –incluso- ordenar la práctica de estudios sociales

–si no se ordenó en el auto de admisión de la solicitud- para verificar la situación económica real de los cónyuges y establecer si no ha existido vulneración de derechos patrimoniales respecto de los hijos, o determinar la existencia de bienes, los cuales se pueden dar en garantía de pago de los alimentos, pudiendo el mismo juez establecer dicha garantía, todo con el fin de no volver nugatorio el derecho de los hijos, respetando además el derecho de las partes de disolver el vínculo matrimonial.

Lo anterior implica que la fijación de alimentos por medio de acuerdos, implica establecer su cuantía, el modo de satisfacer la pretensión y la forma de garantizar su cumplimiento. Tales acuerdos son válidos y obligatorios hasta que se homologan judicialmente,(...)

(Cam.Fam.S.S., veinticinco de enero de dos mil seis. Ref. 195-A-2005)

A criterio de esta Cámara, el convenio reúne las cláusulas mínimas exigidas por el Art. 108 C.F.: tal como lo expresamos supra, la ley nada dice sobre las formalidades que debe reunir el convenio o con las que debe ser otorgado, sin embargo, que el mismo se haya efectuado en escritura pública brinda un elemento cuantitativo importante, pues el notario ***, ante quien se celebró el instrumento da fe como delegado del Estado de la declaración de los Sres. ***, sobre su deseo de divorciarse; ello es así en tanto lo disponen los Arts. 1 Y 32 de la Ley de Notariado; este último artículo en su ordinal sexto establece como requisitos de toda escritura matriz "Que se haga relación exacta, clara y concisa de lo que digan los otorgantes y que pidan se consigne en el instrumento; por consiguiente el notario no podrá poner cosa alguna atribuida a los comparecientes en que éstos no hubieren convenido expresamente." (Sic).

Por tanto, en base al principio de buena fe y mientras no se demuestre lo contrario, concluimos que las declaraciones incluidas en el convenio son ciertas, es que tampoco se encuentra ningún medio de prueba en autos que acredite que la declaración de voluntad de los solicitantes se encontraba viciada.

Sobre el valor que debe otorgarse al testimonio de convenio; es preciso referir que en materia de familia no opera el sistema de prueba tasada, sino la sana crítica; sin embargo existen medios de

prueba entre éstos los testimonios de escritura pública, que gozan de presunción de veracidad en razón de la fe pública que ostentan el notario ante quien se otorgó, Art. 1 Ley de notariado, a menos que se comprobase que el consentimiento se encontraba viciado, lo cual no ha sucedido, aceptar lo contrario implica negar el carácter de fedatarios a los (las) notarios. Desde luego que para que ese consentimiento así expresado pueda tener los efectos que pretende –disolución del matrimonio-, deberá ser aprobado por el juez (a) en la respectiva audiencia, momento en el que también podrán hacerse las modificaciones que consideren pertinentes cuando fuere el caso.

(Cam. Fam. S. S., seis de diciembre de dos mil seis. Ref. 201 - A - 2006)

Al Juez, le corresponde examinar que el convenio no vulnere derechos de los menores, ni contenga renuncia de derechos indisponibles. Estos son los requisitos del convenio que los jueces deberán calificar para (ser) aprobados, si no se cumplen o se considera que hay cláusulas violatorias a la ley y la Constitución, deberán hacer las correspondientes prevenciones o en última instancia si éstas no son corregidas, no podrá aprobarse el convenio y se realizarán las correcciones pertinentes. De esa forma, no se vulnera lo contenido en el Art. 32 de la Constitución, en cuanto a velar por la integración y bienestar de la familia, puesto que la legislación secundaria ya reguló los requisitos necesarios de dicho convenio, con la finalidad de proteger su bienestar y, además estableció un control judicial para verificar que lo pactado no vulnere lo prescrito en la norma protegiendo los intereses de la familia y de los menores procreados en el matrimonio.

(Cam. Fam. S. S., quince de agosto de dos mil siete. Ref. 109 - A - 2007)

Ahora bien, en cuanto a la calificación del poder conferido en el caso concreto encontramos que precisamente la Sra. ***, expresamente otorgó la cláusula especial, a fin de que el apoderado nombrado la represente en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento, y luego a la letra dijo: ""*Asimismo lo faculta a su apoderado nombrado, para que si es necesario, pueda firmar el respectivo convenio de divorcio de conformidad al Articulo ciento ocho del código de Familia...".*" Con

ello entendemos que se confirió el poder suficiente para que suscribiera en su nombre el referido convenio, es decir que se facultó a la apoderada sustituta para otorgar el aludido convenio de divorcio. Por lo tanto no compartimos la opinión del a-quo respecto a que este mandato esté conferido de manera genérica y abstracta; sino que es muy puntual y preciso en que se haga conforme lo ordena el Art. 108 C. F.

(Cam. Fam. S. S., cinco de octubre de dos mil siete. Ref. 77-A-2006)

3.1.2. MODIFICACIÓN DEL CONVENIO.

Los errores u omisiones de la solicitud de divorcio son distintos a los que pueda contener el convenio de divorcio, tal como lo afirma el apelante, ya que el convenio se refiere al acuerdo de las partes, siguiendo las reglas del Art. 108 C. F. y la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento sigue las reglas de los Arts. 42 y 204 inc. 2° L. Pr. F., entre otros, de tal suerte que dependiendo de las circunstancias del caso, el juez puede prevenir la subsanación de esas omisiones y errores que contenga el convenio y si éstos no fueren subsanados será el mismo juzgador quien hará las modificaciones pertinentes en la sentencia que pronuncie.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de enero de dos mil seis. Ref. 195-A-2005)

En efecto el juez(a) de familia tiene potestad de calificar y aprobar el convenio celebrado entre las partes siempre que no vulnere los derechos de los hijos y de los cónyuges, *en lo referente a prestación de alimentos, régimen de visitas u otros aspectos análogos.*

A criterio de esta Cámara el punto modificado (establecimiento de plazo para el uso de vivienda familiar) no afecta derechos irrenunciables de menores – puesto que los hijos del matrimonio son mayores de edad - ni de los cónyuges; pues la cláusula del convenio que la jueza propuso modificar se refiere a un aspecto patrimonial, relativo a uno de los elementos del derecho de dominio, como lo es el uso de un inmueble y muebles para uso familiar.

En ese sentido el punto regulado corresponde decidido a las partes respetando los jueces la autonomía de la voluntad; por lo que si uno de los cónyuges no está de acuerdo con el cambio de lo pactado

en el convenio, se debe estar a lo decidido originalmente.

Por lo tanto no compartimos lo actuado por la *a–quo* al reformar un convenio en aspectos no señalados específicamente por la ley, por lo que en el fallo se revocara este punto. (...)

De lo anterior se concluye que la señora *** al suscribir el convenio de divorcio y estipular que el uso de la vivienda y bienes muebles, por parte del señor ***, sin determinar un plazo de ejercicio de ese derecho, hizo uso de su derecho de libre disposición que la Constitución le otorga. En consecuencia debe respetarse la autonomía de la voluntad de dicha señora; y en el decisorio de esta cámara se accederá a su petición, quedando válido lo estipulado en el convenio, tal como fue otorgado originalmente por las partes a Fs. ....

(Cam. Fam. S. S., dieciséis de junio de dos mil seis. Ref. 75 - A - 2005) (El segundo paréntesis nos pertenece)

En el caso de divorcio por, mutuo consentimiento, adquiere relevancia el otorgar y presentar el convenio que indica el Art. 108 C.F., debiendo valorarse principalmente si éste cumple con los requisitos legales establecidos. Dicho convenio podrá ser modificado, o corregido por los solicitantes y por el mismo Juez (a) respecto de los defectos u omisiones que tuviere, si los solicitantes no lo hicieren antes de la audiencia. Art. 109 C.F.

(Cam. Fam. S. S., quince de agosto de dos mil siete. Ref. 109 - A - 2007)

3.1.3. HOMOLOGACIÓN DEL CONVENIO.

Al respecto cabe indicar que independientemente de que la pensión compensatoria tenga su origen en la decisión del Juez (en el proceso de divorcio) o por acuerdo de las partes expresado a través de un convenio (en diligencias de jurisdicción voluntaria) de todas maneras es el Juez(a) quien debe homologar el convenio de divorcio, siempre que de su análisis resulte que no vulnera derechos de los cónyuges, según las reglas del Art. 109 C. F.

Así tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en otros países como Francia y España, la decisión del Juez en los casos de divorcio por mutuo consentimiento es híbrida. En el sentido que se trata de la combinación de una sentencia judicial y un convenio, que

el Juez aprueba en su decisión judicial (sentencia).

En nuestra legislación el Juez tiene facultades tan amplias que incluso él mismo puede hacer al convenio, las modificaciones procedentes al tiempo de dictar la sentencia. Es decir, no queda vinculado necesariamente a lo acordado por las partes, si en esos acuerdos se vulneran derechos de los cónyuges o de los hijos bajo autoridad parental, o se incumplen los principios del Derecho de Familia. Art. 109 C. F..

(Cam. Fam. S. S. cuatro de octubre de dos mil cinco. Ref. 152-A-2005)

3.1.4. FACULTAD DE LOS ABOGADOS PARA LA RATIFICACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONVENIO.

Por otra parte a (Fs. ...) se encuentra el testimonio de Poder General Judicial otorgado a favor del Lic. ***, que contiene cláusula especial por la que los Sres. *** y ***, lo facultan para seguir los trámites de divorcio por mutuo consentimiento, conciliar, admitir hechos o desistir de conformidad al Art. 100 del Código de Procedimientos Familiares (debió decir Ley Procesal de Familia). El citado artículo establece que si la parte interesada se encuentra domiciliada fuera de la República, la audiencia se celebrará con su apoderado o representante legal en su caso, quien podrá conciliar, admitir hechos y desistir siempre que estuviere facultado para ello. En este caso los solicitantes residen fuera del país, razón por la cual se ha dicho no podrían comparecer personalmente a la audiencia, por lo que serían representados en la misma por el Lic. ***, quien además está facultado, entre otros, para admitir hechos, esto es la aceptación o el deseo de las partes de querer divorciarse, manifestado ante el juez, que no es más que la ratificación de todo lo expresado en el convenio y que las partes no pueden hacer personalmente por radicar fuera del país y no advirtiéndose vulneración de derecho alguno, es procedente su admisión y aprobación, Art. 110 L. Pr. F., lo que no requiere de prueba específica a que se refiere el Art. 55 L. Pr. F..

(Cam. Fam. S. S. veintinueve de septiembre de dos mil cinco. Ref. 6-IH-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., seis de diciembre de dos mil seis. Ref. 201-A-2006

De la lectura de la solicitud encontramos que no se advierte un incumplimiento de requisitos (formales o de fondo) que ameriten la realización de prevenciones bajo pena de inadmisibilidad, es decir, un incumplimiento a lo dispuesto en el Art. 42 L. Pr. F.. Por otro lado, esta Cámara es del criterio que la presentación de Poder para ratificar un convenio de divorcio en audiencia, no debe constituir causal para inadmitir una solicitud, lo cual es contrario al criterio finalista contemplado en el Art. 2 L. Pr. F. (...) Por lo cual estimamos que el criterio tomado por la a quo contraría lo dispuesto en el Art. 7, literal "b", L. Pr. F., que expresa que el Juez está obligado a dar a la pretensión el trámite que legalmente corresponda.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de enero de dos mil seis. Ref. 14-A-2005)

Finalmente dejamos constancia que el Poder Judicial específico con el que actuó el Lic. ***, agregado a Fs. ..., únicamente tiene facultades para conciliar, admitir hechos y desistir dentro del proceso. También se le confirió facultad de sustituir el poder otorgado. Las partes no le otorgaron las facultades generales del mandato contenidas en los Arts. 1875 y sigts. C. C. como tampoco las especiales que enumera el Art. 113 Pr. C., por lo que el Poder Judicial Específico con que actuó el Lic. *** no le daba la capacidad para modificar en nombre de sus poderdantes las decisiones de ellos contenidas en el convenio. De modo que acogemos lo expuesto por la Licda.*** al considerar ilegítimo lo actuado por el mencionado profesional.

(Cam. Fam. S. S., dieciséis de junio de dos mil seis. Ref. 75-A-2005)

(...) Ahora bien, en cuanto a las facultades de la *a - quo* y la procedencia en la modificación del convenio que expresamente señaló a las partes, es incuestionable que la juzgadora está facultada para revisar, prevenir o hacer las modificaciones a que hubiere lugar de tal forma que en el convenio exista claridad y no se vulneren derechos y obligaciones entre los cónyuges y en relación a los hijos, señalando algunos de esos derechos tales como alimentos y régimen de visitas, haciéndolo extensivo a otros derechos análogos. Arts. 109 C. F.; 3 Literal e), 7 Literales e) y f) L. Pr. F.

En ese sentido, no todo lo que las partes dispongan el convenio deberá forzosamente aprobarse por el juez(a) debiendo examinarse primero si esos derechos son irrenunciables o si la disponibilidad de los mismos puede hacerse sin limitación alguna o si por el contrario deben regularse para asegurar el normal ejercicio de los mismos a fin de evitar a futuro sucesivas demandas en el ámbito de familia (...)

En el *sub judice* el derecho que se modificó fue el relativo al uso de la vivienda y bienes muebles de uso familiar, los que en el fondo constituyen medidas cautelares que por su propia naturaleza se caracterizan por su temporalidad, máxime cuando como en este caso la apelante tiene más de cuatro años de no residir en la vivienda (Ver Fs. ...) y no existen hijos menores de edad, es decir ya no fungía como vivienda familiar, por lo que a mi juicio ese derecho no puede quedar de manera definitiva, pues tampoco se trata de constituir en este momento la vivienda familiar (Art. 46 C. F.*),* sino simplemente de conferir el uso del inmueble que de hecho otrora fungió como vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges (Art. 111 C. F.*)* de manera indefinida, para lo cual debe mediar un plazo, aún y cuando sea la misma cónyuge y copropietaria la que lo pida de esa manera, pues no es esta la vía para conferir ese derecho, pues bien puede hacerlo notarialmente destinándolo como derecho de habitación regulado en el Art. 813 C. C. (...)

Destinar el uso del inmueble indefinidamente a uno de los ex cónyuges copropietarios del mismo a través de una sentencia de divorcio desnaturaliza el contenido de la norma y vincula indefinidamente a los ex cónyuges a solucionar sus conflictos por la vía familiar en caso de ocurrir desacuerdos o conflictos posteriores en situaciones eminentemente patrimoniales que son de orden civil; contraviniendo además lo dispuesto en los Arts. 22 y 23 Cn., (...)

(Cam. Fam. S. S., dieciséis de junio de dos mil seis. Del voto discordante de la Licda. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ *Ref. 75-A-2005)*

Sobre este punto, la doctrina de los expositores del derecho es unánime en cuanto al establecimiento de las reglas universales de la

representación judicial, en el sentido de que el principio aplicable en el mandato judicial, es que los apoderados gozan de todas las facultades necesarias para iniciar, continuar y terminar el proceso y sólo existen algunas excepciones señaladas expresamente que requieren poder o cláusula especial y en este caso se otorgó un Poder Especial. No obstante, en nuestra legislación, según el Art. 100 Inc. 2° L. Pr. F. "Si la parte se encontrare domiciliada fuera de la República, la audiencia se celebrará con su apoderado o representantes legales, en su caso, quien podrá conciliar, admitir hechos y desistir si estuviere facultado para ello", tal y como lo estaba el apoderado nombrado para comparecer a la audiencia; agregando que el Art.__ L. Pr. F., no establece otros requisitos adicionales que deban ser exigidos por el juzgador.

(Cam. Fam. S. S., quince de agosto de dos mil siete. Ref. 109-A-2007)

3.2. DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES DURANTE UNO O MÁS AÑOS CONSECUTIVOS.

El supuesto de hecho, es decir la separación por más de un año que la norma acoge en el citado Art. 106 C.F, se configura en la litis como el objeto de la prueba y naturalmente debe acreditarse en el proceso a través de los medios pertinentes, de modo que al juzgador(a) no le quede duda que la separación de hecho que sustenta la petición de divorcio, verdaderamente se configura como causal objetiva del mismo, la que se ha dado ininterrumpidamente por el lapso de tiempo que la misma ley establece (uno o más años consecutivos), el elemento subjetivo que consiste en la falta de voluntad de unirse puede estar o no presente en uno o ambos cónyuges.

Es así, como esta Cámara advierte que con la prueba testimonial aportada por el demandante, no se comprueba la separación de uno o más años consecutivos, puesto que los primeros tres testigos se refieren a una separación de menos de un año y los datos que mencionan son referenciales, no les consta de manera directa; la Sra.*** declaró que ambos vivían en el mismo inmueble, pero no sabe de que manera se relacionaban, pues no subía a la segunda planta. Por el contrario, la testigo presentada por la demandada fue clara y concluyente respecto a elementos esenciales de la convivencia matrimonial, incluso mencionó

haber presenciado que sostenían relaciones sexuales en la casa de la abuela materna del demandante, es decir que entre los cónyuges existía relación conyugal y consecuentemente no puede decirse que existió una separación entre ellos durante un año consecutivo, ya que también se expresó que la demandada se fue de la casa el día ocho de noviembre de dos mil cuatro.

Asimismo en el estudio social practicado a las partes agregado a fs ..., se concluyó que los cónyuges continúan residiendo bajo el mismo techo aunque en habitaciones separadas, manteniendo contactos sexuales eventuales, y que la Sra. *** apoyaba a la fecha de la realización del estudio, en la alimentación del otro cónyuge.

(Cam.Fam. S.S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 113-A-2005)

Relaciones: Cam.Fam. S.S., veintiséis de marzo de dos mil siete. Ref. 164-A-2006.

Se advierte de lo referido por los testigos que no les consta el año de la separación pues ambos en sus testimonios no son claros ni precisos en cuanto a la fecha en la que cada cónyuge viajó a Estados Unidos, ya que aunque dijeron que no viajaron juntos no determinan fechas. Si queda claro que los testigos no han vuelto a ver a la pareja desde que éstos emigraron del país y afirman que ninguno de ellos ha regresado, lo que contradice el contenido de la demanda, en la que se expresa que la señora *** reside en Usulután, apareciendo además que el poder específico para intervenir en este proceso fue otorgado en el extranjero (Miami), Estado de Florida, Estados Unidos de América, el día veintiocho de diciembre de dos mil cinco, es decir, aparentemente mucho después de presentada la demanda, pues consta que ésta se presentó el día veintisiete de abril del mismo año, sin que el Juzgado sentenciante se percatara de esta circunstancia. Es importante también destacar que los testigos refieren que la continuidad de la separación les consta porque así se los ha referido la hermana de la demandante.

Es de hacer notar que en el presente caso como de ordinario ocurre, que en casos similares es difícil determinar los elementos necesarios para establecer la separación, por cuanto se dice que ambos cónyuges residen en el extranjero lo que impide a los testigos conocer directamente si la separación entre el señor *** y la señora *** persiste

en la actualidad; es por esa razón que la a quo, de los escasos elementos aportados determinó que no se había establecido la separación, ya que tanto los testigos como el estudio refieren que ambos cónyuges viajaron a Estados Unidos en diferentes fechas y que actualmente residen en Estados diferentes, situación que no se ha podido demostrar, por lo que no se puede decir que la finalidad del matrimonio no se cumple o que no existe ánimo de ambas partes de continuar la convivencia matrimonial, por lo que no es posible acceder al divorcio solicitado.

(Cam. Fam. S. S., catorce de marzo de dos mil seis. Ref. 226-A-2005)

Con lo anterior se ha establecido que las partes no conviven juntos y que no son una pareja estable, es decir que no tienen una comunidad de vida, ni comparten los mismos intereses, por lo tanto el fin principal del matrimonio no se está cumpliendo y al existir una demanda de divorcio claramente se infiere que uno de ellos no desea que ese vínculo matrimonial continúe, por tanto, de lo dicho por los testigos se estableció que ambos cónyuges se encuentran separados desde hace más de un año y que no existe entre ellos una permanente comunidad de vida, elementos suficientes para acceder a decretar un divorcio.

(Cam. Fam. S. S., treinta de marzo de dos mil seis. Ref. 50-A-2005)

Esta Cámara al analizar lo acontecido en el proceso, advierte que se imposibilitó probar la separación de las partes y que la jueza dentro de sus facultades advirtió la incongruencia existente entre la fecha del nacimiento de la hija de nombre *** que se menciona fue procreada dentro del matrimonio y la de separación de los cónyuges, fecha que al ser reafirmada por el apelante la llevó a concluir -lógicamente- que no existía tal separación desde la fecha que se menciona en la demanda y por lo tanto -aunque no lo dijo expresamente- resultaba inútil recabar la prueba testimonial por cuanto ésta recaería en la misma incongruencia, toda vez que se mantenía la fecha de separación señalada, siendo esa la fecha de inicio de la separación que debía probarse, la cual era anterior a la fecha de nacimiento de una de las hijas en el año de mil novecientos setenta y ocho, lo que implicaba que las partes

mantuvieron relaciones maritales después de la fecha de separación, siendo esto último una verdad jurídica que se infiere del nacimiento de la hija y que la jueza no podía ignorar mientras no se probara lo contrario; sin embargo, el solo hecho del nacimiento tampoco significa que los cónyuges no pudieron estar separados desde mil novecientos setenta y seis, ni que por haber mantenido relaciones sexuales recuperaran la comunidad de vida que debe existir en los matrimonios; aunque resulta difícil que así sea, por la particularidad del caso,-esto es- que estando separados procrearan una hija, pero tal situación deberá acreditarse por medio de la prueba pertinente, la que no fue posible recabar por no haberse brindado la oportunidad de hacerlo a la parte actora. (...)

Sin perjuicio de lo anterior estimamos que si bien una de las hijas de los cónyuges nació dos años después del año en que se menciona se separaron, ello no constituye un obstáculo jurídico para pronunciarse respecto a la separación por uno o más años consecutivos entre los cónyuges ni faculta al juzgador(a) a coartarle al interesado su garantía de audiencia y su derecho de aportar los medios probatorios ofrecidos para probar su pretensión. Por esa razón y con el fin de garantizar a las partes su garantía de audiencia, y derecho de defensa es procedente ordenar que se reciba la prueba ofrecida por la parte actora.

(Cam. Fam. S. S., siete de julio de dos mil seis. Ref. 194-A-2005)

Cuando nos referimos a la separación de los cónyuges esta debe ser tanto objetiva como subjetiva y por un período no menor de un año. Por separación objetiva se entiende el hecho material de que los cónyuges vivan en lugares distintos; y por elemento subjetivo de la separación se entiende la intención de separarse cuando menos de uno de ellos; no existiendo la voluntad de seguir manteniendo el proyecto de vida en común que se formuló al contraer matrimonio, pero este elemento resulta algunas veces difícil de probar como motivo de separación; éstos elementos deberán analizarse en cada caso concreto.

Por lo tanto el argumento sostenido por el impetrante, para quien basta que los cónyuges aún viviendo dentro del mismo techo no sostengan relaciones íntimas, ni mantengan armonía, perdiéndose la unidad familiar, configura la separación; pero estableciéndose los dos

elementos mencionados el anterior argumento no es tan valedero, pues la desarmonía y la falta de relaciones íntimas no constituyen *per se* una separación (lo que antes se llamó separación de cuerpos o divorcio no vincular), sin dejar de reconocer que muy excepcionalmente a nuestro juicio podría probarse en esas circunstancias una separación y sobre todo en aquellos casos en que se justifique el porque no ha podido darse una separación material, aún no manteniendo ninguna relación conyugal; otro elemento sería la existencia de una división material o física del inmueble entre otros. Siendo muy dificultosa la obtención de la prueba, por el hecho de que los consortes continuarían viviendo juntos, aunque no mantengan ya ninguna relación propia del matrimonio, pero es del caso que esa circunstancia no ha sido acreditada en el proceso, ya que lo único que se probó es la disfuncionalidad del matrimonio, mencionándose hechos que como se ha dicho configuran otro motivo de divorcio como es la intolerabilidad de vida por incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio (motivo tercero del Art. 106 C. F.) pero no la separación de los cónyuges.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de octubre de dos mil seis. Ref. 213-A-2005)

De la declaración de la señora *** se establece que efectivamente las partes no convivieron desde la celebración del matrimonio.

Por la peculiaridad en que se celebró el matrimonio resulta lógico, que las partes no hayan establecido de forma inmediata su convivencia matrimonial, ya que el matrimonio celebrado a través de poder requiere obviamente que una de las partes no comparezca a la celebración del acto matrimonial y por ende la convivencia no se establece en ese primer momento, se presume que la misma se constituirá en el transcurso del tiempo, una vez superadas las causas que impedían a uno de los contrayentes estar presentes en la celebración del acto matrimonial. (...)El desconocimiento del demandado por parte de los testigos lo analizaremos desde dos perspectivas: la primera implica el no establecimiento de la convivencia matrimonial en el transcurso del tiempo, acreditándose que el matrimonio nunca cumplió con sus fines, ya que como lo sostuvimos supra la convivencia en el matrimonio celebrado por poder se constituirá posteriormente una vez superadas

las causas que impidieron alcontrayente estar presente en la celebración del acto, hecho que en el sub judice no aconteció a pesar de que los cónyuges tienen -a la fecha- tres años de casados.

La segunda perspectiva implica un análisis integral de la declaración de los testigos, ya que si bien ambos han señalado no conocer al demandado, han sido enfáticos en afirmar que la señora *** vive sola; es más, el señor ***, afirmó haber visitado la casa de la demandante y que en dicha vivienda no ha visto al demandado, que incluso no creía que la señora *** estuviera casada porque nunca la vio en compañía de su esposo; de lo cual concluimos que la relación conyugal no nació socialmente y nunca fue del conocimiento público, en consecuencia la prueba de la separación de las partes resulta ser un hecho negativo, es decir debe acreditarse un hecho que materialmente no existió ya que la convivencia conyugal nunca se consolidó materialmente, aún cuando la unión jurídica o legalmente fue reconocida; en ese sentido son válidas para acreditar la separación la declaración de los testigos quienes refirieron desconocer al demandado, lo que comprueba que las partes nunca convivieron y por ende objetivamente siempre estuvieron separadas desde la celebración del matrimonio.(...)

El elemento subjetivo de la separación que exige el Art. 106 ordinal 2° C.F., no nace en el momento de contraer matrimonio -por cuanto ambos cónyuges aceptaban el hecho de no residir juntos- sin embargo en un momento determinado la demandante señora *** no acepta este hecho como algo natural en su relación conyugal, situación por la que solicita el divorcio, es más refiere –aún cuando no se acreditó fehacientemente- que desde agosto de dos mil cuatro se rompió la comunicación entre los cónyuges lo que sin duda significó la insatisfacción de la demandante de continuar aceptando su situación matrimonial sin convivir junto a su esposo.(...)

En consecuencia, el dicho de los testigos, aunado a los resultados del estudio social, nos llevan a la convicción que las partes han estado separadas por más de un año –mínimo de tiempo exigido por ley-, es decir desde que contrajeron matrimonio, por no haberse dado la convivencia matrimonial incumpliéndose los fines del matrimonio, por lo que estimamos procedente decretar el divorcio y consecuentemente

la disolución del vínculo legal.

(Cam. Fam. S. S., catorce de mayo de dos mil siete. Ref. 205 - A - 2006)[8]

Habiéndose determinado que efectivamente la separación de las partes no ocurrió en el mes de marzo de dos mil cuatro –cómo se afirmó en la demanda- conclusión a la que también llegó la jueza a quo, no procedía decretar el divorcio; ni aún aplicando la teoría del divorcio remedio, como lo dispuso la a quo, al afirmar que se trataba de un hecho sobreviniente, evidente y notorio admitido por ambas partes, que no requería prueba específica. Al respecto consideramos que la teoría mencionada hace alusión a los efectos del divorcio, pero no exime de probar las causales alegadas por ser cuestiones diferentes.

El Art. 106 ord. 2° C.F., a la letra dispone: "El divorcio podrá decretarse: (...) 2°) Por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos."

Dicha causal al igual que el divorcio por mutuo consentimiento se denominan doctrinariamente como causales objetivas, en tanto el conocimiento de los supuestos fácticos no implica conocer las circunstancias que ocasionaron la ruptura de la relación matrimonial, por lo que no hay atribución de culpa a ninguno de los cónyuges en ambos supuestos.

La determinación de responsabilidad y la correspondiente atribución de culpa a alguno de los cónyuges, -vigente en varios ordenamientos jurídicos y de alguna manera también en el nuestro Art. 106 C.F.- potenció que la doctrina de los expositores del derecho de familia se pronunciaran sobre las tesis de divorcio remedio y divorcio sanción.(...)

En otras palabras las causales objetivas contenidas en el Art. 106 C.F. (Mutuo consentimiento y separación) representan el acogimiento de la tesis del divorcio remedio; sin embargo, ello no implica que por la simple alegación de las partes los juzgadores estén obligados a decretar el divorcio, para ello será necesario que se reúnan los presupuestos legales pertinentes.

8. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado MATRIMONIO POR PODER, publicado en el numeral 1.2 de la parte sustantiva de esta publicación*

Con respecto a la causal de separación, es preciso que la misma sea actual y que haya durado como mínimo un año, tomando como referencia la fecha de presentación de la demanda; en ese sentido, si al presentarse una demanda se advierte ab initio que la separación no cumple con el mínimo de tiempo estipulado en la ley, la demanda sería improcedente. Ahora bien, pueden existir otros supuestos -como el de autos- en el que no será posible determinar liminarmente que la separación no reúne el mínimo de tiempo exigido por ley, en este caso será hasta dictarse sentencia y una vez producida la prueba pertinente, que el juzgador(a) se pronunciará respecto a la procedencia o no del divorcio.

Es por ello que si se acredita –como ocurre en la especie- que al presentarse la demanda las partes aún no tenían el mínimo de tiempo de separación exigido por la ley, resulta improcedente el decreto del divorcio, por lo que es preciso destacar la aplicación de principios procesales básicos, entre estos el de congruencia, si en la demanda se alegó que la separación ocurrió desde marzo de dos mil cuatro, ello es lo que debió acreditar la parte actora, por lo que establecer que la separación es un hecho sobreviniente es impropio y carece de fundamento legal, la parte demandante al momento de iniciar el proceso no desconocía que la separación con la demandada aún no tenía un año, por tanto dicha situación no puede ventilarse como un hecho sobreviniente.

Además se irrespetaría el derecho de defensa, Art. 11 Cn. al aceptar que se trata de un hecho nuevo o sobreviniente pues con ello se modifica la demanda, alterándose sustancialmente los hechos bajo los cuales se entabló la litis sin la posibilidad de que la parte actora contradiga dichos argumentos, modificando arbitrariamente el objeto de la litis que se conformó con el escrito de la demanda y la contestación.

En todo caso los hechos nuevos o sobrevinientes si bien tienen relación con el objeto de la pretensión en manera alguna significa un cambio de los hechos originales en relación a los cuales se resolverá.

Es por las razones dichas que no es aceptable que se fundamente el decreto del divorcio entre las partes, argumentando la aplicación de la tesis del divorcio- remedio, ya que si bien la misma es acogida y no en forma absoluta como se ha sostenido en anteriores precedentes, es preciso, como lo señalamos supra que se cumplan con los presupuestos

legales, lo cual no sucede en el caso de autos; lo que incluso fue reconocido por la a quo, al expresar que la separación se trataba de un hecho sobreviniente,-cuando es precisamente sobre ese hecho que ha versado la litis- posición que a criterio de esta Cámara vulnera el debido proceso, por lo que procede revocar dicho decisorio.

(Cam. Fam. S. S., diecisiete de julio de dos mil siete. Ref. 210-A-2006)

Lo afirmado por el demandado, si bien es cierto tal como lo expresa el apelante no es un elemento determinante para establecer la separación, por cuanto de acuerdo a determinadas circunstancias puede no haber relación sexual sin que ello implique que exista separación; en el caso de autos se ha establecido con las testigos presentadas que no existe una plena comunidad de vida, esto es, se probó que los cónyuges se encuentran separados y no viven juntos relacionándose solo socialmente. En otras palabras la separación se establece a partir del no compartimiento (debió decir cumplimiento) de los deberes del matrimonio, entre ellos el de vivir juntos sin tener razones justificadas para ello. El Código de Familia no exige una separación absoluta que comporte una nula comunicación entre los cónyuges, como lo exigía antaño el Código Civil, de tal suerte que éstos pueden relacionarse de alguna manera sobre todo en aspectos relativos a los hijos o a los bienes, o participación de negocios en común entre otros, pero es claro que no existe la voluntariedad de vivir juntos por parte al menos de uno de ellos (elemento subjetivo) existiendo como elemento objetivo la separación de hecho, no perviviendo la comunidad de vida propia del matrimonio ni (que) ésta se ha reanudado, es decir, la separación es continua e ininterrumpida. La separación tal como lo afirma la parte apelada no significa que los cónyuges se vuelvan enemigos, que no puedan hablarse o relacionarse en manera alguna, (carta, teléfono, interpósita persona etc.) pues pese a la separación o divorcio, seguirán siendo padre y madre de sus hijos y siempre habrá alguna circunstancia en común que justifique alguna comunicación entre ellos, lo que no desvanece el hecho de la separación.

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 140-A-2007) (El primero y penúltimo paréntesis es nuestro)

La separación, entre otros aspectos implica la interrupción del deber de cohabitación de los cónyuges entre si, en la citada norma se establece el límite mínimo requerido por ley, para la procedencia del decreto del divorcio –por lo menos un año-; obviamente se requiere que la separación persista al momento de la presentación de la demanda y durante la tramitación de la causa, constituyendo éste uno de sus elementos condicionantes y necesarios para establecer ese motivo, por cuanto si la separación no es actual desaparece la causal invocada; puesto que puede ocurrir en la relación conyugal que los consortes se separen por más de un año y posteriormente reanuden su convivencia matrimonial, en ese sentido, la continuación de la convivencia interrumpe la separación y no podría alegarse ese hecho pasado como fundamento fáctico de la causal segunda.

(Cam. Fam. S. S., diez de septiembre de dos mil siete. Ref. 75-A-2007)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., dieciocho de octubre de dos mil siete. Ref. 14-A-2007.

En conclusión la prueba testimonial no logró comprobar que la separación de las partes haya continuado en el tiempo, pues ninguno de los testigos manifestó conocer que ese hecho haya continuado invariablemente desde el quince de diciembre de dos mil cuatro, además el testimonio de poder general judicial con cláusula especial agregada a Fs. 3 no constituye un medio de prueba que acredite la separación como erróneamente lo sostiene el apelante, simplemente es un instrumento que contiene un contrato de mandato, por lo que tampoco podemos darle el valor de una declaración jurada.

Tampoco resulta determinante para establecer la separación el hecho mismo de la presentación de la demanda y emplazamiento por edicto de la señora *** (por ser de domicilio ignorado), el primero no es más que el mecanismo utilizado por el actor para el ejercicio de su pretensión y el segundo es un acto de comunicación, por el cual se pretende garantizar bajo el desconocimiento del paradero de la demandada su derecho de audiencia y defensa.

Bajo estos argumentos concluimos que en el sub judice no se logró determinar que la separación de las partes es actual y que esa situación ha permanecido invariable a lo largo del tiempo, por cuanto los testigos desconocían ese hecho, resultando insuficiente su declaración

para acreditar los extremos de la demanda.

(Cam. Fam. S. S., siete de junio de dos mil siete. Ref. 47-A-2007)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., dieciocho de octubre de dos mil siete. Ref. 14-A-2007

Que sobre la separación conyugal, esta Cámara es del criterio, que con frecuencia, la separación, es el resultado del hecho de que uno de los cónyuges (como en el *sub lite*) se marcha, es decir, deja el domicilio común abandonando a su esposa o esposo y eventualmente, en algunos casos, a los hijos; dicho abandono contra la voluntad del otro cónyuge, constituye indiscutiblemente una violación al derecho-deber de cohabitación que el esposo o esposa abandonada puede alegar en refuerzo de la petición de divorcio por la causal segunda del Art. 106 C. F.; además, debe considerarse que la falta de cohabitación y, por el hecho de la separación, se pone en peligro el interés del cónyuge abandonado y en algunos casos el interés superior de los hijos, ya que la colaboración del esposo se vuelve indispensable por la obligación misma de cooperación y ayuda a la que los cónyuges están obligados, aparte de que la ley exige a los cónyuges, tener una comunidad de vida, debiendo vivir juntos y asistirse en toda circunstancia.

Que en el *sub júdice*, el señor ***, abandonó el hogar conyugal sin causa justificada, es decir, sin motivo alguno como para tomar la determinación de ausentarse del hogar común, ya que durante más de cinco años en que ambos cónyuges estuvieron juntos, mantuvieron buenas relaciones matrimoniales, pues así se desprende del informe social (...)

Que al analizar los hechos de la demanda de fs. 1 y 2, del informe social de fs. 15 y los testimonios de los testigos fs. 32, del Proceso, esta Cámara estima que los extremos de la pretensión han sido suficientemente acreditados como para acceder al divorcio solicitado, ya que luego de haber transcurrido años en los que la señora *** esperó a su cónyuge con el fin de restablecer sus relaciones matrimoniales, y éste no apareció, y además desconociéndose su paradero, es obvio y de sentido común para esta Cámara, reconocer que la recurrente ya no quiere estar unida en matrimonio con una persona que ha pasado desaparecida por un largo tiempo, de modo que es procedente acceder a declarar disuelto el vínculo matrimonial que une a los señores *** y ***.(...)

(...) Que al respecto, la Cámara estima que el elemento objetivo a probar en la causal invocada en la demanda de fs. 1 y 2, Ibíd., es el tiempo de la separación entre los cónyuges, eso y nada más; ahora, creer que el elemento subjetivo es necesario probarlo, como lo sostiene el Juez a quo para tener por probada la causal invocada, es decir, que según él, debe constarle a los testigos que no ha habido comunicación y acuerdo entre los cónyuges, eso, en el *sub júdice*, no puede ser, porque contraviene el principio de sana crítica consagrada en el Art. 56 L. Pr. F. que consiste en una valoración conjunta de la prueba, conforme a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, otorgándole a cada medio probatorio un determinado valor, pues en el informe social antes relacionado ya se dijo que el señor *** se ausentó del hogar conyugal sin comunicar a su esposa y demás familiares porqué y a dónde iba y, a estas alturas, aún se desconoce su paradero, por lo que resulta difícil que los testigos, familiares y demás personas tengan el suficiente conocimiento del elemento subjetivo que el a quo toma como argumento como para no decretar el divorcio promovido, por lo que en casos como el que hoy se conoce, lo que debe probarse es el tiempo de la separación como elemento objetivo de la pretensión, presumiendo esta Cámara, en razón de los hechos, que los cónyuges tienen más de un año de estar separados, iniciándose su separación el 25 de diciembre de 1990, y que el demandado fue quien abandonó el hogar conyugal.

(Cam. Fam. Ote., dieciséis horas del día veinticinco de agosto de dos mil ocho. Ref. APE*: 111 (19-08-08)-2-UN-F-171(106-2)08)*

3.3. VIDA INTOLERABLE

3.3.1. LEGITIMACIÓN.

Por otra parte, si bien es cierto el Art. 106 inc. segundo C. F., establece que en el caso de la tercera causal (intolerabilidad de vida en común), sólo el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos dañosos que originaren el motivo de divorcio está legitimado para pedirlo, sin desconocer que en la realidad de la vida matrimonial también puede volverse intolerable por hechos o actos recíprocos de ambos cónyuges, lo que a tenor literal de lo dispuesto en el precepto señalado, no legitimaría a ninguno de los cónyuges para promover la demanda de divorcio, lo que conllevaría a que mientras no

se configurara otra causal, dichos cónyuges continuarán viviendo en ese estado de conflicto, aunque de hecho el matrimonio ya no fuera funcional, situación que no es aceptable pues de hecho ya no se cumplen los fines del matrimonio y en este caso cualquiera de ellos a nuestro juicio puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial, previendo cualquier daño irreparable a futuro.

Por otra parte debe señalarse que efectivamente no correspondía a la parte actora, señora *** comprobar que ella no había dado origen a los hechos que motivaron la causal de divorcio, sino que era al demandado a quien correspondía establecer que su cónyuge participó en los actos o hechos que originaron el motivo de divorcio, situación que no acaeció en el sub judice; por otra parte como ya se hizo alusión- no se comprobó que la demandante haya originado los hechos de intolerabilidad de la vida en común entre ambos señores. Por tales razones, estimamos que no procede lo solicitado por el Lic. ***, pues no se estableció en el proceso que la parte actora fuera la responsable conjuntamente con el demandado de los actos que originaron la intolerabilidad de vida, que motivaron la demanda de divorcio.

(Cam. Fam. S. S,. diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 94-A-2006)

3.3.2. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA VIDA INTOLERABLE.

Al respecto es necesario señalar que en lo que al divorcio se refiere nuestro sistema jurídico recoge la tesis del divorcio remedio, contrario a la tesis del divorcio sanción, por lo que si bien es cierto el Art. 106 inc. 2° C. F., establece que en el caso de la 3a causal (intolerabilidad de vida), sólo el cónyuge que no haya intervenido en los actos o hechos dañosos que originaren el motivo de divorcio está legitimado para pedirlo; la realidad de la vida matrimonial también puede volverse intolerable por hechos o actos recíprocos de ambos esposos, lo que a tenor literal de lo dispuesto en el referido precepto no legitimaría a ninguno para incoar la demanda de divorcio, con lo que se les condenaría a vivir en ese estado de conflicto, aunque de hecho el matrimonio hubiere fracasado, mientras no se configurara otra causal para pedir el divorcio.

En estricto sentido podría afirmarse que el legislador no contempló el supuesto fáctico -como motivo de divorcio- en el que ambos consortes hayan sido los causantes de los hechos o actos constitutivos de la vida matrimonial intolerable; es decir, aquellos casos en que cada uno de los cónyuges es -a la vez- víctima y victimario. O en otras palabras, cuando a ambos se les puede imputar culpabilidad. Por nuestra parte, estimamos de justicia, en base a la tesis del divorcio remedio, que debe acogerse la demanda, pues no tendría sentido que continúe vigente el matrimonio en el que sólo se cubran las apariencias, pero que en su realidad vital ya no exista por haber desaparecido el afecto y demás deberes mutuos de respeto, consideración y afecto.

En realidad, nuestra legislación adopta un sistema mixto, en cuanto a la determinación de las causales o motivos del divorcio, pues no tenemos en puridad el divorcio remedio, por cuanto algunas características del divorcio sanción todavía están presentes al momento de decretarse la sentencia de divorcio, como por ejemplo la pérdida de la autoridad parental, la indemnización por daño moral y material, entre otras; pero de conformidad a la teoría del divorcio remedio también es aconsejable acoger aquellas demandas en las cuales se vislumbra la existencia de una violencia recíproca; y aún cuando dicha violencia se hace ver en la contestación de la demanda, la misma debe tramitarse y decidirse en la sentencia, siempre que se compruebe la quiebra del matrimonio, aunque resulte imputable a ambos consortes. Seria absurdo obligar a los cónyuges que persistan en un matrimonio que ya fracasó en los hechos, a tal punto que ya no tenga sentido continuar con la unión matrimonial, puesto que no existen intereses en común; en otras palabras cuando ha desaparecido la comunidad de vida; por lo cual es mejor solucionar el conflicto matrimonial, aún cuando ambos esposos hayan intervenido en los hechos o actos que vuelven intolerable la vida en común. (Ver Arts. 8 y 9 C. F.; 1, 2 Y 91 L. Pr. F.).

(Cam.Fam. S.S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95-A-2004)

Relaciones: Cam.Fam. S.S. veintitrés de junio de dos mil cinco. Ref. 104-A-2004 [9]

Cam.Fam.S.S., diecisiete de julio de dos mil siete. Ref. 210-A-2006.

A criterio de esta Cámara, la causal tercera del Art.l06 C.F., establece como sub-motivos para decretar el divorcio por la intolerabilidad: a) El incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, que de acuerdo al Art. 36 C.F. comprenden: convivencia, fidelidad, asistencia, respeto, tolerancia y consideraci6n. b) Mala conducta notoria de uno de los c6nyuges. c) Cualquier otro hecho grave o semejante.

(Cam.Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 27-A-2005)

La intolerabilidad de la vida en común, supone como su nombre lo indica una situación que hace la vida entre los cónyuges insoportable e inaguantable, podríamos calificarla como una situación extrema en que la crisis de la relación conyugal difícilmente es reparable.

Se ha dicho que el Código de Familia se aparta de criterios subjetivistas –aún cuando estos no han desaparecido totalmente-, tendientes a atribuir culpabilidad a uno de los cónyuges adhiriéndose a criterios objetivos, (...)

(Cam.Fam.S.S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73-A-2004)

Al analizar integralmente la prueba aportada al proceso, tenemos que los mencionados testigos, si bien es cierto -tal como lo sostiene la a quo- que uno de ellos sólo escuchó tres veces cuando el demandado expresó a la Sra. *** que no estaba a su altura y la segunda sólo una vez, consideramos que esa expresión desvaloriza y humilla psicológicamente la dignidad de la persona a quien va dirigida, sobre todo cuando proviene del cónyuge y se hace ante la presencia de otra u otras personas, constituyendo una falta de respeto y consideración que afectará en mayor o menor grado a la persona a quien va dirigida, dependiendo de su propia autoestima y nivel de tolerancia ante estos eventos, que si lógicamente se expresan ante terceros, es muy probable

9. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados DAÑO MORAL, numeral 3.4.3, DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN UN PROCESO DE DIVORCIO, numeral 3.4.3.1 y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA, numeral 9.4, todos de la parte sustantiva de esta publicación.*

que también se repitan encontrándose solos los cónyuges. Por otra parte, la falta de credibilidad de los testigos es porque no detallaron el contexto en que discurría la conversación de las partes, situación que sólo podía ser expuesta si hubiesen estado atentos a ello, pero en todo caso esa circunstancia no le resta fe a su testimonio si tomamos en cuenta que dichos testigos conocen desde hace mucho tiempo a las partes, es más, son vecinos de ambos, de donde también les consta que el demandado mantiene una relación amorosa con otra persona, expresando que lo han visto en varias ocasiones, el primer testigo los ha visto de la mano en horas de la noche y también acostados en una hamaca en la casa de la madre del demandado, lugar donde éste vive actualmente y la segunda testigo los ha visto en varias oportunidades agarrados de la mano y abrazados, situación que obviamente revela una relación sentimental más allá de la simple amistad y que desde luego es una conducta impropia al deber de respeto y fidelidad dentro del matrimonio. Que aún y cuando los comportamientos expresados pueden darse eventualmente en cualquier hogar, no por ello pueden considerarse como discrepancias normales, por cuanto como ya se ha expresado, dependerá de la apreciación y afectación que ocasione en particular a la persona agraviada, como también el contexto en que ocurrieron esos hechos, de tal suerte que en el *sub judice* efectivamente ha existido una afectación en los sentimientos, autoestima y dignidad de la demandante, sobre todo porque ambas partes residen frente una de la otra, situación que no abona a bajar la tensión existente entre ellos, tal y como se expresa en el estudio social, a fs. ...; por lo que para esta Cámara estos hechos encajan en la causal 3ª del Art. 106 C. F., dicha disposición da una pauta de lo que ha de entenderse por intolerabilidad de vida, concurriendo este motivo en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave semejante.

Es decir se refiere al incumplimiento en general de los deberes del matrimonio, ese incumplimiento puede ser grave o reiterado; la gravedad será apreciada discrecionalmente por el juzgador, de acuerdo a las circunstancias que rodean el caso en particular, de igual manera la reiteración de tales hechos no queda circunscrita a un número determinado de eventos, pudiendo ser dos o más veces, o inferir la reiteración a partir de conductas exteriorizadas ante los demás, que

lógicamente son repetibles en la privacidad de los cónyuges. La mala conducta también abarca amplias situaciones y finalmente la mencionada disposición en un afán de cubrir toda la casuística que puede darse en la vida concreta de cada pareja; incluyó en la norma que también procederá el divorcio cuando concurra cualquier otro hecho grave semejante, es decir, cualquier otra situación análoga que se considere igualmente grave, atendiendo no sólo a la personalidad de las partes, sino al contexto en que ocurran los hechos, entre otros.

Por lo dicho consideramos que, aún admitiendo que las familias de origen de ambos cónyuges, han contribuido a la inestabilidad emocional de éstos, las expresiones y actitudes del demandado configuran la causal de intolerabilidad de vida entre los cónyuges, procediendo la disolución del vínculo matrimonial

(Cam. Fam. S. S., ocho de noviembre de dos mil siete. Ref. 119-A-2006)

3.3.2.1. INFIDELIDAD.

Así la cuestión, analizaremos los demás medios probatorios a fin de establecer sí efectivamente se ha producido la infidelidad alegada, considerando; que por la naturaleza íntima de esos hechos no se realizan a la vista de las demás personas -éstos se producen en la intimidad, ya sea del seno del hogar o en otro lugar oculto- por lo que difícilmente se dará prueba directa, incluso por la vía testimonial de personas muy cercanas a la relación; por tanto, es dable aplicar el principio de favor probationis; ya que a criterio de esta Cámara resulta complejo comprobar el adulterio, es decir el sostenimiento de relaciones sexuales entre la Sra *** con un tercero, en este caso el señor ***, por regla general este tipo de relaciones se desarrolla en la clandestinidad, y sólo puede establecerse a partir de ciertas actitudes o conductas demostradas por los involucrados, pues se trata de hechos que doctrinariamente han sido clasificados como "íntimos", por suceder en un ámbito esencialmente reservado, oculto a las miradas de terceros, por razones que atañen al pudor de sus protagonistas.

(Cam. Fam. S. S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 27-A-2005)

(...) este Tribunal es del criterio que los actos propios o específicos de infidelidad (relaciones sexuales con terceras personas aunque no se sepa el nombre) no pueden ser probados de manera directa, sino a través de prueba indiciaria dada la naturaleza misma de las relaciones sexuales, las que por ser parte de la vida íntima de las personas no se realizan a la vista de los demás lo que no es obstáculo para que dada la comprobación de ciertos hechos indicativos de la existencia de tales actos – de infidelidad – se pueda concluir que la persona a quien se le atribuyen los ha cometido.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de abril de dos mil seis. Ref. 63-A-2005)

3.4. PRETENSIONES CONEXAS Y ACCESORIAS DEL DIVORCIO.

(...) si se decreta el divorcio entre dos personas y dentro del matrimonio hay hijos menores de edad, el Juez tiene la obligación de determinar a cuál de los padres ha de quedar el cuidado personal de los hijos, de fijar una cuota alimenticia con la que ambos padres deberán contribuir o uno solo en caso que el otro no pueda hacerlo y establecer un régimen de comunicación, visitas y estadía; pero si se deniega la pretensión de decretar el divorcio, el juzgador no puede entrar a resolver sobre esos aspectos accesorios. (...)

Conocida y demostrada ha sido la palpable irresponsabilidad del demandante en cuanto a sus obligaciones para con sus hijos, de lo cual no haremos más comentario por estar de manifiesto dentro del proceso, pero ello (lamentablemente) no es óbice para decretar el divorcio si el motivo invocado se encuentra debidamente demostrado al través de los medios probatorios admitidos por las legislación adjetiva familiar salvadoreña.-

Haremos un frío y simple análisis de los hechos y pretensiones de la parte demandante: ésta ha entablado una acción de divorcio contra su cónyuge por el motivo se separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos (Art. 106 F. N° 2°), ofreció la cantidad de ciento cincuenta dólares mensuales en concepto de alimentos para los hijos habidos del matrimonio y solicitó que su cuidado personal y representación legal se confiase a la parte demandada.- Con la confesión producida en la audiencia preliminar sobre el motivo invocado

para demandar el divorcio no se requiere de más prueba para acceder a la pretensión de la parte demandante.-

(Cam.Fam.Occ., once de enero de dos mil cinco, Ref. 3/2005)

Se ha sostenido por este tribunal en múltiples sentencias precedentes, que dentro del proceso familiar existen además de las pretensiones principales, las denominadas accesorias y las conexas. En el caso de las primeras éstas constituyen la pretensión que motiva la demanda; en el caso de las accesorias pueden o no ser solicitadas por la parte; y las conexas son puntos ligados estrechamente a la principal –algunas de ellas deben ser en principio solicitadas-, tal es el caso de la vivienda familiar según disposición del Art. 111 C. F., pues es el juez quien debe decidir –entre otros puntos– a quien de los cónyuges le corresponderá el uso de la vivienda siempre y cuando a criterio del juzgador se configuren los supuestos que habilitan su establecimiento.

(Cam.Fam. S.S. veintiocho de noviembre de dos mil cinco. Ref. 134-A-2004)

En pretéritas sentencias hemos sostenido que en el proceso de familia además de las pretensiones principales, están las accesorias y las conexas. Las principales son las que constituyen la pretensión que motiva la demanda. Las accesorias pueden o no ser solicitadas por las partes. Las conexas son puntos ligados estrechamente a la principal de tal suerte que pueden ser resueltas por disposición legal aunque no hayan sido solicitadas por las partes, por ejemplo en el divorcio deberá sentenciarse además sobre cuidado personal y alimentos entre otros. Es en esta última categoría que incluimos a la indemnización por daño material, sin embargo ésta debió ser solicitada por la parte actora, en tanto no es de aquellas cuyo pronunciamiento es de carácter obligatorio por parte del juzgador, como sería el caso de alimentos a favor de los hijos menores de edad en un divorcio, Art. 111 C.F..

(Cam.Fam.S.S., veintiséis de enero de dos mil seis. Ref. 174-A-2005)

Debe tomarse en cuenta que, la finalidad de la fijación de dicha cuota es satisfacer las necesidades de los niños, proporcionándoles lo necesario para su desarrollo integral, tomando en cuenta que cuando

los progenitores se separan, los gastos se incrementan al tener que afrontar individualmente sus propias necesidades, debiendo readaptarse la familia a su nueva situación y que en lo posible no afecte sustancialmente su nivel vida.

(Cam. Fam. S. S., catorce de marzo de dos mil seis. Ref. 207 - A - 2005)

Lo establecido en la disposición legal (Art. 115 ordinal 3°) citada se interpreta en el sentido de que si se decreta el divorcio demandado, se producirán los efectos señalados, pero si se declara que no ha lugar a la pretensión de divorcio NO SE PRODUCIRAN ESOS EFECTOS ("lo accesorio sigue la suerte de lo principal").- En consecuencia, si el juez A quo denegó el divorcio no debió resolver sobre las cuestiones accesorias al mismo, por lo que la sentencia definitiva venida en apelación se ha dictado contra ley expresa y terminante, por cuanto contradice lo dispuesto en una norma de carácter sustantivo como es el Art. 115 ordinal 3° "F"., por lo que conforme al Art. 1130 Pr.C. la sentencia definitiva venida en apelación, en cuanto a los tres puntos señalados que resuelven aspectos accesorios al divorcio, adolece de nulidad absoluta (insubsanable) que no puede cubrirse ni aún por expreso consentimiento de las partes y DEBE DECLARARSE DE OFICIO o a solicitud de parte.-

Esta clase de nulidad absoluta es de fondo, que solamente afecta los tres puntos indicados de la sentencia definitiva consignados en el fallo, romanos II, III y IV, por lo que conforme al Art. 1093 Pr.C., al ser dictada la misma contra ley expresa y terminante, debe anularse y pronunciar la conveniente (por parte de la Cámara de Familia), con la correspondiente condena al Juez que la dictó, en costas, daños y perjuicios del recurso.- O sea que no es necesario ordenar la reposición de la audiencia de sentencia (Art. 161 inc. 2° Pr.F.).-

Por otra parte, el Juez no podía otorgar el cuidado personal del menor a la madre, ni establecer régimen de comunicación entre padre e hijo, ni fijar pensiones alimenticias en beneficio del menor, porque el padre no ha sido demandado en cuidado personal, ni en alimentos y él tampoco demandó a la madre en relación a un régimen de visitas, es decir que no se han planteado tales pretensiones en forma autónoma, sino como meras solicitudes accesorias a la acción de divorcio, provenientes de la Ley y éstas están condicionadas a que se decrete

la ruptura del vínculo matrimonial, por lo que sobre tales aspectos se debería decidir en la correspondiente sentencia si se hubiese accedido a la pretensión principal de divorcio, como una consecuencia o efecto de la misma.- Prácticamente se condenó al demandado sin ser previamente oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes, violentándose su derecho constitucional de defensa, derecho que todos los juzgadores estamos obligados a garantizar en los procesos a las partes, caso contrario podría el agraviado pedir amparo constitucional ante la instancia correspondiente. (Art. 247 de la Constitución de la República).

(Cam.Fam.Occ., diecisiete de julio de dos mil seis, Ref. 069-(106-2)06)

En el sub lite, la sentencia estimativa del divorcio y el consecuente pronunciamiento del juez respecto de la cuota alimenticia, cuidado personal y régimen de comunicación y trato, implican pretensiones conexas con el divorcio, en cuya sentencia se puede dictar las medidas tendientes a garantizar el eficaz cumplimiento de las pretensiones. Los puntos denominados "accesorios" en el caso del divorcio son por ejemplo enviar oficios al Registro del Estado Familiar para que se hagan las marginaciones o inscripciones respectivas, asistencia al C.A.P.S, para superar las secuelas del divorcio, como sucede en la especie, en los alimentos es enviar oficio a la entidad encargada de realizar retención de cuota alimenticia, etc., en el cuidado personal lo accesorio es la forma en la que se hará entrega del menor al otro padre; en el régimen de visitas, lo accesorio sería la fijación del horario de comunicación y trato, por ejemplo.

Concluimos que las pretensiones conexas son las estrictamente relacionados con la cuestión principal, en el sub lite, sería cuidado personal, alimentos y régimen de visitas y lo accesorio de ellos ya fue señalado en el párrafo anterior, estos últimos vendrán definidos de acuerdo a la naturaleza misma de la pretensión acogida. (Circunstancias de menor jerarquía).

(Cam.Fam. S.S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 7-IH-2005)

(La pretensión de) pensión compensatoria, el cual constituye un proceso autónomo que, aunque es dependiente del divorcio, no es

accesorio a éste y, en consecuencia, se debe cumplir con todos los requisitos exigidos cual si se tratara de una nueva demanda, no confundiendo que por haberse acumulado al de divorcio esto no significa que dichas pretensiones se subsuman en una sola, siendo necesario legitimar la personería para cada uno de los procesos en que intervengan los apoderados y así poder dar la intervención en los mismos.-

(Cam.Fam.Occ., ocho de mayo de dos mil siete, Ref. 045/2007) (el primer paréntesis nos pertenece)

Hemos de señalar en primer lugar, que los aspectos normados en el Art. 111 C.F. transcrito ut supra, no son de carácter secundario, sino conexos al divorcio. Son de carácter secundario todos aquellos derechos que las partes pueden pretender de acuerdo a sus intereses, pero en éstos el legislador obliga expresamente al juez para que se incorporen al conocimiento del proceso, de modo que a nuestro criterio, dichos aspectos no deben verse como accesorios, sino como conexos a la pretensión principal.

El inc. 2º del Art. 111, no expresó que para decidir sobre el cuidado personal, cuantía alimenticia y régimen de visitas, comunicación y estadía de los hijos sometidos a autoridad parental, que la sentencia fuese estimatoria. De ahí que aún en la sentencia desestimatoria puede pronunciarse el juez sobre otros aspectos, siempre y cuando las partes lo hayan pedido expresa y separadamente de manera autónoma, pues aquí no seguirán la suerte de lo principal, lo que sí sucede cuando no se han pedido de esa manera, sin perjuicio de que el juzgador pueda decretar medidas de protección cuando fueran necesarias y de urgente necesidad.

(Cam.Fam.S.S., uno de noviembre de dos mil siete. Ref. 222-A-2006)

En ese sentido, consideramos que en el sub judice existen diversas razones jurídicas-procesales para no decretar la Protección de Vivienda Familiar, del inmueble aludido:

En primer lugar, nuestra Ley Procesal de Familia es enfática al manifestar en sus principios rectores (Art 3 lit f) y g) lo siguiente: f) Las partes deberán plantear simultáneamente todos los hechos y

alegaciones en que fundamenten sus pretensiones o defensas y las pruebas que pretendan hacer valer; y
g) El juez deberá resolver exclusivamente los puntos propuestos por las partes (se debe entender en la demanda o contestación respectiva) y los que por disposición legal correspondan. ***El contenido del paréntesis es nuestro.***

En el sub lite, ambas partes dejaron que precluyera el momento para plantear la pretensión sobre la protección de vivienda familiar, desde luego que como lo hemos mencionado ut supra ninguno lo solicitó ni en la demanda ni en la contestación, ni lo mencionaron en la Fijación de los Hechos de la Audiencia Preliminar, no obstante haber comparecido ambas partes junto con sus apoderados a dicha audiencia, y la Procuradora de Familia adscrita al juzgado a-quo tampoco hizo petición al respecto en el momento procesal oportuno.

Ahora bien, cabe preguntarse si el punto referente a la vivienda familiar era un punto que por disposición legal le correspondía pronunciarse al juez a-quo. Al respecto el Art 111 C.F, en su inciso primero determina los puntos esenciales sobre los cuales deberán pronunciarse los cónyuges para disolver su vínculo matrimonial cuando hubiere hijos sometidos a autoridad parental, siendo estos a) cuidado personal de los menores, b) cuota alimenticia y c) régimen de visitas, comunicación y estadía de los menores respecto al progenitor que no tuviere el cuidado personal de ellos.

Estos puntos vendrían a ser aquellos que por disposición legal corresponde pronunciarse al juzgador; en vista que tanto los alimentos como el régimen de visitas son derechos irrenunciables y recíprocos de los padres e hijos, y el cuidado personal de los menores siempre debe ser conferido a uno de sus progenitores al divorciarse, pero nunca puede un menor carecer de representante legal que asuma su cuidado.

En su inciso 3° el mencionado artículo establece que la sentencia de divorcio dispondrá además a quien de los cónyuges corresponderá el uso de la vivienda y los bienes de uso familiar, ello no es un punto que corresponda decidir en la sentencia, cuando las partes no han hecho ni siquiera mención en sus peticiones.

Dicho punto al igual que los bienes muebles de uso familiar no constituyen un punto que por disposición legal corresponda ya que en reiterados casos de divorcio no es procedente pronunciarse al

respecto, por diversos motivos, tales como: Que exista algún gravamen sobre el inmueble, que no exista una vivienda familiar durante la convivencia matrimonial y que ya no lo es a la hora de decretarse el divorcio, (que sería el caso en el sub lite), que no sea solicitado, (también opera en el caso que nos ocupa); esto último para respetarse las garantías del debido proceso.

(Cam.Fam.S.S., ocho de noviembre de dos mil siete. Ref. 141-A-2006)

3.4.1. PENSIÓN COMPENSATORIA.

3.4.1.1. GENERALIDADES.

Antes de entrar al análisis de los puntos de alzada, haremos referencia a lo señalado por el Lic. *** respecto a la falta de precisión del tipo de dólares en que será pagada la pensión compensatoria, pues según expuso, hay dólares canadienses, americanos, australianos, etc., y que al no precisar tal cuestión puede generarle conflictos posteriores a su representado.

Tal punto a nuestro juicio resulta irrelevante e inoficioso, pues la Ley de Integración Monetaria ha determinado que la moneda circulante en nuestro país es el dólar de los Estados Unidos de América y no otro tipo de dólar, por consiguiente, el hecho de que en la sentencia no se especifique que tipo de dólares son, debe entenderse que se trata de la moneda de curso legal y vigente en El Salvador, además alegar este tipo de cuestionamientos equivaldría a alegar ignorancia de ley.

(Cam.Fam. S.S., diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 94-A-2006)

3.4.1.2. NATURALEZA JURÍDICA.

La pensión compensatoria no tiene una naturaleza meramente asistencial, pues más bien se dirige a reconocer el esfuerzo y dedicación del cónyuge dentro del matrimonio y de esa forma evitar las injusticias que puedan cometerse al dictar la sentencia de divorcio. Pueden darse casos en los cuales ambos cónyuges han trabajado juntos y el patrimonio que se ha formado está a nombre de uno solo de ellos y el que más trabajó quede en la indigencia o en una enorme desventaja. También puede darse el caso que el cónyuge que se dedicó a las labores del

hogar y cuidado de los hijos no tuvo la oportunidad de superarse académicamente, adquirir bienes, etc., para mitigar estas situaciones es que la ley ha dispuesto la pensión compensatoria. En todo caso, el presupuesto para que nazca el derecho a la pensión compensatoria es el desequilibrio económico, en el cual queda el cónyuge acreedor a causa del divorcio, que implique una desmejora sensible en la situación económica de que gozaba durante la convivencia matrimonial

(Cam.Fam. S.S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95-A-2004

Relaciones: Cam.Fam. S.S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 188-A-2003.

Cam.Fam. S.S. ocho de septiembre de dos mil cinco. Ref. 76-A-2005.

La naturaleza misma entonces, de la pensión compensatoria, trata de evitar injusticias, retribuyendo al cónyuge que durante el matrimonio realizó esfuerzo, trabajo y dedicación dentro de la familia, y quien por sus mismas condiciones no desarrolló una actividad económicamente remunerada o ésta es insuficiente, por lo cual estamos frente a un presupuesto objetivo para la obtención de la pensión compensatoria, en la cual se debe probar el desequilibrio económico o desmejora en el status económico y social de quien solicita la pensión, en comparación a la que tenía durante el matrimonio.

(Cam.Fam. S.S., veinticuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 141-A-2003)

Relaciones: Cam.Fam.S.S., veintidós de enero de dos mil siete. Ref. 157-A-2005

Independientemente de su naturaleza jurídica podemos citar como caracteres principales de dicha institución los siguientes: **1.-** Es una obligación legal novedosa que se origina en el desequilibrio económico, tras el divorcio. **2.-** Tiene carácter personalísimo en cuanto que sólo su titular puede hacerla valer en el momento procesal oportuno. **3.-** Está sujeta al principio de rogación. **4.-** En su concesión no interviene la idea de culpa. **5.-** Necesita de positivación judicial, y el momento de su fijación corresponde a la resolución judicial (sentencia definitiva) que pone término al juicio de divorcio. **6.-** Su cuantía corresponde fijarla a las partes en el convenio regulador o al propio juez en base,

a las circunstancias prescritas en el citado Art. 113 C. F. entre otras; **7.-** Su finalidad va más allá de lo que puede exigirse en una prestación de alimentos, conteniendo elementos indemnizatorios y compensatorios.

(Cam.Fam.S.S., diecinueve de mayo de dos mil seis. Ref. 236-A-2005)

3.4.1.3. PRESUPUESTOS Y CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DESEQUILIBRIO.

Lo que fundamenta el derecho a la pensión es el **desequilibrio sensible en la situación económica actual de la acreedora** en comparación a la que tenía dentro del matrimonio. El hecho de tener un empleo remunerado no es determinante, en el *sub lite* para denegar el derecho a la pensión compensatoria, dado que los ingresos que percibe en concepto de salario mensual por su actividad de docente no es comparable con los ingresos que tenía con su actividad industrial agropecuaria.

(Cam.Fam. S.S., veinticuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 141-A-2003)

Relaciones: Cam.Fam. S.S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005

De acuerdo al Art. 113 C. F., para tener derecho a la pensión compensatoria, es necesario que se dé un desequilibrio económico. Este presupuesto es de vital importancia para efectos de determinar si existe o no el derecho, en el sub lite del material probatorio que obra en el proceso, se advierte que el status quo de la Sra. *** se ha visto desmejorado sustancialmente en comparación con el nivel de vida que tenía durante la vida matrimonial, pues en la actualidad (desde la separación con el demandante), no tiene acceso a los bienes y servicios que gozaba durante el matrimonio.(...)

(Cam.Fam. S.S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 164-A-2004)

(...) pensión (compensatoria) que se establece por reunir la acreedora los requisitos necesarios para su fijación, tomando en cuenta su edad y preparación profesional, la cual dicho sea de paso aún y cuando la adquirió dentro del matrimonio no la inhabilita para recibir

la pensión compensatoria, pues el hecho de ostentar una profesión no la vuelve por si misma capaz económicamente, sólo le permite poder optar con mayores prerrogativas al campo laboral, lo que aún no ha podido lograr según lo ha probado en autos, pese al esfuerzo por conseguir un empleo, además para adquirir una profesión se requiere de un esfuerzo personal, advirtiéndose que en el presente caso la demandada también laboraba, se dedicaba a la empresa y atendía a la familia, por lo que no puede decirse que su preparación se la debe únicamente al demandante.

(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de febrero de dos mil seis. Ref. 33-A-2004) (El primer paréntesis nos pertenece)

De lo expuesto se concluye que el presupuesto del desequilibrio económico que habilita el reclamo de la pensión como consecuencia del divorcio, no se configura en el *sub lite,* por cuanto no se logró establecer el nivel de vida que gozaba la señora *** antes de la separación con su cónyuge, pues ese derecho se pretende fundamentar en que el señor *** se quedó con el patrimonio familiar, expulsando a su cónyuge del hogar familiar y que fue únicamente el demandante quien se preparó profesionalmente, no así su esposa, por lo que el demandante goza de un mayor nivel de vida. No obstante si bien es cierto se ha podido constatar que la señora *** tiene un nivel de vida limitado por ser escasos sus ingresos y que el señor *** percibe mayores ingresos, también se ha demostrado que es éste último quien afronta las obligaciones familiares con sus hijos, habiendo traspasado el inmueble que sirvió de hogar familiar a éstos, (...)

(...) Resumiendo de la información recabada se advierte que el patrimonio de la señora ***experimentó un incremento después de la separación, por cuanto ha instalado un negocio propio en una casa adquirida a su favor. Lo anterior nos lleva a estimar que no se ha establecido el desequilibrio sensible en la situación económica de la mencionada señora y por lo tanto no se cumple uno de los presupuestos enunciados para la concesión de la pensión compensatoria.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de mayo de dos mil seis. Ref. 236-A-2005)

La Sra. ***, vecina de la demandada, expresó que la *** no tiene profesión ni un empleo, pero que trabaja eventualmente en un Kinder.

El demandado alegó que la *** no estudió porque ella así lo quiso; sin embargo no se acreditó bajo ningún elemento probatorio tal afirmación. Así las cosas, a criterio de esta Cámara, aún cuando la edad de la *** no le impide desarrollar una actividad laboral, el hecho de que carezca de instrucción profesional o técnica constituyen una limitante, pues actualmente el mercado laboral exige como una instrucción mínima un grado técnico o bachiller, pero en éste último caso se prefiere a personas de edades inferiores a los treinta años.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73 - A -2004)

Al respecto el Art. 113 C. F., una vez establecido el desequilibrio señala cuales son los elementos a considerar por el Juzgador, para determinar la cuantía de la pensión. Siendo tales elementos: **a)** Los acuerdos entre las partes; **b)** La edad y el estado de salud del acreedor; **c)** La calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, del acreedor; **d)** La dedicación pasada y futura a la atención de la familia; **e)** La duración del matrimonio y la convivencia conyugal; **f)** La colaboración del beneficiario en las actividades del obligado; y **g)** El caudal y medios económicos de cada uno.

Es importante señalar que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, no es necesario que concurran todos los elementos señalados, sino que, entre mayor número de ellos concurran, la cuantía de la pensión debería ser mayor.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 21 - A - 2006)

Vistos en conjunto los elementos mencionados, nos permiten concluir que a raíz de los hechos expuestos por ambas partes se originaron frecuentes disgustos y molestias entre los cónyuges afectando irremediablemente la armonía familiar. Vale acotar que aun cuando los hechos que convierten la vida intolerable en común son atribuibles a ambos cónyuges, esa circunstancia no privaría per se a uno de los cónyuges del derecho a la pensión compensatoria, reclamada en éste caso por la Sra. ***, por cuanto no es razonable ni justificable que aún cuando ambos cónyuges se violentaran mutuamente sus derechos, si uno de ellos – en este caso la Sra. *** – quedara en desequilibrio económico, respecto de la situación que vivía dentro del matrimonio

no se le compensara su esfuerzo y trabajo, salvo que existiere un desbalance o desproporción en cuanto a la gravedad de los hechos cometidos por ella, resultando en este caso que los hechos mas gravosos han sido cometidos por el demandante, por lo que no encajaría lo dispuesto en el Art. 114 C. F. que se refiere a los casos de privación de la pensión compensatoria por grave conducta dañosa de uno de los cónyuges respecto del otro.

De todo lo anterior se desprende que si bien es cierto es procedente la pensión compensatoria decretada dado el desequilibrio económico resultante en la Sra. *** a raíz del divorcio el quamtun fijado debe valorarse tomando en cuenta todos los elementos pertinentes al caso, y que la ley estableció como parámetros para su fijación. (...)

(Cám. Fam. S. S., veintiocho de febrero de dos mil siete, Ref. 149-A-05)

El Art. 113 C.F., establece a manera de ejemplo, algunos de los requisitos básicos a tomar en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria. En este caso, siguiendo el primero de los criterios enunciados por tal disposición legal, se ha tomado en consideración la autonomía de la voluntad de las partes. Es por ello, que en el proceso correspondiente se determinó la referida pensión en atención a los acuerdos de las partes, lo cual exime hacer una valoración rigurosa de los requisitos para establecer su quantum y tiempo de vigencia, puesto que existe una aceptación tácita del desequilibrio económico de uno de los cónyuges y no existe ninguna causal para su privación de conformidad al Art. 114 C.F., estimándose compensado ese desequilibrio en la cantidad acordada por las partes. Esto último porque el fundamento de la pensión es retributivo. Lo que no debe confundirse con el daño ocasionado en otros conceptos.

Aún cuando debe respetarse la autonomía de la voluntad de las partes y exista atenuación en el examen de los requisitos para la fijación de una pensión y determinación de su *quantum,* el Juez deberá tomar en cuenta no sólo los intereses o motivos que han llevado a tal acuerdo, sino además analizar si procede homologarlo.

(Cam.Fam. S. S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005)

3.4.1.4. DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE FIJACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

En ese sentido la jurisprudencia de esta Cámara ha sido del criterio de que la pensión compensatoria debe ser por un plazo determinado y sólo en circunstancias especiales (por ejemplo: personas adultas mayores), se han establecido pensiones vitalicias. Por otro lado la pensión compensatoria, obedece –básicamente– a dos tipos de elementos: 1- asistenciales o de necesidad y 2- retributivos. En atención a los primeros, se mencionan, la edad, capacidad económica, estado de salud, aspectos que guardan relación con la figura de los alimentos. En los segundos, tenemos presentes, la dedicación pasada y futura a la familia, las atenciones en el hogar, la ayuda en las tareas del otro cónyuge, es decir, acontecimientos familiares, que en otros tiempos no tuvieron retribución en nuestra sociedad y que por disposición de la legislación familiar, tiene mérito y retribución.(...)

(Cam.Fam. S.S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 188-A-2003)

En el sub lite, la Sra. *** pidió una suma de (...), sin especificar la forma de pago de la misma, a esta solicitud se opuso el demandante durante la tramitación del proceso. No obstante ello, la Jueza a quo resolvió decretar la pensión sin fijar la suma total sino una cantidad mensual, por lo que en su escrito de apelación el obligado impugna ese punto y la acreedora exige que dicha suma sea cuantificada, siendo que la decisión le corresponde al Juzgador, pero como bien lo dice el mismo artículo, esta debe fijarse en una cantidad, la cual será pagada en cuotas mensuales sin que ello signifique una cuota alimenticia. De establecerse dicha cantidad y su plazo, al mismo tiempo se fijará la cuantía total de la misma.

(Cam.Fam. S.S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 164-A-2004)

En reiterados pronunciamientos este Tribunal, ha sostenido que de conformidad al Art. 113 C.F., el pago de la pensión debe efectuarse bajo la modalidad de rentas periódicas y excepcionalmente a petición del obligado y cuando el juez lo considere conveniente se hará por el sistema de capitalización; al no reunirse en el *sub lite* los presupuestos

básicos para otorgar un monto determinado; no procede establecer de esa manera la pensión a favor de la demandante, pero puede modificarse en cuanto a la fijación de un plazo para el pago mediante el sistema de cuotas mensuales, (...)

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 186-A-2005)

3.4.1.5. PRIVACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Otra situación más importante aún, es valorar el hecho que en el proceso se estableció que la Sra. ***, incumplió su deber de fidelidad, lo que se considera una conducta lesiva para el otro cónyuge, hecho que se acreditó no solamente con las declaraciones de los amigos de las partes, sino con el dicho de los menores, y por las mismas partes, quienes en su afán por demostrar la conducta de cada uno, en relación a su vida matrimonial, dejaron al descubierto situaciones personales y hechos que demuestran esas infidelidades. Una relación extramatrimonial, concluida por parte del demandado y dos relaciones extramatrimoniales de la demandante con dos hombres diferentes durante la vigencia del matrimonio, lo que les ha afectado mutuamente (...)

En vista de lo anteriormente expuesto, este tribunal estima que la Licda. ***, ha incurrido en una "grave conducta dañosa" en contra del demandado, que la priva del derecho a reclamar una pensión compensatoria. Ello conforme lo previsto en el Art. 114 C. F..

A lo anterior se puede agregar que en el proceso no se logró establecer el desequilibrio económico en que como consecuencia del divorcio quedará la demandante, en relación a la situación que mantuvo durante el matrimonio. Por otra parte no se cumplen -con la prueba de autos- los elementos prescritos en el Art. 113 inc. 2° C. F..

(Cam. Fam. S. S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95-A-2004)

Si bien es cierto la Licda. *** dijo a fs. ... que la desmejora económica que actualmente atraviesa la señora *** es producto de haber procreado a la menor *** como producto de una relación extramatrimonial, ello no es óbice para reconocer el apoyo que la demandante le brindó al señor *** para formar y consolidar el patrimonio del que ahora dispone,

pues aunque no se encontraba en el país al momento de la adquisición de los inmuebles, el pago de los mismos se ha hecho por medio de las ganancias que generan los puestos del mercado, es ahí donde advierte el aporte de la demandante, y su colaboración con el señor ***, en la administración del negocio.

Aún cuando, reconocemos el esfuerzo y dedicación de la Sra. *** en la actividad económica del demandado, el Art. 114 C. F., establece que no habrá derecho a la pensión compensatoria: "**En los casos de divorcio en que se establezca grave conducta dañosa de un cónyuges para con el otro...**", (Sic)(El subrayado es nuestro). La conducta dañosa es un término que aparte de otros casos también incluye el incumplimiento grave y reiterado de los deberes del matrimonio que establece el Art. 36 C.F., (...)

(Cam. Fam. S. S. veinticuatro de febrero de dos mil seis. Ref. 44-A-2005)

3.4.1.6. MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Debe acotarse, que la pensión compensatoria es resarcitoria y no constituye una prestación alimenticia, aunque también tenga un carácter asistencial, por lo que en nuestra legislación no se contempla el caso de su revisión o modificación, tal como acontece con los alimentos. En nuestro caso la ley sólo se refiere a la extinción, como ya se apuntó supra.

Debemos considerar entonces, un aspecto fundamental en el presente decisorio, como lo es, si tal pensión es objeto o no de modificación ulterior, es decir, si la sentencia que establece la pensión causa estado (adquiere firmeza) en ese aspecto, no obstante no estar contemplada expresamente por la ley adjetiva (Art. 83 L. Pr. F.). Debe señalarse, que con anterioridad este Tribunal ha sostenido puntualmente, respecto del incremento de la pensión compensatoria, que una pretensión en tal sentido no es procedente y que no es dable conocer nuevamente sobre ello, llegando a sostener que de accederse a tal modificación crearía inseguridad jurídica, dejando únicamente abierta tal posibilidad para el caso de que el acreedor de la pensión ya no la necesite o el obligado esté impedido para cumplirla. (Inc. de apelación 38-A-04).(...)

Sobre la variación de la pensión compensatoria, mediante un posterior proceso, esta Cámara ha sostenido que no es procedente su modificación para el efecto deincrementarla. Tratándose de la pretensión para disminuirla, estimamos que en casos extremos y excepcionales sería procedente, es decir, si se establecen circunstancias de suma gravedad para uno de los ex- cónyuges, tanto del acreedor como del deudor, quedando a discrecionalidad del juzgador la calificación de esos casos, en los que se vea disminuida ostensible o drásticamente la capacidad económica del deudor que haga imposible su cumplimiento en los términos y condiciones fijados.

Cabe analizar si la procedencia para disminuir la pensión compensatoria y no el incremento, implica trasgresión del derecho de igualdad. En este apartado, consideramos que al establecerse mediante sentencia de divorcio una pensión compensatoria, las partes se colocan en situaciones jurídicas distintas, ya que uno de los excónyuges se convierte en acreedor(a) de la pensión y el otro en deudor.

En virtud de estas posiciones (al deudor se le persigue y merma su patrimonio en cumplimiento de la obligación, en cambio el acreedor, persigue y goza de los beneficios de la pensión compensatoria), el trato que merecen debe ser diferenciado, acorde al principio de igualdad helénico de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En ese sentido, al deudor debe permitírsele, que en casos especiales, se libere de esa obligación o consiga (mediante proceso) la disminución de la que se le había impuesto, en aplicación del principio "Rebus Sic Stantibus". También ha de tomarse en cuenta que el mejoramiento de fortuna del acreedor, es por actos posteriores al divorcio y lo que se toma en cuenta para fijar la pensión es la desmejora que se da en el momento de decretarse el mismo lo que se compensa con determinada suma de dinero que no puede incrementarse por acciones o actos posteriores, pero que excepcionalmente podría disminuirse cuando haya una merma sustancial del patrimonio u otros compromisos familiares esenciales por parte del cónyuge deudor.

(Cam. Fam. S.S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 188-A-2003)

(...) en cuanto a la procedencia de la MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA, nuestra legislación no contempla el caso

porque como se dijo antes, la pensión tiene un carácter resarcitorio y no evalúa - a diferencia de los alimentos - una necesidad del acreedor, sino la constatación de un efectivo desequilibrio económico producido por el divorcio. Aún cuando ambas figuras (alimentos y pensión compensatoria) tienen como fundamento la solidaridad familiar, no deben confundirse, puesto que su naturaleza es distinta. Los alimentos tienen carácter asistencial y la pensión compensatoria su finalidad es retributiva. (...)

(...) la pensión compensatoria queda firme mientras no se configure una causal que habilite al Juez(a) para decretar su extinción por las causas señaladas en el Art. 113 incisos 3° y 4°.. Es decir, *a posteriori* únicamente por las circunstancias ya citadas, procede declarar su extinción, situación diferente a la modificación propiamente dicha; es decir, la extinción puede ocurrir por causas sobrevinientes ajenas a la voluntad del ex – cónyuge acreedor. (...)

Doctrinariamente se sostienen diferentes posturas respecto de la modificación de la pensión, ya sea en cuanto a su disminución o incremento. Para algunos en ningún caso puede modificarse y para otros sólo excepcionalmente y en eventos de especial gravedad, habrá lugar a su revisión. (...)

Cabe en este punto, mencionar analógicamente a la modificación de los alimentos, el adagio latino *rebus sic stantibus* en virtud del cual, las obligaciones adquiridas subsisten **mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación,** lo que debe ser tomado en cuenta para la modificación solicitada. Tal máxima es conocida también como teoría de la imprevisión, es decir que las partes entienden valedero el contrato en cuanto subsistan las condiciones económicas bajo cuyo imperio se pactó. (...)

En este punto, estimamos procedente la disminución **únicamente en casos extremos y excepcionales**, es decir, si se establecen circunstancias de suma gravedad para uno de los ex- cónyuges, en este caso del deudor, quedando a discrecionalidad del juzgador la calificación de esos casos, en los que se vea disminuida ***ostensible o drásticamente*** su capacidad económica que haga imposible el cumplimiento de la obligación en los términos y condiciones fijados, en este caso voluntariamente.

Es decir, la **disminución** de la **pensión compensatoria**, procede si se comprueba en el proceso el acaecimiento de **hechos posteriores** a la sentencia primigenia que demuestren **la variación sustancial de las condiciones y circunstancias que se tuvieron en cuenta para dictar la sentencia que se pretende modificar**, o la variación sustancial de las situaciones que dieron origen a que se determinara el acuerdo de la pensión en la forma establecida.

Debe valorarse si en efecto se ha producido una **mengua sustancial de la capacidad económica** del deudor señor ***, en relación con la que tenía al momento de acordar el quantum de la pensión y por ende determinar si tiene derecho a liberarse de la obligación, o a que se le disminuya la establecida en la sentencia.

Estimamos que, el vedar la disminución de la pensión, se traduciría en una limitación injustificada al derecho del deudor de solicitarla cuando las circunstancias lo exigen por haber disminuido su patrimonio, máxime en este caso en el cual se ha fijado de forma indeterminada, pudiendo afectar gravemente su situación económica, es por ello que consideramos pertinente conocer si procede la disminución del quantum de la pensión compensatoria. (...)

Será procedente decretar la disminución del *quantum* de la pensión compensatoria, cuando en la valoración de la prueba se determine que ha existido una disminución ostensible y drástica en la capacidad económica del deudor, y además que esta afectación le impida el cumplimiento de la obligación impuesta. Con los elementos probatorios que constan en autos, tenemos que si bien ha existido una variación en las condiciones económicas del señor ***, ésta no ha sido ostensible o significativa considerando que los ingresos que aún percibe, son suficientes para solventar sus obligaciones y el pago de la pensión compensatoria a favor de la señora *** acordada en el proceso de divorcio. En ese sentido, consideramos errada la afirmación de la a quo, cuando expresa que debe deshacerse el acuerdo en el quantum de la pensión por medio de otro acuerdo, pues a nuestro juicio para modificar dicho *quantum* debe probarse que efectivamente la capacidad económica del obligado se ha visto disminuida **considerablemente** en relación con la que se tenía al momento de decretarse el fallo primigenio o lograrse el acuerdo y que tal disminución ocasiona insolvencia en el pago de la cantidad decretada en concepto de pensión compensatoria, lo cual

no ocurre en la especie, (...)

En conclusión, no se ha comprobado que los ingresos del señor *** se hayan visto disminuidos significativamente a consecuencia de algún compromiso ulterior a la homologación del acuerdo en el que asumió la obligación de pagar la pensión de que se trata, como para colocarlo en una especial circunstancia bajo la cual se encuentre impedido de cubrir el monto de la pensión a favor de la señora ***.

(Cam.Fam. S.S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005)

3.4.1.7. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Sobre el argumento de que el traspaso del inmueble de la playa, se ha extinguido el derecho a la pensión compensatoria de la señora ***; consideramos - tal como lo sostiene la Procuradora de Familia adscrita al Tribunal a quo-, dicho supuesto no concurre en el sub lite, pues no encaja en el Art. 113 incs. 4º y 5º C. F, en virtud de que la hipótesis prevista en dichos preceptos se refiere al caso en que el deudor ofrezca un determinado bien para dar por satisfecha la pensión compensatoria previamente aceptado o decidido por el juez. Sobre lo cual la Corte Suprema de Justicia ha dicho que más bien se trata de la sustitución de obligaciones.

Debe acotarse que el art 113 C.F no contempla casos de modificación de pensión compensatoria, sólo menciona la extinción de ese derecho y es solamente bajo una interpretación doctrinaria que en derecho comparado se ha dado la posibilidad de su modificación.

(Cam.Fam. S.S., diecinueve de enero dos mil cinco. Ref. 119-A-2003)

Con lo expuesto concluimos que no puede un Juez de Familia avocarse al conocimiento de la extinción de una pensión compensatoria, cuando para ello le invocan hechos delictivos que no han sido previamente dilucidados en la instancia penal correspondiente, pudiendo incluso invocarse doble juzgamiento y sentencias contradictorias, dando lugar a una inseguridad jurídica, por tanto es procedente confirmar la interlocutoria impugnada por las razones antes mencionadas.

(Cam.Fam. S.S., veintitrés de agosto de dos mil cinco. Ref. 158-A-2005)

El legislador no hace diferencias sobre la forma en que se concedió la pensión para examinar la procedencia de su extinción, siendo indiferente que se haya constituido en un proceso contencioso o por acuerdo de las partes homologados judicialmente, para valorar el hecho que sirve de sustrato fáctico para pedir su extinción. En el caso en estudio, el hecho alegado es el nuevo matrimonio de la acreedora de la pensión. (...)

En cuanto a que el convenio entre las partes se considera ley entre ellas, y por esa razón un Juez(a) no puede avocarse a él, no es suficiente argumento, ya que si bien es cierto el acuerdo de las partes debe ser cumplido por los intervinientes, ello no obsta para que, tratándose de ciertos derechos y bajo determinadas circunstancias que hacen variar las condiciones en que el convenio se aprobó, el Juzgador pueda a petición de parte, -reexaminar- la resolución que aprobó dicho convenio, y pronunciarse sobre su modificación o extinción basado en esos nuevos hechos, que desde luego configuran un presupuesto jurídico que la ley ha previsto para la modificación o extinción de un derecho adquirido.(...)

Efectivamente, ese convenio así otorgado, a simple vista no afecta derechos, pues la pensión pudo seguir pagándose por toda la vida a la ex cónyuge, pero resulta que esta última contrajo nuevo matrimonio, surgiendo aquí un hecho que legalmente extingue el derecho a la pensión, pues ya no existe para el obligado la solidaridad familiar para con su excónyuge y sería el nuevo consorte el principal obligado a asistir a la demandante, siendo impropio que ésta siga vinculada a su ex cónyuge. Ese hecho (el nuevo matrimonio) opera como un presupuesto hipotético -previsto en la norma- que al ser comprobado en el proceso produce el efecto de extinguir la obligación (prestación) que contrajo el ex cónyuge ahora demandante.

(Cam. Fam. S.S. cuatro de octubre de dos mil cinco. Ref. 152-A-2005)

(...) que el cónyuge deudor no seguiría pagando la pensión a la cual ya no está obligado por haber contraído la peticionaria nuevo matrimonio. En ese sentido se trata de un proceso que en materia civil se conoce de mero derecho, pues sólo se trata de aplicar el derecho a los hechos preconstituidos documentalmente, siendo una sentencia

meramente declarativa, ya que por un lado se tiene por extinguida la pensión compensatoria reconociendo una situación sobreviniente – nuevo matrimonio no controvertido - contemplada por la ley como causa de extinción a fin de que ya no se exija el pago de ese derecho (Art. 110 L. Pr. F. y 514 C. Pr. C.). Por otro lado, dicho proveído se retrotrae en sus efectos hasta el momento en que la acreedora contrajo matrimonio (Art. 113 Inc. 4° C. F.)

Es así como el nuevo matrimonio de la demandante surtió sus efectos desde la celebración y ante terceros desde su inscripción. (...)

Acceder a que se continúe pagando la pensión en esas condiciones sería un exceso del derecho que corresponde a la señora ***, por cuanto aquella obligación de solidaridad familiar del ex cónyuge finaliza con el nuevo matrimonio, y en este caso la mencionada señora pretende ejercer un derecho que legalmente ya no le corresponde, desde que contrajo nuevo matrimonio. Por lo tanto es procedente decretar que la cesación del pago se ha retrotraído hasta el día veinticinco de mayo de dos mil por ser esa la fecha en que contrario matrimonio con el señor ***, según consta de la Certificación de Partida de Matrimonio agregada a Fs. 137, a menos que se pruebe que esos pagos fueron realizados voluntariamente, aún cuando conocía ese hecho, por cuanto no demandó en aquel momento su extinción.

(Cam. Fam. S. S., nueve de junio de dos mil seis. Ref. 2-IH-2006)

Es preciso acotar que la obligación que nace por el pago de la pensión compensatoria no es transmisible, ya que ésta se extingue por la muerte del acreedor o del deudor. Art. 113 inc. 4° C.F.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73-A-2004)

Para el caso, en lo que se refiere a la parte acreedora previo a la sentencia podría seguir cobrando la mora existente y la parte deudora no podría exonerarse de su pago sino hasta después de dictada la sentencia como ha ocurrido en autos; esto porque la extinción no opera de pleno derecho debiendo declararse previamente ese derecho para operativizarlo, lo que desde luego implica que una vez declarada judicialmente pueda perfectamente oponerla, excepcionándose del cobro que se le haga después de contraído el matrimonio, pues lógicamente si la obligación no fue pagada y ya existe una sentencia

que declaró extinguida la obligación por ese mismo hecho, no tendría porque pagarla y la sentencia surtirá sus efectos a partir del momento en que se reclama, puesto que se refieren a cuotas percibidas después de contraído el matrimonio; mismo que dio lugar a su extinción. Situación que no quedó explicada en la pretérita sentencia, pero por la estrecha vinculación con la resolución posterior cuya explicación se pide resulta ineludible traerlo a cuenta en este momento sin que ello implique su modificación como erróneamente menciona el recurrente. Esa declaratoria pudo eventualmente revertirse mediante un recurso de casación si hubiere hecho mérito.

En el *sub judice* el decir que la obligación se tiene por extinguida a partir de la notificación de la sentencia que la decreta, significa que es a partir de esa fecha que podrá utilizarse ese instrumento y que en la segunda resolución impugnada se explicaron los alcances o efectos de dicha sentencia en su real sentido. (...)

En la resolución proveída en el incidente 2 – IH – 2006 se mencionó que la señora *** no podía seguir reclamando el pago de la pensión, precisamente porque ya se había extinguido su derecho, es decir, ya no tenía título para ejercer esa acción, ya que los efectos de la sentencia se retrotraen a la fecha en que ésta contrajo matrimonio. Distinto sería si no se hubiese aún declarado la extinción de la obligación, pues como se ha expuesto la cesación no opera de pleno derecho sino que tiene que ser declarada judicialmente a petición de la parte interesada, tal y como ha sucedido en la especie ese cumplimiento de la sentencia en su real sentido no ha implicado en nada la modificación de la sentencia que declaró extinguido el pago de la pensión. En tal sentido se explica la resolución recurrida.

(Cam.Fam.S.S., veintisiete de julio de dos mil seis. Ref. 1-Explicación-2006) [10]

En cuanto a la **EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA,** a tenor de lo que dispone el Art. 113 C. F., el supuesto alegado en la demanda es el que prescribe que se extingue el derecho a la pensión cuando el alimentante – entiéndase el deudor o el obligado - entregue bienes al acreedor de la pensión. En dicho caso, tratadistas como José

10. *Esta sentencia se encuentra relacionada con la sentencia clasificada bajo la referencia 2-IH-2006, publicado en está misma sección.*

Manuel Marcos Cos, han sostenido que opera una suerte de sustitución, que pasa de estar constituida por una prestación periódica a serlo por la constitución de un derecho real. En tal caso, la pensión ya no existirá como tal, porque se ha realizado una prestación distinta que, lógicamente se considera de similar valor económico a la pensión. En este caso, se produce el efecto de quedar extinguida la pensión. Lo que procede solamente a petición del cónyuge acreedor hecha con posterioridad al establecimiento de una pensión, que por su naturaleza se trata de una prestación periódica. Sin perjuicio que por acuerdo interpartes se pueda establecer en el curso de un proceso de divorcio la forma de tal prestación económica.

Al analizar tal supuesto con relación a la finalidad perseguida, según el acuerdo logrado por las partes, inferimos que la intención de los señores *** y *** no fue precisamente extinguir la pensión compensatoria, pues tal como se especificó en el acta de audiencia de sentencia correspondiente, lo que se acordó fue la permuta de dos inmuebles en los cuales cada una de las partes era dueña del 50%, pero además, la conciliación comprendió el pago mensual de ocho mil colones (en concepto de pensión compensatoria) y si se hubiese considerado extinguida la pensión con la transferencia del inmueble, ya no procedía la fijación de una cantidad en concepto de pensión. Con mayor razón abona a esta valoración, el hecho que esta transferencia **no se realizó en beneficio exclusivo de una de las partes**, es decir, tal transacción no se realizó con una finalidad resarcitoria de la desmejora del nivel económico que la ruptura del vínculo matrimonial ocasionaba a la señora ***, sino que fueron transferencias mutuas de bienes que los señores *** y ***, poseían en proindivisión y que por conveniencia práctica resultaba mejor que la titularidad del dominio de los mismos estuviera en cabeza de uno sólo de ellos. Colegimos entonces que no es procedente la extinción de tal prestación, (...)

(...)Consideramos que aún y cuando la pensión fue acordada por las partes, procede su extinción si se establece cualquiera de las causas previstas para ello en los Arts. 113 y 114 C.F..

(Cam.Fam. S.S., uno de junio de dos mil siete. Ref. 145-A-2005) (El paréntesis nos pertenece)

3.4.1.8. BASES DE ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Sin embargo es procedente considerar lo relativo al incremento que sufre tal pensión –acordado en un cinco por ciento anual- mismo que estimamos que en el presente caso y por la cantidad (base) acordada como pensión, dicho incremento resulta bastante elevado, pues a raíz del mismo prácticamente se ha ido incrementando la pensión, lo que significa una fuerte erogación para el deudor, en este caso el señor ***. Que si bien es cierto cabe la posibilidad que en la fijación de la pensión -de acuerdo a la ley- se dispongan de bases de actualización (lo que podría implicar un incremento); consideramos que tal actualización no debe significar o convertirse en un incremento que resulte bastante oneroso y convierta la pensión en pocos años en una cantidad muy ostensible a favor del acreedor, que pueda resultar impagable en un momento dado, que indudablemente o muy probablemente haga mejorar sustancialmente el modo de vida del(la) acreedor(a), lo cual no es el objeto de la pensión compensatoria. En ese sentido las bases de actualización entendemos que -en general- deben ser acordes a las variaciones en los índices inflacionarios de precios al consumidor y en relación a los ingresos del deudor, a fin de mantener en el tiempo el valor de la pensión.

(Cam. Fam. S.S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 188-A-2003)

Respecto a determinar formas de actualización de la citada pensión, solicitado por la parte actora y que según su criterio debió ser declarado oficiosamente por la a quo, se ha sostenido doctrinariamente que ello pretende proteger al cónyuge acreedor de los efectos de la inflación monetaria; sin embargo también se ha hecho notar que la aplicación absoluta de esta medida puede romper el equilibrio entre las prestaciones de las partes; por lo que ha de atenderse no sólo a garantizar el derecho del acreedor frente a los cambios de los costos de la vida, sino también que la obligación no se haga excesivamente onerosa para el obligado cuando el incremento del costo de la vida no corresponda al incremento de sus ingresos. (...)

A criterio de este Tribunal establecer oficiosamente –como bien lo señala el apelante- una base que actualice la pensión compensatoria,

en especial cuando la forma de pago se fija a través de rentas periódicas y no bajo el sistema de capitalización, con el objeto de que el beneficiario no resulte afectado ante el incremento del costo de la vida o devaluación de la moneda, con ello a la vez se evita en lo sucesivo el inicio de juicios de modificación de la sentencia. Para que las bases de actualización respondan a su fin, es preciso establecerlas de acuerdo a los índices oficiales de precios al consumidor, que de forma trimestral y acumulativa prevé el Ministerio de Economía.

No obstante hacerlo de esta manera implica dejarla de forma indeterminada, pues no existen parámetros incontrovertibles sobre el incremento del costo de la vida ni devaluación oficial de la moneda, volviéndose más dificultoso establecer ese incremento, pues así dicho queda de forma indefinida, siendo a criterio de este Tribunal la cantidad fijada la que deberá pagarse, con más razón cuando la modificación de la pensión compensatoria opera muy excepcionalmente.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 186-A-2005)

3.4.2. PENSIÓN ALIMENTICIA ESPECIAL.

La incapacidad es aquella que judicialmente se ha declarado, bajo ciertos supuestos y sobre la base del Art. 293 C. F., el cual señala las causas de incapacidad: 1) La enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos, y 2) La sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable. Entonces previo a decir que una persona es incapaz debe solicitarse la declaratoria de incapacidad para que puedan ejercerse todos los derechos que le corresponden como tal, para el caso la solicitud de la pensión alimenticia especial.

La pensión alimenticia especial, por su lado tiene un carácter asistencial en tanto que procede cuando exista por parte de uno de los cónyuges una situación que no le permita estar en condición física o mental óptima para poder desenvolverse en el mundo laboral o cuando necesite recibir atención especializada debido al padecimiento de alguna incapacidad o minusvalía –previamente certificada-, hoy llamada "capacidades especiales" y certificada por las autoridades médicas correspondientes, demostrando que esa condición le genera un estado de minusvalía, por lo que se hace necesario recibir la pensión alimenticia especial.(...)

Por otra parte, en el sub lite, partimos de la consideración que aunque se pidió la pensión alimenticia especial, a lo largo del proceso no se aportaron los elementos suficientes para establecer que la Sra *** se encuentra dentro de las categorías establecidas en la ley para la concesión de ese derecho, pues aunque se dijo que padecía de algunas enfermedades como hipertensión arterial, glaucoma e Isquemia moderada de miembros inferiores, lo que no se consideran padecimientos que encajen propiamente –como ya se dijo- dentro de una incapacidad o minusvalía, pues son enfermedades que no impiden el desplazamiento de la persona y no limitan su ubicación en el tiempo y en el espacio, es decir, se manejan dentro de la normalidad, pues no se ha establecido que la demandante haya perdido, por ejemplo, la visión lo que consecuentemente se convertiría en una minusvalía.

(Cam. Fam. S. S. ocho de septiembre de dos mil cinco. Ref. 76-A-2005)

De acuerdo al documento base y exposición de motivos del Código de Familia, esa disposición (Art. 107 C.F., referido a la pensión alimenticia especial) contiene un profundo sentido humano, puesto que el legislador no quiere que el cónyuge que padece de tales limitaciones o impedimentos quede desamparado(a) en el momento que más necesita la asistencia de su consorte.

Los términos "discapacidades" y "minusvalía" fueron tomados por el documento en mención, de la versión castellana de la "clasificación internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías" y de su respectivo manual, elaborados por la Organización Mundial de la Salud, y señala que las discapacidades reflejan las consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo; las discapacidades representan, por tanto, trastornos a nivel de la persona, minusvalías, hacen referencias a las desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiencias y discapacidades, así pues, las minusvalías reflejan una interacción y adaptación del individuo del entorno. El término incapacidad se refiere a la persona que judicialmente ha sido declarada como tal, por los casos establecidos en la ley. Art. 293 C. F.. (...)

Llama la atención que en el considerando II de dicha sentencia se estableció que la Sra. *** adolece de Hipertensión Arterial OMS, Angina de Pecho inestable, Cardiopatía Arterosclerótica, Osteocondritis y Reflujo Gastroesofágico y que para tal efecto se le ha indicado tratamiento farmacológico permanente.

Esta situación coincide prácticamente con el estado de salud actual de la Sra. ***, ya que en el año dos mil cinco todavía permanecía bajo el tratamiento cardiológico e incluso presentaba problemas de gastroenterología. (...)

Se estableció en el proceso que la Sra. ***padece de un quebrantado estado de salud, ya que desde el año dos mil uno se encuentra en tratamiento médico y tuvo que acudir al Órgano Judicial para tener acceso al Instituto Salvadoreño del Seguro Social como beneficiaria de su esposo y para lograr que se le impusiera a su cónyuge el pago de una cuota alimenticia a su favor, sin embargo no existe en el sub lite prueba que acredite que la Sra. *** esté incapacitada para trabajar o padezca de una minusvalía, ya que el hecho que esté sometida a tratamiento farmacológico permanente por problemas cardíacos, no refleja que sea incapaz de realizar trabajo alguno, ya que –como es sabido- son muchas las personas con afecciones cardíacas bajo control médico, que se desempeñan en el mundo laboral, por lo que la situación reflejada con la prueba aportada por la Sra. *** en el sub lite, no se adecua a los supuestos del Art. 107 C. F. para otorgar Pensión Alimenticia Especial.

(Cam. Fam. S. S., treinta de noviembre de dos mil seis. Ref. 38-A-2006) (El primer paréntesis nos pertenece)

(...) la pensión alimenticia especial, es una especie de carga alimentaria, cuya especialidad radica justamente en proporcionar el beneficio de alimentos a ex cónyuges, en el mismo proceso de divorcio y cuando se reúnen las circunstancias especiales ya mencionadas, de tal suerte que de no cumplirse dichos requisitos los ex cónyuges no pueden reclamarse entre si "pensión alimenticia especial."

Por regla general la disolución del vínculo matrimonial implica la extinción del deber de solidaridad y asistencia entre los cónyuges,

de tal suerte que en los casos de pensión alimenticia especial, lo que ocurre es una prolongación del cumplimiento de ciertos derechos y deberes matrimoniales, derivados de la situación apremiante de uno de los cónyuges que se ve impedido de trabajar por adolecer de una discapacidad o minusvalía, o por haber sido declarado incapaz, y siendo que no puede proveerse por si mismo los recursos necesarios para la satisfacción de sus necesidades se requiere además que no tenga medios suficientes de subsistencia, sólo cuando se reúnen esos supuestos la ley habilita a que en el proceso de divorcio se solicite pensión alimenticia especial.

(Cam. Fam. S. S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 92-A-2007)

3.4.2.1. DIFERENCIA DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA ESPECIAL Y ALIMENTOS.

En primer lugar debemos aclarar que la denominación utilizada por la *a quo* en su sentencia –pensión alimenticia especial- para establecer alimentos a favor de la mencionada joven, es incorrecta, por cuanto la pensión alimenticia especial, es una especie de alimentos reservados al ex cónyuge que no participó en los motivos que originaron el divorcio y que además adolece de alguna discapacidad o minusvalía que le impiden trabajar o hubiese sido declarado incapaz y no tuviere medios de subsistencia, de tal suerte que los alimentos a favor de los hijos sean estos menores o mayores de edad, se rigen por las reglas consignadas en los alimentos propiamente dichos Art. 247 C.F. y siguientes, en este último caso consecuentemente no se debe de probar discapacidad o minusvalía, sino los requisitos previstos para el caso de alimentos –necesidad, capacidad y proporcionalidad-, sin embargo esta Cámara interpreta que la pensión alimenticia establecida a favor de la joven ***, es de carácter alimenticia y no una pensión alimenticia especial.

(Cam. Fam. S. S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 92-A-2007)

3.4.3. DAÑO MORAL.

(...) No obstante que en el Código de Familia no existe norma expresa que regule el reclamo por daño moral en el caso de divorcio,

como lo hay específicamente para los casos de nulidad de matrimonio, declaratoria de paternidad y procesos de protección de menores.

Al margen de que la reclamación de esta pretensión –acumulada a la de divorcio- ha dado lugar a posiciones encontradas, tanto en la doctrinaria de los expositores del derecho, como en la jurisprudencia, esta Cámara considera, como ya se ha sostenido en pretéritas sentencias, que procede la reclamación de tal indemnización en el proceso de divorcio, como una acción conexa, con base en la disposición constitucional mencionada, en coherencia con la legislación internacional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también como en disposiciones de la ley secundaria común como nuestro Código Civil, cuando regula el daño en general.

(...) De ahí entonces que en los casos de divorcio donde se hayan producido conductas dañosas de un cónyuge para con el otro, es procedente dicha indemnización por los daños ocasionados por éste. En otros términos da lugar a la reclamación del derecho violentado a través de una indemnización con la cual se pretende resarcir o compensar el daño sufrido.(...)

Es comprensible que la Sra. *** se sienta afectada en sus sentimientos, ilusiones y tranquilidad anímica provocado por la violencia recibida, ya que las expectativas del matrimonio no pudieron cumplirse, de ahí que debe analizarse el reclamo o establecimiento del daño moral.

(Cam.Fam. S.S. veintitrés de junio de dos mil cinco. Ref. 104-A-2004) [11]

Refiriéndonos al daño moral hablamos de aquella afectación extra-económica o extra-patrimonial que sufre una persona en sus emociones y más íntimos sentimientos por el actuar de otra y cuya prueba es de difícil obtención, por lo general ese daño queda establecido a partir del hecho antijurídico que lo genera, en este caso la violencia de la que fue objeto la Sra. *** en su matrimonio, la falta de apoyo y de protección de su esposo durante el embarazo, teniendo que recurrir

11. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA VIDA INTOLERABLE, numeral 3.3.2; DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN UN PROCESO DE DIVORCIO, numeral 3.4.3.1 y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA, numeral 9.4 todos de la parte sustantiva de esta publicación.*

la demandante a sus progenitores, quienes incluso cubrieron esos gastos médicos y finalmente la enfermedad de transmisión sexual de la que fue contagiada la Sra. ***, específicamente el virus del Papiloma Humano y sus posteriores consecuencias, es decir que la demandante, debido a la ausencia y conductas de su cónyuge como la falta de respeto e irresponsabilidades se refugió en la casa de sus padres, pero sobre todo el dolor y sufrimiento que le causó el padecer una enfermedad que fácilmente pudo terminar con su vida, constando en autos que quien evidentemente la padecía desde algún tiempo era su cónyuge. Que por encontrarse casada con el demandado se presume la exclusividad de las relaciones sexuales con éste, no habiéndose establecido que previo, durante, ni después del matrimonio hubiese sostenido relaciones sexuales con una tercera persona que pudiera contagiarla con tan grave enfermedad, de donde se infiere que quien la contagió fue su cónyuge.

(Cam. Fam. S. S., quince de febrero de dos mil seis. Ref. 187-A-2005) 12

En el sub lite se invocó el divorcio por la causal de intolerabilidad de la vida en común de los cónyuges, en la demanda se hizo una amplia narración de los hechos que motivaban dicha pretensión; asimismo en el romano VII se solicitó la indemnización por daño moral, aduciendo que la conducta del demandado había ocasionado un daño irreparable a la ***; se fundó en las mismas conductas alegadas respecto del divorcio; en ese sentido esta Cámara entiende que la indemnización por daño moral es una consecuencia de los hechos que motivan el divorcio, pero no cualquier hecho que propicie el divorcio (como la misma apelante lo reitera en sus peticiones) por la causal tercera, sino aquellos graves que impliquen la afectación en la esfera íntima de la persona, un daño en los sentimientos, en ese sentido hemos comprendido que no cualquier irrespeto a los deberes del matrimonio implica per se la imposición de una indemnización; es preciso que los hechos reúnan componentes de gravedad que afecten los sentimientos del reclamante.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73-A-2004)

12. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado GASTOS DE FAMILIA, numeral 1.4.1 de la parte sustantiva y en DAÑO MORAL numeral 3.4.3 de la parte sustantiva de esta publicación.*

(...) no es aceptable el criterio de la a quo al establecer una relación directa entre el daño moral y la capacidad económica del responsable para su fijación; pues lo que prioritariamente debe considerarse es la existencia del daño ocasionado para imponer la indemnización que corresponda según las circunstancias del caso.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Del voto discordante de la Licda. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ *Ref.73 - A - 2004)*

Nuestro Código de Familia, recoge el daño moral en asuntos familiares en diferentes situaciones y no solo en dos, como afirma la impetrante. Así tenemos que la indemnización por daños de carácter moral se encuentra establecida en los siguientes Arts.: 97 para la nulidad del matrimonio, 122 en casos de unión no matrimonial, 150 para la declaratoria judicial de paternidad y el caso contemplado en el Art.144 L. Pr. F que se refiere al contenido de la sentencia que involucra, a menores, incapaces y adultos mayores.

Sin embargo, al margen de que el reclamo de este derecho ha dado lugar a posiciones encontradas tanto en la doctrina de los expositores del derecho, como en la jurisprudencia, esta Cámara considera, como ya se ha sostenido en. casos precedentes que el reclamo de tal indemnización procede en el proceso de divorcio, como una pretensión accesoria con base en la mencionada disposición constitucional, en concordancia con los tratados suscritos y ratificados por nuestro país, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia, contra la, mujer, como también en disposiciones de la ley secundaria común, tal es el caso del Código Civil cuando regula el daño en general.

Se ha dicho también que por medio de la figura del daño moral se trata de definir el menoscabo que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, ya sea por acción u omisión dolosa. De ahí que en los casos de divorcio, donde se hayan producido conductas sumamente dañosas de un cónyuge para con el otro, es procedente fijar dicha indemnización por los daños ocasionados, generalmente por el motivo de intolerabilidad de vida, aunque eventualmente puede presentarse en los casos de separación de los

cónyuges durante más de un año, cuando le anteceden circunstancias igualmente gravosas para una de las partes; es decir no se trata de cualquier circunstancia sino de situaciones que hayan afectado gravemente la dimensión espiritual y moral del cónyuge.(...)

(Cam. Fam. S. S., doce de diciembre de dos mil siete. Ref.: 79-A-2007).

3.4.3.1. DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN UN PROCESO DE DIVORCIO.

Cuando se refiere que el padre ha desprotegido a su hijo y no le ha proporcionado ayuda alimenticia, estamos ante conductas propias de un padre irresponsable, pero estos comportamientos, a la fecha no constituyen un motivo que de lugar a reclamar una indemnización por daño moral, sino a una restricción en las relaciones y trato y al cumplimiento coercitivo de la obligación alimenticia, ya que casi todo lo que el menor ha necesitado le ha sido suministrado por la madre; no obstante también se ha dado una desprotección al hijo en el ámbito moral y espiritual, colocándolo o exponiéndolo a situaciones estresantes al presenciar los episodios de violencia realizados por su progenitor, lo que aunado a la limitación de trato paterno filial por parte de la madre, ha repercutido en un comportamiento de rechazo hacia el padre por el daño causado a la madre, situación que él ha vivido.

Por otra parte, la lesión a los sentimientos de la madre han producido un resentimiento hacia el cónyuge que no debe ser trasladado al niño, pese a ser un hecho reprochable, por cuanto con ello se estará afectando más de lo que ya está su personalidad en formación, en los aspectos biológico, psicológico y social. Tan es así que actualmente el niño necesita terapia psicológica para mejorar las relaciones interpersonales con su progenitor; las que se refiere no han sido sólidas ni se ha cimentado la afectividad. Esta situación amerita una indemnización, la que aún y cuando no se puede cuantificar por la misma naturaleza de la afectación, queda librada al arbitrio del juzgador, estableciéndola en

este caso en la suma de QUINIENTOS DÓLARES.

(Cam.Fam. S.S. veintitrés de junio de dos mil cinco. Ref. 104-A-2004) [13].

3.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

A manera de excepción, dentro de las formas de protección a la vivienda familiar antes mencionadas, en el Art. 46 C. F., la única forma que la ley faculta al Juez(a) para decretarla de oficio es cuando se concede como medida cautelar, esto de acuerdo al Art. 124 lit. a) L. Pr. F, para asegurar las necesidades más urgentes de las personas involucradas, para lo cual no importa que el inmueble se encuentre arrendado, en comodato o gravado, ya que no se refiere a la constitución o protección de la vivienda familiar, sino al simple uso de la misma. Art. 111 C. F..

En el caso planteado, la Jueza a quo -sin requerimiento de parte- concedió el uso de la vivienda familiar prácticamente en forma definitiva.

Como se dijo anteriormente, lo expuesto es sin perjuicio de que pueda decretarse el simple uso de la vivienda familiar contemplada en el Art. 111 C. F., bajo la modalidad de una medida cautelar en relación al Art. 124 L. Pr. F., siempre que fuere procedente, ya que por la naturaleza de las mismas y por su carácter de urgencia constituye un caso en que excepcionalmente puede decretarse de oficio no obstante la existencia del gravamen.

En relación a este caso, es de aclarar, que no obstante en el expediente no se encuentra la escritura de compra venta de dicho inmueble en el que conste que se encuentra gravada y que fue adquirida en forma mancomunada, sino que se refiere a ello únicamente en el informe social a fs. ... y ...; situación que no fue contradicha y tomando en cuenta que el demandante solicitó que parte de la cuota alimenticia fuera destinada al pago de la vivienda donde actualmente habita la demandada y su hijo, en el entendido que dicha vivienda aún no está totalmente cancelada, es procedente confirmar el uso a la Sra.

13. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA VIDA INTOLERABLE, numeral 3.3.2 DAÑO MORAL, publicado en el numeral 3.4.3 y en RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA, numeral 9.4, todos de la parte sustantiva de esta publicación.*

*** como medida cautelar hasta que el hijo adquiera la mayoría de edad. Dicha medida y su urgencia se justifican, como ha ocurrido en la praxis judicial, porque servirá de vivienda al cónyuge y los hijos menores de edad confiados a su cuidado.

(Cam. Fam. S. S. dieciocho de marzo de dos mil cinco. Ref. 106-A-2004)

En el punto concerniente a que la cuota alimenticia se debe desde la interposición de la demanda, cabe considerar que en la contestación de la demanda a fs. ..., se pidió que la cuota alimenticia fuera cancelada desde su incumplimiento (es decir desde que el demandante dejó de aportarla) y no desde la contestación de la demanda, sin embargo, al hacer una interpretación en sentido estricto del Art. 253 C. F., entendemos que su pago efectivo se solicita desde la contestación de la demanda de alimentos; en este caso por tratarse de un proceso de divorcio, se deberán desde la demanda, siempre y cuando se hayan solicitado como una pretensión acumulada a la de divorcio o en la contestación de la demanda como una pretensión concreta de la parte demandada y no en razón o como efecto de la misma contestación de la demanda de divorcio.

(Cam. Fam. S. S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 204-A-2004)

En cuanto a la protección y uso de la vivienda, se debe tener presente que aparece regulado en los Art. 106 y 111 inciso 3° C.F. en los que se regulan situaciones fácticas que se relacionan, pero que son diferentes. El primer precepto regula la constitución de la vivienda familiar, sobre un inmueble para su protección, cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, en ese sentido se requiere que el inmueble sobre el cual se constituye tal protección – ya sea judicial o extrajudicialmente – sea del dominio de cualquiera de los cónyuges o de ambos y debe estar libre de gravámenes y sin proindivisión con terceros. El segundo artículo, hace referencia a la asignación del simple uso de la vivienda, para lo cual basta establecer que el inmueble ha sido utilizado como vivienda familiar, pudiendo en este caso incluso pertenecer a un tercero como en los casos de arrendamiento, entre otros; y generalmente opera como una medida de protección,

consecuentemente, con una duración prudencial, justificando su prolongación en el caso de que exista menores de edad. Así entonces el Art. 111 inc. 3° C.F. le da potestad al Juez de asignar a quien de los cónyuges (divorciados) quedará el uso de la vivienda. Es de agregar, finalmente que la autorización judicial del uso provisional de la vivienda también se comprende dentro de las medidas cautelares, incluidas en el Art. 124 L.Pr.F.. (...)

(...) deberá preferirse al otorgarse el uso de la vivienda, al cónyuge que más necesite de protección. En consecuencia estimamos que no es procedente excluirla (a la demandada) tal y como lo solicita el impetrante, pues definitivamente se verá en situación de desamparo, ya que su contribución al hogar ha sido el cuidado de la familia durante más de treinta años (...)

(Cam.Fam. S.S. uno de septiembre de dos mil cinco. Ref. 100-A-2004) (El último paréntesis es nuestro).

Para poder obtener la declaratoria del uso de la vivienda familiar, es necesario que la parte que lo solicita pruebe que efectivamente el inmueble del que se trata ha servido como vivienda familiar y que la propiedad sobre el mismo le corresponde a ambos o a uno de ellos.

Entonces, la mera residencia en el inmueble no genera por sí misma el derecho alegado, sino que también es necesario probar además de esta permanencia que el inmueble es propiedad de uno sólo de ellos o ambos, incluso puede estar arrendado o dada en comodato a favor también de uno o de ambos cónyuges.

(Cam.Fam. S.S. veintiocho de noviembre de dos mil cinco. Ref. 134-A-2004)

En cuanto al uso provisional de la vivienda familiar se tiene que para que este sea otorgado es necesario que la parte que lo solicite pruebe que efectivamente el inmueble del que se trata ha servido como vivienda familiar y que además permanece en él, salvo que eventualmente por situaciones de violencia, riesgo o con engaños haya tenido que salir del mismo, y que la propiedad le corresponda a ambos o a uno de los cónyuges.

De lo anterior se colige que no es suficiente para otorgar el uso provisional de la vivienda familiar el hecho de que el inmueble haya

servido efectivamente comovivienda familiar, sino que es necesario que al momento de solicitar el uso provisional del mismo, éste siga sirviendo como vivienda familiar para la parte que lo pide, constando en autos a (...) de la demanda y (...) de la contrademanda presentadas que tanto la señora *** como su menor hija residen actualmente de forma ilegal en los Estados Unidos de América, por lo tanto no se encuentran residiendo en el inmueble cuyo uso se solicita; que son los padres de la señora *** los que se encuentran habitando dicho inmueble, pero la ley no ha establecido que sea a favor de éstos que se otorgue el uso provisional de la vivienda familiar, pues este derecho corresponde a la familia formada por el señor *** y la señora ***. (...)

(Cam. Fam. S. S., treinta de enero de dos mil seis. Ref. 28-A-2005)

Así las cosas hemos sostenido, entre otras en la sentencia dictada en el incidente 32-A-05 que la protección de la vivienda familiar (verificada en forma extrajudicial o voluntaria) establece dos supuestos: 1) El consentimiento del cónyuge no propietario (aunque realmente se trata del asentimiento, porque quien puede disponer del bien únicamente es el cónyuge propietario, de tal suerte que el no propietario no puede emitir consentimiento alguno) para enajenar, constituir derechos reales o personales sobre el bien que sirve de habitación al grupo familiar. 2) La constitución del derecho de habitación (constitución de vivienda familiar) sobre un inmueble que sirva de asiento para la vivienda familiar.

La narración efectuada en la demanda es extremadamente breve y a partir de ella no podemos determinar, que la parte actora pretendiera que se protegiese el inmueble por la exigencia del Sr. ***, de querer disponer del inmueble, amén que no podría hacerlo unilateralmente porque el mismo ha sido adquirido en proindivisión con la cónyuge, de tal suerte que se necesitará del consentimiento de ambos cónyuges para enajenarlo o gravarlo en su totalidad; tampoco se advierte de la narración de los hechos que la demandante pretendiese la disposición del inmueble y que el demandado se opusiese injustificadamente, caso en el que aún cuando el bien ha sido adquirido en proindivisión podría requerirse la intervención judicial a fin de obtener autorización judicial para disponer del mismo como un todo. (...)

No se puede destinar más de un inmueble para habitación; con ello se garantiza que no exista un abuso o exceso en el ejercicio del derecho en relación a la eficacia de la resolución; en otras palabras lo que se pretende es que el inmueble que se destina sirva de habitación al grupo familiar (donde queden los hijos menores de edad); en ese sentido no se puede designar un inmueble a ese fin si quien lo pide reside en otro inmueble, pues no se puede autorizar la residencia en dos lugares diferentes. (...)

Actualmente la Sra *** y sus hijos residen en la vivienda referida y no en la que se pretende se declare como vivienda familiar; bajo esas circunstancia no procede declarar la protección y uso de la vivienda sobre el bien ubicado en ***, ya que no se comprobó que aquellos regresarán a habitar el mencionado inmueble, por lo que conferir la protección del bien en esas circunstancias excede los fines de la figura de protección de la vivienda familiar; por consiguiente procede revocar dicha declaratoria.

Tampoco podemos adecuar la pretensión y decir que se autoriza la disposición del bien y admitir que este se destine para arrendamiento y que el canon del mismo sirva para suplir las necesidades de los niños, ello significaría pronunciar una sentencia incongruente que afecta el derecho de defensa de la parte demandada, por no ser eso lo solicitado. No obstante cabe aclarar que el inmueble queda sujeto a las reglas civiles de la propiedad en proindivisión.

(Cam. Fam. S. S., veintinueve de marzo de dos mil seis. Ref. 196-A-2005)

Que por el hecho de que el negocio funciona en el referido inmueble y además genera ingresos para el pago de los gastos familiares y parte de las deudas, es que el Sr. *** reclama el derecho de uso sobre esa porción de dicho inmueble, alegando que no tiene relación con el resto del mismo, como se estableció en la inspección de fs. 176, pero es del caso que el referido inmueble es propiedad exclusiva de la Sra. ***, donde además como ya se dijo, reside la familia, cuya dinámica se encuentra afectada por los comportamientos del apelante, lo que precisamente motivó el divorcio por la causal de intolerabilidad de vida, lo que justifica que el a quo haya decidido la exclusión del inmueble por parte del apelante, otorgándole un plazo para ello, dado que ya no

le une ningún vínculo con la propietaria del inmueble, aún y cuando en el mismo se haya instalado dicho negocio, por cuanto la Sra. *** y sus hijos tienen derecho de habitarlo sin afectación alguna, esto es, que no habiéndose decretado el uso de la vivienda a favor del Sr. *** ni haberlo solicitado, tácitamente el inmueble seguirá fungiendo de hecho como vivienda familiar de la madre y sus hijos sin ninguna restricción, lo que faculta al juzgador a tomar las medidas pertinentes como son la desocupación de esa parte del inmueble por parte del demandado por ser éste indivisible y no mediar contrato escrito o verbal que legitime su uso por parte del impetrante, por cuanto la instalación de ese negocio en el referido lugar era en razón del vínculo matrimonial que unía al Sr. *** con la Sra. ***, propietaria del inmueble, por lo que no es necesario que se siga un proceso ante otro juez (a) de diferente materia para ordenar la exclusión del demandado del inmueble relacionado, tampoco es necesario que se haya decretado expresamente el uso de la vivienda familiar, pues siendo la casa propiedad de la Sra. *** y fungiendo de hecho como vivienda familiar antes y después de decretarse el divorcio, siendo la legítima propietaria, seguirá ejerciendo sus derechos como tal, en tanto ella misma no disponga lo contrario.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de mayo de dos mil seis. Ref. 136-A-2005)

Por ello hemos interpretado que en el caso de uso de la vivienda familiar, este procede aún cuando el inmueble sobre el cual recae se encuentre gravado; sin perjuicio que si el tercero titular del derecho derivado del gravamen inscrito, pretende hacer valer su derecho será esta primera obligación la que tendrá prioridad, no obstante y tal como lo ha afirmado la apelante, la constitución del uso de vivienda, no basta para su eficaz ejercicio que la demanda se encuentre anotada preventivamente, por lo que procede se inscriba registralmente en el Registro respectivo el derecho de uso de la vivienda familiar y es que sólo de esta forma se asegura su eficaz cumplimiento, sobre todo en aquellos casos en que los inmuebles no se encuentren gravados y que posterior a la declaratoria se pretendan gravar; advertimos que en el caso de autos la inscripción surtirá efectos con respecto de los nuevos gravámenes que pesen en el inmueble con posterioridad a la inscripción del uso de la vivienda familiar y de la anotación preventiva de la

demanda.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73-A-2004)

En otras palabras, el divorcio le produce a la Sra. *** –a todas luces- un desequilibrio que ha implicado una desmejora sensible en su situación económica y en estos casos, lo procedente hubiese sido que su cónyuge le proporcionara una pensión compensatoria, lo cual no fue pedido por la demandada. Pero en el sub judice no puede aplicarse una pensión compensatoria porque lo solicitado expresamente en la contestación de la demanda y a la vez reconvención, fue una pensión alimenticia especial según el Art. 107 C. F. y no la pensión compensatoria prescrita en el Art. 113 del mismo cuerpo de ley.

(Cam. Fam. S. S., treinta de noviembre de dos mil seis. Ref. 38-A-2006)

Sobre la validez de la medida de uso de la vivienda familiar, en el caso que nos ocupa, cabe distinguir dos figuras respecto a ésta: 1) La constitución o protección ala vivienda familiar que deriva del Art.46 inciso segundo C.F. que desde luego lleva implícito el uso de la vivienda; y 2) Cuando el uso de la vivienda familiar propiamente dicho es decidido por el Juez como **una consecuencia de la sentencia de divorcio**. Art. 111 inciso 3° C.F. resultando aplicable al mutuo consentimiento Art. 108 C. F. y a la Unión no Matrimonial Art. 124 ordinal quinto C. F. Así como también como una medida cautelar previa a cualquier proceso o en diligencia de violencia intrafamiliar. Arts. 130 L. Pr. F. y 7 L. C. V. I..

El primero de los casos hace referencia a que la constitución de la vivienda familiar deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares departamentales, e inscritos en el correspondiente Registro. La constitución de este derecho, deberá hacerse, en consenso de ambos cónyuges o por declaración judicial cuando no exista acuerdo entre ellos.

En el caso del Art. 111 inciso tercero C. F., se confiere como un efecto de la sentencia cuando se hubiere constituido previamente ese derecho caso contrario se haya protegido o no como tal, se concederá

el uso de la vivienda como medida cautelar si se hubiere solicitado, esta medida en la praxis jurisprudencial se prolonga en el tiempo cuando hubieren hijos menores entre otros, salvo en casos de urgente necesidad que se podrá otorgar oficiosamente, lo que podrá concederse aún cuando el inmueble esté gravado con derechos de terceros, y por lo tanto, podrá inscribirse respetando siempre esos derechos.

(Cam. Fam. S. S., cinco de noviembre de dos mil siete. Ref. 38-A-2007)

4. UNIÓN NO MATRIMONIAL.

4.1. GENERALIDADES

(...) una de las circunstancias bajo las cuales se requiere la declaratoria de existencia de unión no matrimonial es la ruptura de la unión; en otras palabras el acto que pone fin a la relación de convivencia de las partes (...)

(Cam.Fam.S.S., veintitrés de noviembre de dos mil siete. Ref.: 203-A-2007).

4.2. REQUISITOS.

4.2.1. CAPACIDAD NUPCIAL.

A nuestro criterio es errada la apreciación del *a quo* que pretende exigir el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la unión, cuando aquella –según los hechos alegados en la demanda- ya no existía. Por tanto, el actual matrimonio del demandado no inhibe de conocer la existencia de la unión y los derechos y obligaciones que de su declaratoria derivan; ya que la unión que se pretende sea declarada fue previa a dicho acto (la ruptura); la interpretación contraria significa desconocer como bien lo afirma el apelante el sentido del Art. 123 C.F., que reconoce que la declaratoria se efectuará una vez que se rompa la convivencia, siempre que la petición se haga dentro del año posterior a dicho rompimiento, de tal suerte que corresponderá a la parte actora acreditar en la fase correspondiente, que la convivencia inició y finalizó en las fechas o épocas indicadas y que además reúne todos los requisitos previstos en el Art. 118 inc.1° C.F., por cuanto liminarmente no podemos advertir que la situación alegada por el *a quo* le inhiba para conocer sobre el fondo de la pretensión; en todo caso de comprobarse que procede la declaratoria de unión no matrimonial, ésta se delimitará a un período previo a la celebración del matrimonio, por cuanto así ha sido planteado en la demanda, enatención al principio de congruencia alegado por el mismo *a quo*, ya que la declaratoria no ha sido pedida con fecha posterior a la celebración del matrimonio del demandado.

En cuanto a los demás requisitos singularidad, continuidad, estabilidad y notoriedad, deberán ser objeto de prueba, ya que en el caso de autos no existía impedimento de ligamen durante el período que duro la unión, lo cual se advierte a prima facie de las partidas de nacimiento; la situación sería diferente si el matrimonio hubiese sido

previo al inicio de la unión, ya que en este caso estaríamos en presencia de una relación de infidelidad (adulterina), por cuanto al momento de iniciarse la unión en una de las partes existía prohibición legal para iniciar dicha unión, por estar el (la) conviviente ligado a vínculo matrimonial, supuesto en el cual si sería procedente la terminación anormal del proceso.

Vale aclarar que el supuesto en que se exige el cumplimiento de los requisitos de procedencia al momento de decretarse la unión, es en el caso de la declaratoria judicial de convivencia, que supone que la unión persiste al tiempo de promoción del proceso no existiendo causa de ruptura ni de fallecimiento de ninguno de los convivientes, requiriendo su declaración para el sólo efecto de ejercer un derecho, en consecuencia es lógico exigir el cumplimiento de los requisitos de procedencia durante la tramitación de la causa; en cambio en la declaratoria de existencia de unión no matrimonial, estamos frente al reconocimiento de un hecho pasado y por ende el cumplimiento de los requisitos se exige en el período en que se alega la unión y no posteriormente.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de noviembre de dos mil siete. Ref.: 203-A-2007).

4.2.2. COMUNIDAD DE VIDA.

De las certificaciones de las partidas de nacimiento de los menores se concluye que existió una relación sexo afectiva entre los señores *** y *** (ya fallecido), desde aproximadamente el mes de julio de mil novecientos noventa y dos, ya que el primero de sus hijos nació en el mes de abril de mil novecientos noventa y tres, es decir, nueve meses después de la fecha en que se dice inició la convivencia entre ambos; lo que no es suficiente para comprobar que en esa fecha comenzaron a vivir juntos de manera ininterrumpida, singular, estable y notoria, hasta el fallecimiento del pretendido conviviente, pues no necesariamente se procrean hijos dentro de una convivencia, con las características indicadas, esto es, una comunidad de vida.

(Cam. Fam. S. S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 9-A-2004)

(...) al establecerse que ambos progenitores convivieron como marido y mujer, en el mismo hogar y procrearon hijos, lo cual lleva

implícita la existencia de relaciones sexuales entre ellos, en el período de la concepción.

Contrariamente la simple existencia de relaciones sexuales no conlleva a una convivencia, pues un hombre y una mujer pueden sostener relaciones sexuales sin que convivan bajo un mismo techo, de donde la prueba en estos casos se establecerá a partir de ciertos actos o comportamientos que hagan inferir la existencia de la relación sexual, distinto es cuando la pareja convive bajo un mismo techo en concepto de marido y mujer, pues ello presupone la existencia de relaciones sexuales, de ahí la diferencia entre relación sexual y convivencia, pues son diferentes hechos los que han de probarse; aún y cuando la convivencia no reúna todas las características de la unión no matrimonial, como en este caso, por tratarse de un hombre casado. Art. 118 C. F..

(Cam. Fam. S. S. catorce de octubre de dos mil cinco. Ref. 37-A-2004)

También se considera que dentro de la unión se procrearon siete hijos, quienes a la fecha de la supuesta separación ya eran mayores de edad, siendo éste un factor que refuerza la veracidad de los hechos alegados, en cuanto a la comunidad de vida de la pareja ***.

Es de observar que el causante a la fecha de su defunción no había desafiliado a la señora *** o *** como beneficiaria de la pensión que tenía en el Instituto Nacional de los Empleados Públicos -INPEP-. Actitud que ha de verse también como una intención del de cujus de no dar por terminada su unión con la mencionada señora. Reforzando con ello la conclusión de que aún con los alejamientos que el señor *** tuvo cada vez que se iba a San Pedro Masahuat, no lo hacía con la intención de dar por terminada su relación de compañera de vida con la peticionaria.

(Cam. Fam. S. S., diecisiete de marzo de dos mil seis. Ref. 4-A-2006)

Sin embargo para este Tribunal, la comunidad de vida, no solamente se acreditará con la adquisición de un patrimonio común, sino como bien lo ha afirmado la sala a través del afecto de los convivientes propio de una relación con apariencia de matrimonio mediante la atención y cuidado personal; situación que fue acreditada

por los testigos y fuentes colaterales en el informe social, quienes aseveraron que las partes vivían como una pareja.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de mayo de dos mil seis. Ref.247-A-2005)

4.2.3. SINGULARIDAD. CASO ESPECIAL DE RELACIONES ALTERNAS.

Respecto al punto de la fidelidad (singularidad), se afirmó por parte de los testigos desconocer sí el demandado poseía otra unión o relación simultánea con la pretendida en el sub lite; sin embargo dicha situación no fue acredita; en todo caso este Tribunal en precedentes anteriores ha sostenido que la existencia de relaciones esporádicas con terceras personas no afecta la singularidad de la unión (como expresa el apelante); en tanto existe un fuerte patrón cultural que acepta ese tipo de comportamientos, en ese sentido de admitir que se vulnera la singularidad implicaría volver inoperante en la mayoría de los casos la institución de la unión no matrimonial; sin embargo recalcamos que las infidelidades que se han llegado a tolerar son aquellas relaciones pasajeras que de ninguna manera implican la existencia de una unión no matrimonial o convivencia paralela, pues como se ha sostenido ello también ocurre en el matrimonio.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de mayo de dos mil seis. Ref.247-A-2005)

En casos como el sub lite se denota un patrón de conducta en el causante muy arraigado en nuestra sociedad, en el sentido que el señor *** no mantuvo una relación seria y responsable con las mujeres con quienes se relacionó, afectivamente tomándose en nuestro medio como una conducta culturalmente aceptable, siendo pertinente señalar que el objetivo de la figura jurídica de la unión no matrimonial no es otorgar derechos indistintamente a todas aquellas personas que comparten una relación más o menos estable y sin más requisitos que la convivencia misma. De ahí que no es procedente decretar la unión no matrimonial a las parejas que mantengan una relación esporádica o inestable. Por el contrario, cabe aclarar que si bien es cierto algún requisito del Art. 118 C. F. ha sido flexibilizado en precedentes sentencias,

por ejemplo en cuanto a la singularidad que se acota en el presente cuando alguno de los convivientes hubiere mantenido alguna relación esporádica con otra persona durante la vigencia de la unión procediendo siempre decretar la unión no matrimonial, esto es tomando en consideración la realidad sobre aspectos culturales bajo los cuales difícilmente podría declararse una unión no matrimonial.

(Cam. Fam. S. S., cuatro de octubre de dos mil seis. Ref. 56-A-2006)

4.2.4. CONTINUIDAD, TEMPORALIDAD Y PERMANENCIA.

Tanto en la demanda como en la apelación presentada por el Lic. ***, éste expresamente reconoce que no se cumple con el requisito de los tres años de convivencia "libre de impedimentos para contraer matrimonio", pues tal como consta a fs. ..., el Sr *** contrajo matrimonio civil con la Sra ***, el cual fue disuelto por la sentencia de divorcio emitida a las ocho horas del día veinticuatro de junio de dos mil dos, quedando ejecutoriada el día trece de agosto de dos mil dos, fecha a partir de la cual ambos estaban habilitados para contraer nuevas nupcias.

Aunque se dijo que materialmente la pareja inició su convivencia en septiembre de mil novecientos sesenta y cinco, es hasta agosto de dos mil dos que desapareció el impedimento para contraer matrimonio y comienza a correr el plazo de tres años para efecto de la declaratoria de unión no matrimonial de las partes, pero como el Sr. *** falleció el día quince de marzo de dos mil cinco (según fs. ...), la convivencia con los requisitos de ley sólo fue de dos años siete meses, por lo que no se cumple con el tiempo exigido en el Art. 118 C. F., ya que faltaron cinco meses para cumplir con el requisito de temporalidad y permanencia que exige la ley (mínimo tres años).

En ese sentido, esta Cámara estima que cuando en las leyes se establecen plazos para el nacimiento, ejercicio o extinción de derechos, es con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica; tal es la hipótesis general prevista en el Art. 118 citado, cuyos casos de excepción tampoco encajan en el sub lite. Es por ello que a nuestro juicio la resolución impugnada está apegada a derecho, pues no se puede declarar la unión no matrimonial cuando ésta carece de alguno de los requisitos establecidos

para tal efecto.

Cabe aclarar que el precitado Art. 118 C. F., detalla en forma precisa las reglas para pedir la Declaratoria de Unión no Matrimonial. Esta disposición, como lo hemos dicho anteriormente, debe relacionarse con los Arts. 1, 32 y 33 in fine Cn., donde se establecen las normas constitucionales tanto del principio de seguridad jurídica como el de legalidad. Por esa razón podemos decir que una vez cumplidos los presupuestos contenidos en el Art. 118 C. F., existiría en la vida jurídica la posibilidad de interponer la pretensión derivada de la norma objetiva, es decir, el derecho subjetivo y es en virtud de ello que en este caso no sería dable acceder a una petición que contraríe la norma, como ocurre en el sub judice, donde liminarmente se advierte que no se cumple ni podrá cumplirse en ningún momento con uno de los requisitos esenciales para declarar judicialmente la unión no matrimonial, debiendo pronunciarse in limine sobre ello, a fin de evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional; pronunciando al final una sentencia inhibitoria.

Conclúyese entonces, que la seguridad jurídica debe estar íntimamente vinculada con el principio de legalidad, para que surta los efectos que persigue el apelante, por lo que en este caso no se trata de un supuesto no contemplado por la norma jurídica, sino que se trata de uno que la ley excluyó tácitamente por cuanto si el tiempo de tres años no se cumple, no podrá declararse la unión no matrimonial, más aún fue el mismo causante quien pudo haber definido con mucha antelación su situación familiar (contraer matrimonio con la demandante) y no lo hizo, siendo las consecuencias de su omisión la no procedencia de esta demanda.

(Cam. Fam. S.S. veintiocho de noviembre de dos mil cinco. Ref. 190-A-2005)

Para considerar lo anterior hemos valorado la significancia que tiene un nivel de alcoholismo como el aquí expuesto. Si bien es obligación de toda pareja asistirse en casos de necesidad, esa obligación no ha de verse de manera absoluta ante circunstancias como las expuestas. Para el caso, el derecho de la demandante a una vida libre de violencia en los ámbitos público y privado, a la tranquilidad emocional y psicológica, se encontraba amenazada por el alcoholismo del señor

***. La tendencia del alcohólico, aunque no lo haga de manera consciente, es causar sufrimientos y molestias y no podemos exigir que la señora *** tuviera que soportar esa situación para que hoy tenga el derecho a reclamar la Unión No Matrimonial con el señor ***, pues el hecho de que el alcohólico se aleje del hogar por su mismo problema, no afecta la continuidad de la unión no matrimonial, sobre todo cuando el enfermo alcohólico se ausenta de manera voluntaria. En el *sub lite* no consta que ese comportamiento obedeciera al ánimo de separarse de la familia como lo ha reconocido la Procuradora de Familia Adscrita al Tribunal en sus escritos de contestación de la alzada y en su alegato en la audiencia de sentencia.

(Cam. Fam. S. S., diecisiete de marzo de dos mil seis. Ref. 4-A-2006)

En conclusión, se ha comprobado en el sub lite, con la prueba testimonial aludida, que la relación del Sr. *** y la Sra. ***carecía del requisito de estabilidad y permanencia, por cuanto cada quien vivía en su casa; es decir, que si bien se comprobó que existió dicha convivencia, también debe acotarse que esta relación se interrumpió en los últimos cuatro años antes de la muerte del Sr. ***, por lo tanto no procede declarar la referida unión.

Ahora bien, el apelante menciona que los convivientes de mutuo acuerdo decidieron vivir separados para cuidar sus propiedades debido a la delincuencia, pero esto no fue comprobado, sólo fue mencionado por los testigos sin dar cuenta de como se enteraron de que era ese el motivo por el cual cada uno vivía en su casa y lo que consta es el hecho objetivo de la falta del requisito de temporalidad e ininterrupción de la convivencia por el período que manda la ley.

(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de abril de dos mil seis. Ref. 19-A-2005)

4.2.5. NOTORIEDAD.

La notoriedad de la relación está íntimamente vinculada a la permanencia y estabilidad de la misma, lo cual no ha quedado completamente demostrada en el transcurso del proceso, ni con la declaración de los testigos ni con el estudio de fs. 50/52 y su respectiva ampliación de

fs. 79/80, en el cual se dice que la señora *** no era reconocida como la conviviente del causante y aunque los testigos de la parte demandante manifestaron que los asistentes a los servicios fúnebres del causante le daban el pésame a la demandante, ello no es una situación que deje en claro el reconocimiento que se le hace a la Sra. *** como conviviente del Sr. ***, desde luego que si fue ella quien finalmente realizó los actos relativos al funeral y era con quien el causante íntimamente se relacionó, es lógico que fuera a ella a quien se le diera el pésame, aunque en la ampliación precitada, la trabajadora social, Licda. CAÑADA ARGUETA, realizó un detalle cronológico de las relaciones del Sr. ***, de la que se desprende que en el período de 1996 a 1997 el causante sostenía una relación marital con la Sra. *** y ***, con la primera convivió desde 1993 hasta el año 2002, posteriormente en el 2003 inicia una relación con la Sra. ***, quien según detalle de fs. 79 Vto. es quien lo cuidó durante su enfermedad hasta el fallecimiento, ocurrida el día veintisiete de septiembre de dos mil cuatro situación que aunque no se indagó, suficientemente quedó acreditada con la prueba testimonial aportada, por lo que no se logró establecer que la Sra. *** conviviera con el causante por más de tres años, consecutivos con las características propias de la unión no matrimonial, pues todos los testigos resultaron vacíos y contradictorios en este punto aún en relación a sus propios testimonios, no existiendo publicidad, notoriedad y singularidad en la relación advirtiéndose que lo que pudo existir en principio fue una relación esporádica, informal ya que a partir de dos mil tres se dio una relación mas cercana pues se mencionó por fuentes colaterales que el causante por mucho tiempo residió solo haciendo el mismo sus cosas (refiriéndose a cocinar, limpiar, etc.).

(Cam. Fam. S. S., cuatro de octubre de dos mil seis. Ref. 56-A-2006)

4.3. CADUCIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN DE UNIÓN NO MATRIMONIAL.

El Art. 1 incs. 1º y 2º de la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos, en lo pertinente, establece que éstos gozarán de asueto remunerado durante todos los sábados y domingos del año y que gozarán de licencia a título de vacaciones durante tres períodos en el año, uno de ellos es de ocho días durante

la Semana Santa.-

En el presente año, en el mes de marzo, el día 19 fue sábado, el 20 fue domingo (de Ramos), el 21 fue lunes (Santo) y así sucesivamente hasta llegar al día 28 que fue lunes (de Pascua), período en el cual están comprendidos para los Empleados Públicos dos días de asueto (sábado y domingo) y ocho días de licencia a título de vacaciones correspondientes a la Semana Santa, es decir que el Juzgado de Familia de Ahuachapán no atendió al público en el período comprendido entre el sábado 19 y el lunes 28 de marzo del año en curso, ambas fechas inclusive.-

De acuerdo con el Art. 125 inc. 1º F.: "La declaratoria de existencia de la unión no matrimonial, deberá pedirse dentro del año siguiente contado a partir de la fecha de la ruptura de la misma o del fallecimiento de uno de los convivientes, so pena de caducidad" (negrita y subrayado es nuestro), de donde resulta que, en el presente caso, el año de caducidad de la acción se cuenta a partir del 21 de marzo de 2004 y concluyó el 20 de marzo de 2005, que son los 365 días que señala el Art.46 inc. 2º del Código Civil, en adelante identificado sólo como "C:" y, como puede apreciarse, la fecha de conclusión del año de caducidad fue el domingo 20 de abril de 2005, día en que el Juzgado de Familia de Ahuachapán no atendía público por ser de "asueto remunerado" y los subsiguientes ocho días (lunes 21 a lunes 28 de marzo de 2005) tampoco atendió usuarios por ser un período de licencia a título de vacaciones, de modo que por vencerse el plazo legal de caducidad en día de fiesta legal, la acción podría iniciarse el siguiente día útil (Art. 1288 Pr.C.) o sea el martes 29 de abril de 2005 y precisamente en esa fecha, a las 15 horas 30 minutos, fue presentada la demanda al Tribunal.- De ello concluimos que fue presentada en tiempo y que no puede operar la caducidad de la acción contemplada en el Art. 125 F..- (...)

[b] (...) que todos los plazos establecidos en ambos cuerpos legales para la ejecución de cualesquiera actos por los jueces o las partes se computan con arreglo al Art. 46 C. (Art. 1288 Pr.C.);

[c] que todos los plazos de días, meses o años de que se hace mención en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo o de los Tribunales y Juzgados, se entiende que deben ser completos y correrán hasta la media noche del último día del plazo y que éste, si es de años,

podrán ser de 365 ó 366 días si aquéllos son o no bisiestos (Art. 46 incs. 1º y 2º C.);

[d] que cerradas las oficinas de los Juzgados y Tribunales a las horas que prescribe la ley ya no se reciben demandas (Art. 1297 Pr.C.); y

[e] que el despacho ordinario de las oficinas públicas es de lunes a viernes de cada semana, en una sola jornada comprendida entre las 08.00 y las 16.00 horas de cada día (8.00 A.M. a 4.00 P.M.), con una breve pausa de 40 minutos para tomar alimentos (Art. 84 inc. 1º de las Disposiciones Generales de Presupuestos).-

De lo anterior resulta que, en el presente caso, la señora *** tenía hasta las 16.00 horas (4 P.M.) del día martes veintinueve de marzo de 2005 para presentar su demanda con el objeto de iniciar el proceso de declaratoria judicial de existencia de la unión no matrimonial entre ella y el señor *** y habiéndola presentado por medio de su apoderado a las 15 horas 30 minutos (3.30 P:M) de ese día martes 29 de marzo de 2005, no había razón legal alguna para declararla improcedente basándose en el Art. 45 Pr.F., ya que no había caducado el plazo para iniciar su acción, motivo por el cual procede acceder en parte a las pretensiones de la parte recurrente, debiendo revocarse la sentencia interlocutoria que declaró la improcedencia de la demanda.-

(Cam. Fam. Occ., veintinueve de abril de dos mil cinco, Ref. 27/2005)

4.4. LEGITIMACIÓN PASIVA.

Cuando la declaratoria judicial de existencia de la unión no matrimonial se solicita en caso de fallecimiento de uno de los convivientes y si se desconoce quiénes son los herederos declarados que lo representen, debe manifestarse esa circunstancia en la demanda y en su admisión debe ordenarse su emplazamiento para que comparezcan a manifestar su defensa (Art. 126 inc. 2º Pr.F.).-

En vista de lo anterior, como primera providencia, antes de ordenar la admisión de la demanda, el juzgador debe solicitar a la honorable Corte Suprema de Justicia, mediante oficio a librar al Secretario General de ella, que le informe si se han promovido diligencias de aceptación de herencia o de su declaratoria de yacencia y si hubiere testamento otorgado por el de cujus (Art. 19 fracción 2ª de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras

Diligencias), pero al efecto deben proporcionarse al tribunal algunos datos esenciales que identifiquen claramente al causante, como son la fecha de su nacimiento si fuere posible y la de su defunción, los nombres de sus padres o el de su madre en su caso, el lugar de su último domicilio, su profesión u ocupación, la edad que tenía al momento de su deceso o si era conocido también con otro(s) nombre(s).-

(Cam. Fam. Occ., veintinueve de abril de dos mil cinco, Ref. 27/2005)

Que estima la Cámara, que caso subjudice, se circunscribe a cómo acreditar la legitimación pasiva de los herederos, si bastará con el establecer el parentesco, entre el causante y los herederos, con la respectivas partidas, ó sí se requiere ó no la aceptación de herencia ò la declaratoria de herederos ò de yacencia, en su caso; al respecto, se sostienen 2 criterios, uno, patrimonialista, en el cual la aceptación de herencia, es necesaria, art. 1163 C.C., y otro, familiarista, con el cual, basta acreditar el parentesco, del orden sucesoral inmediato, con las respectivas partidas, atendiendo a que el asunto es de carácter estrictamente familiar, y no de naturaleza patrimonial, con lo cual, se expedita la acción de la unión no matrimonial o de paternidad, en su caso, haciéndolas más eficaces, e interpretando las disposiciones del Código de Familia y de la Ley Procesal de Familia, en la forma que mejor garantice la eficacia de los Derechos establecidos en la Constitución de la República art. (32 in fine, y 33) y con el propósito de lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la Normativa Familiar, en armonía con los Principios Generales del Derecho Procesal (acceso eficaz a lajurisdicción); e inclusive, en el Código de Procedimientos Civiles (art. 1274) el demandado esta obligado a probar su personalidad, y aunque no la cumpla, no por eso dejara de admitírsele.

Que entre las características del Derecho de Familia, se encuentra, el predominio de las relaciones personales sobre las patrimoniales y la subordinación de éstas a aquellas; que los Derechos Familiares por ser de orden público, son: inalienables, instranmisibles, irrenunciables, imprescriptibles e inexpropiables (art. 5 C.F.) ¿ Que sucedería, sí el padre o el hijo, o los abuelos cedieran, en abstracto, su derecho de herencia a un particular (ajeno al grupo familiar), que como cesionario, aceptara herencia, y en el caso de una acción de paternidad o de unión no matrimonial, a quien se tendrá que demandar al cesionario o al cedente?

¿Van en la cesión los derechos familiares? La Cámara, es del criterio, que no; y se adhiere a la tesis de que basta acreditar el parentesco, sin necesidad de aceptación ni declaratoria de heredero.

(Cam. Fam. Ote., tres de febrero de dos mil seis. Ref. AP. 15 (30-01-06) SM-F2- 411- B (118) 2005/4)

El precitado artículo (refiriéndose al Art. 126 L.Pr.F.) expresa concretamente que en el caso de fallecimiento de uno de los convivientes, se desconociesen quienes son sus herederos, se mencionará esa circunstancia y se ordenará el emplazamiento por medio de edicto. No menciona la disposición que dichos herederos deben estar declarados como tales, tampoco hizo referencia al curador de la herencia yacente; por lo que a nuestro juicio, conociéndose quienes son los herederos preventivos[14] (probando esa calidad) del causante, se garantizaría más su derecho de audiencia, emplazándolos personalmente, aunque aún no hayan sido declarados herederos, solicitando siempre la información pertinente a la Corte Suprema de Justicia para conocer si ya se aceptó herencia o existe testamento, pero no se puede emplazar en abstracto y por edicto a dichos herederos, pues no se garantizará efectivamente su comparecencia a manifestar su defensa. (...)

En conclusión, estimamos que el Art. 126 inc. 2° L. Pr. F. debe ser interpretado a la luz de los principios rectores del proceso de familia, Arts. 8 y 9 C. F.; 1, 2, 3 letra b), 7 letras b), c), f), y 91 L. Pr. F., por lo tanto para iniciar el proceso de Declaratoria de Unión no Matrimonial no es imprescindible presentar la Declaratoria de Herederos, ni Declaratoria de Curadores de Herencia Yacente, sino que basta con presentar las certificaciones de las partidas de defunción y de nacimiento u otras necesarias para establecer quienes son los presuntos herederos, con lo cual se tiene por acreditados a los legítimos contradictores.

(Cam. Fam. S. S., dos de marzo de dos mil seis. Ref. 210-A-2005) (El primer paréntesis nos pertenece)

Relación: Cam. Fam. S. S., veinticuatro de mayo de dos mil seis. Ref. 219-A-2005

Esta disposición no reguló la situación en la cual al fallecer uno de los convivientes, ningún heredero presuntivo haya iniciado diligencias de aceptación de herencia o de declaratoria de herencia yacente, por

14. *Debió decir presuntivos.*

lo que no existe una persona que formalmente represente a la sucesión del causante o lo que es lo mismo no existen herederos declarados, pero menciona que puede procederse al emplazamiento por edicto (en abstracto), si no se tiene conocimiento de la existencia de herederos, en cuyo caso no se tiene certeza de quien tiene la administración y representación de la sucesión del de cujus, pues habrá ocasiones en que la única persona con derecho a la sucesión sea el (la)compañero (a) de vida del difunto (a). Asimismo la disposición mencionada no prohíbe que se inicien diligencias por desconocerse la existencia de herederos declarados. (...)

(...) a nuestro juicio no es necesario que haya sido previamente declarada como tal junto con otros litis consortes que eventualmente de conformidad al Art. 16 L. Pr. F., puedan comparecer al proceso. Lo anterior en razón que la compañera de vida en tanto no sea declarada la unión no puede aceptar la herencia, contrariamente a su hija quien tiene la calidad de heredera presuntiva llamada a la sucesión de su padre. (...)

En conclusión, estimamos que el Art. 126 inc. 2° L. Pr. F. debe ser interpretado a la luz de los principios rectores del proceso de familia, Arts. 8 y 9 C. F.; 1, 2, 3 letra b), 7 letras b), c), f) y 91 L. Pr. F., por lo tanto para iniciar el proceso de Declaratoria de Unión no Matrimonial no es necesario presentar la Declaratoria de Herederos, ni Declaratoria de Curador de Herencia Yacente, sino que basta con presentar las certificaciones de las partidas de defunción y de nacimiento u otras necesarias para establecer quienes son los presuntos herederos, con lo cual se tienen por acreditados los legítimos contradictores.

(Cam. Fam. S. S., veintinueve de marzo de dos mil seis. Ref. 211-A-2005)

Así las cosas en lo que a la ineptitud se refiere y tomando en cuenta que son varios los que intervienen como demandados, es preciso aclarar que en reiterada jurisprudencia esta Cámara ha sostenido que no siempre es necesario probar la legitimación pasiva con la declaratoria de herederos o de herencia yacente, pudiendo demostrar la calidad de heredero presunto (es decir aquellas personas llamadas a la sucesión ab intestato, de conformidad al Art. 988 C. C.), porque no siempre, al momento de iniciarse el proceso de unión no matrimonial por fallecimiento

de uno de los convivientes se habrá iniciado o concluido las diligencias de aceptación de herencia; se desconoce esa circunstancia como en el caso de autos, o no se sabe quienes son los herederos, es más, en la generalidad de casos de unión no matrimonial tal declaratoria se solicita precisamente con la finalidad de iniciar las citadas diligencias; es aceptable por ello que se tenga por parte al heredero presuntivo, lo cual se establece con la correspondiente certificación de partida de nacimiento donde se establece el parentesco, asegurando así la real intervención en el proceso de la parte a quien afectará la sentencia, además debe tomarse en cuenta la brevedad del término de caducidad que la ley determina para iniciar la acción Art. 125 C.F.

En el caso en concreto desde la demanda se manifestó la existencia de una cesión hereditaria, por lo que era ese el momento oportuno para hacer las prevenciones necesarias para determinar quienes serían los demandados, lo que no se realizó pudiendo evitarse un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional.

Es preciso reseñar que tal como lo afirmó la Procuradora de Familia, la solicitud de ineptitud de la demanda era extemporánea, ya que como lo señala el Art. 50 L.Pr.F., las excepciones deben ser alegadas al momento de contestarse la demanda, en ese sentido la petición de Fs. 115, es improcedente por haberle precluído a la parte demandada la oportunidad procesal para hacer valer dicha defensa. En todo caso no existe tal ineptitud por cuanto la madre del causante se mostró parte así como también el señor ***, bastando que se tenga un interés en el proceso, para intervenir en él, que en el caso de autos ese interés fue acreditado liminarmente con el informe de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y la misma parte demandada también refirió al señalar que existían otros interesados, sin manifestar a quienes se refería e incluso ofreció al señor ***, como testigo Fs. 26/27, de esa forma el escrito de interposición de la excepción no resulta más que una táctica dilatoria que pretende burlar los derechos de la parte demandante. Bajo los argumentos anteriores es desacertada la decisión de la a quo de anular el emplazamiento del señor ***, puesto que a nuestro criterio éste ya había intervenido en la calidad de interesado como cesionario de los derechos hereditarios que correspondan a la Sra. ***.

Tan es así que la a quo de forma oficiosa- llamó al proceso al señor ***, porque sin duda sus derechos se encontraban afectados con la tramitación del mismo, aunque posteriormente ella misma de forma errada revocara dicha intervención.

Sobre la acreditación de la legitimación pasiva advertimos que en principio correspondía a la parte actora hacerlo desde la interposición de la demanda, al no hacerlo y mostrarse parte el Dr. ***, correspondía a dicho profesional acreditar el interés de sus poderdantes y por último al Tribunal sentenciante pues fue la misma a quo la que integró oficiosamente al proceso al señor ***, con más razón en aquellos casos en que ciertos informes no pueden ser expedidos a los interesados como ocurrió en este caso. Además de las irregularidades señaladas en la tramitación de la causa, el comportamiento procesal del apoderado de la parte apelante ha sido contrario al principio de probidad, lealtad y buena fe, al no establecer la calidad procesal del señor ***, estando en mejores condiciones para realizarlo. Por el contrario, dicho profesional valiéndose de esa circunstancia solicitó se declarara la ineptitud de la demanda, (...)

(...) a nuestro criterio el hecho de que se haya manifestado que ella cedió sus derechos hereditarios, no la hace perder su calidad de demandada interesada, porque en el ámbito de familia hay ciertos derechos que son de carácter personal o moral y no necesariamente económicos, debiendo tenerse en cuenta que la declaratoria de unión no matrimonial, crea una especie de vinculación familiar aunque no constituye un estado de familia, haciéndose constar en las certificaciones de partidas de nacimiento de los interesados su calidad de convivientes; por ello consideramos que la señora *** conserva la representación en la sucesión de su hijo en todo lo relativo a cuestiones personales y en los patrimoniales las posee el cesionario.(...)

(...) y siendo que como lo señalamos *supra* la excepción de ineptitud resulta improcedente por no existir la misma pues el interés del señor ***, se demostró con el informe de la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia señalado *supra;* en todo caso deberán solicitarse **oficiosamente** las certificaciones pertinentes a la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia, para mejor proveer sobre la legitimación que corresponde al demandado señor ***. Aclaramos que ello se hace atendiendo a la facultad de dirección del proceso

y considerando que esa situación se introdujo al mismo por el informe rendido por la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia.

(Cam. Fam. S.S., trece de febrero de dos mil siete, Ref. 111-A-2005)

5. FILIACIÓN.

5.1. FILIACIÓN INEFICAZ.

5.1.1. CONTENIDO.

(...) filiación ineficaz es un término genérico en el cual cabe dejar sin efecto o declarar la nulidad de una inscripción por contener hechos falsos, ordenando su cancelación (...)

(Cam. Fam. S.S. veinticuatro de agosto de dos mil cinco. Ref. 117-A-2005)

(...) el tribunal declaró sin lugar la solicitud por considerar que no existía fundamento razonable para declarar ineficaz el segundo asiento, por cuanto cada documento identifica a diferentes personas y no coinciden ni la fecha, ni el lugar de nacimiento, así como que la filiación paterna y materna no se contrarían en ambos documentos y que de accederse a la pretensión planteada se estaría violentando el derecho de defensa y garantía de audiencia de la señora ***.-(...)

El Art. 138 F. regula lo relativo a la "Filiación Ineficaz", disposición que debe interpretarse en el sentido de que lo que resulta INEFICAZ es el medio o la forma deestablecer una filiación, de modo que si existe un segundo o posterior (asiento), éste último medio resulta ineficaz porque hay otro medio anterior por el cual se estableció esa misma filiación.- El epígrafe "FILIACIÓN INEFICAZ" que aparece en el Art. 138 F., no forma parte de dicha disposición legal, quizá hubiese sido más feliz la denominación "Establecimiento Ineficaz de Filiación", porque lo que va a demostrarse es, que en este caso, hay dos modos o formas o medios de establecer la filiación de la señora *** y uno de esos dos modos o formas o medios ES EL INEFICAZ, que en el caso que nos ocupa es el segundo, especialmente por haberse establecido la filiación en forma subsidiaria a través de diligencias judiciales de jurisdicción voluntaria.-

De la lectura de los dos documentos concluimos que se ha establecido por dos medios o formas distintas, la filiación de la solicitante, señora ***, en la que se ha registrado su nacimiento, consignándose su nombre en el primero de ellos como M.L.G. y en el segundo como M.L.G.H. y asentadas en diferentes fechas y oficinas del Registro del Estado Familiar; sin embargo con la prueba testimonial se establece que ambas inscripciones corresponden a la misma persona, es decir a la

solicitante, a quien en ambos documentos le aparece idéntica filiación, tanto paterna como materna.-

El caso en estudio es una situación contemplada en el Art. 138 F., que a la letra dice: "Establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe a la primera, a no ser que ésta fuere declarada sin efecto por sentencia judicial".- De modo que, habiéndose demostrado con la prueba documental y testimonial vertida en las diligencias, que existen dos asientos del nacimiento de la solicitante, es procedente declarar la ineficacia del segundo asiento y ordenar su cancelación; con ello se solucionaría su problema legal, a fin de que pueda obtener el Documento Único de Identidad, ya que contaría con una sola partida de nacimiento, la asentada en el Registro del Estado Familiar de Quezaltepeque, Departamento de La Libertad.-

(Cam.Fam.Occ., veintisiete de febrero de dos mil siete, Ref. 018(138)07)

A nuestro criterio la denominación "filiación ineficaz" genera confusión por cuanto al efectuar una interpretación literal de la norma pareciera que se controvierte la filiación, sin embargo ello sólo puede realizarse por la vía de la impugnación de la paternidad y/o maternidad o la nulidad del reconocimiento; en consecuencia el Art. 138 C. F. no ataca a la filiación propiamente dicha, sino al asiento de un nacimiento y lo que se discute es la ineficacia del acto por el cual se asentó –en este caso- el nacimiento del señor *** y no la filiación en si misma. En ese orden de ideas el supuesto regulado por el Art. 138 C.F., es la existencia de dos asientos efectuados en los respectivos Registros del Estado Familiar sobre un mismo hecho jurídico, es decir el nacimiento de una persona, pero no atacan en sí a la filiación ya establecida.

Bajo esa aclaración, debemos entender que la filiación ineficaz, regulada en el Art. 138 C.F., tiene como supuesto hipotético la existencia de dos o más asientos de un nacimiento, que establecen una filiación respecto de una misma persona en cuyo caso debe prevalecer y surtir eficacia jurídica la primera inscripción en el tiempo (la más antigua); cualquier otra partida de nacimiento asentada con posterioridad carece de efectos jurídicos, es ineficaz y debe ser cancelada mediante el proceso correspondiente. (Cam.Fam.S.S., veintinueve de julio de dos mil dos. Ref.

14-A-2002)

La ineficacia jurídica en términos generales "consiste en que el acto jurídico no produce los efectos que normalmente debería producir, debido a que carece de alguno o algunos de los requisitos internos o externos que la ley exige para su eficacia. Algunas veces se le identifica como el de nulidad, otras con el de inexistencia o anulabilidad, etc. (...)

(...) en el supuesto jurídico que contempla el Art. 138 C.F. la ineficacia y la nulidad coexisten y esta última opera como una sanción y no como vicio del consentimiento al verificarse el acto el cual nunca debió celebrarse por existir un acto previo y que en el caso de autos además contradice al primero. Esto por cuanto no se ataca los requisitos de validez del acto como sería en el supuesto del consentimiento, sino que un mismo hecho haya dado lugar a la celebración de dos actos jurídicos diferentes, que han implicado dos inscripciones de un mismo hecho. (...)

En el sub lite como lo reconoce el Dr. *** en su solicitud de Fs. 1/ 2 las dos certificaciones de partida de nacimiento del señor ***, no son idénticas entre sí y contienen datos diferentes en cuanto al apellido de la madre del inscrito, en la primera (Fs. 4) consta que la madre es la señora *** y en la segunda (Fs. 5) se consigna como madre a la señora ***; además difieren en ambas el lugar de nacimiento, ya que en la primigenia consta que el señor *** nació en el Barrio San Ignacio, Departamento de Chalatenango y en la segunda, en el Hospital Centro Ginecológico de esta ciudad; en otras palabras no resulta aplicable el Art. 138 C.F., por cuanto el primer asiento no contraría al segundo, ya que ambos asientos son diferentes, es decir no existe identidad entre los datos de ambas inscripciones.

Bajo estos hechos debemos responder si correspondía accionar bajo la vía de la filiación ineficaz o si por el contrario debía encausarse bajo otra pretensión como la nulidad o falsedad; reiteramos que la existencia de dos partidas que acrediten un mismo hecho (nacimiento, defunción, entre otros) no habilita per se a utilizar la vía de la filiación ineficaz; ello dependerá del material fáctico en cada caso, a vía de ejemplo supongamos que un mismo hecho fue inscrito dos veces y sin ningún dato que contradiga los asientos entre sí, bastaría con declarar la ineficacia del segundo asiento, este es el supuesto base que regula

el Art. 138 C.F., que no es más que la aplicación del aforismo jurídico "primero en tiempo primero en derecho" pero ello no implica, como erróneamente lo sostiene el apelante, que los efectos se produzcan no deliberadamente y que no se requiera sentencia judicial, ello no es correcto porque el único habilitado para dejar sin efecto algún asiento es el Juez, lo que responde a la calidad de orden público de los asientos; además se pueden dar otros supuestos y es por ello la existencia de la segunda parte de la norma que estatuye que también puede declararse sin efecto el primer asiento lo que en otras palabras significa que es la segunda inscripción donde constan los datos correctos, pero ello no implica que deba efectuarse por la vía de la filiación ineficaz, sino que cada caso deberá analizarse a fin de determinar cual es la pretensión a dilucidar, es ello lo que hemos sostenido en el incidente 48-A-2003 –citado por la a quo- donde expresamos "que la filiación ineficaz constituye el género de un universo de pretensiones que según cada caso en particular podrían iniciarse por la vía voluntaria (diligencia) o contenciosa (proceso)". (...)

(...) resulta trascendental que las partidas de nacimiento contengan datos contrarios, por lo que bajo esos supuestos no resulta apropiado utilizar la figura de la filiación ineficaz, para hacer valer el segundo asiento es preciso desvirtuar el primero a través de la vía de la falsedad de los datos, lo cual no resulta contradictorio a lo prescrito por el Art. 138 C.F. al señalar que será eficaz el segundo asiento siempre que se declare la ineficacia del primero, ya que ello como lo hemos sostenido no es necesario hacerlo por la vía de la ineficacia, cuando de los hechos se desprende que en el primer asiento existió falsedad en la información, situación que fue reconocida incluso por el apelante aun cuando afirma que no existió intención maliciosa de causar daño, en consecuencia deberá sanearse esa situación por la vía procesal adecuada.

(Cám. Fam. S. S, nueve de marzo de dos mil siete, Ref. 93-A-2006)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., veintidós de marzo de dos mil siete. Ref. 227-A-2006.

El Art. 138 F., a la letra dice: "Establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe a la primera, a no ser que ésta fuere declarada sin efecto por sentencia judicial".- De modo que lo proponible,

en este caso era iniciar Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Familiares a fin de que, según el mérito de las pruebas, tanto documental como testimonial en la sentencia definitiva se declare la ineficacia del segundo asiento de la partida de nacimiento de la solicitante y ordene su cancelación y no la del primero, como se pretende con la solicitud.- No puede quedar al arbitrio de las personas el empleo de uno u otro asiento de nacimiento para sus actividades, pues ello generaría un caos de identidades equívocas y podría dar lugar a situaciones reñidas con las leyes.-

Sólo un registro de nacimiento es el que debe utilizarse para comprobar la filiación, el Estado Familiar, la edad, el nombre, etcétera y debe ser el que primero se inscribió, en virtud de uno de los principios del procedimiento registral, como lo es el Principio de Prioridad, en virtud de lo cual se puede afirmar que el segundo asiento de la solicitante era y es ilegal, de donde resulta que no puede autorizarse su uso para la obtención de documentos o para realizar cualquier otra actividad lícita. Una vez se declarare la ineficacia del segundo asiento y si en el primero existiere algún dato erróneo u omisión por la cual deba de rectificarse, será esa la vía legal que deberá seguirse a fin de que la solicitante pueda utilizar su único documento con sus datos correctos para demostrar su nombre, estado familiar de hija, edad, etcétera, y no pretender utilizar el segundo so pretexto de que el primero contenga algún error u omisión o porque es el que ha utilizado para obtener documentos de identidad y para realizar otras tramitaciones.-

En conclusión la pretensión de filiación ineficaz es proponible si se pretende cancelar el segundo de los asientos y no el primero de ellos, debiéndose aportar para ese efecto en las respectivas diligencias tanto la prueba documental como la testimonial con la que se establezca y demuestre la identidad de la solicitante y se compruebe que ambas partidas de nacimiento corresponden a la misma persona (la solicitante). Por lo que esta Cámara considera que lo procedente es la confirmación de la sentencia interlocutoria que rechazó la solicitud por improponible, pero no por los razonamiento expuesto por el señor Juez a quo, si no por los expuestos por este Tribunal de Alzada.-

(Cam. Fam. Occ., diecisiete de mayo de dos mil siete, Ref. 046/2007)

En la certificación del primer asiento de partida de nacimiento agregada a fs. 4, inscrita en el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de esta ciudad, aparece que la solicitante nació en el Hospital *** de esta ciudad el día 17 de octubre de 1982, hija de los señores J.R.R.G. y A.D.C.P., que aquél proporcionó los datos del nacimiento de la solicitante el día veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y dos, manifestando ser su padre y que se identificó con su Cédula de Identidad Personal expedida por las autoridades municipales de esta ciudad.-

En la certificación del segundo asiento agregada a fs. 5, inscrita en el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de El Congo de este departamento, aparece que la solicitante nació en el Cantón Monte Bello, de esa jurisdicción el día 19 de octubre de 1983, hija de los señores J.R.R.G. y de A.D.C.P., partida de nacimiento que se asentó mediante datos que proporcionó el padre de la inscrita el día veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y dos.-

(...) De modo que es proponible iniciar Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Familiares a fin de que, según el mérito de las pruebas, tanto documental como testimonial (utilizándose esta ultima para establecer o demostrar la identidad de la solicitante, es decir que las partidas de nacimiento a que se refieren las certificaciones agregadas a fs. 5 y 6 corresponden a una misma persona, a la solicitante señora ***), en la sentencia definitiva el señor Juez *** de Familia puede declarar la ineficacia del segundo asiento de la partida de nacimiento de la solicitante y, en consecuencia,ordenaría su cancelación y con ello se solucionaría el problema legal de la referida señora, ya que contaría con una sola partida de nacimiento, la asentada en el Registro del Estado Familiar de esta ciudad.-

(Cam.Fam.Occ., treinta y uno de julio dos mil siete, Ref. 092-(138) 07)

5.1.2. DIFERENCIA ENTRE NULIDAD Y FILIACIÓN INEFICAZ.

En ambas partidas los datos los proporcionó la persona que figura como madre de la inscrita. En la primera, que es la que se pretende anular, se consignó el nombre del padre y no consta que éste haya reconocido como su hija a la inscrita, puesto que ni siquiera fue él

quien proporcionó los datos de dicho asiento, por lo que erróneamente se consignó como padre, ya que debió aplicarse los Arts. 279 y 280 del Código Civil derogado que regía para esa época, que establecía que el reconocimiento de la paternidad en el caso concreto, ocurría si el padre suministraba los datos de la partida de nacimiento, reconociendo la paternidad y el Alcalde o Jefe del Registro Civil (hoy familiar), conoce al padre y en caso contrario que lo identificó en legal forma, firmará además dicha partida y en su defecto dejará impresa la huella digital. Ninguno de esos requisitos se cumplen en la partida mencionada para que se tenga por acreditada legalmente la paternidad y por ende puede válidamente declararse parcialmente su nulidad en ese punto, mandando sustituir o reponer una nueva, previa la prueba que se aportare y como consecuencia cancelar la segunda inscripción, de conformidad a los Arts. 21 y 22 L.T.R.E.F.R.P.M.. Se trata entonces de un caso de filiación ineficaz. Art. 138 C. F..(...)

Así las cosas, la pretensión del apelante sí puede ser objeto de conocimiento del órgano jurisdiccional, en este caso, a través de un proceso de nulidad parcial de la partida de nacimiento (filiación ineficaz), Arts. 138 y 196 C. F., el último se refiere a que los registros hacen fe de las declaraciones hechas por las personas que suministran los datos de la partida, pero no garantizan su veracidad y en este caso, además se asentó la primera partida de nacimiento sin cumplir los requisitos para consignar la paternidad del Sr. *** respecto de la solicitante, Sra. ***. Consideramos que en este caso específico no pueden existir intereses contrapuestos con el padre que se pretende desplazar, pues nunca manifestó su voluntad de reconocer a la inscrita como su hija y tampoco podría intervenir la madre, por cuanto ya falleció y en todo caso, hubo un incumplimiento de las formalidades esenciales de la inscripción de la partida de nacimiento en cuanto la atribución de la paternidad del Sr. ***, es decir, se estableció la filiación contra ley expresa, a menos que se hubiese probado que los progenitores eran casados entre sí. Contrariamente el apelante expresa que lo que existió fue una simple convivencia, de donde resulta que deberá probarse el estado familiar (de soltero, viudo o casado) que tenían los progenitores de la solicitante, para que prospere su pretensión.

(Cam. Fam. S.S. veinticuatro de enero dos mil cinco. Ref. 105-A-2003)

Relacionado con lo anterior y como se cita en la motivación de la sentencia impugnada (fs. 20 fte.), "Establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe a la primera, a no ser que ésta fuere declarada sin efecto por sentencia judicial" (Art. 138 del Código de Familia), en casos como el presente y que en la práctica son abundantes, el camino a seguir no era el de solicitar la nulidad del segundo asiento, sino promover "Diligencias de Establecimiento Ineficaz de Filiación".-

En ocasiones se ha sostenido que al existir dos partidas de nacimiento en las que aparezcan que el nombre de la madre del inscrito es el mismo, no se puede hablar de una segunda filiación ineficaz, pues ambas son eficaces.- Pero si interpretamos la normaen el sentido de que lo ineficaz no es la segunda filiación sino la forma de establecerla, tiene sentido afirmar que lo INEFICAZ es el ESTABLECIMIENTO de una segunda filiación si ya se encuentra ESTABLECIDA una anterior.- Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, si se ESTABLECIÓ la filiación del señor ** con su partida de nacimiento asentada el dieciocho de marzo de mil novecientos treinta y uno en el Registro Civil (hoy del Estado Familiar) del municipio de Ahuachapán (fs. 6), NO PUEDE SER EFICAZ EL ESTABLECIMIENTO de la filiación mediante la partida de nacimiento asentada el cuatro de octubre del año dos mil seis en el Registro del Estado Familiar del municipio de San Lorenzo (fs. 8) y, peor aún, por haberse asentado en virtud de haberse establecido esa filiación en forma subsidiaria.

Lo expuesto nos lleva a sostener que LO PROPONIBLE era el inicio de "DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE ESTABLECIMIENTO INEFICAZ DE FILIACIÓN" y no de "DILIGENCIAS DE NULIDAD DE ASIENTO DE PARTIDA", por lo que consideramos que la solicitud de fs. 1 y 2 en vez de ser admitida debió ser rechazada al inicio (in límine litis) o pudo ser rechazada en el transcurso de las diligencias o puede ser rechazada en esta instancia (in persequendi litis), tal como lo dispone el Art. 197 del Código de Procedimientos Civiles (en lo sucesivo identificado sólo como "Pr.C.").-

(Cam. Fam. Occ., cuatro de enero de dos mil siete, Ref. 096/2006)[15]

15. *Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR, publicado en el numeral 7.3 de la parte sustantiva.*

5.1.3. DIFERENCIA DE DECLARATORIA JUDICIAL CON FILIACIÓN INEFICAZ

Como primer punto a resolver, el apelante invoca la aplicación del Art. 138 C.F., argumentando que establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe la primera, a no ser que la última se declare sin efecto. Al respecto, consideramos, que dicha disposición no se vulnera en el sub lite, porque como ya se comentó, que de la simple lectura de la certificación de la partida de nacimiento (fs. ...), se observa la carencia de filiación paterna, luego, no sería posible que el asentamiento de otra posterior que establezca la filiación paterna contraríe la primera, por cuanto la asentada carece de esa filiación. No estamos en presencia, entonces de dos partidas de nacimiento asentadas a una misma persona, que es el caso a que se refiere el Art. 138 C. F., sino en aquel en el que a través de una declaratoria judicial se establece la paternidad, lo cual desde luego emplaza un nuevo estado familiar del peticionario en relación al padre, así como también podría darse en los casos de impugnación de paternidad o maternidad y en otros; también procedería un nuevo asentamiento o anotación marginal, según el caso por errores de fondo o de forma rectificados notarial o judicialmente. Art. 21 y 22 lit. d) LT del REF y RPM.

(Cam. Fam. S.S. veinticinco de enero dos mil cinco. Ref. 137-A-2004)

Cabe acotar que de haber proporcionado los datos el Sr *** cuando se asentó al menor ***, el proceso de Declaratoria de Paternidad no tendría razón de ser y la demanda hubiera sido manifiestamente improponible, no obstante ello, la paternidad del Sr *** en dicha partida ha sido atribuida indebidamente, por no ser éste el cónyuge de la Sra *** y porque no ha existido un reconocimiento de su parte como padre del menor. En conclusión, jurídicamente el menor no podría hacer valer sus derechos ante el pretendido padre, pues solamente está legalmente inscrito como hijo de la Sra ***, adoleciendo dicha partida de nulidad parcial con respecto a la inserción indebida del nombre del padre, siendo por ende una filiación ineficaz de conformidad al Art. 139 C. F., pero que podrá subsanarse a través del correspondiente proceso para lo cual deberá dársele trámite a la demanda de declaratoria de paternidad, a fin de que oportunamente se asiente una nueva partida de nacimiento

de conformidad a lo que se resuelva en la sentencia.

(Cam. Fam. S. S. diez de febrero de dos mil cinco. Ref. 10-A-2005)[16]

5.2. FILIACIÓN PATERNA.

La filiación paterna es definida como el vínculo de familia existente entre el hijo y el padre Art. 133 C.F., dicho vínculo es el que se ataca por medio de la impugnación pretendida, en otras palabras se persigue hacer concordar la filiación paterna establecida legalmente con la realidad biológica alegada.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de enero de dos mil seis. Ref. 181-A-05)

Al punto, el Art.135 C.F., prescribe tres formas para establecer la paternidad: 1) Por disposición de la ley. 2) Reconocimiento voluntario y 3) Declaración judicial.

Respecto a la primera forma, por disposición o ministerio de ley, significa que la paternidad se presume o se determina directamente por la ley. Esta puede hacerse valer, por ejemplo, si la madre del niño al asentar a su hijo en el Registro del Estado Familiar, muestra la certificación de la partida de matrimonio para acreditar que está casada y que consecuentemente el padre de la criatura es su cónyuge. Es decir que este mecanismo legal opera en el caso de los hijos matrimoniales.

La segunda forma, es ejercida por el padre del niño manifestando reconocerlo en esa calidad ante autoridad competente (Registrador del Estado Familiar, Juez de Familia, Notario).

La última forma, es la declaratoria judicial, dictada por el Juez de Familia en proceso respectivo. Tiene lugar en defecto de las dos anteriores.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., veinte de abril de dos mil siete. Ref. 107-A-2006

16. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.7 y AUTENTICIDAD DEL REGISTRO, numeral 7.3.1, ambos de la parte sustantiva.*

5.2.1. PRESUNCIÓN DE LA PATERNIDAD.

En el sub judice, la parte demandada en el recurso de apelación, argumenta que el niño nació dentro del matrimonio y por tanto se debe aplicar la presunción de paternidad a favor del marido, señor ***, en el entendido que son hijos del marido los nacidos dentro del matrimonio, según el Art. 141 inc. 1° C.F., este precepto a la letra dice: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad."

Esta presunción tiene su excepción en el inciso final del mismo artículo, al prescribir "con todo, la presunción establecida en este artículo, no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre." El subrayado es nuestro.

En el presente caso, esta última disposición contiene dos supuestos: a-) que los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y b-) que el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre cumplidos tales supuestos la consecuencia es que no operará la presunción de paternidad contenida en el Art. 141 inciso primero C.F., es decir, que al marido no se le tendrá por padre del niño nacido dentro del matrimonio. En doctrina, a esta configuración de la estructura de la norma jurídica, se le conoce como supuesto jurídico complejo, por estar compuesto por dos o más supuestos jurídicos y además, es dependiente, porque ambos deben concurrir para que se produzca la consecuencia.(...)

(...) la madre puede dirigir su acción en representación legal de su menor hijo, contra el señor ***, a quien se le imputa la paternidad de su hijo. La presunción de paternidad puede estar latente o pendiente de emplearse o no utilizarse nunca para establecer una filiación, ya sea porque reconozca la paternidad una tercera persona (amante) o porque simplemente no fue utilizada para inscribir al hijo en el registro familiar, en cuyos casos aún cuando exista la presunción, la misma no surte efectos por cuanto no constará en la certificación de la partida de nacimiento, el nombre del marido, ni éste la ha reclamado. Para que surta plenos efectos la presunción, no basta que concurran los supuestos que la originan, sino su aplicación al inscribir la paternidad en la partida de nacimiento, o que el marido la haga valer posteriormente en cuyo

caso se tiene por establecida la filiación por presunción legal.

(Cam.Fam. S.S. veinticinco de enero dos mil cinco. Ref. 137-A-2004)

(...) Respecto al primer precepto legal (141 ibid.) éste trata de una presunción legal, es decir, que admite prueba en contrario e interpretándolo, no restrictiva, sino, latu sensu (buscando la verdad real o material) no se excluye el derecho del hijo de saber quienes son sus padres biológicos y llevar sus apellidos (art. 203 C. F., derechos de los hijos), lo que es compatible con lo previsto en los arts. 2, 3 (1); y 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, por ende, en el sub lite hay legitimación activa en la investigación de la paternidad, y la Juez a quo, al decidir sobre la filiación lo hará también sobre el ejercicio de la autoridad parental, la custodia y los alimentos cuando se trate de menores, como en el sublite, razón por la cuál el precepto legal en cuestión, con la prueba científica de A. D. N. de paternidad positiva, desvaneció la presunción legal de paternidad, y por ello se aplicó. Y por otro lado, constando en la certificación del Proceso de Divorcio, SM-F1-...-, de fs.../...(incidente) que la separación conyugal de las partes se dio desde marzo del año 2000, y así constar en la demanda interpuesta (fs.... Vto. ibid.), hecho aceptado en la audiencia preliminar fs.(57 ibid.), y que el señor ***, residía en los EE.UU.(fs. ... ibid.), resulta imposible que la menor ***, hubiese sido procreada por él, todo lo anterior, y de conformidad al art. 141 C.F in fine, hace inoperante la presunción de paternidad a que alude. Y respecto al art. 14 C. F., por ser una consecuencia lógica de lo previsto en el art. 141 C.F., en el sublite, hubo derecho o legitimación activa para exigir la declaratoria judicial de paternidad. (...)

(Cam.Fam.Ote., veintinueve de agosto de dos mil seis. Ref. AP.55(30-06-06))

(...) efectivamente se excluye a dicho señor del período de la concepción, pues aunque nunca precisó fecha de las relaciones sexuales tomando la fecha aproximada en que dicha señora abandonó la Hacienda, es decir a mediados de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, al treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y dos, fecha de nacimiento de la señora ***, transcurrieron más de diez meses

desde la concepción, lo cual resulta físicamente imposible y contrario a la presunción o regla establecida en el Art. 74 C.C. que a la letra reza: "De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento".

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007)

De lo expuesto se desprende que la ley distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial. En ese sentido establece que todo niño(a) nacido dentro del matrimonio se presume hijo(a) del marido, salvo los casos en que los cónyuges hubieren estado separados por mas de un año y el hijo(a) fuere reconocido por persona diferente del marido (cónyuge) de la madre. Para la excepción sólo señala dos presupuestos fácticos: 1) la separación por más de un año y 2) que el hijo fuere reconocido por quien no sea el marido.

La forma de establecer la paternidad matrimonial es distinta a la del reconocimiento voluntario (extramatrimonial) pues la primera opera por ministerio de ley sin que sea menester que el padre comparezca a expresarlo así al Registro del Estado Familiar, en cambio en el reconocimiento voluntario, una de las formas de hacerlo es suministrando los datos en esa oficina, Art. 143 C. F., pero siempre se requiere la manifestación expresa o tácita del padre reconociente, a diferencia del hijo matrimonial, por cuanto los hijos habidos en el matrimonio según la norma tienen por padre al marido, sobre la base de la fidelidad y exclusividad sexual del matrimonio que ofrecen certeza legal a la filiación de los hijos procreados dentro del matrimonio.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil siete. Ref. 124-A-2006)

Que por otra parte se ha percatado esta Cámara que no aparece en el procedimiento de las diligencias la certificación de la partida de matrimonio del presunto incapaz con la señora ***, y apareciendo que los señores *** y ***, pretenden la Tutela Legitima, como hijos del recurrente y que sus partidas de nacimiento de fs. 8, 164, 59 y 152

Ibid., respectivamente fueron inscritas por sus abuelos y no por el recurrente, se requiere de la Partida de Matrimonio respectiva, para que pueda establecerse su paternidad por ministerio de ley, si nacieron dentro del matrimonio, art. 141 Ibid., para acreditar su legitimación.

(Cam.Fam.Ote., cinco de junio de dos mil ocho. Ref. Ap: 74(02-06-08))

5.2.2. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.

En ese sentido, no es procedente tramitar por la vía del proceso de familia la pretensión de reconocimiento voluntario de la paternidad, pues no estamos en presencia de un presunto padre que se niegue a reconocer al niño; por tanto de declararse en el fallo la impugnación del reconocimiento voluntario del Sr. ***, respecto de *** y previo el trámite procesal correspondiente procederá declarar el reconocimiento voluntario del demandante en relación al citado niño; dicha petición constituye en su especie una diligencia de jurisdicción voluntaria, cuya declaración se verificará en la misma sentencia que se pronuncie en la impugnación de reconocimiento voluntario.

(Cam.Fam.S.S., veintitrés de mayo de dos mil seis. Ref. 16-A-2006)

5.2.3. RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

Es importante señalar que en estas diligencias no existe una verdadera controversia o proceso, pues se trata de emplazar la paternidad a través de diligencias que se inician con una solicitud por medio de la cual al citarse al supuesto padre a la referida audiencia se valorarán de la forma que la ley establece sus actitudes o respuestas para tener por establecida la paten1idad así como su inasistencia. Es decir toda la actividad del citado tendrá un efecto sobre la paternidad que se reclama sin perjuicio de que dicha resolución puede ser impugnada.

(Cam.Fam. S.S. treinta y uno de agosto de dos mil cinco. Ref. 81-A-2004)

Como lo sostiene la a quo la naturaleza del reconocimiento provocado es *sui generis,* ya que no nos encontramos en presencia de un proceso contencioso pero tampoco en diligencias de jurisdicción voluntaria, su trámite requiere citar al presunto padre para que manifieste

si reconoce de forma voluntaria la paternidad que se le atribuye, aunque la voluntariedad es relativa, en tanto se instó la actividad del órgano jurisdiccional para lograr ese propósito; es decir, el reconocimiento en definitiva no es estrictamente voluntario, ya que la presencia del padre es conminada por la actividad jurisdiccional.

El título que habilita para citar a una persona a quién se le atribuye la paternidad, es decir, como presunto padre, es la partida de nacimiento de la persona que pretende el reconocimiento, donde consta que la filiación paterna no se encuentra establecida.

Haciendo una interpretación literal de la norma –Art. 146 C.F.- como lo realizó la *a quo* la legitimación se concede al hijo a través de su representante legal, (que lógicamente por carecer de filiación paterna será la madre, y excepcionalmente el Procurador General de la República, en los supuestos establecidos por ley Art. 224 C.F.), el título para solicitar el inicio de las diligencias se funda en la ausencia de filiación paterna; en el caso de la mujer embarazada la legitimada es la mujer como representante del niño(a) por nacer, su título es su condición de embarazada.

(Cám. Fam. S. S, trece de marzo de dos mil siete, Ref. 149-A-2006)

5.2.3.1. ACTITUD ANTE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

La a-quo, al citar al señor ***, únicamente emitió una orden al mismo para que interviniera y asistiera a la audiencia, a expresar si es o no el padre de la criatura, o en su caso si tiene duda solicitar expresamente la práctica de la prueba biológica, ya que en este caso el citado no tiene ningún impedimento que le imposibilite expresar de viva voz su petición (no es sordomudo).

Por tal motivo, lo único que debió hacer el señor *** en las respectivas audiencias era limitarse a contestar de manera respetuosa a las interrogantes de la a-quo, en el sentido si creía o no creía ser el padre de la menor ***; no obstante ello, contrario a las normas de la cortesía, buenas costumbres y del buen entendimiento humano, éste no guardó el debido respeto hacia la juzgadora y se negó a declarar en la audiencia, lo cual hubiese sido motivo más que suficiente desde la primera audiencia para que se considerara como positiva la existencia

del vínculo biológico con dicha menor, y consecuentemente para tener por establecida la paternidad que se perseguía; dicha conducta persistió en la siguiente audiencia en la cual la a-quo tuvo por establecida la paternidad.(...)

Sin embargo el negarse a declarar y contestar, así como no acceder al juramento requerido, dicha actitud únicamente puede interpretarse en el sentido que el citado es el padre de la niña, por lo cual es procedente tener por reconocida la paternidad, tal y como lo hizo la a-quo.

(Cam. Fam. S. S. treinta y uno de agosto de dos mil cinco. Ref. 81-A-2004)

5.2.3.2. LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA INICIAR LAS DILIGENCIAS DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

A nuestro criterio dicha norma (Art. 146 C.F.) no debe de ser interpretada de forma restrictiva sino de forma integral como lo dispone el Art. 8 C.F., en armonía con los principios rectores y generales del derecho de familia, ello implicará en algunos supuestos auxiliarse de la heterointegración, que es la posibilidad de apoyarse de normas contenidas en otros cuerpos normativos, siempre y cuando los supuestos de hecho contengan una misma razón; en consecuencia debe privilegiarse la aplicación de la Constitución por constituir la norma suprema, así como normas de contenido internacional como tratados y convenciones, que constituyen Leyes de la República, las que prevalecerán en caso de conflicto con la ley secundaria. Art. 144 Cn. (...)

En ese sentido el Art. 146 C.F., debe ser interpretado en conjunto con las disposiciones mencionadas y en consideración al interés superior del niño, ***.

Bajo los anteriores argumentos es dable efectuar una interpretación extensiva sustentada en preceptos constitucionales e internacionales que habilitan al presunto padre intentar dicha acción, basada en la aplicación del principio de igualdad, e interés superior del niño(a).

La legitimación procesal no es otra cosa que la facultad para actuar en el proceso ya sea como actor, demandado o tercero, la misma surge del interés o bien que se pretenda proteger, en ese sentido debemos determinar si el señor *** ostenta un interés legítimo que lo habilite a iniciar la acción. (...)

En ese sentido no se puede considerar que la no atribución expresa de legitimación procesal a cargo del presunto padre en principio atente contra el derecho de igualdad, ya que ello radica en el hecho que tanto el hijo como la madre son quienes tratan de establecer la filiación paterna lo que sin duda los ubica en una posición diferente estableciendo ciertos deberes para con el padre, por ende la norma va encaminada a lograr de manera simple el establecimiento de la filiación paterna, pero ello no implica *per se* que se deniegue al presunto padre la posibilidad de iniciar las precitadas diligencias de reconocimiento provocado, y al efecto es preciso analizar los siguientes argumentos.(...)

(...)es legítima la duda razonable sobre la paternidad que se le atribuye al presunto padre, también hemos señalado que frente a esa duda razonable es pertinente que la persona a quien se reclama la paternidad asuma una actitud activa a partir de la cual inste diferentes mecanismos que contribuyan al esclarecimiento de los hechos cuya omisión puede ser sancionada con indemnizaciones morales o materiales según el caso, siendo por lo general sólo la madre quien efectúa las acciones tendientes a determinar la paternidad.

Frente a la duda razonable es aceptable que en principio sean las partes quienes traten de acordar los mecanismos para aclarar los hechos (por ejemplo pruebas de ADN de forma privada o estatal); ahora bien frente a la negativa de la madre de someterse ella y su hijo a los exámenes de ADN, hay una posición de desventaja en contra del presunto padre, pues carece de mecanismos legales que auxilien a ese fin, y si consideramos además que su conducta es valorada en un proceso de paternidad, denegarle la posibilidad de iniciar las diligencias de reconocimiento provocado resulta atentatorio a sus intereses; además no podemos obviar el interés directo del señor ***, de establecer la paternidad pues reconoció en la solicitud de Fs. 1/ 2 haber sostenido relaciones sexuales con la señora *** en los meses de junio y julio de dos mil cinco a diciembre del citado año, lo que coincide con el período de concepción de *** según su partida de nacimiento de Fs. 4; agregando que no había exclusividad sexual, por cuanto el solicitante es casado y la Sra. *** sostenía relaciones sexuales con otras personas e incluso residía y reside en casa de su ex-esposo.

Además de lo anterior la legitimación procesal no debe ser abordada sin considerar la situación de *** (niño), quién como sujeto

de derecho, es el principal interesado en dilucidar la situación, como lo sostiene la Procuradora de Familia en su escrito de Fs. 13 y siendo que todo niño tiene derecho a establecer su filiación tanto materna como paterna, por ser elementos integrantes de su **IDENTIDAD PERSONAL,** derecho que incluso ha sido calificado como un derecho humano y como tal merece una protección especial al grado que el Estado debe velar porque sus nacionales tengan claramente establecida su identidad; es decir un nombre, nacionalidad y establecimiento de relaciones familiares.

Por ello reiteramos que la actitud pasiva de la Sra. *** en la realización de acciones tendientes a esclarecer el vínculo filial de su hijo, resultaría contrapuesta a los intereses de su hijo, ya que no podemos perder de vista que el titular del derecho es el hijo y no la madre; por lo que de existir oposición sin causa justificada de la madre durante la tramitación de estas diligencias, resultarán aplicables los Arts. 223 y 224 C.F., caso en el cual la representación legal del niño deberá ser asumida por el Procurador General de la República.

Por los argumentos expuestos es pertinente darle intervención en las diligencias de reconocimiento provocado, al señor ***, ya que posee un interés directo para establecer la filiación a fin de asumir principalmente eventuales responsabilidades paternas y no verse afectado a futuro por demandas de paternidad e indemnización por daño moral y material por parte de la Sra. *** y su hijo, resultando con ello beneficiado de manera inmediata el niño ***, ya que su derecho no quedará en suspenso hasta el momento en que la madre ponga en movimiento el aparato jurisdiccional para establecer su filiación; pues esa omisión le afecta de manera directa y subsidiariamente al solicitante quien no posee alternativas legales para despejar sus dudas sobre su filiación; en consecuencia es procedente en el interés superior de ***, interpretar y aplicar de forma amplia los Arts. 146 C.F. y 143 L.Pr.F., concediendo legitimación al presunto padre en base a disposiciones constitucionales e internacionales.

El trámite de las diligencias deberá acomodarse a los hechos, citando en este caso al solicitante y a la señora *** a audiencia de reconocimiento, para que ambos manifiesten su posición frente a la solicitud del señor *** respecto de la paternidad del niño y de ser necesario deberá solicitarse la intervención del Procurador General de

la República, quien sólo en caso de negativa injustificada de la madre asumirá la representación de ***, a fin de continuar con el trámite de las diligencias.

(Cám. Fam. S. S, trece de marzo de dos mil siete, Ref. 149-A-2006) (El primero y último paréntesis son nuestro)

5.2.3.3. CITACIÓN PARA LA AUDIENCIA DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

Este Tribunal considera que de acuerdo a lo dispuesto en el último Inc. del Art. 143 L. Pr. F. y Art. 146 C. F. (reformados), el reconocimiento de la paternidad se deriva concretamente de la hipótesis que prevé la inasistencia del supuesto padre a la segunda cita que se le hiciere. Es precisamente en ese punto que deberá interpretarse si dicha norma se aplicó correctamente, al realizarse las citas en la forma en que se efectuaron.

La disposición mencionada refiere que la citación y comparecencia ha de ser personal. La comparecencia significa que no puede el supuesto padre delegar en apoderado general y/o especial para que lo representen en ese acto. Sobre este punto el precepto no ofrece ninguna duda.

En lo que respecta a la citación, es nuestro criterio que lo "personal" de la misma, no implica que dicha esquela de citación deba ser entregada directamente en manos de la persona citada, lo sería si interpretáramos literalmente el término "citación personal", pero consideramos que el término "personal" en el significado jurídico no se restringe únicamente a la entrega que directa o personalmente se haga al interesado, sino que también se refiere a otros supuestos o formas en que la cita es realizada y que se "equipara" al primer supuesto mencionado. La ley misma valida y acepta como personal la diligencia practicada en esos supuestos. Así tenemos que el Art. 208 Pr. C., reformado, establece tres formas de realizar los emplazamientos, que son:

1. Personalmente si el demandado fuere encontrado.

2. Por medio de su representante legal o procurador debidamente autorizado.

3. Por medio del curador especial en el caso del ausente. Art. 141 Pr. C. (diligencias que se han obviado en el proceso de familia, Art. 34 Inc. 4° L. Pr. F.). (...)

En cualesquiera de los casos mencionados, lo importante será realizar la diligencia en el lugar señalado y que éste sea donde realmente resida, trabaje o estudie la persona citada o emplazada. En ese sentido, la cita se toma como personal ya que se hace al interesado y no a su apoderado, en el caso que lo tuviere, asimismo es el notificador quien realiza personalmente la diligencia, es decir, no se hace por ningún medio especial o electrónico de los ya aceptados para facilitar dicho acto procesal, de conformidad al Art. 33 inciso último L. Pr. F. Tampoco se ha realizado por medio de edicto ni por el tablero del tribunal. Art. 34 Incs. 4° y 6° L. Pr. F.

(Cam. Fam. S.S. veintinueve de marzo de dos mil cinco. Ref. 180-A-2004)

5.2.3.4. DAÑO MORAL EN EL SUPUESTO DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

Es importante mencionar, que estas diligencias que la parte apelante afirma que sólo se promueven por una sola vez, tienen por exclusiva finalidad que el supuesto padre comparezca a la audiencia a manifestar si cree, acepta o niega la paternidad; su no comparecencia, el dar respuestas evasivas o negarse a la prueba sanguínea o el no comparecer por segunda vez, harán que la paternidad se tenga por reconocida, Arts. 146 C. F. y 143 L. Pr. F..

Efectivamente el hijo sólo puede promover dichas diligencias por una vez, como sucedió en este caso, en el cual como ya se dijo, la paternidad se tuvo por establecida por la no comparecencia del citado Sr. ***. En estas diligencias por lo tanto, dada su naturaleza y sencillez, no es posible entablar un verdadero debate (contradictorio), pues su único fin es establecer o no la paternidad, de ahí que no es posible solicitar en ellas una indemnización por daño moral y aunque se pidiese no procedería pues ello debe hacerse dentro de un proceso.

Al no proceder esa pretensión en ese momento, es lógico que deba hacerse posteriormente en un proceso autónomo -y no sólo dentro del proceso de Declaratoria Judicial de Paternidad, Art. 150 C. F.-, puesto que la paternidad ya se había atribuido previa y judicialmente al Sr ***, no pudiendo vedársele ese derecho a la peticionaria sólo porque no accionó en un proceso de paternidad, ya que ella optó por un trámite más sencillo previo a instar al proceso, lo cual ya no fue

necesario por cuanto que al no comparecer el citado, la paternidad le fue atribuida y es aquí precisamente donde debe aplicarse analógicamente lo dispuesto en el Art. 150 C. F. que establece que "si fuere declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrán derecho a reclamar indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar", es decir, esa acción la pueden ejercer posteriormente, de la misma manera, tratándose de diligencias de reconocimiento provocado. Arts. 8 y 9 C. F..

(Cam. Fam. S.S. trece de septiembre de dos mil cinco. Ref. 72-A-2005)[17]

5.3. DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

5.3.1. LEGITIMACIÓN.

De conformidad al artículo 150 C. F., dicho proceso puede ser incoado (tienen legitimación procesal activa) por: a) el hijo y b) sus descendientes, cuando hubiere fallecido el hijo. Y son legítimos contradictores, es decir, pueden ser demandados: a) el supuesto padre, b) sus herederos y c) el curador de la herencia yacente.

(Cam. Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007)

5.3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA. CURADOR DE LA HERENCIA YACENTE.

Efectivamente, al no haberse aceptado la herencia del causante por las personas llamadas a ello, de conformidad al Art. 988 del Código Civil; dicha herencia fue declarada yacente según certificación expedida por el Juzgado Segundo de lo Civil de San Salvador (fs. 6/8), por medio de la cual se legitimó la personería del Licenciado ***, en calidad de curador de la herencia que a su defunción dejó el de cujus, señor ***, consecuentemente dicho curador es el legítimo contradictor en el proceso, ya que por ministerio de ley ostenta la calidad de representante de la sucesión del de cujus y así se le ha nombrado.

En atención al principio de lealtad probidad y buena fe, presumimos que al momento de interponer la demanda la señora *** desconocía la existencia de la presunta heredera, hija del señor ***,

17. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado ALIMENTOS A FAVOR DE LA MUJER EMBARAZADA, numeral 13.3.1.2 de la parte sustantiva.*

la señora ***, quien pudo haber sido demandada no obstante no haber sido declarada heredera mediante las diligencias correspondientes. Art. 1160 C.C.. Sin embargo, dado que el emplazamiento del Licenciado ***, y la legitimación de su personería se ha comprobado no existe ningún vicio procesal que deba ser sancionado con nulidad. Por lo que consideramos válidas las actuaciones del aludido curador.

(Cam. Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007)

El tribunal (de primera instancia) por medio de la resolución de las quince horas cincuenta minutos del día ocho de julio del año en curso (fs. 22), tuvo por subsanada la demanda y previno nuevamente de conformidad al Art. 96 Pr. F. a la referida profesional para que acreditara en legal forma la Declaratoria de Heredero o de Curador de la Herencia Yacente correspondiente según el caso, ya que la acción de paternidad cuando el supuesto padre es fallecido, debe dirigirse contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente de conformidad al Art. 150 del Código de Familia.-(el paréntesis es nuestro)

La licenciada *** expresó, mediante escrito presentado el día ocho de agosto del año en curso (fs. 25), que en ese momento no le era posible presentar la declaratoria de herederos por no contar con tal documento, ya que aún no se había aceptado herencia; que en vista de ello desistía de la pretensión de Declaratoria Judicial de Paternidad de hijo (no nacido) y se continuara el proceso respecto a la pretensión de Declaratoria de Unión No Matrimonial.-

Por auto de las nueve horas cuarenta minutos del día trece de agosto del año dos mil ocho (fs. 26), el tribunal declaró inadmisible la demanda, por considerar que la recurrente no subsanó la prevención relacionada y que la declaratoria de heredero o de curador de la Herencia Yacente era necesaria en el proceso para las dos pretensiones, de unión no matrimonial y de paternidad.- (...)

Según resolución de las quince horas cincuenta minutos del día ocho de julio del corriente año (fs. 22) el tribunal previno a la demandante para que dentro del plazo de tres días subsanara la omisión en la demanda en el sentido de "acreditar en legal forma la Declaratoria de Heredero o Declaratoria de Curador de la Herencia Yacente correspondiente y según sea el caso, deberá acreditar las

generales de la parte demandada y lugar exacto para su emplazamiento". - Entendemos que la señora jueza resolvió de esa manera porque interpreta que los "presuntos herederos" no son los herederos a que se refiere el Art. 126 inc. 2º Pr.F., sino que deben ser "herederos declarados" o al menos que se haya tenido por aceptada la herencia, pues en el primer caso hay representantes definitivos del causante y en el segundo, interinos (Arts. 1166 y 1163 del Código Civil, respectivamente).- (...)

En relación al caso que nos ocupa, el Art. 126 inc. 2º Pr.F. dispone que cuando la declaratoria judicial de existencia de la unión no matrimonial se plantea en caso de fallecimiento de uno de los convivientes y se desconoce quiénes son los herederos (declarados) que lo representen, debe manifestarse esa circunstancia en la demanda y en su admisión debe ordenarse su emplazamiento para que comparezcan a manifestar su defensa.-

Por lo anterior, como primera providencia, antes de resolver sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda, la señora Jueza debió solicitar a la Secretaría de la honorable Corte Suprema de Justicia, que le informara si se han promovido diligencias de aceptación de herencia o de su declaratoria de yacencia y si existe testamento otorgado por el señor Oliverio Antonio Juárez García (Arts. 19 fracción 1ª y 21 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias), con el objeto de informarse si habían o no diligencias de aceptación de herencia o, en su caso, de declaratoria de yacencia de la herencia.-

Recibido ese informe, según el contenido del mismo, la juzgadora tendría elementos suficientes para adoptar la correspondiente decisión.-

En virtud de lo expuesto, consideramos procedente la revocatoria de la providencia impugnada y antes de resolver sobre la admisión de la demanda este Tribunal Superior deberá solicitar el informe relacionado.-

(Cam.Fam.Occ., cuatro de noviembre de dos mil ocho, Ref. N° 132-08-ST-F)[18]

18. *Esta sentencia se puede relacionar con el apartado denominado "Unión no Matrimonial. Legitimación pasiva", en el apartado 4.4 de la parte sustantiva.*

5.3.3. CAUSALES PARA LA PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

Ello es así porque la sentencia que se dicte en este proceso de declaratoria de paternidad pasa en autoridad de cosa juzgada. No obstante, en el caso de que la sentencia negare tal declaratoria –como en el sub júdice- por no haberse establecido dentro del proceso uno de los supuestos hipotéticos previstos en el Art. 149 C.F., bajo el cual se pretendía satisfacer la pretensión de paternidad, la parte actora conserva su derecho de iniciar nuevo proceso, replanteando la demanda bajo otro supuesto (hechos diferentes), siempre dentro de los señalados en el Art. 149 C.F., solicitando la declaración de paternidad, lo cual deberá ser probado en la audiencia respectiva.

(Cam. Fam. S. S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 121-A-2004)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., cuatro de julio de dos mil seis. Ref. 127-A-2005.

Cam. Fam. S. S., veinte de abril de dos mil siete. Ref. 107-A-2006

Del análisis de lo expuesto en autos y de la prueba biológica de no exclusión de paternidad y ADN se concluye que el menor *** es producto de relaciones sexuales que sostuvieron la demandante con el demandado, tal como lo refiere la primera en su demanda; siendo irrelevante que esas relaciones no fueran públicas y notorias entre la señora *** y el señor ***, como por ejemplo que hubieran sido el resultado de un noviazgo, o de una relación de convivencia entre el señor *** y la señora ***. De esa manera es comprensible que las fuentes colaterales del lugar donde trabajaban (Fs. ...) expresaran que en ocasiones los vieron salir juntos desconociendo hacia donde iban.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 52-A-2005)

De estas últimas disposiciones legales (Arts. 148, 149 y 150 C.F.), se colige que puede solicitarse la declaratoria judicial de paternidad cuando aquella resulte 1) de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre, 2) de su relación sexual con la madre en el período de la concepción, 3) de la posesión de estado de hijo o 4) de otros hechos análogos de los que se infiera la paternidad y 5) de la convivencia

durante el período de la concepción entre la madre y el pretendido padre. (...)

Ahora bien, en cuanto a lo afirmado en la demanda sobre que la señora ***, desde su adolescencia sostuvo una relación de padre e hija con el señor ***, tal versión no pudo ser comprobada, mediante la prueba presentada, basta recordar en este punto lo dispuesto en el Art. 198 C.F. respecto a la posesión de un estado familiar, según el cual dicha posesión de estado, consiste en un conjunto de hechos que armónicamente considerados, demuestran la filiación de una persona con su progenitor, y que para establecer dicho estado deberá comprobarse, entre otros hechos, que el padre ha tratado al hijo como tal, y que dicho carácter es reconocido por parientes, amigos, y vecinos; es decir, se refiere a una posesión notoria de ese estado familiar, hecho desvirtuado por la prueba testimonial presentada por ambas partes, quienes fueron unánimes al reconocer que desconocían la relación existente entre el señor *** y la señora ***, mucho menos la reconocían como hija de éste, (...)

No obstante que el presente proceso era de declaratoria judicial de paternidad, la comprobación de la posesión del estado familiar de hija, hubiera sido un elemento importante, según el Art. 149 del Código de Familia, que de comprobarse, hubiera podido contribuir al establecimiento de dicha filiación, con mayor razón si fue uno de los elementos mencionados en la demanda que se pretendía comprobar para establecer la filiación reclamada.

(Cam.Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007) (El paréntesis nos pertenece)

5.3.4. PRETENSIONES CONEXAS Y ACCESORIAS DE LA DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

5.3.4.1. ALIMENTOS

Debemos aclarar que en los casos de Declaratoria Judicial de Paternidad, el título que acredita los alimentos nace a partir de la sentencia, razón por la cual aquéllos se deben desde el momento en el que la sentencia quede firme (sin perjuicio del contenido del Art. 83 L.Pr.F.) y por ello no es posible admitir una apelación sobre ese punto en el efecto devolutivo, pues dichos puntos aún están en discusión,

existiendo la posibilidad de que la sentencia sea anulada, revocada o modificada en esos puntos. De igual manera se razona respecto de la indemnización por daño moral.

(Cam.Fam. S.S. veintitrés de febrero de dos mil cinco. Ref. 160-A-2004)

Relaciones: (Cam.Fam. S.S. siete de junio de dos mil cinco. Ref. 79-A-2004)

El proceso se recibió oficialmente el treinta de junio del corriente año, fs.... del incidente, y habiéndose percatado ésta Cámara que no aparecía en el proceso (declaratoria judicial de paternidad) que se hubiese certificado lo conducente para llevar adelante la ejecución provisional de la providencia alimentaria, aspecto que causa ejecutoria, no obstante la interposición del recurso (que impugna la declaratoria judicial de paternidad establecida), art. 83 L.Pr.F.; por auto, del cuatro de los corrientes, fs. ... ibid., se ordenó devolverlo, para el efecto indicado, y retornara inmediatamente, para conocer del recurso (...)

(Cam.Fam.Ote., veintinueve de agosto de dos mil seis. Ref. AP.55(30-06-06)) (Los paréntesis nos pertenecen)

(...) con la contestación de la demanda y los documentos que le acompañaban se probó que el objeto de la pretensión se encontraba satisfecho, volviendo inepta la demanda que dio inicio al proceso no siendo procedente aplicar lo prescrito en el Art. 141 L. Pr. F; por cuanto antes de que se entablara la relación jurídica procesal se había reconocido la paternidad, es decir que se estableció antes que se conformara la litis.

Tal pronunciamiento no obsta para que en un proceso autónomo se puedan ventilar los derechos que derivan de la filiación tales como alimentos o régimen de comunicación, por cuanto como es sabido este tipo de decisiones no afectan el ejercicio de estos derechos, mismos que no fueron solicitados con la demanda para que pervivieran y pudieran ser conocidos, aunque la filiación se hubiere establecido previamente.

(Cam.Fam.S.S., veintidós de noviembre de dos mil siete. Del voto discordante de la Licda. Rhina Elizabeth Ramos González Ref.: 71-A-2007).

5.3.4.2. DAÑO MORAL OCASIONADO POR LA DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

5.3.4.2.1. GENERALIDADES

El daño moral, por su naturaleza personal, sólo puede ser reclamado por quien lo ha padecido, lo anterior implica que en la mayoría de los casos interviene el directamente afectado y excepcionalmente en otros casos el también indirectamente afectado; además es de contenido extraeconómico, que se constituye como una parte de la concepción genérica de la reparación del daño.

Relación *(Cam. Fam. S. S. veintitrés de febrero de dos mil cinco. Ref. 160-A-2004)*

En el daño moral, se distinguen dos aspectos importantes:

1. Que es de naturaleza personal, pues sólo puede ser reclamado por quien lo ha padecido. Lo anterior implica que en la mayoría de casos interviene aquel directamente afectado; excepcionalmente el indirectamente dañado; y
2. Tiene un contenido extraeconómico, o sea, que se constituye como una parte de la concepción genérica de la reparación del daño.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 52-A-2005)

En el presente proceso el resultado, de A.D.N., practicado en primera instancia y cuyo resultado corre a fs. 73/77, excluyó al demandado como posible padre del menor, razón por la cual el Lic. *** solicita indemnización por daño moral a favor del demandado, pero es de hacer notar que en el caso de la declaratoria judicial de paternidad cuando existe derecho a pedir la indemnización por daño moral, se establece a favor de la madre y el hijo, exigiendo como prueba únicamente que se compruebe el rechazo que han sufrido por parte del padre, pero la legislación familiar no contempla el daño para el demandado, en el caso en el que no se prueba la paternidad –tal como ha sucedido en el sub lite- por lo que esta Cámara considera que los daños o perjuicios que tenga que reclamar el Sr. *** deben sustanciarse en otra vía judicial, debiéndose probar la intención o dolo con que actuó la demandante, sin dejar de tomar en cuenta que en los procesos de paternidad es

realmente el derecho del hijo y no de la madre el que está en discusión, salvo en lo que respecta a la indemnización propia.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 21-A-2006)

5.3.4.2.2. DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN LOS SUPUESTOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

El hecho que el demandado haya privado a la menor de su derecho a la identidad y consecuentemente de otros derechos derivados de la Filiación paterna negándole su apoyo constituye una afectación en los sentimientos de la niña, como a fs..., la niña expresó que no mantiene ningún tipo de relación con su padre y que nunca ha recibido ningún tipo de ayuda económica de su parte (...)

(Cam. Fam. S. S. trece de febrero de dos mil cinco. Ref. 70-A-2004)[19]

Como lo ha sostenido esta Cámara en fallos precedentes, el daño moral consiste en la afectación extra-económica o extra-patrimonial que sufre una persona en sus emociones y más íntimos sentimientos por el actuar de otra y cuya prueba es de difícil obtención, daño que generalmente queda establecido a partir del hecho antijurídico que lo genera, en este caso la negativa del padre a reconocer voluntariamente a su hija, negándole el derecho a su identidad, a la filiación paterna y a ser protegida y apoyada por él, teniendo que recurrir al órgano jurisdiccional para establecer su filiación, aunque en el sub lite se menciona que en un principio y posteriormente conminado bajo diligencias administrativas (PGR), el Sr. *** aportó ayuda económica a su hija, aunque no la reconoció expresamente como su hija, tácitamente al apoyarla económicamente reflejaba esa aceptación, situación que no fue probada con la documentación pertinente, ni era suficiente –a nuestro juicio- como erróneamente lo afirma el Lic. *** para tener por establecida la paternidad y asentar ese reconocimiento. Arts. 143 y 198 C. F.. (...)

19. *Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD., numeral 5.3.4.2.4; COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL DEMANDADO Y NEGATIVA DE SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN., numeral 5.3.5, ambos de la parte sustantiva.*

En este orden de ideas podemos concluir que el daño moral sufrido estriba en que a la menor ***–ahora mayor de edad-, no obstante haberle "ayudado" económicamente, nunca fue reconocida por el Sr. ***, privándola del afecto que todo padre debe otorgarle a su hijo (a), ya que el simple hecho de ayudar económicamente a una hija, no significa una atención integral, por el contrario, puede interpretarse como una actitud obligada, como un gasto más, pero nunca como una actitud voluntaria que lleve imbíbitos lazos afectivos de un padre hacia una hija.

El sólo hecho de no reconocerla y no relacionarse con ella, ha ocasionado un daño moral, por cuanto la demandante creció teniendo conocimiento que su padre era aquél que le daba *** COLONES AL MES y que en ocasiones se atrasaba, debiendo ser ella quien tenía que buscarle para que le brindase ayuda económica, la cual no recibió desde abril de dos mil dos por decisión del Sr. ***. Si bien no es necesario que el padre viva bajo el mismo techo de los hijos, sí lo es que se relacionen entre sí para fomentar la solidaridad, lazos afectivos y fraternos filiales entre ellos.

La indemnización por daño moral se refiere a la afectación ocasionada a la hija por haberle negado el padre su filiación, sabiendo que lo era, además el perjuicio que sufren los hijos se incrementa según la edad, al no conocerse en el ámbito de sus relaciones familiares, sociales, educativas, etc., como hija de su padre.

(Cam. Fam. S.S., veinititrés de junio de dos mil seis. Ref. 36-A-2005)

La actitud del demandado frente al menor y sus responsabilidades como padre, tanto afectivas como económicas, son prácticamente nulas y en ese sentido se puede vislumbrar que tal negativa le causa un agravio real a ***, siendo éste el más deseoso de ser reconocido y mantener una relación afectiva con el padre, quien según consta a fs. ..., en las entrevistas que le realizaron los miembros del equipo multidisciplinario, expresamente manifestó no tener interés de relacionarse con ***, esa actitud sumada al no reconocimiento de su hijo, negándole su apoyo, el derecho a su filiación, nombre e identidad, configuran un daño en lo más íntimo de los sentimientos del hijo, procediendo confirmar el punto de la sentencia que declaró la indemnización por daño moral

a favor de *** por la suma de ***, cantidad que se hará efectiva en la forma dispuesta por la a quo.

(Cam. Fam. S. S., siete de febrero de dos mil siete. Ref. 80-A-2006)

5.3.4.2.3. DAÑO MORAL A FAVOR DE LA MADRE EN LOS SUPUESTOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

Considerando que desde que el Sr *** tuvo conocimiento del embarazo de la Sra *** le negó su apoyo y el reconocimiento de su obligación, desde ese momento existió un daño moral hacía la demandante, quien tuvo que afrontar sola con la ayuda de su familia su embarazo y el nacimiento de su hija, pues no contó con el apoyo moral, espiritual y económico del demandado, como era lo correcto, pese a su condición de casado. Es más el demandado se ha excusado en su estado familiar para dudar de su paternidad y de la moralidad de la demandante, es decir que por haber creído la demandante en los sentimientos exteriorizados por él y en la supuesta infelicidad conyugal del demandado, le hace inferir que su moralidad está en entredicho y por lo tanto puede sostener otra u otras relaciones maritales; argumento propio de una mentalidad estereotipada y discriminatoria, propia de sociedades como las nuestras. Ante ello, cabe acotarse, que sí bien es cierto la relación sexo-afectiva de las partes se encontraba al margen de las conductas esperadas dentro del matrimonio, del señor *** debe tomarse en cuenta la duración de esa relación, que en manera alguna podría calificarse de efímera o circunstancial, debiendo ambos asumir las responsabilidades y consecuencias de sus propios actos, lo que hizo la demandante, no así el señor ***, quien con su conducta e indiferencia, afectó los más íntimos sentimientos de la señora *** de quien no puede decirse que por su condición de madre soltera no ha sufrido el rechazo y la humillación al no ser apoyada afectivamente por el padre de su hija, con lo que además de llevar el estigma de madre soltera se le recrimina el hecho de tener un hijo de un hombre casado.

Que el daño moral, aunque de difícil comprobación no estriba en que el demandado haya hecho promesas o no a la señora *** sino en mantener una relación por más de cuatro años a consecuencia de la cual se engendró una hija a la que éste no quiso reconocer dudando

de su paternidad, precisamente por ser él un hombre casado. En la apelación se alega además que por ese hecho no podía controlar la vida sexual de la señora ***; tal afirmación coloca a la demandante y a la esposa misma del apelante en una relación de desconfianza entre iguales y de dependencia, cuya conducta ha de ser supervisada por el cónyuge o conviviente.

De lo expuesto podemos concluir que el rehuir y desconocer a la hija producto de su relación con la demandada, ocasionó los daños reclamados, sin que exista causa justificada o dudas fundamentadas para ese accionar ilegítimo con lo que se acredita la pretensión de la señora ***.

(Cam. Fam. S. S. cuatro de marzo de dos mil cinco. Ref. 88-A-2004)

Con respecto a la falta de reconocimiento, se ha sostenido doctrinariamente que el derecho vulnerado es el relativo a la personalidad, la falta de identidad respecto del hijo, reconocido en los Arts. 350 y 351 C.F. Sobre el daño moral a favor de la madre no hay uniformidad en los criterios doctrinarios e incluso se ha sostenido que ésta no puede más que reclamar daño material; pero en nuestra legislación dicha discusión resulta innecesaria en tanto la misma ley ha reconocido el derecho de la madre para solicitar indemnización por daño moral a su favor Arts. 2 Cn. y 150 C.F.; en ese sentido esta Cámara entiende que el derecho lesionado, no es otro que la afectación en los sentimientos y dignidad de la mujer al tener que instar la intervención judicial para lograr que su hijo obtenga el emplazamiento filial que reclama y que por lo tanto, no es valuable pecuniariamente, porque se trata de una vulneración a la esfera íntima de la Sra. ***. No obstante la jurisprudencia nacional y extranjera, consideran que ese daño es resarcible económicamente, dejando a la prudencia del juzgador la fijación de su monto dadas las circunstancias de cada caso.

(Cam. Fam. S. S., veintiséis de enero de dos mil seis. Ref. 174-A-2005)

5.3.4.2.4. PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

Por otro lado, la idea de la declaratoria de la unión no matrimonial (Art.118 C.F.) como requisito indispensable para el goce de la indemnización estipulada en el Art. 150 C.F., por motivo de la declaratoria judicial de paternidad, no es atendible jurídicamente pues no tiene nada que ver con la declaratoria de paternidad. Es cierto, que dentro del proceso de declaratoria de paternidad, pueden alegarse y demostrarse hechos de convivencia, entre otros motivos (v.gr. posesión de estado de hijo) como presupuesto para determinar la paternidad. Sin embargo, no es necesario, que se declare la unión no matrimonial, para luego, gozar del derecho a la indemnización prescrita en el Art. 150 C.F. pues esta puede pedirse en todos aquellos casos en que existiere una negativa o una falta de reconocimiento de la paternidad.

(Cam. Fam. S.S. trece de febrero de dos mil cinco. Ref. 70-A-2004)[20]

De lo dicho se advierte que ha existido cierto grado de apoyo material por parte del demandado hacia la madre del menor ***, lo cual no implica que no se haya configurado en el proceso el daño moral alegado por la demandante, pues el Sr ***, nunca reconoció a su hijo, pese a que además de conocer su nacimiento, se iniciaron diligencias de reconocimiento provocado como consta a fs. ... y no requería una petición expresa de la demandante, sin dar razones válidas para no efectuar el reconocimiento, negándole al hijo la identidad paterna y dudando que la madre en esa misma época se relacionara con otro hombre, sin fundamentar esas afirmaciones; lo que ha producido una afectación a sus sentimientos, puesto que confió en que el demandado la apoyaría y reconocería la paternidad de su hijo.

(Cam. Fam. S.S. veintitrés de febrero de dos mil cinco. Ref. 160-A-2004)

20. *Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN LOS SUPUESTOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.2 y COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL DEMANDADO Y NEGATIVA DE SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN., numeral 5.3.5, ambos de la parte sustantiva.*

El artículo anterior (refiriéndose al ARt. 150 inc. 2° C.F) encuentra base constitucional en el Art. 2 inc. 3° Cn., que expresa: "... ***Se establece la indemnización conforme a ley, por daños de carácter moral".*** Esta Cámara ha sostenido en pretéritas sentencias que la omisión de reconocer a un menor, implica una afectación sentimental para la madre y el (la) hijo (a), la cual debe ser evaluada a efecto de determinar si procede o no la indemnización. No se evalúa el estado psicológico de la solicitante y su hijo (a), sino más bien las condiciones en las cuales ocurre la situación, ya que podría darse el caso en que el reconocimiento no se diera por omisión u oposición de la madre, por no comunicar al padre su estado de gravidez, no teniendo lugar en este caso la indemnización. (...)

Contrario a lo que sostuvo en la contestación de la demanda, el Sr. *** al ser entrevistado por la Licda. *** (fs. ...), aceptó haber sostenido relaciones sexuales con la Sra. *** desde enero de dos mil cuatro hasta marzo del mismo año; que ambos tenían pareja formal, por lo que cuando la demandante le informó que estaba embarazada no le creyó, luego perdieron todo tipo de contacto.

Entonces, el mismo Sr. *** aceptó conocer del embarazo de la Sra. ***, ante lo cual tomó una actitud negativa al no creerle, argumentando que ella tenía "novio formal", pero en el proceso no probó que efectivamente en ese momento la demandante mantuviera relaciones sexo afectivas con otra persona, lo cual hubiera podido generar una duda razonable de su paternidad respecto de la menor ***.

Aún y cuando el demandado no se negó a someterse a la prueba de A.D.N., se estableció su negativa a colaborar y apoyar a la Sra. ***cuando ésta le manifestó su estado de gravidez, teniendo que afrontar sola su maternidad, por lo cual consideramos que independientemente del compromiso del demandado con su conviviente debió asumir de manera responsable su paternidad y al no hacerlo efectivamente se ha causado un daño moral o afectación a los sentimientos de la Sra. ***, el cual deberá ser resarcido por el Sr. ***.

(Cam. Fam. S. S., diez de marzo de dos mil seis. Ref. 135-A-2005)

Es importante señalar que en el escrito de apelación se acepta la procedencia de la indemnización por el daño moral y sólo se discute

el quantum de la misma, lo que no está condicionado per se a la capacidad económica del obligado, pues su fijación queda librada a la discrecionalidad del juzgador (a), puesto que la ley no establece reglas para ello; por tanto para su establecimiento ha de tomarse en consideración entre otros aspectos la gravedad del daño, la edad del hijo o hija y las condiciones de vida de ambos progenitores y del hijo(a). La cantidad que se impuso en este proceso (***) debe ser factible de pago, por cuanto, las sentencias deben cumplirse (...)

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de octubre de dos mil seis. Ref. 214-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., once de diciembre de dos mil seis. Ref. 218-A-2005

Cam. Fam. S. S., doce de julio de dos mil siete. Ref. 206-A-2006.

Además de lo anterior es preciso valorar el comportamiento procesal del demandado a lo largo del proceso, el cual podemos calificarlo como pernicioso, lo que no abona en nada a la solución del conflicto; se ha pretendido atenuar el mismo haciéndolo ver como producto de un problema de salud cerebral consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido en el año de mil novecientos noventa; es decir, previo al nacimiento de *** (siete de noviembre de mil novecientos noventa y tres); sobre ello los compañeros de trabajo del demandado afirmaron a la Trabajadora Social que a raíz de dicho accidente éste presentó problemas neurológicos que afectaron sus relaciones interpersonales, al adoptar actitudes de agresividad y hostigamiento –es decir problemas de carácter-, pero no refieren que a consecuencia de ese evento el demandado haya perdido suscapacidades mentales; es más, el hecho de que continuase laborando, lo ubican en una condición de capacidad mental que le permite discernir sobre sus actos ya que difícilmente se le permitiría ejercer su profesión (Doctor en Medicina) si tuviese algún tipo de limitante mental, dado lo delicado de su ejercicio y de lo cual nada refirieron las fuentes colaterales, lo que nos hace presumir fuertemente que el demandado no presentó la incapacidad alegada, de ser así difícilmente se permitiría en un Hospital Nacional que ejerciera su profesión; puesto que sus colegas serían quienes se encontraban en mejores condiciones (por sus conocimientos médicos)

para apreciar la discapacidad alegada, por lo que no resulta lógico afirmar que su capacidad mental se había reducido, pues de ser así no se le hubiese permitido laborar, lo único que se afirma es que por ello el demandado presenta conductas de agresividad, lo que no podemos asimilarlo a una capacidad mental reducida.(...) A pesar de lo anterior, el estudio psicológico practicado por el Lic. ***, concluyó que el demandado es una persona normal, consciente y responsable de sus acciones; en ese sentido y aunado a lo dicho en los párrafos precedentes, no resultan valederas las afirmaciones realizadas en la apelación que pretenden colocar al demandado en una especie de inimputabilidad y que por esa condición se le excluya de responsabilidad; por otra parte, tal como lo afirmó la Licda. ***, el demandado no ha sido declarado incapaz, es más realiza labores ordinarias como su ejercicio profesional de médico sin ningún tipo de limitante; en consecuencia es improcedente eximir de responsabilidad al Sr. ***, máxime cuando consta que el niño *** durante casi trece años careció de filiación paterna y que el Sr. ***, frente al embarazo de la Sra. ***, asumió una actitud totalmente pasiva, despreocupándose de la situación y condición de la demandante y de su hijo. Debemos resaltar que según refirió el citado niño a los profesionales del Equipo Multidisciplinario, fue hasta la audiencia preliminar que conoció a su padre, habiendo carecido durante todo este tiempo de los cuidos, protección y afecto de su padre, a pesar de que aquél conocía de su existencia, ello sin duda ha generado un daño en la psique de ***, que merece ser reparado y aún cuando el mismo no puede ser valuado económicamente, constituye un aliciente para la reparación del daño infringido.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de febrero de dos mil siete. Ref. 132-A-2006)

(...) debe existir una proporcionalidad y racionalidad entre el hecho que se pretende reparar y la medida reparadora (indemnización) y aún cuando en autos no se presentó ningún medio que acredite cual es la condición del demandado, ni se hizo reparación en el monto reclamado como daño moral, pues se pide la suma de *** DOLARES ($***) globales para daño moral y material, consecuentemente es procedente decretar la indemnización por daño moral considerando que durante cuarenta y cuatro años el señor *** careció de filiación

paterna (derecho al uso del apellido paterno en sus relaciones familiares y sociales); pero minimizando el daño por el hecho de haber reconocido públicamente desde su adolescencia que el señor *** era su hijo (posesión notoria de estado de hijo), aún cuando prescindió hacerlo de forma legal.

(Cam. Fam. S.S., veinticuatro de abril de dos mil siete. Ref. 231-A-2006)

6.- Que sobre el primer aspecto, la Cámara es del criterio que procede en el caso *sub judice* imponer una condena indemnizatoria al demandado, por las razones siguientes: a) porque si bien el demandado reconoció voluntariamente al demandante mediante escritura pública, dicho reconocimiento fue tardío, en el sentido que se realizó antes de la contestación de la demanda, pero después de la presentación de la misma; habiendo esperado 20 años, para hacer dicho reconocimiento, presumiblemente bajo la presión de la demanda presentada, de la cual probablemente tuvo conocimiento extrajudicialmente, antes de ser emplazado; b) porque si bien en la sentencia pronunciada formalmente hubo un acto de tener por reconocido al demandante, tal pronunciamiento para todo efecto práctico equivale a una declaración judicial de paternidad.

(Cam. Fam. Ote., veintidós de diciembre de dos mil ocho. Ref. AP. 191(17-12-08) CJ.3)[21]

5.3.4.2.5. RELATIVIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

Ahora bien, en repetidas ocasiones esta Cámara ha sostenido que la omisión de reconocer a un hijo y hacerlo hasta que se inicia el proceso de declaratoria judicial de paternidad, ante el Tribunal competente, no desvirtúa por si sola la responsabilidad por el daño moral ocasionado a la madre y al hijo(a) ya que para que se de el reconocimiento fue necesaria la promoción del proceso, lo que implica un desgaste no sólo de la actividad jurisdiccional, sino también para la parte accionante –en este caso para la Sra. ***-, pudiendo reconocerla

21. *Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: RELATIVIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.5 de la parte sustantiva.*

sin necesidad de seguir el proceso, por lo que el actuar del demandado debe ser evaluado a efecto de determinar en cada caso concreto si procede o no la indemnización. (...)

Cuando exista duda respecto de la paternidad que se atribuye, esa duda debe tener asidero en hechos probados y no ser producto de la simple imaginación del supuesto padre o en el peor de los casos de su deseo de no obligarse para con el hijo(a), puesto que en el caso concreto es razonable pensar que debido a que en la época de la concepción ambas partes compartían por diferentes circunstancias la misma casa, lugar donde también sostuvieron relaciones sexuales, era muy probable pensar que el demandado fuera el padre de la criatura, a menos de que se probase que la madre (en esa época menor de edad), mantuviera una relación sexual con otra u otras persona(s), lo que no se estableció en autos, sin embargo debe ponderarse la disponibilidad –en principio- del demandado de colaborar con los gastos de la menor y responsabilizarse de la paternidad siempre y cuando el resultado del ADN. fuere positivo, lo que a nuestro juicio no constituye un reconocimiento tácito de la niña. (...)

En consecuencia, analizadas las circunstancias del caso, la actitud omisa del demandado frente a sus responsabilidades como padre, tanto afectivas como económicas, podemos vislumbrar que la negativa al reconocimiento fue motivada por hechos no comprobados en el proceso. Sin embargo dicha negativa no fue expresa ni categórica, sino más bien condicionada –desde el principio- al resultado de la prueba de ADN., estando dispuesto el demandado a someterse a dicha prueba y dependiendo del resultado asumir su responsabilidad, esa circunstancia atempera la negativa e incide en el quantum de la indemnización fijada a favor de la Sra. *** y su menor hija reduciendo la cantidad establecida, tomando en cuenta además las condiciones de vida de cada una de las partes y la efectividad en el pago de la indemnización.

(Cam.Fam.S.S., nueve de junio de dos mil seis. Ref. 5-IV-2005)

Este tribunal sostiene que en casos como el sub lite se debe analizar la situación fáctica planteada y el material probatorio tomando en cuenta las consideraciones siguientes:

- En las relaciones sexuales esporádicas cabe la duda razonable acerca de la paternidad, independientemente de la condición o estado familiar de los involucrados.
- No toda duda amerita exonerar de la responsabilidad en la indemnización por el daño moral a la madre y/o al hijo/a.
- Debe tratarse – en realidad – de una duda razonable fundada en hechos probados o actitudes o gestiones realizadas para desvirtuarla, lo cual variará en cada caso concreto.
- Para desvirtuar esa duda y poder exonerar de la indemnización correlativa, el que la alegue tiene que relatar los hechos en que fundamenta la expresada duda, y probar tales hechos, con expresión de las gestiones pertinentes realizadas para despejar la mencionada duda. (...)

De lo expuesto se advierte el comportamiento irresponsable del demandado, quien siendo casado sostuvo relaciones con la demandante sin tomar ningún tipo de precauciones para evitar un embarazo no deseado. La señora *** también tiene culpa en la consecuencia de esas relaciones y por ello la indemnización por el daño moral deberá ser proporcional al comportamiento de cada uno de los progenitores del niño de quien se trata. Es decir que esos comportamientos – de la demandante y el demandado – no justifican que el señor *** sea exonerado de indemnizar el daño causado al niño *** y a la madre de éste; pues al sostener relaciones sexuales con la demandante en la forma en que lo hicieron fue natural el embarazo producto de esas relaciones. Poco importa a ese respecto las dudas afirmadas por el demandado. Por otra parte el hecho de que la señora saliera acompañada en el mismo período que se dio la concepción con otra persona de sexo contrario; lo que fue aceptado por ésta a Fs. ..., aunque negó que tuviera relaciones con esa persona; aun y cuando esto pudo generar duda en el demandado respecto de su paternidad, no lo excluye de la sanción legal, en tanto que la demandante como cualquier mujer puede aceptar el ser acompañada de persona del sexo contrario y ese sólo hecho no da lugar a prejuzgar que han tenido relaciones sexuales. Aceptar ese hecho sería sentar nefastos precedentes para casos futuros.

Respecto a la duda de la paternidad del menor *** expresada por el señor *** ante la Procuraduría General de la República (Fs. ...), no basta para soslayar la responsabilidad familiar, que únicamente exprese

la duda acerca del nexo biológico filial, aunque fuere razonable. Es preciso que el pretendido padre que alega la duda, narre los hechos en que la fundamenta; y además, es necesario que los compruebe, relacionando las acciones positivas que realizó ante las instancias administrativas y judiciales para desvirtuar esas dudas. Amén de los esfuerzos extrajudiciales para practicarse las pruebas científicas tendientes a desvanecer esas dudas, pues no es razonablemente válido exponer la duda y observar una conducta evasiva u omisiva frente al problema: esa conducta no es propia de un buen padre de familia y debe ser sancionada en el fallo.

Dicha duda en el *sub lite* podría haberse aceptado si el demandado hubiese realizado actos tendientes a desvirtuarla. En consecuencia la responsabilidad del demandado sólo será atemperada, pero no exonerada, pues como ya se dijo ambas partes realizaron comportamientos irresponsables, y será en esa medida que se otorgará a la madre la indemnización por el daño moral.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 52 - A - 2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., once de diciembre de dos mil seis. Ref. 218 - A - 2005

(...) Efectivamente, como lo sostiene el juez a quo, no se comprobaron las conductas por las que el demandado se negó a reconocer al señor ***, ni en qué momento éste se dio cuenta de la existencia de su hijo, pero esas circunstancias si bien atenúan el grado de responsabilidad no lo eximen, por cuanto el mismo apelante reconoce en la contestación de la demanda, así como en la contestación de los argumentos de la apelación, que tenía conocimiento de la existencia del señor ***, a quien incluso le dio el trato de hijo, pero a pesar de ello no lo reconoció legalmente como tal, al omitir asentarlo como su hijo en el Registro respectivo; por otra parte el mismo apelante reconoce en la contestación de la demanda que ha sostenido al señor *** como su hijo, estado familiar que también reconoció (aceptó) su familia(Fs...); ello a nuestro criterio es una confesión de la omisión de la conducta esperada, cual es haber efectuado el reconocimiento del hijo sin que hubiese sido necesario instar a la actividad del órgano jurisdiccional.

Se manifiesta en la demanda y se acepta en la contestación que el señor *** públicamente trató al señor *** como su hijo, esto en alguna medida disminuye el daño moral; pero también podemos inferir que el sólo hecho de no haber reconocido legalmente al señor *** implicó un trato desigual con los restantes miembros del grupo familiar y una vulneración de los derechos reconocidos en la Constitución, la Convención Sobre los Derechos del Niño y las leyes secundarias, Arts. 351 N° 3 C.F..

(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de abril de dos mil siete. Ref. 231-A-2006)

(...)somos del criterio que la madre del menor si bien se ha visto afectada por la falta de reconocimiento de su hijo, y por las dudas que manifestó tener sobre ella el demandado aduciendo la existencia de otras parejas de ella, también se debe valorar el hecho irrefutable y comprobado en el proceso que recibió apoyo económico por parte del señor *** durante su embarazo y a la hora del nacimiento del menor, aportando incluso el demandado ayuda económica en efectivo para el menor los primeros meses de vida de éste, ayuda que después se disminuyó en aportes en especies para el mismo. Asimismo, el menor si se ha visto afectado por la negativa de su padre a reconocerlo, hasta que se activó el Órgano jurisdiccional pero únicamente con respecto al reconocimiento de paternidad, ya que como lo hemos mencionado ut supra, ha recibido apoyo económico de su padre, es decir, que no puede decirse que ha existido un desamparo o un abandono por parte del demandado para con su menor hijo, ni tampoco desatención absoluta a su rol de padre, aunque no lo haya reconocido.

(Cam. Fam. S. S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 188-A-2006)

Que en cuanto al monto indemnizatorio establecido, la Cámara es del criterio que adolece del defecto que la a quo lo fijó sin ocupar los parámetros para su determinación. La jurisprudencia de la Sala de lo Civil ha sido clara, al respecto, en precisar que queda librada a la prudencia y ecuanimidad del juzgador determinar el monto indemnizatorio pero para fijarse debe actuarse con sentido de equilibrio a efecto de no incurrir en exceso o defecto. Algunos elementos objetivos que

pueden tomarse en consideración para fijarlo, según la jurisprudencia, son: la edad del hijo; las condiciones personales, la situación familiar y la relación social de la victima; la tranquilidad y la paz perturbadas como signo de convivencia. En el caso *sub judice* es difícil valorar la mayoría de estas circunstancias porque las partes no aportaron pruebas sobre tales extremos; sin embargo, del estudio de todo el proceso, se infiere que el demandado, en comparación con el actor tiene condiciones personales desventajosas, pues mientras el actor es una persona de 21 años de edad, el demandado es ya un adulto mayor que según se alegó en la contestación de la demanda y en el escrito de apelación, se encuentra bastante enfermo. Vale subrayar que si bien las pruebas sobre este punto presentadas por el impetrante son extemporáneas, la parte actora en ningún momento se pronunció desvirtuándolos. Además, el demandado es prácticamente iletrado, (fs. 58 vto. ibid). Y no se ha probado que tenga una capacidad económica sólida, en cuanto a ingresos y propiedad de bienes, ya que ni siquiera pudo hacerse efectiva la anotación preventiva de la demanda (fs. 44 ibid).

Que no obstante lo anterior, la Cámara reconoce el derecho del demandante a ser indemnizado por no haber sido reconocido oportunamente, lo cual indiscutiblemente, le ha ocasionado daños morales, no habiéndose establecido, mediante el mecanismo correspondiente que se le hayan ocasionado daños materiales.

(Cam. Fam. Ote., veintidós de diciembre de dos mil ocho. Ref. AP. 191(17-12-08) CJ.3) [22]

5.3.4.2.6. DESESTIMACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

En relación a lo que sostiene el Lic. *** sobre el reconocimiento de paternidad "intra proceso" cuando ya existe un resultado de la prueba de A.D.N., en pretéritas sentencias esta Cámara ha sostenido que la omisión de reconocer a un hijo (a) hasta que se inicia el proceso de declaratoria judicial de paternidad, implica efectivamente un desgaste

22. *Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD., numeral 5.3.4.2.4 de la parte sustantiva.*

y afectación emocional, tanto para la madre como para el hijo (a). En la especie, se debe valorar si la Sra. *** y la menor ***han sufrido el daño alegado, a efecto de decidir si procede la indemnización, pues dentro del proceso el Sr. *** no mostró un total rechazo hacia la menor, sino que desde la contestación de la demanda expresó que estaba dispuesto a reconocer a la menor siempre y cuando mediara la prueba científica del A.D.N., pues tenía dudas sobre la paternidad debido a que no obstante la Sra. *** se separó de su esposo, éste continuaba viviendo en la misma casa que la demandante. (...) A pesar de las particulares circunstancias en que la niña fue concebida, el demandado mostró dentro del proceso disponibilidad de colaborar con los gastos de la menor y responsabilizarse de la paternidad siempre y cuando el resultado de A.D.N. fuere positivo, lo que a nuestro juicio es una negativa justificada a realizar el reconocimiento de la niña, quien fue concebida en una época en la cual la Sra. *** no se había divorciado de su esposo y al mismo tiempo sostenía relaciones sexuales con el Sr. ***. (...)

Aunque efectivamente ha existido una negativa por parte del demandado a reconocer a la menor ***, éste se ha condicionado –desde el principio- al resultado de la prueba del A.D.N., pues la duda del Sr. *** surgía a raíz de que la demandante vivía en la misma casa con su esposo, por lo que debe considerarse que existió cierto grado de acercamiento entre ellos que dio lugar a esa duda, es más, cuando la niña nació la demandante continuaba casada con el Sr. ***. Consta además a fs. ... en la declaración rendida por la testigo ***, que el Sr. *** ha visitado en tres ocasiones a la menor ***, lo que demuestra cierto grado de interés del demandado en conocer y saber de la niña, por lo que no es procedente confirmar el punto que declaró la indemnización por daño moral hacia la menor y la madre Sra. ***.

(Cam. Fam. S. S., nueve de mayo de dos mil seis. Ref. 177-A-2005)

Esta Cámara considera que la absolución de tal pago - indemnización del daño moral- procederá en aquellos casos en los que el padre demuestre haber realizado las gestiones pertinentes encaminadas a despejar las dudas respecto a la paternidad que se le atribuye o que pueda atribuírsele, caso contrario, como el sub lite, en el que es evidente el desinterés del Sr. *** por atender a su hijo desde el momento de

la concepción hasta en la actualidad no es procedente relevarlo del pago de esa indemnización, aun y cuando debe considerarse que al momento del embarazo y parto era menor de edad y la madre era mayor de edad,(...)

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de julio de dos mil siete. Ref. 203-A-2005)

En el *sub lite,* los hechos alegados en la demanda respecto a la pretensión de declaratoria judicial de paternidad no encajan en la hipótesis legal prevista en el Art. 150 C. F. inciso final, por cuanto el Sr. *** reconoció voluntariamente al niño ***, el día veintidós de junio de dos mil seis, según consta de la copia del testimonio de Escritura Pública de Reconocimiento, agregada a fs. ..., celebrada ante el notario **** y presentado al Registro del Estado Familiar de esta Ciudad el veintiséis de junio de ese mismo año, según consta del boleto de presentación agregado a fs. ... Además a fs. ...se agregó la certificación de la partida de nacimiento del menor ***, en la que consta que es hijo de las partes, inscripción hecha el veintiséis de junio de dos mil seis.

Por lo dicho en el párrafo precedente, es irrelevante entrar a valorar la prueba de ADN agregada a fs. ..., prueba que se efectuó el treinta y uno de mayo de dos mil seis.

Sobre lo que cabe hacer hincapié en la especie, es que el reconocimiento y su inscripción se efectuó mucho antes de que el reconociente fuera emplazado de la demanda, como ya se dijo, consta que el emplazamiento se efectuó el veintidós de noviembre de dos mil seis, eso es seis meses posteriores a la inscripción del reconocimiento de paternidad; evitando con ello la condena en daños morales, pues quedó desvirtuado el presupuesto exigido en el Art. 150 C. F..(...)

En resumen; a criterio de esta Cámara es procedente revocar la sentencia en el punto que establece indemnización por daños morales, por el pretérito reconocimiento de la paternidad verificado por el demandado, como ya se dijo la pretensión devino improcedente ya que la demanda inicialmente reunía los requisitos de fondo y forma para ser admitida y tramitada; y en cuanto a los daños materiales a cargo del Sr. *** no se aportó la prueba por tanto también es procedente revocar su establecimiento y así se decretará en el fallo.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de noviembre de dos mil siete. Ref.: 71-A-2007).

5.3.4.2.7. PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD.

Al respecto, tal como lo ha sostenido este tribunal y la Sala de lo Civil, en sintonía con otras decisiones jurisprudenciales de tribunales de familia, doctrina nacional como extranjera, el daño moral generalmente no requiere prueba específica, bastando que se establezcan los hechos generadores. No es necesario un peritaje psicológico para la demostración del daño moral. Ello no implica que se descarte la utilidad del estudio psicológico por parte del equipo multidisciplinario, ya que de efectuarse, éste eventualmente podría arrojar alguna explicación sobre la condición emocional del damnificado, como en ocasiones ha ocurrido. Esto significa que no se debe confundir el daño psicológico con el daño moral.

(Cam. Fam. S.S. diez de febrero de dos mil cinco. Ref. 10-A-2005)[23]

Es preciso referir que sobre el punto discutido (Declaratoria Judicial de Paternidad), los testigos no aportaron mayores elementos amén de la declaración de la Sra *** (madre de la demandante), quien manifestó la angustia de la demandada (debió decir demandante) ante su embarazo y el comportamiento del padre de la niña; sin embargo en razón de la naturaleza de la pretensión el daño se acreditó con la falta de reconocimiento oportuno; las actitudes pasivas demostradas por el padre al no instar las acciones tendientes a esclarecer su paternidad, aunado a los estudios practicados en el caso, los cuales nos ilustran sobre la realidad planteada para decidir al respecto.

(Cam. Fam. S.S., veintiséis de enero de dos mil seis. Ref. 174-A-2005) (Ambos paréntesis nos pertenecen).

En el *sub judice* como lo reconoce la parte actora no fue necesario la promoción de un proceso de Declaratoria Judicial de Paternidad para que la señorita *** obtuviese el reconocimiento de su padre señor ***, por cuanto el mismo se efectuó de forma voluntaria con fecha trece de febrero de mil novecientos setenta y seis, a través

23. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: DIFERENCIA DE DECLARATORIA JUDICIAL CON FILIACIÓN INEFICAZ, numeral 5.1.3 y AUTENTICIDAD DEL REGISTRO, numeral 7.3.1, ambos de la parte sustantiva.*

del otorgamiento de testamento, acto que se celebró ante los oficios del notario ***, dicho reconocimiento se inscribió en el correspondiente registro con fecha quince de marzo de dos mil uno, es decir posteriormente a la lectura del testamento situación por la que concluimos que el reconocimiento se efectúo cuando la señorita *** tenía seis años de edad y se inscribió cuando ella era de treinta y un años de edad, casi un año después del fallecimiento de su padre, al efecto confróntense Fs. 16/18.

Es decir que la acción antijurídica para la reclamación del daño, no se constituye en el caso de autos, por cuanto el reconocimiento de paternidad fue voluntario y no fue necesario instar la actividad del órgano jurisdiccional es por ello que la misma parte actora ha sido sumamente cuidadosa al referir que la reclamación por daños es por la omisión de informar sobre dicho reconocimiento y por no haberlo asentado oportunamente; al respecto es preciso señalar que tales hechos no son constitutivos de reclamación por daño moral. Como sabemos el testamento surte efecto después de la muerte del testador y por lo tanto la inscripción sólo se podía verificar al conocerse la voluntad del testador. La normativa familiar establece el pago de daño moral en los supuestos de nulidad matrimonial, declaratoria judicial de paternidad, en consecuencia la reclamación no tendría sustento legal, por cuanto la conducta del testador en principio no encuadra en la hipótesis prevista en la ley.

No obstante lo anterior esta Cámara con amplitud de criterio ha sostenido que procede establecer indemnización por daño moral en otros supuestos diferentes a los enunciados expresamente, pero ello ha sido de carácter excepcional cuando de la gravedad de los hechos, el daño resulta plenamente acreditado, haciendo una aplicación directa e inmediata del Art. 2 inc. 3° Cn., que dispone: "Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral".

En precedente caso, con características similares, aunque no idénticas al sub judice, esta Cámara ordenó el pago de indemnización por daño moral, pese a que el reconocimiento se efectuó previamente a la promoción del "proceso de declaratoria judicial de paternidad", en

razón de que la parte demandada al contestar la demanda de paternidad en sentido negativo -aún cuando ya la había reconocido- negó ese hecho en sede judicial y sólo dio a conocer el reconocimiento al juzgador hasta que se obtuvieran los resultados de la prueba de ADN que concluían la paternidad del demandado. En el caso en comento para efectivizar el reconocimiento fue necesario instar la actividad del órgano jurisdiccional promoviendo el proceso de paternidad, situación que no acontece en autos ya que para efectivizar el reconocimiento no se instó la actividad jurisdiccional, además consta que la actora fue reconocida por el causante, ostentando en la mayor parte de su vida -cuando aún no se había efectivizado el reconocimiento- la calidad de hija del señor ***.

El mismo causante al momento de reconocer a la señorita *** expresó que siempre había reconocido la calidad de hija de aquella, reiterándolo en dicho instrumento, quedando demostrado en el proceso que el causante le proveyó y satisfizo ampliamente sus necesidades, al punto de tener en su poder muchos documentos en los que constan obligaciones contraídas por terceros a favor del causante, situación aceptada por la misma demandante.

Por otra parte, de las declaraciones de los testigos presentados por la parte actora, se aprecia la concordancia de sus testimonios, al afirmar que el señor ***, era quien proveía y satisfacía las necesidades materiales de la señorita ***, además de reconocer el estrecho lazo afectivo que existía entre ambos, lo que en cierta medida implicó el reconocimiento social (de hecho) de hija, aunado al reconocimiento jurídico que ya existía -es decir aún cuando no se había inscrito ya había nacido jurídicamente, en consecuencia no existe acción antijurídica que reparar.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de octubre de dos mil siete. Ref. 3-DH-2006)

5.3.4.3. DAÑO MATERIAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD.

En cuanto al daño material, debemos recordar que dentro de este se incluyen todos aquellos gastos que se generen durante la gestación, el parto y post parto, o sea, que dentro de éstos tenemos los gastos del control prenatal, gastos del parto (médicos y medicinas).

Además para la comprobación de este daño es necesaria la presentación de material probatorio pertinente y conducente para tal efecto (facturas o recibos de pagos) y cualquier otro medio de prueba.

(Cam. Fam. S. S. veintitrés de febrero de dos mil cinco. Ref. 160-A-2004)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., quince de mayo de dos mil siete. Ref. 197-A-2006.

Con los documentos presentados a fs. ..., se comprueba que efectivamente han existido gastos de embarazo, parto y post natales que han significado un desembolso constante para la Sra. ***, quien según dijo a fs. ..., había realizado un total de gastos de *** DÓLARES en el primer año de vida de la menor, incluyendo gastos de control de vacunas, medicamentos, gastos de laboratorio, vestuario y calzado. Por lo que sumado a los gastos de nacimiento de la niña se hace un total aproximado de *** DÓLARES ($***). Por tanto, siendo ambos progenitores los responsables de tales gastos –dentro de sus capacidades económicas- consideramos que la cantidad fijada a cargo del demandado es el porcentaje que le corresponde cubrir, por lo que es procedente confirmar la sentencia en ese punto.

(Cam. Fam. S. S., nueve de mayo de dos mil seis. Ref. 177-A-2005)

En cuanto a la indemnización por daños materiales solicitados en la demanda, del cual no hubo un pronunciamiento expreso en la sentencia; debemos decir que la carga probatoria en este caso le correspondía a la parte actora presentando la prueba pertinente a fin de establecer ese daño, en el sub lite solamente se expresó en la demanda que el señor *** ayudó a la demandante con los gastos pre natales, lo cual contradijo la testigo, señora *** a fs. 58 quien mencionó que el demandado nunca ayudó a la hija; de lo que consta en el proceso se advierte que los gastos de la menor siempre han sido cubiertos por la madre; en conclusión no se presentó la prueba documental ni testimonial pertinente para establecer el daño material, que ocasionó a la solicitante el embarazo y posterior parto de la niña siendo procedente declarar sin lugar el reclamo de los daños materiales.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de octubre de dos mil seis. Ref. 214-A-2005)

(...) consideramos que hubo error de parte del a quo, en cuanto a establecer dicha cantidad, ya que la suma fijada corresponde tanto a daños morales como **materiales**. Sin embargo en relación a éstos últimos tiene que señalarse la suma reclamada y ofrecerse y presentar oportunamente la prueba correspondiente, lo cual no ocurrió en la especie, por tanto, tal cantidad deberá comprender únicamente los daños morales ocasionados, debiendo declararse en esta instancia sin lugar la indemnización por daños materiales, por no haberse comprobado su cuantía.

(Cam. Fam. S. S., doce de julio de dos mil siete. Ref. 206-A-2006)

5.3.5. COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL DEMANDADO Y NEGATIVA DE SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN.

Por último, como lo ha sostenido reiteradamente esta Cámara y es aplicable en el sub lite, el demandado no sólo ha negado su paternidad, sino que evadió la posibilidad para demostrar que no era el padre, negándose a someterse a la práctica de las pruebas científicas determinantes de la paternidad, lo cual hubiera permitido excluirlo como padre, por lo que debió ser él, el más interesado en su práctica.

En relación a la negativa del padre a reconocer la paternidad y a practicarse la prueba de ADN, nuestra Ley prescribe en el Art. 140 inc. segundo L.Pr.F. "La negativa de la parte o de su representante legal, en su caso, a la práctica de estos exámenes, deberá ser apreciada por el Juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica". Es decir, que la negativa del supuesto padre para practicarse la prueba científica, traerá como consecuencia que dicha negativa puede ser estimada como un elemento probatorio por el Juez al dictar la sentencia aunado a los demás elementos que ya obran en el proceso.

Esa norma jurídica, parte de la premisa, que con los avances de la ciencia, puede determinarse el nexo biológico entre padre e hijo con una probabilidad del 99.99 %, es decir una paternidad prácticamente probada. Con esa contundencia, la experiencia indica que las personas demandadas para impedir que se pruebe su filiación con el reclamante, se niegan a la práctica de dichas pruebas sin motivos que justifiquen su negativa, lo que se considera una obstrucción a la justicia, al derecho del niño a determinar su filiación y conlleva a tener por establecida la

existencia de la filiación paterna reclamada.

(Cam.Fam. S.S. veinticinco de enero dos mil cinco. Ref. 137-A-2004)

Por otro lado, en la nueva doctrina procesal, se ha hecho eco de la idea que la conducta procesal de las partes debe valorarse al momento de fallarse, nos referimos, a que en el sub lite, debe también considerarse lo expresado en la contestación de la demanda y otras actuaciones negativas del demandado a lo largo del proceso. El señor *** por medio de su apoderado, en reiteradas ocasiones afirmó que no había sostenido relaciones sexuales con la madre de la niña ***. La vehemencia de las afirmaciones llega al grado de negar rotundamente todo tipo de vinculación con la madre y su hija, aspectos que se desdicen con la prueba de ADN la que también estuvo reticente a practicarse y todo ello sumado a la prueba testimonial, nos lleva a concluir que el demandado ha ocultado la realidad de los hechos en forma injustificada. Esta misma conducta es la que provocó a la Jueza, exhortar al demandado para que colaborara con el equipo multidisciplinario, lo que al parecer no acató.

La negativa incisiva de la paternidad a toda costa por parte del demandado, indica la presencia de una indiferencia hacia la madre y su hija, quienes lo único que pretenden es el ejercicio de un derecho contenido en el Art. 150 C.F., actitud que se torna más lastimosa, cuando la realidad indica todo lo contrario a lo esgrimido por el demandado.

En ese orden de ideas, la testigo *** (fs. ...), declaró que la señora *** y el señor ***, fueron novios, se veían frecuentemente, es decir, existía un deber moral de respeto, de consideración, en otras palabras, no era una relación pasajera entre desconocidos. La negación de la paternidad a ultranza por parte del demandado, no hace más que agravar su situación procesal y estimar no solo la existencia del daño si no a incrementar su monto. En cuanto más gravoso sea el daño, mayor será la cuantía de la indemnización.

(Cam.Fam. S.S. trece de febrero de dos mil cinco. Ref. 70-A-2004) [24]

24. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados DAÑO MORAL A FAVOR DEL HIJO EN LOS SUPUESTOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.2 y PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD., numeral 5.3.4.2.4, ambas de la parte sustantiva.*

En los casos de declaratoria de paternidad como en el sub judice la oposición a la práctica de la prueba será valorada por el juzgador junto con los demás elementos probatorios que obren en el proceso, como un indicio que da lugar a establecer la filiación. El demandado trata de justificar su negativa en motivos religiosos. Pero esa circunstancia no fue demostrada por ningún medio y en todo caso con la literatura de la iglesia de los testigos de Jehová lo que no admite son transfusiones sanguíneas y con la prueba documental de dos miembros de dicha iglesia de fs. ... se ha probado que esa creencia se refiere exclusivamente a transfusiones sanguíneas propiamente dicha y no a toma de muestras de sangre para cualquier examen médico necesario, incluyendo el A.D.N.

De esta forma, no es dable tener por justificada dicha negativa, primeramente porque la referida prueba puede válidamente ser realizada mediante la obtención de otras sustancias como saliva, cabello, etc. (...): por lo que, resulta atinada la decisión de la a quo al ordenar por segunda vez su realización, con otro tipo de muestras diferentes a las sanguíneas y aún así el demandado no compareció a su práctica, sin justificar su incomparecencia. Tal comportamiento obstruye la administración de justicia, atentando contra el derecho fundamental de identidad y establecimiento de filiación paterna afectando el interés del hijo.

Como es sabido la oposición a someterse a la práctica de tales pruebas, da lugar a posiciones doctrinarias encontradas, ya que por un lado se sostiene que la defensa de los principios de la libertad humana y de inviolabilidad de la persona es fundamental; en consecuencia, no se puede imponer un examen por medio de la compulsión física. Por otra parte, otro sector opina que todo depende de los valores que se juzguen como de mayor jerarquía. Debiendo realizarse una ponderación de derechos fundamentales. Debe acotarse que ante ello el Juzgador tiene el deber de descubrir la verdad real y los justiciables han de auxiliarlo en dicha tarea de manera proba y leal. De tal suerte que si el demandado está seguro de la inexistencia de nexo biológico, sería incluso el más interesado en la práctica de dicha prueba.

(Cam.Fam. S.S. siete de junio de dos mil cinco. Ref. 79-A-2004)

Relaciones: Cam.Fam. S.S. seis de octubre de dos mil cinco. Ref. 49-A-2005.

(...) -tal como lo hemos dicho en pretéritas sentencias- la negativa del demandado a someterse a la prueba de A.D.N., es diferente en sus efectos a las Diligencias de Reconocimiento Provocado de Paternidad, puesto que en este último opera en forma automática en el emplazamiento de paternidad, pero en el proceso debe considerarse como un fuerte indicio probatorio. Art. 140 L. Pr. F..

(Cam. Fam. S. S., trece de marzo de dos mil seis. Ref. 161-A-2005)

Se advierte que la sola negativa del demandado a someterse a la prueba científica (ADN), no puede adquirir relevancia suficiente como para declarar la paternidad del demandando respecto de los niños, si no existen otros elementos, que de forma indiciaria nos permitan inferir mínimamente la existencia de los hechos pretendidos. Lo anterior no contraría precedentes emitidos por este Tribunal, ya que siempre hemos aseverado que la negativa a someterse al examen de ADN, no puede ser valorada de forma aislada, sino en armonía con los demás medios probatorios que militen en autos y que robustecen la tesis que la negativa a someterse al ADN, deviene de una conducta dolosa de parte del demandado, que genera un fuerte indicio para emplazar la paternidad, el cual integrado al restante material probatorio (aunque sea escaso) hacen inferir la paternidad alegada. (...)

Consta en el sub judice por un lado, la negativa del demandado a presentarse y colaborar en el proceso al no asistir a las diligencias judiciales requeridas incluyendo la toma de muestras sanguíneas de ADN, y por otro, la falta de aportación de prueba por la parte demandante, contando únicamente con el informe psico-social realizado por el equipo multidisciplinario, que en su contenido sólo se refiere a declaraciones hechas por la parte actora.

(...) en este caso, no se probaron situaciones de las que se pudiera inferir que la Señora *** y el Señor *** mantenían relaciones sexuales al momento de la concepción de los citados niños, por lo que no puede concluirse que *** y ***, sean producto de la

relación sexual entre la demandante y el demandado, pues de la narración de los hechos en la demanda y del testimonio de los testigos no es posible establecer que entre la madre y el demandado, haya existido una relación que originase el vínculo filial entre el demandado y los niños, no se obtuvo ningún elemento que nos hiciera inferir la paternidad alegada.

(Cam. Fam. S. S., cuatro de julio de dos mil seis. Ref. 127-A-2005)

5.3.5.1. NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA DE ADN POR PARTE DE UN TERCERO.

En ningún momento de dicha disposición jurídica (Art. 140 L.Pr.F.) se establece cuál deberá ser la forma de interpretación de esta negativa (de someterse a la prueba por parte de un tercero coadyuvante), si positiva o negativamente, por lo que se deja a discrecionalidad del Juzgador, quien deberá apreciar en conjunto dicha negativa con la prueba vertida en el proceso. Por ello, no compartimos el criterio de la a quo, en cuanto establece que la negativa de la señora *** (tercero coadyuvante) "ha privado a la administración de justicia de un elemento probatorio vital".

En primer lugar, ha de considerarse que dicha señora no es la única que podría aportar muestra para la realización de dicho examen pericial, porque se mencionó en el proceso que existía otra persona la señora ***, quien también pudo ser llamada para la práctica de la prueba si ésta se hubiera ordenado por la Juzgadora, en aras de la búsqueda de la verdad real de los hechos.

En segundo lugar, cabe considerar, la persona de quién deviene la negativa, y es por ello que en contextos diferentes, cuando es del padre de quien se obtiene la misma es que este Tribunal ha razonado adhiriéndose a la postura de los juristas Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, tal como lo expresó la parte apelada, esto es considerando la negativa como una presunción de esa paternidad, lo que no consideramos aplicable en la especie. Aunado a ello, la Juez nunca ordenó la práctica de la prueba, por lo que no hubo propiamente desobediencia a ninguna orden judicial, porque ésta nunca fue emitida. Además, en casos como el presente en donde las únicas personas que han sobrevivido al supuesto progenitor, son mujeres, y no están vivos

ambos ascendientes del causante, los especialistas en genética del Instituto de Medicina Legal han sostenido que la prueba científica no resulta tan exacta, por ser los descendientes portadores del cromosoma "x", por lo cual aún cuando se hubiese practicado no hubiese sido la más idónea sino que tendrían que valorarse las demás pruebas aportadas al proceso, en todo caso, alordenarla se hubiera obtenido el resultado antes apuntado, de lo cual quedaría constancia en el proceso.

(Cam.Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007) (Todos los paréntesis son nuestros) [25]

5.3.6. RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD INTRA PROCESO.

Distinto es el caso que contempla el Art. 141 L. Pr. F., que establece en cualquier estado del proceso en que se produzca el reconocimiento del hijo (procesal o extraprocesalmente), conforme a lo establecido en el Código de Familia, el juez fallará y pronunciará la sentencia correspondiente. Lo anterior implica que el juez (a) siempre estará obligado a pronunciar la sentencia respectiva, independientemente del reconocimiento realizado, en este caso el reconocimiento se realizó en escritura pública, fs. ..., es decir, existe prueba documental con la que se probó el reconocimiento, que no es más que la manifestación de voluntad del padre ante notario, posterior al A.D.N., lo cual al ser presentado al proceso produce el efecto de una aceptación de la pretensión, esto es de la paternidad, debiéndose tener por reconocida por manifestación expresa del padre, con los efectos correspondientes, pero no omitir su pronunciamiento como lo hizo la a quo quien incluso después aclaró a fs. ..., la falta de tal pronunciamiento.

Es por ello que habiéndose iniciado un proceso de paternidad o de reconocimiento provocado en que posteriormente se aceptó la paternidad, se estaría en presencia de una confesión, aceptación de hechos o allanamiento, en su caso, lo que en manera alguna exime del pronunciamiento judicial sobre la paternidad reclamada, aunque se hubiese aceptado la pretensión voluntariamente por el demandado; así

25. *Esta sentencia puede relacionarse con el apartado denominado PRUEBA. CIENTIFICA, publicado en la parte adjetiva.*

lo exige la disposición previamente citada.

(Cam.Fam. S.S. veintinueve de junio de dos mil cinco. Ref. 90-A-2005)

Relaciones:Cam.Fam. S.S. cuatro de marzo de dos mil cinco. Ref. 88-A-2004)

Como es lógico, el reconocimiento *intra proceso* lleva consigo la manifestación expresa del padre, quien acepta la filiación que se le atribuye, en estos casos el Juez *a quo* al tener por aceptada y reconocida la paternidad tendrá siempre que declararla judicialmente; no obstante que la actitud del demandado –como en el sub lite- podría incidir en la determinación del monto de la indemnización reclamada, actitud que aunada a las circunstancias propias de cada caso darán lugar incluso a la procedencia o no de la referida indemnización.

Diferente situación se plantea en el caso del reconocimiento *extra proceso,* verificado antes del emplazamiento de la demanda respectiva, pues al darse el reconocimiento, el pronunciamiento del Juzgador no tendrá que versar sobre la procedencia del derecho (fondo), sino que una vez constituido el derecho reclamado no habrá lugar a su pronunciamiento (judicial), pues este ya ha sido otorgado, expresándolo así en la resolución, caso en que tampoco procederá la fijación de una indemnización por los daños morales y materiales reclamados.

(Cam.Fam.S.S., veintisiete de julio de dos mil seis. Ref. 131-A-2005)

Es preciso advertir que a criterio de esta Cámara, en la sentencia no operaba declarar el reconocimiento voluntario del demandado a favor del señor ***, porque en ningún momento el demandado efectúo tal reconocimiento voluntariamente y aún cuando elloasí hubiese ocurrido, hemos sostenido en reiterados pronunciamientos, que los reconocimientos dados en el trámite del proceso de declaratoria judicial de paternidad constituyen una confesión de los hechos controvertidos que son producto del proceso mismo.

(Cam.Fam. S.S., veinticuatro de abril de dos mil siete. Ref. 231-A-2006)

Se presenta la particularidad en el caso que nos ocupa, que el demandado posteriormente hace el reconocimiento de su hija, lo cual es hecho del conocimiento del tribunal a quo hasta el momento de plantear la alzada, es decir después de sentenciado el proceso, por lo que se debe dejar claro que la negativa del padre a reconocer la paternidad extrajudicialmente, es la que dio lugar a la promoción del proceso y solo a través de su promoción es aceptada o "reconocida", desde luego que después de realizada la prueba científica y emitida la sentencia de mérito, lo cual no justifica su conducta previa, situación que lógicamente hace subsistir el **daño moral** ocasionado en lo más íntimo de los sentimientos de la hija no reconocida, debido a la negativa.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil siete. Ref. 13-IV-2006)

5.3.7. DIFERENCIA ENTRE LA DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD Y EL RECONOCIMIENTO PROVOCADO.

Debe acotarse, que el proceso de Declaración Judicial de Paternidad y las Diligencias de Reconocimiento Provocado son dos figuras de naturaleza y carácter procesal diferente, el primero es un PROCESO contencioso en el que deben respetarse los principios del debido proceso (igualdad, contradicción, inmediación, etc.) y la filiación así establecida no puede impugnarse posteriormente; en el otro caso por tratarse de una DILIGENCIA (sui generis), que aunque en principio es voluntaria, sus efectos obligan al citado a presentarse a la audiencia, de lo contrario su incomparecencia da lugar a tener por reconocida la paternidad, pudiendo dicha paternidad ser impugnada dentro del plazo legal, según el Art. 143 inc. 2° L.Pr.F..

Hay que tomar en cuenta, además, que en las Diligencias de Reconocimiento Provocado, la negativa del demandado a declarar si reconoce o no al pretendido hijo, o si sus respuestas fueren evasivas o se negare a la práctica de la prueba científica, de acuerdo al Art. 143 L.Pr.F., se tendrá por reconocida la paternidad. Ello es así porque inmediatamente la ley posibilita al interesado la acción de impugnación de la paternidad. En cambio, en el proceso de Declaración Judicial de Paternidad, la negativa del demandado a colaborar en el proceso o a

someterse a dichos exámenes es tomada como un indicio que aunado a los demás elementos probatorios aportados al proceso, pueden llevar a establecer la existencia de la paternidad, debiendo fundamentar dicho fallo bajo esa valoración.

(Cam. Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 121-A-2004)

5.4. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Pero también la ley ha establecido distintos mecanismos para desplazar la paternidad, de acuerdo a su origen (matrimonial o extramatrimonial), a fin de brindar seguridad a la filiación establecida. Así tenemos que para desplazar la paternidad del hijo matrimonial la ley es más rigurosa (...)

El derecho que la ley confiere al marido tiene limitantes, para desplazar la paternidad que por ley se le atribuye. Una de ellas es el plazo de caducidad para ejercer ese derecho y su legitimación para actuar. (...)

Claramente se advierte que el plazo de impugnación de la paternidad por el marido comenzará a correr a partir del momento que tuvo conocimiento del nacimiento del hijo, cuya paternidad se le atribuye, presumiéndose incluso a partir de cuando pudo tener conocimiento de ese hecho, estableciendo una interrupción en el plazo para ejercer la acción solo en el caso de imposibilidad física y mental del padre para poder tener conocimiento del mismo.

(Cam. Fam. S.S., diez de julio de dos mil siete. Ref. 124-A-2006)

5.4.1.PATERNIDAD FALSA.

Según lo manifestado por los referidos profesionales en su escrito de demanda de Fs. ... el proceso que pretenden iniciar es el de PATERNIDAD FALSA. El Articulo 137 C. F. en el que pretenden fundar su pretensión es en estricto sentido una norma de carácter general que no se adecua al sub judice; dicha norma enuncia una situación que puede presentarse dentro de la realidad social y que el derecho recoge para darle solución a través de determinada pretensión. Ésta dependerá de los elementos específicos que concurran en cada caso concreto. (...)

Hemos de acotar en abono a lo anterior que el principio de seguridad jurídica refuerza situaciones como la presente, en el sentido de que el legislador ha previsto para cada caso; distintos tipos de acción, no puede entonces aducirse que el Art. 137 C. F. sea la norma aplicable, pues esta se entiende como de carácter general y declarativa cuyo enunciado se refiere a la postulación de una norma de un derecho positivo, que se concretizará en cada caso específico a través de una acción determinada a partir de cualquiera de las figuras *ut supra* mencionadas. (Refiriéndose a impugnación de paternidad, impugnación de maternidad, impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad y la acción de nulidad del reconocimiento).

Los apelantes pretenden en su mismo escrito de alzada de Fs. ... que en el caso concreto se aperture un procedimiento especial al que denominan PROCESO DE PATERNIDAD FALSA, aceptando que el plazo fijado por el Código de Familia en el Art.157 (Que se refiere a la caducidad de la acción de impugnación del reconocimiento voluntario) ha caducado por cuanto los trescientos días posteriores a aquel (25 de junio de 2001) en que le nació el interés al señor ***- en ese tiempo fue un interés actual- han transcurrido en exceso. Pretensión totalmente inaceptable, ya que de conformidad a los Arts. 15 Cn. y 2 Pr. C., los procesos y procedimientos, no penden de la voluntad de las partes ni de los juzgadores debiendo acatarse las formas preestablecidas.

(Cam. Fam. S. S., treinta de junio de dos mil seis. Ref. 229-A-2005) (El segundo y tercer paréntesis nos pertenecen)

5.4.2. DIFERENCIA ENTRE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD E IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.

En ese sentido, dependiendo de la forma en la que se ha otorgado o atribuido la filiación, es que se podrá impugnar la misma, es así como tenemos que la acción que intenta el Sr. *** no es la idónea, ya que en este caso no se trata de una paternidad atribuida por ley (presunción de paternidad), pues la niña fue reconocida por el demandante al momento de contraer el matrimonio de que se trata. Tampoco podría solicitar la impugnación del reconocimiento voluntario, pues esta disposición no legitima al padre para poder solicitarla. Sin embargo

el Art. 158 C. F. le otorga la acción de nulidad del reconocimiento voluntario, por vicios del consentimiento, la cual podrá incoarse en un plazo de noventa días desde que cesó o se conoció el vicio que lo invalida.

(Cam. Fam. S. S. uno de febrero dos mil cinco. Ref. 62-A-2004)

En el caso que nos ocupa, el reconocimiento voluntario se verificó el día catorce de enero de dos mil dos, o sea, cuatro días después del matrimonio entre la Sra. *** y el demandado; lo que denota que si hubiese sido un acto realmente consensado entre las partes y si efectivamente la menor fuera hija del Sr. ***, dicho reconocimiento se hubiese realizado en el matrimonio y no después. Además, siendo que la madre de la niña contrajo nupcias mucho tiempo después del nacimiento de ***, no se puede presumir legalmente la paternidad de la menor respecto del demandado (Art. 141 C. F.); por tanto a la niña le asiste el derecho de impugnar dicho reconocimiento (paternidad) y en este caso por ser menor de edad debe intervenir en el proceso por medio de la madre, Sra. *** y esto último es justamente lo que le habilita para actuar dentro del proceso.

En el *sub lite*, tiene legitimación procesal como demandante el hijo, en el caso *sub judice* la menor ***.

(Cam. Fam. S. S., treinta de noviembre de dos mil seis. Ref. 195-A-2006)

De la certificación de partida de nacimiento de *** agregada a Fs. 6, se advierte que la niña nació el día diecisiete de diciembre de dos mil dos, fecha en que sus progenitores se encontraban unidos mediante vínculo matrimonial celebrado el día dieciséis de marzo de dos mil uno, de la cual únicamente presentan el acta y no la certificación de partida de matrimonio de Fs. 7, dicho vínculo se disolvió el día veintitrés de enero de dos mil siete, (...)

En la certificación de partida de nacimiento de *** -Fs.6- se advierte que efectivamente el señor ***, reconoció voluntariamente a la niña; sin embargo también dicho reconocimiento tenía lugar en virtud de la presunción de paternidad establecida en el Art. 141 inc. 1° C.F., (...)

(...) Por tanto la filiación paterna se establece en virtud de ambas circunstancias, la presunción que la ley establece y el reconocimiento

paterno, en otras palabras el señor ***, al proporcionar los datos de su hija en el Registro del Estado Familiar, no hizo más que efectivizar la presunción de paternidad establecida en la ley, de tal suerte que aún y cuando la paternidad en este caso quedó establecida con el reconocimiento del padre, independientemente de que éste no hubiese proporcionado los datos de inscripción del nacimiento, ésta siempre se hubiese establecido por disposición legal.

Bajo ese orden de ideas el fundamento jurídico de la pretensión lo constituye el Art. 151 C.F., (...)

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de diciembre de dos mil siete. Ref.: 178-A-2005).

5.4.3. DIFERENCIA ENTRE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y ESTABLECIMIENTO SUBSIDIARIO DEL ESTADO FAMILIAR DE HIJO.

Por otra parte no es cierto como lo afirma el apelante que baste con acreditar el vínculo afectivo existente entre los señores *** y ***, puesto que no se estaba en presencia de diligencias de posesión de estado familiar de hijo, Art. 198 C.F., en estas se debe de acreditar entre otras circunstancias la posesión de estado de hijo, por carecer de título legal que acredite la filiación; en cambio en los procesos de impugnación de reconocimiento voluntario, se debe desvirtuar el título de hijo existente y por ser ésta una cuestión de orden público, aportar la prueba que lleve a la convicción del juzgador que el vínculo legal no coincide con la realidad biológica; a parte de las pruebas ya mencionadas se encuentran los medio de prueba científico, efectivamente en el *sub judice* la producción de dicha prueba resultaba imposible, por cuanto el demandado es de domicilio ignorado, pero ello no era óbice para que se hubiese acreditado a través de la prueba testimonial idónea que el Sr *** no podía ser el padre del Sr ***.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de enero de dos mil seis. Ref. 181-A-05)

5.4.4. DIFERENCIA ENTRE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.

Con ello no se violenta el derecho del expresado menor a contar con una filiación paterna, puesto que le queda a salvo su derecho a investigar quién es su verdadero padre. Por otro lado debe acotarse que el carácter de irrevocabilidad que la ley establece para el reconocimiento voluntario de paternidad, significa que el reconociente, no puede retractarse posteriormente de tal acto, ya que, con el reconocimiento se crea una relación paterno filial llamada a perdurar en el tiempo y segundo, por el carácter de orden público que tienen las normas que rigen el estado familiar de las personas, como garantía para el hijo, tan es así que al reconociente no se le otorga el derecho para impugnar tal reconocimiento, de acuerdo a las disposiciones antes citadas, pero si tiene derecho a impugnarlo por la vía de la nulidad del reconocimiento voluntario. Arts. 158 C. F. por error, fuerza o dolo.

(Cam. Fam. S.S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 89-A-2004)

5.4.5. LEGITIMACIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.

En ese sentido el término marido en la legislación de familia, está referido <u>al cónyuge de sexo masculino y no al conviviente</u> que ha establecido una unión no matrimonial o a la persona con quien se ha establecido una relación marital estable o esporádica.

En el caso de la unión no matrimonial, se les denomina convivientes o compañeros de vida Art. 118 inc. 2° C.F. y en el caso de una relación esporádica no esta regulado en la ley bajo una denominación especial, por ello no es válido el argumento sostenido por el apelante quien en su misma demanda ha manifestado que su representado y la Sra. ***, no están casados; en consecuencia el Sr. ***, no puede ser considerado "marido" de la Sra. *** en la acepción que refiere la ley.

Así las cosas el Sr. *** <u>no se encuentra legitimado para invocar la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial</u>, porque éste –simplemente- al no estar casado con la Sra ***, carece de legitimación procesal para invocar dicha pretensión. (...)

Así la cuestión el Sr. ***; no se encuentra legitimado para impugnar el reconocimiento efectuado respecto del niño ***; el Art. 156 C.F. únicamente legitima para ejercer dicha pretensión al reconocido es decir al hijo, a los ascendientes del padre y a todo el que tuviere interés actual; la única vía que el demandante puede emplear para atacar un reconocimiento voluntario es la acción de nulidad del reconocimiento, Art. 158 C.F. de acuerdo al plazo de caducidad señalado en el mismo.

(Cam.Fam. S.S., veinte de abril de dos mil seis. Ref. 223-A-2005)

Así las cosas, esta Cámara considera que no es posible tramitar la pretensión incoada por no ser la idónea para ello pues lo que se planteó fue una nulidad del reconocimiento voluntario, siendo lo correcto tramitar la impugnación de paternidad de conformidad a lo establecido en el Art. 151 C. F. siempre y cuando el accionante se encuentre dentro de los supuestos contemplados en el Art. 152 C. F. citado anteriormente, plazo impuesto por la ley para dar certeza a la filiación paterna matrimonial, con el objeto de salvaguardar los derechos del hijo, a quien no puede el padre en cualquier tiempo desplazar su filiación, la cual incluso puede estar reconocida socialmente; siendo únicamente para el hijo un derecho imprescriptible. Art.139 C. F.

Tampoco se admite que en este caso exista vacío o insuficiencia legal, por cuanto ya está claramente predeterminada por la ley, tanto la acción a ejercer como el procedimiento a seguir, siendo las normas procesales que la regulan de orden público, estas no pueden quedar sujetas a la discrecionalidad de las partes ni del Juzgador.

La apelante pretende que la Jueza, a-quo bajo el mecanismo de las prevenciones rectifique o subsane aquellos planteamientos erróneos que no encajan en la norma citada por ella o bien que le adecue el trámite a la pretensión en base a hechos errados pues claramente tenemos que no se trata de un reconocimiento voluntario, aunque fue el padre quien proporcionó los datos del nacimiento, situación que no puede ser suplida oficiosamente por la a-quo por constituir elementos esenciales de la pretensión, de ahí que al hacer uso de una pretensión inadecuada encontrándose en otra hipótesis legal el caso en comento no podría la parte interesada accionar bajo la pretensión de impugnación de la paternidad de acuerdo al Art. 151 C. F. salvo que no hubiere

transcurrido el plazo de caducidad para ello, caso contrario solo podría accionar el hijo demandando al padre y a la madre por existir intereses contrapuestos. Arts 223 y 224 C. F. En conclusión el Juez no puede conocer una pretensión que no se adecua a la premisa fáctica y jurídica comprendida en la norma.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil siete. Ref. 124-A-2006)

5.4.6. LEGITIMACIÓN PARA LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO. ACTUACIÓN PROCESAL DE LA MADRE.

De la simple lectura de dicho precepto (Art. 156 C.F.) se advierte el interés (económico, moral o familiar etc.) que le asiste a la Sra *** para que se declare que la menor *** no es hija del Sr ***, en razón del parentesco con el reconociente. Interés que deberá especificarse y probarse dentro del proceso, para lo cual es menester darle intervención a la demandante en defensa del derecho que le reconoce la norma citada.

(Cam. Fam. S. S. veintiuno de febrero de dos mil cinco. Ref. 4-A-2005) (El paréntesis nos pertenece).

Más allá de lo argumentado por el impetrante, en cuanto a que lo que importa y debe respetarse es la voluntad del reconociente, en este caso, el hecho de que el causante señor ***, otorgó su consentimiento en forma libre y espontánea, y que el menor ostentó la posesión de estado de hijo, agregando además que este reconocimiento es irrevocable; se debe señalar que la ley ha franqueado la posibilidad de que tal reconocimiento puede ser impugnado –por las personas que la misma señala-, esto es, conforme a los artículos 156 y 157 L. Pr. F. (debió decir C.F.) En este caso los demandantes plantearon tal impugnación teniendo un interés actual, -en virtud de la intervención de la parte demandada en las diligencias de aceptación de herencia del señor ***, es decir, que la parte actora ha ejercido su derecho obteniendo una sentencia favorable a sus intereses únicamente respecto del niño ***, de quien se ha comprobado –mediante la prueba científica- que no pudo haber tenido como padre biológico al reconociente señor ***, esto es, ha quedado excluido como hijo del expresado causante, por lo que es procedente

el desplazamiento de tal filiación, sin importar en este momento la voluntad o las razones que tuvo el supuesto padre para realizar tal reconocimiento, puesto que aún cuando él estuviera con vida, tal derecho podría haberse ejercitado por los mismos actores, privando en términos generales la verdad biológica y solo excepcionalmente podrían aceptarse otros supuestos de paternidad que no es el caso.

(Cam. Fam. S.S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 89-A-2004) (El primer paréntesis nos pertenece)

Así las cosas la legitimación procesal para ejercer la acción de impugnación de reconocimiento voluntario, está atribuida sin ninguna duda al hijo y a los ascendientes del padre, además la ley dispone a todo aquel que tuviese un interés actual.

El interés actual no esta definido en la ley, por lo que es preciso determinar si en el sub lite se reúne dicha condición en el demandante que lo legitime en el ejercicio de la acción; es preciso aclarar en este punto que no compartimos el criterio de la a quo quien dio a la pretensión del actor, el trámite de una impugnación de paternidad, Art. 151 C.F., como expresamente se le pidió pues del libelo de la demanda y de los documentos que se acompañan en ningún momento se desprende que la Sra. *** y el Sr. ***, se encuentren casados, por ende el examen de procesabilidad debió ceñirse a los hechos narrados en la demanda y a los puntos pretendidos haciendo las prevenciones a que hubiere lugar; en consecuencia no resultan aplicables los Arts. 151, 152 y 153 C.F., por más que la apelante erróneamente se refirió a una demanda de impugnación de paternidad y citó entre otros el Art. 153 C.F., aunque posteriormente en la apelación se refiere a la impugnación del reconocimiento voluntario.

Siguiendo ese orden de ideas, debemos determinar sí el Sr. *****, está legitimado para intentar la acción de desplazamiento de la paternidad; sí efectivamente tiene un interés actual; al respecto se ha sostenido que la impugnación del reconocimiento voluntario "controvierte el presupuesto biológico que lo implica; el nexo biológico determinado por la procreación entre reconociente y reconocido" (ZANNONI, Eduardo. Ib. Idem.). (...)

En tal sentido podríamos afirmar que el demandante posee un interés; en tanto existe un motivo –la relación afectiva y sexual mantenida con la demandante durante la época de la concepción- que le hacen

suponer o al menos crear en su psique una posibilidad real de su paternidad respecto del niño ***; por ello este Tribunal considera que existe un interés del demandante y que el mismo es actual, lo que lo legitiman a instar la acción pretendida.(...)

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de mayo de dos mil seis. Ref. 16-A-2006)

Aclarado que los hechos que fundamentan la pretensión en el caso en concreto, encajan en el Art. 156 C. F., que se refiere a la impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad; es obvio que el hijo es el legítimo contradictor contra la persona cuya paternidad se pretende desplazar. En efecto, dicho precepto confiere legitimación para impugnar el reconocimiento voluntario a las siguientes personas: 1) Al hijo; 2) Los ascendientes del padre; y 3) Los que tuvieren interés actual. Respecto al hijo la acción es imprescindible.

(Cam. Fam. S. S., treinta de noviembre de dos mil seis. Ref. 195-A-2006)

Conforme a las disposiciones legales antes citadas, tienen legitimación activa en el proceso de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad: 1) El hijo(a), 2) Los ascendientes del padre, y 3) Los que tuvieren un interés actual. De lo anterior resulta que el hijo es legítimo contradictor contra la persona cuya paternidad se pretende desplazar.

En el caso que nos ocupa, el hijo tiene la legitimación activa para incoar la pretensión de desplazamiento de paternidad, pero debido a que es menor de edad y no tiene la capacidad de ejercicio de la acción, debe ser otra persona quien actúe en su representación. Esto, de acuerdo al Art. 206 C. F. corresponde a los progenitores de consuno. Pero como en el sub lite consta que la madre del menor ha fallecido (cnfr. Certificación agregada a fs.5); y que es el hijo quien pretende el desplazamiento de la paternidad del demandado -como legítimo contradictor-; por lo tanto al existir "intereses contrapuestos" entre el hijo y el padre demandado la representación del hijo menor de edad debe ejercerla el Procurador General de la República por sí o por medio de uno(a) de sus delegados.

(Cam. Fam. S. S., cuartro de octubre de dos mil siete. Ref. 43-A-2007)

5.4.7. ACUMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE EMPLAZAMIENTO Y DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD.

A criterio de esta Cámara nada obsta a que quien reclama la pretensión de impugnación de una filiación ya establecida (desplazamiento de paternidad y maternidad), pueda acumular la de declaratoria judicial respecto de los verdaderos padres (biológicos), pues ambas pretensiones se relacionan en razón del objeto, aunque deriven de relaciones sustanciales distintas; por tanto la acumulación permitirá decidir ambas cuestiones correlativamente en un solo juicio y ante un solo juez. Lo que a nuestro juicio es más beneficioso para el hijo, por cuanto en forma concentrada, de manera ágil, en menos tiempo se le resuelve su problema (conflicto), por cuanto de tramitar únicamente la impugnación podría darse el caso que éste quede sin filiación, más grave aún sería sino prosperarán las declaratorias de paternidad y maternidad subsiguientes (en el proceso separado).

(Cam.Fam. S.S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 208-A-2004)

Es preciso acotar que esta Cámara en la sentencia pronunciada (...) en el incidente 208-A-04, señaló la procedencia de acumular las pretensiones de impugnación de paternidad y declaratoria de paternidad; al respecto sostuvimos "nada obsta a que quien reclama la pretensión de impugnación de una filiación ya establecida (establecimiento de paternidad y maternidad), acumular la de declaratoria judicial respecto de los verdaderos padres (biológicos), pues ambas pretensiones se relacionan en razón del objeto, aunque deriven de relaciones sustanciales distintas; por tanto la acumulación permitirá decidir ambas cuestiones correlativamente en un solo juicio y ante un solo juez." En ese sentido admitiendo este Tribunal la procedencia de la acumulación de las pretensiones señaladas, también se favorece la producción probatoria; en tanto, el examen de ADN podrá practicarse para acreditar la paternidad que se pretende y de ser éste positivo y existir otros medios de prueba que acrediten que el reconociente no puede ser el padre, procederá la impugnación del reconocimiento, en su respectivo orden.

(Cam.Fam.S.S., veintitrés de enero de dos mil seis. Ref. 181-A-05)

5.4.8. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Para que no opere la caducidad de la acción de impugnación de paternidad, la acción debe de promoverse dentro de los noventa días desde que se tuvo conocimiento de la paternidad que se le atribuye al marido; al efecto la norma crea una presunción legal al señalar que la cohabitación del marido en el lugar de nacimiento del hijo hará presumir que este tuvo conocimiento inmediato de la paternidad atribuida por ley, a menos que se acredite que existió ocultación del parto o que el marido estuvo ausente –en este último caso el plazo de caducidad se difiere al momento en que el marido regrese al lugar de nacimiento del hijo, así como también en caso de imposibilidad física o mental del marido para tener conocimiento de ese hecho.

La ley estipula claramente los momentos en que comienza a correr el plazo de caducidad de la acción, de tal suerte que la contabilización del plazo no está supeditada a la interpretación del juzgador o de otros hechos no propuestos en la norma, como pretende la parte apelante que se efectué en el caso *sub judice*, ya que el contenido de la norma se caracteriza por ser de cumplimiento obligatorio, es más en casos precedentes hemos dicho que la caducidad de la acción " (...) se caracteriza por: **a)** Operar de pleno derecho y oficiosamente, o sea, que es declarada sin que se solicite; **b)** No puede interrumpirse ni suspenderse, cuando el plazo ya comenzó a correr; y **c)** Sólo considera el hecho objetivo de la inacción del derecho, no tiene más presupuestos o requisitos que la falta de disposición o acción del derecho." **(Cam.Fam.S.S., ocho de enero de dos mil cuatro. Ref.: 68-A-2003)**

Por los argumentos expuestos no puede interpretarse que el señor ***, desconocía la paternidad que sobre la niña ***, se le atribuía al momento de su nacimiento, es más de la misma demanda se advierte que en ese momento el demandante no dudó de su paternidad, tan es así que el mismo la reconoció al suministrar los datos en esa calidad en el Registro del Estado Familiar; es hasta mucho tiempo después de haberle precluído la oportunidad procesal para accionar la vía judicial que tiene conocimiento de los hechos que le hacen dudar de esa paternidad por él conocida y reconocida, habiéndole al momento de interposición de la demanda caducado la acción por el simple transcurso del tiempo.

Además se advierte que en la demanda no se alegó ninguna de las circunstancias previstas a fin de suspender el plazo ya sea por la ocultación del parto o por ausencia, ya que claramente se colige que no se dio ninguna de ellas, según relata no fue sino hasta mucho tiempo después del divorcio que se enteró de su no paternidad, al expresárselo así su ex cónyuge y realizarse posteriormente el examen de ADN. Sin embargo, en aras de la protección de los hijos la ley no ha previsto este supuesto para la impugnación de la paternidad por el marido, no teniendo por ello acción el reclamante en este momento respecto de su paternidad, pudiendo ésta desplazarse solo a petición de la hija.

Finalmente es preciso referir que el interés superior de la niña ***, no se ve conculcado con la presente resolución, en tanto a ella en ningún momento se le coarta su derecho a investigar su filiación paterna, es más el Art. 139 C.F., dispone: *"El hijo tiene derecho a investigar quiénes son sus progenitores. Este derecho se transmite a los descendientes del hijo y es imprescriptible."* (Subrayado fuera de texto); por tanto se aclara que el derecho de la citada niña para impugnar la paternidad del actor no ha caducado; en todo caso, si fuere procedente su tramitación, no podría ser representada por la madre por cuanto existen intereses contrapuestos entre madre e hija, si la pretensión se ejerce siendo la hija menor de edad, será el Procurador General de la República. Arts. 223 ord. 3° y 224 C. F., quien asumirá su representación; en tanto que la madre también forma parte de la relación procesal en el carácter de demandada.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de diciembre de dos mil siete. Ref.: 178-A-2005).

5.4.9. PRUEBA DE LA IMPUGNACIÓN.

Al respecto, la norma citada detalla que se debe probar que el hijo no ha podido tener por padre al reconociente; es decir la prueba se configura sobre un hecho negativo; el probar en el caso particular que el Sr ***, no ha podido tener como padre al Sr ***; no obstante la existencia de título que legitima dicha paternidad. Lo que significa que no hubo la posibilidad real de que el padre reconociente engendrara al hijo, principalmente porque no existieron, ni pudieron existir relaciones

sexuales entre la madre y el padre reconociente o que este último no es biológicamente capaz de engendrar un hijo. (...)

De la prueba aportada esta Cámara advierte que la prueba ofrecida por la parte actora estaba destinada a acreditar el vínculo existente entre el demandante Sr. *** y su supuesto padre Sr. ***, probando la posesión del estado familiar; sin embargo ese trato (de padre-hijo) no desacredita en ningún sentido el vínculo legal existente entre el actor y el demandado, es que la existencia de un lazo afectivo y el trato dispensado entre las partes no es prueba suficiente que permita desvirtuar la existencia del vínculo legal; al efecto era preciso comprobar otros extremos, entre éstos que el demandado no pudo haber engendrado al Sr ***, como lo entendió la a quo aunque no lo expresó claramente, para establecer dicha circunstancia hubiese bastado comprobar que durante el tiempo de la concepción entre la madre del demandante y el Sr. ***, existía una simple relación de amistad y no de convivencia o que entre ellos no se dio una relación sexual, por lo que resultaba necesario que los testigos hubieren conocido tanto al demandado como a la Sra *** en el tiempo de la concepción, ya que comprobadas las circunstancias relacionadas ocurridas en esa época estaríamos en presencia de una declaración idónea, por tanto, consideramos que los medios de prueba aportados por la parte demandada resultaron insuficientes para desplazar la paternidad, diferente hubiese sido sí se hubiesen acreditado además otros medios de prueba, como la declaración de testigos que conocieron de los hechos previos a la concepción.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de enero de dos mil seis. Ref. 181-A-05)

5.4.10. VALORACIÓN DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN EN LOS CASOS DE DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD.

Así las cosas, se debe señalar que aunque no exista disposición legal que señale efectos concretos, como lo es cuando se trata del emplazamiento de filiación –Arts. 146 C.F. y 143 L. Pr. F.-, o doctrina que señale los efectos de negarse a la práctica del ADN, específicamente, en lo que respecta al desplazamiento de paternidad, consideramos que debe serlo, pues de lo contrario, se veda el conocimiento de la verdad biológica.

No obstante se debe tener presente lo dispuesto por el Art. 140 de la Ley Procesal de Familia (...)

De acuerdo con lo anterior y en concordancia con lo dispuesto por el Art. 56 L. Pr. F., en procesos de filiación el Juez valorará la negativa de la persona a que se le realice la prueba científica de ADN, conforme a las reglas de la sana crítica, entendiéndose por tales las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia humana.

Como señalábamos supra, cuando se trata de emplazamiento de filiación, la ley es categórica en establecer los efectos que produce la negativa de asistir a la prueba científica, no así cuando aquella se pretende desplazar. No obstante ello consideramos que tal negativa resulta relevante y de mucho peso para la procedencia de dicha pretensión, pues la misma constituye indicios –aunque no presunción- respecto a la posición contraria del que se niega a someterse a dicha prueba, pero que definitivamente en forma análoga debe darse valor muy similar cuando se trata de emplazar una filiación. Lo anterior deberá ser apreciado en conjunto con las demás pruebas aportadas, pero aún en el supuesto de que no existan otros elementos probatorios que sean determinantes para el establecimiento en forma objetiva de los hechos que constituyen la pretensión de desplazamiento filial (como en el sub lite), estimamos que debe apreciarse con mayor rigor dicha negativa, pues como se sabe, la prueba biológica de ADN, resulta ser –modernamente- la prueba idónea para establecer el vínculo de sangre entre una persona y otra, señalándose que resulta todavía mas certero cuando se trata de la exclusión del vínculo biológico.

En el caso de estudio, esto último es lo que más se apega a lo acaecido en el sub judice, en que no obstante haberse señalado hora, día y lugar para la realización de la citada prueba biológica en más de una ocasión, el demandado fue renuente a someterse a la misma, sin dar mayores razones de peso para tenerlo por justificado en su caso, es decir nunca hubo disposición de su parte para someterse a dicha prueba y conocer la realidad de su vínculo filial con el demandante.(...)

(Cam. Fam. S. S., cuatro de octubre de dos mil siete. Ref. 43 - A - 2007)

5.4.11. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LOS CASOS DE DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD.

En otros términos, prevalece el principio de legalidad, esto es, procederá el otorgamiento de la indemnización si está determinada por la ley. Aún cuando ello, no es absoluto, pues eventual y excepcionalmente podría llegarse a otorgar una indemnización con base únicamente en la norma constitucional, como en algún momento se ha llegado a aceptar, para el caso de divorcio, bajo supuestos muy específicos y excepcionales, es decir, no puede admitirse de manera general, Además debe tenerse presente principalmente la afectación y desmedro que sufre la persona a consecuencia de la conducta dañosa provocada por la otra, ya que en todo caso el causante de tal daño, siempre estará obligado a resarcir, reparar o indemnizar tales daños, sean estos materiales o morales, circunstancia que en el caso sujeto a revisión no se vislumbra con suficiente claridad, ya que la parte demandante ha ejercitado un derecho reconocido por la ley. Ha obtenido una sentencia favorable en parte, pues se accedió al desplazamiento de una filiación de uno de los tres hijos de que se trata; con lo cual resulta justificado su proceder, es decir que se actuó de buena fe y no se mencionan conductas de su parte que hayan producido un menoscabo a los sentimientos de la parte demandada.

Lo anterior no es óbice para señalar, no obstante la ausencia de disposición específica, pudiera llegarse a causar un daño moral con la interposición de una demanda como la del sub lite, pero ello dependerá de las circunstancias propias del caso concreto; lo que en el presente litigio no se advierte, máxime cuando en la sentencia fue acogida una de las pretensiones intentadas (respecto a una de las filiaciones impugnadas).

(Cam.Fam. S.S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 89-A-2004)

6. ADOPCIÓN.

(...) la protección integral de los menores e interpretar y aplicar el interés superior del menor, que en el caso concreto es el de proveerle a la menor *** la legalización de su estatus familiar de hija y garantizarle el medio natural e idóneo que favorezca el normal desarrollo de su personalidad, es decir el formar parte de una familia.- Debemos tener presente que la adopción es una Institución de protección en beneficio de los menores y en cuanto a los fines de ésta, el Art. 165 del Código de Familia establece que es "...una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral".

El llamado que hace la ley al Procurador General de la República, como garante de la protección de los menores huérfanos, abandonados o de filiación desconocida, a que preste el consentimiento para la adopción de ellos, puede recibirse por sí o por medio de delegado especialmente facultado para cada caso, y en el que nos ocupa puede producirse antes de la audiencia de sentencia o en ella .- Respecto a la certificación sobre el dictamen de idoneidad de la adoptante, consideramos que es necesario que la recurrente cumpla con dicho requisito legal, por cuanto los informes de los estudios de los especialistas no constituyen prueba alguna para establecer tal idoneidad, sino que representa una ilustración sobre la situación objetiva y real de la adoptante sobre sus condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental, investigación que puede dar como resultado que la Institución facultada certifique la idoneidad o no de la adoptante, siendo en base a tal prueba documental en que se fundamentará la autoridad judicial para decretar la adopción.- Dicho requisito es establecido tanto para adopciones nacionales como internacionales, según el contenido del Art. 192 Pr.F, adicionándose para el caso de adoptantes extranjeros requerimientos específicos que regula el Art. 193 de dicho cuerpo normativo.-

(Cam.Fam.Occ., quince de enero de dos mil siete, Ref. 002/2007)

Relaciones: Cam.Fam.Occ., veintisiete de agosto de dos mil siete, Ref. 104/2007.

No pasa desapercibido que efectivamente las instituciones encargadas de la adopción atraviesan una crisis que redunda en procedimientos extremadamente largos, pero ello no es razón suficiente para crear procedimientos diferentes a los establecidos en la ley, en todo caso de no estar conformes los interesados, deberán emplear todos los mecanismos que la Ley franquea para lograr la efectividad en el actuar de dichas instituciones.(...)

En consecuencia resulta imperioso conocer la situación de ***, y promover todas las medidas que tiendan a su adecuada protección; debiendo el juzgado a quo solicitar los informes pertinentes a la Oficina para las Adopciones y determinar su estado y de ser necesario iniciar –si es que no se ha hecho- de forma oficiosa diligencias de protección a favor del citado niño, ordenando en primer lugar su localización y consecuentemente las medidas pertinentes para su adecuado cuido, dentro de las cuales podrá considerarse la colocación dentro de su red familiar o con un particular que reúna las condiciones de idoneidad e interés y sólo excepcionalmente se deberá considerar el resguardo del niño en alguna institución pública creada para dicho efecto, haciéndose saber al Procurador General de la República, a fin de que inicie el proceso que corresponda si a ello hubiere lugar.

Sobre las afirmaciones efectuadas por la apelante relativas a que la figura de los hogares sustitutos, esta reconocida en el Art. 20 C.D.N.; es preciso recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño, "es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos del niño(...)". Además "representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños (...)" (CILLERO BRUÑOL, Miguel. EL Interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del niño).

Por tanto dicho instrumento debe interpretarse bajo ese contexto, lo que no significa que para el cumplimiento de la Convención deba necesariamente crearse hogares de guarda o implementarse la kafala, dicha norma lo que hace es regular las diferentes formas de proteger

a los niños(as) que estén privados de un hogar temporal o permanentemente, dentro de esas figuras nuestro sistema reconoce la adopción, hogares sustitutos con sus propias particularidades (de forma administrativa), internamiento, entre otros.

(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de enero de dos mil siete. Ref. 154-A-2006)

Sobre el segundo de los documentos compartimos con la apelante el criterio que dicho documento aunque no va individualizado, el mismo se encuentra inmerso en el análisis del conjunto de documentos certificados por la Oficina para las adopciones, ya que en muchos de estos documentos se expresa la idoneidad de los solicitantes, específicamente a fs. 31 vuelto romano IV, y que en base a ello es que se ha autorizado administrativamente la adopción.-

Por lo anterior no compartimos la decisión del señor Juez a quo de declarar la inadmisibilidad de la solicitud por la falta de tales atestados revocando el auto de admisión de la solicitud; tomando en cuenta que uno de ellos se considera ya incorporado (...)

(Cam. Fam. Occ., quince de mayo de dos mil siete, Ref. 047/2007)

6.1. APTITUD DE ADOPTABILIDAD.

De acuerdo a la aptitud de adoptabilidad relacionada, la niña continuaba siendo sujeta de adopción y las diligencias debían pasar nuevamente al Comité respectivo para realizar una nueva evaluación sobre la adopción de la menor "por su situación irregular" –como fue calificado por las Autoridades administrativas-, suponemos que en este estadio fue que se solicitaron las diligencias administrativas y que por eso no se revocó o se dejó sin efecto tal aptitud, simplemente no se continuó con el trámite de asignación.

Los Arts. 9 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone entre otros, que los Estados parte deben velar no solamente porque la adopción sea autorizada por las autoridades competentes, sino también que sobre la base de una información fidedigna se haya comprobado que la adopción es admisible en virtud de la situación jurídica del niño (a).

Se menciona que la situación familiar de la menor ***, con su familia, no ofrece ninguna ventaja para su desarrollo, por lo cual corresponde al Estado tomar y ejecutar las medidas tendientes a su protección integral.

(Cam.Fam.S.S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 114-A-2006) [26]

Relaciones: Cam.Fam.S.S.,Ref.: 96-A-2006.

6.2. CONSENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DEL HIJO(A).

El tribunal a quo declaró inadmisible la solicitud de adopción: por considerar que la recurrente no presentó con la subsanación de la prevención que se le hiciere a fs. 43, dos documentos que constituyen requisitos legales para la tramitación judicial de la solicitud de adopción, siendo éstos: la certificación del acta en que conste el consentimiento para la adopción del menor ***, prestado por el Procurador General de la República y la certificación del dictamen sobre la idoneidad de la adoptante.-

Si bien es cierto, la recurrente al presentar la solicitud de adopción y el escrito de subsanación de la prevención respectiva, no presentó las referidas certificaciones, consideramos que sobre el primero el llamado que hace la ley al Procurador General de la República, como garante de la protección de los menores huérfanos, abandonados o de filiación desconocida, a que preste el consentimiento para la adopción de ellos, puede recibirse por sí o por medio de delegado especialmente facultado para cada caso, y en el que nos ocupa puede producirse antes de la audiencia de sentencia o en ella, presentando documento que acredite al Agente Auxiliar especialmente para representar al Procurador General de la República a efecto de dar el consentimiento de adopción y su correspondiente ratificación, situación que fue ofrecida por la licenciada *** en su escrito de subsanación.

(Cam.Fam.Occ., quince de mayo de dos mil siete, Ref. 047/2007)

Relaciones: Cam.Fam.Occ., veintisiete de agosto de dos mil siete, Ref. 104/2007.

26. *Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados: CONSENTIMIENTO PARA LA ADOPCION DEL HIJO(A), numeral 6.2, ADOPCIÓN POR EXTRANJEROS 6.4, ambos de la parte*

Asimismo, cabe la posibilidad de la retractación del consentimiento incluso antes de que la sentencia quede ejecutoriada. Según este criterio, el consentimiento puede ser revocable; pero no se regula el caso de la revocación del consentimiento y su posterior otorgamiento, lo cual consideramos ha de ser valorado por el juzgador, sin paralizar el trámite de la adopción pronunciando la resolución que corresponda.

Al respecto, conviene destacar que se necesita del **consentimiento informado** del progenitor que ejerce la autoridad parental (en este caso de la señora ***), ya que la menor no tiene emplazada su filiación paterna; ello implica que tengan conocimiento de las consecuencias de su decisión, es decir, los efectos que produce la filiación adoptiva, esto es el quebrantamiento total del vínculo biológico que une a los progenitores con sus hijos, siendo éste un efecto de la adopción plena, procedimiento legal que termina de manera irrevocable el vínculo de filiación biológica para establecerlo con el padre y madre adoptivos. *(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 114-A-2006)* [27]

Y, además, la Cámara es del criterio que la adopción de un menor que no se encuentra en estado de abandono, como en el caso *subjudice*, sino que la madre espontáneamente otorga su consentimiento para su adopción, no debiera requerir trámite administrativo, como si es necesario en el caso de la adopción de menores abandonados, que entre otros aspectos, requiere que el Procurador General de la República otorgue tal consentimiento. Este criterio parece ser acorde con el contexto legal, dentro del cual está regulada este tipo de adopción, ya que el art.199 Pr.F., que la regula, se encuentra ubicado justamente entre el art. 198 y 200 Ibid., que regulan la adopción del hijo (de) uno de los cónyuges y la adopción de mayores, respectivamente que justamente no requieren de trámite administrativo. Pareciendo, en consecuencia, que fue un *lapsus* del legislador no haber agregado en el art. 199 ibid., que este tipo de adopción no requiere de trámite

27. *Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados: APTITUD DE ADOPTABILIDAD, numeral 6.1 y ADOPCIÓN POR EXTRANJEROS 6.4, ambos de la parte sustantiva.*

administrativo.

(Cam.Fam.Ote., veintiuno de abril de dos mil ocho. Ref. Ap.28 (28-02-08))

6.3. ADOPCIÓN POR PARIENTES.

(...) la Cámara le reitera a la Jueza a quo, que nuestra legislación no prohíbe la adopción entre parientes, y muy por el contrario, las estimula al no señalar expresamente que son prohibidas, a tal grado que el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Tomo I y II, en las paginas 603 y 604 dice: " El Código de Familia refleja lo que algunos autores han llamado " la democratización de la adopción "al eliminar prohibiciones como las contenidas en la letra e) del articulo 3 de la ley de adopción que derogó el 403 C.F., según la cual, no se podía adoptar al hermano, o , en otras leyes, que prohíben la adopción del nieto y así por el estilo. Al no incorporar tales prohibiciones y si el Juez y los profesionales que lo auxilian estiman que en un caso concreto esa es la mejor solución para un menor, se decretará la adopción. A manera de ejemplo (en el derecho comparado extranjero) los autores argentinos Cecilia P. Grossman y otros en su libro "Los Derechos del Niño en la Familia" en el Capitulo I "El Interés Superior del Niño", pagina 25 nos ilustran, cuando manifiestan que: (...)en función del interés del niño, fue otorgada la adopción a los abuelos, pese a prohibición legal establecida (...), prohibición que no contempla nuestra legislación nacional familiar.(...)

10.-Que al examinar la Cámara el expediente encontramos que la menor siempre ha estado con sus abuelos paternos de acuerdo por lo afirmado por la madre de ésta en la audiencia de fs. 20, del incidente, en donde ella ratificó su consentimiento para que dicha menor pueda ser adoptada por ellos; ya que éstos han demostrado ser aptos para desenvolverse como padres, confirmado lo anterior por el estudio psicológico fs. 65/66 del proceso, realizado por el Lic. *** (PGR), ya relacionado. Así mismo, del estudio social fs. 67/71 ibid., realizado a los adoptantes por la Licda. ***, que da aptitud a los adoptantes, razones por las cuales, esta Cámara estima que la adopción es conveniente a la menor.

(Cam.Fam.Ote., veintiuno de abril de dos mil ocho. Ref. Ap. 28 (28-02-08))

De la lectura de las certificaciones de las partidas de nacimiento agregadas a fs. 7 y 8, se comprueba el vínculo familiar que une a los solicitantes con la menor ***, de donde resulta que los abuelos paternos pretenden adoptar a su nieta.-

Dentro del concepto de adopción que establece el Art. 167 F. se encuentra regulada una de las consecuencias de ésta, que el adoptado para todo efecto pasa a formar parte de la familia de los adoptantes, como hijo de éstos y se desvincula en forma total de su familia biológica respecto de la cual ya no le corresponderán derechos ni deberes, salvo los impedimentos matrimoniales que por razón de parentesco establece el mismo Código de Familia.-

Este concepto legal sigue la orientación del principio de imitar la naturaleza (Imitatio Naturae), ya que se trata de dos familias -la biológica y la adoptiva- que no están unidas por vínculos de parentesco, salvo las excepciones legales del Art. 181 Inc. 2º F., que regula ciertos requisitos para la adopción cuando existiere parentesco y sólo cuando se trate de un pariente en segundo grado de afinidad o cuarto grado de consanguinidad.- Al analizar dicha disposición, advertimos que la ley no define expresamente el rechazo de la adopción cuando se pretenda entre hermanos y/o parientes en grados de parentesco más cercanos como son los abuelos respecto de sus nietos.-

Al respecto existe jurisprudencia e instrumentos internacionales sobre adopciones (los tribunales extranjeros admiten esta clase de adopción con relación a parientes más o menos lejanos), en la que se ha expresado que para que proceda la adopción entre parientes, el grado de parentesco no debe ser cercano y tal aseveración tiene su fundamento en el buen sentido y la lógica, pues de aceptarse la adopción entre parientes cercanos como en el caso que nos ocupa, se alteraría la estructura natural de la familia, convirtiendo a los abuelos paternos en padres de su nieta y al padre biológico en su hermano.- Otro aspecto no menos importante, es el que los hijos adoptivos adquieren el estatus completo de hijo matrimonial y una de sus repercusiones resultaría ser la ruptura de los lazos con la familia biológica o consanguínea con la menor y que en el caso en estudio viene a ser la misma familia paterna, con la diferencia de que con la adopción se aproxima el grado de parentesco respecto de los abuelos con su nieta, a la de padres e hija; no siendo la finalidad de la adopción transtornar los grados de

parentescos cercanos entre los miembros de una misma familia, sino el de dotar de una familia a los menores carentes de ella para asegurarles su bienestar y desarrollo integral.-

Lo ideal es que los menores permanezcan en el seno de su familia biológica, pero en casos en que esto no sea posible por la falta de condiciones favorables para su desarrollo, es indudablemente que la adopción nace como una alternativa y como una respuesta a la solidaridad social para muchos niños que se encuentran en orfandad o desamparo, situación generada por condiciones deficitarias tanto sociales como económicas de su familia consanguínea.-

Cabe recordar, tal como lo establece el Principio de Subsidiariedad que regula el Art. 4 lit "b" de la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que un menor puede ser sujeto de adopción cuando no tiene parientes o familiares que le procuren su desarrollo integral, es decir que debe considerarse preferentemente que se desarrollen con sus progenitores y en defecto de éstos con sus familiares paternos o maternos y; que sólo a falta de éstos puede ser considerada en forma subsidiaria la posibilidad de la adopción.-

En ese sentido cabe señalar que en el caso planteado, no se cumpliría con la finalidad de la Institución de la Adopción, pues la menor ***, si bien es cierto por diversas circunstancias no cuenta con sus progenitores como responsables de su crianza, se encuentra bajo la responsabilidad y cuidados directos de sus abuelos paternos, quienes le han prodigado su apoyo en todas las etapas de su vida y pueden continuar proporcionándoselo en la calidad de abuelos paternos, como parte de la solidaridad humana que suponen las relaciones familiares y que se imponen entre sus miembros, de la cual nace el deber de protección para la vida y de sobrevivencia en forma recíproca; en tal sentido la menor puede continuar recibiendo los beneficios, los cuidados y el amor de su propia familia paterna, sin necesidad de recurrir a la adopción, ya que con ésta se alterarían no solo la finalidad de la figura de la adopción sino los grados de parentesco y la estructura legal de la familia original.- Asimismo hemos de considerar que la menor puede ejercer sus derechos sin limitación alguna, pues su abuela paterna señora *** fue nombrada como su tutora y representa legalmente (fs. 11 al 15); aspectos con los cuales se reafirma que la menor ***, no se encuentra

en una situación de abandono, concepto determinado por la ley en el numeral primero del Art. 182 F. (...)

En conclusión, en el caso en particular no es procedente la adopción solicitada debido a que no llena los fines que el legislador ha previsto para esta Institución, pues no se trata de integrar a una persona que carece de una familia a la de los adoptantes, pues conforme a los Arts. 128, 131 y 132 F. entre ellos existe parentesco por consanguinidad en segundo grado de la línea recta o sea que hay una relación parental de abuelos y nieta.-(...)

Por los motivos expuestos, la solicitud de fs. 1 y 2 de la pieza principal será rechazada por esta Cámara por ser manifiestamente improponible (Art. 197 Pr. C.).-

(Cam.Fam.Occ., ocho de julio de dos mil ocho, Ref. 090-08-SA-F)

6.4. ADOPCIÓN POR EXTRANJEROS.

El Convenio de la Haya relativo a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, pretende establecer todo un sistema de protección para evitar cualquier irregularidad en el proceso de adopción. Lo importante en todo este procedimiento seguido en las adopciones internacionales, es resguardar el interés superior del menor, regulado en nuestra legislación familiar en el Art. 350 C. F., definiéndolo como "todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad". Postura retomada de la Convención de Derechos del Niño, Arts. 1, 20, 21, entre otros aplicables y en la Declaración de Derechos del Niño. (...)

A la adopción internacional, aún siendo un medio de protección, se le aplica el principio de subsidiariedad, regulado en el Art. 184 inc. 2 C.F., que establece: "**La adopción por extranjeros tendrá lugar cuando se hubieren agotado las posibilidades de propios, lo que significa que previo a que un niño sea asignado a una pareja de extranjeros, se verificarà si dentro de las solicitudes presentadas por nacionales existe alguna que reúna los requisitos necesarios para concederle la adopción y así evitar ese cambio en el sistema de vida del menor o en el peor de los casos que se desnaturalice la institución de la adopción y se convierta en exportación de**

niños a países desarrollados, que aunque ofrezcan mejores condiciones económicas se desconoce el efectivo cumplimiento de las obligaciones que como progenitores les corresponderá a los adopción a nivel local, y preferentemente con ciudadanos de los Estados con los cuales se hubieren ratificado tratados o convenciones, pactos internacionales sobre la materia..."

Tenemos entonces que el legislador consideró –atinadamente- que un menor sujeto de adopción debe ser en primer lugar ubicado en un hogar local, para evitar el desarraigo abrupto que pueda sufrir al llegar a un país con costumbres, idioma, etc., diferentes a los adoptantes. Sin embargo, esta situación se ve atemperada al establecerse dentro del sistema de protección al menor, la obligación de los Estados destinatarios de velar porque se mantengan las condiciones bajo las cuales la adopción fue decretada. Se deduce al menos que ese compromiso, deviene de lo dispuesto en el Art. 193 inciso primero literal a) L.Pr.F..

Consideramos que no sólo deberá tomarse de manera tan estricta el precitado principio de subsidiariedad, puesto que habrán algunos casos, en los que por sus particulares características, podrá interpretarse de manera dúctil, tal subsidiariedad, puesto que podrá valorarse en aras de efectivizar el trámite de adopción, en el caso que una pareja de extranjeros solicite adoptar a un menor determinado, si ésta puede concederse de cumplirse al menos con las garantías mínimas para tales efectos, de lo contrario, la dilación que suele presentar el trámite de las adopciones perjudicaría el interés del adoptado, ello sin contar en términos generales que la adopción no tiene mucha aceptación a nivel nacional.

(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 114-A-2006) [28]

Que según la Convención Sobre la Protección de Menores y la Colaboración en Materia de Adopción Internacional, ratificada por El Salvador, vigente desde el 27 de julio de 1998 (D.L. 339 del 2 del mismo mes y año, publicado en el D. O. 140 Tomo 340) en su Art.

28. *Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados: APTITUD DE ADOPTABILIDAD, numeral 6.1 y CONSENTIMIENTO PARA LA ADOPCION DEL HIJO(A), numeral 6.2; ambos de la parte sustantiva.*

15 se preceptúa, que le corresponde al Estado receptor (en el *sub lite* Italia), considerar si los adoptantes son los adecuados y su aptitud adoptiva; apareciendo en el *sub júdice* a fs. 67 de la diligencias, que en el informe psicológico practicado al matrimonio ***, en el ayuntamiento de Roma, Tribunal de Menores, que ellos tienen las condiciones personales, culturales y sociales para tener a un menor extranjero; lo que a criterio de esta Cámara implica que hay aptitud para adoptar, lo que concierne, como ya se dijo, al Estado receptor, más que al de origen, al cual según el Art. 16, Ibíd., le corresponde considerar sí el menor es adoptable, y en el *sub lite*, a fs. 24, Ibíd., aparece que el menor *** es considerado adoptable.(...)

Que en la normativa de adopción, no aparece como inhabilidad para adoptar ser invidente, como en el caso de los recurrentes, como sucede en la tutela (Art. 301 Ord. 9º. C. F.) lo que implica que en la adopción por invidentes queda a criterio del juzgador decretarla o no, según considere la conveniencia para el adoptado.

Que valorando la Cámara, el compromiso que adquiere la familia ***, de mostrar la suficiente voluntad de aceptar al menor *** como su hijo adoptivo, comprometiéndose, además, a ejercer el rol de padres y proveer a dicho menor de todo lo necesario para su subsistencia integral, y tomando en cuenta la Cámara lo expresado por el menor en audiencia (fs. 116, del Incidente) que le gustaría irse, que le han hablado de los adoptantes, que son ciegos y que le gustaría estar con ellos, y que prefiere vivir con las personas que lo quieren llevar a Italia; y siendo que la adopción es una opción legal encaminada a la protección familiar y social, como primacía del interés superior del menor, con el fin de dotarle una familia que le garantice su bienestar y desarrollo integral, y notando la Cámara que las condiciones actuales de vida de dicho menor mejorarán estando al lado de la familia ***, esta Cámara es del criterio que puede accederse a la pretensión de los solicitantes.

(Cam.Fam.Ote., diez horas del día diez de junio de dos mil ocho. Ref. APE: 153(15-11-07)

6.5. CAMBIO DE NOMBRE EN LAS DILIGENCIAS DE ADOPCIÓN.

Es de considerar que con mucha frecuencia los futuros adoptantes, cuando reciben a un niño o niña en su hogar, bajo la medida de

colocación en hogar sustituto le asignan nombres diferentes a los que aparecen en las partidas de nacimiento, dichos nombres representan un interés especial con un valor afectivo y familiar de mucho significado para los adoptantes; y por otro lado los niños muy pequeños, desconocen que poseen dos nombres (uno legal y otro social) respondiendo únicamente por los nombres que los futuros adoptantes les han asignado, con los cuales son socialmente conocidos por parientes, familiares y amigos de sus futuros padres adoptantes. En estos casos, es pertinente no perder de vista la identificación del niño y la adaptación al nombre o nombres con los cuales se les identifica en el entorno de la familia a la cual se insertan. Por ello habiéndose otorgado la adopción y con la finalidad de no alterar la identidad de la niña en cuanto a su identificación, es procedente acceder al cambio del nombre.(...)

Teniendo en cuenta los elementos mencionados es procedente acceder a lo pedido, es decir verificar el cambio de los nombres propios con que fue asentada la referida menor en el registro respectivo, a fin de no afectar su identidad y consecuentemente su desarrollo psicológico, moral y social, y que la niña pueda alcanzar un armonioso desenvolvimiento de su personalidad (identidad personal). En consecuencia es procedente que se cambie el nombre de la adoptada por el de ***, ya que con ese nombre es con el cual se ha identificado e individualizado en todas sus relaciones familiares, sociales; es éste con el cual la reconocen sus padres, abuelos y amistades; privarla de ello sería conculcar su identidad personal ocasionándole un deterioro en sus relaciones ínter subjetivas, afectando el normal desarrollo de su personalidad. Por ello, la sentencia será modificada en el sentido de acceder al cambio de nombre en la sentencia que decreta la adopción.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de julio de dos mil siete. Ref. 203-A-2005)

Sobre la falta de congruencia que representaría acceder a esa petición (cambio de nombre en diligencias de adopción) como lo expone la Jueza a-quo por no habérsele pedido inicialmente en el escrito original, estimamos que dada la naturaleza de las diligencias cuyo objeto fundamental es proveerle de una familia a la niña, si bien es cierto en principio ello debió pedirse con la solicitud inicial (de adopción) aportando u ofreciendo la prueba respectiva, desde ese

momento y no hasta la celebración de la audiencia, también lo es que los adoptantes al asumir en su totalidad las funciones de padre y madre, de la misma manera que los biológicos, tienen la facultad para asentar a su hija con el nombre propio que adquiere un significado especial en relación a la niña, máxime cuando de hecho se le ha llamado y conocido con el nombre solicitado, procede entonces atemperar la rigurosidad del procedimiento en cuanto esa petición ya que no existiendo contención y en atención a los antecedentes sobre el nombre *** en vez de *** puede admitirse la petición de los interesados por ser algo inherente a los derechos que adquieren los progenitores, pero sobre todo por la adaptación e identificación que la niña tiene para con ese nombre con el cual se le ha conocido y cuyo significado es valioso para los adoptantes. Distinto sería cuando el niño(a) sujeto de adopción esté plenamente identificado con el nombre que ha sido inscrito.

Debe tomarse en cuenta además que tratándose de diligencias de jurisdicción voluntaria puede el juzgador en la audiencia respectiva ordenar de oficio para mejor proveer las pruebas que considere necesarias, las que, en el presente caso en lo que al nombre se refiere, constaban de la certificación de la sentencia de pérdida de la autoridad parental, a Fs. ..., elemento necesario en lo que respecta a la identidad de la niña, la que si bien fue asentada con el nombre de *** ha sido en tiempo llamada por sus padres adoptivos con el nombre de ***; por lo que atendiendo a la naturaleza propia de la adopción y los derechos implícitos para los adoptantes y adoptados no hay ningún impedimento legal para no acceder a lo solicitado aún de manera oficiosa, todo en el interés de la niña, reflexibilizando así el excesivo rigor ritual de otros procedimientos. (...)

(Cam. Fam. S.S., nueve de mayo de dos mil siete. Ref. 2-DH-2007) (Los primeros dos paréntesis nos pertenecen)

7. ESTADO FAMILIAR.

El estado familiar subsidiario de hijo(a) de una persona respecto de otra, se tramita en diligencias de jurisdicción voluntaria. (...) Dicho estado se puede originar por el vínculo matrimonial o por vínculo parental. En relación al parentesco, una persona puede tener el estado familiar de padre, madre, hijo(a), hermano, tío o sobrino. Normalmente el estado familiar de hijo(a) se prueba con la certificación de la respectiva partida de nacimiento, Art. 195 C.F.. En casos como el sub lite, en que se ha destruido la inscripción del respectivo estado familiar, éste podrá declararse probando los hechos o actos jurídicos que lo originaron o la posesión notoria de ese estado familiar. El hecho de la muerte de una persona también podrá establecerse judicialmente. Art. 197 C.F..

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de febrero de dos mil seis. Ref. 112-A-2005) [29]

(...) cuando se ha omitido la inscripción de un estado familiar, para el caso de un nacimiento, debe declararse judicialmente probando los hechos o actos jurídicos que lo originaron o la posesión notoria del mismo, por medio de las diligencias de estado familiar subsidiario o por procedimiento ante notario si se trata de persona mayor de edad. Para ello es necesario contar con la constancia que acredite tal omisión.

(...) una de las formas por la cual se puede demostrar la filiación de una persona con relación a su progenitor(a) y el grado de parentesco de esa persona con la familia a que pertenece es por medio de la posesión de estado familiar del hijo, previa declaración judicial: con el establecimiento del estado familiar subsidiario de hijo; subsidiario porque originariamente se establece mediante la certificación de la partida de nacimiento.

La doctrina de los expositores del derecho, reconoce la existencia de dos tipos de Estado Familiar: a) El Estado Familiar Formal, referido únicamente al título o partida de nacimiento, matrimonio u otro, y b) El Estado Familiar Material, referido a la calidad de una persona dentro de la familia, como madre e hijo. Es decir, que aunque una persona carezca de ese título no por ello es de filiación desconocida. (...)

29. *Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: PRUEBA DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.1, de la parte sustantiva.*

La posesión de estado, puede alegarse en algunos casos como presupuesto de la promoción de la acción tendiente a obtener el emplazamiento respectivo; en otros, la posesión de estado suple los efectos o vicios formales del título de estado. En ambos casos cuando se entabla la acción respectiva se constituirá formalmente el estado familiar que preexiste materialmente.

(Cam. Fam. S. S., catorce de septiembre de dos mil siete. Ref. 157-A-2007)

(...) una de las formas para demostrar la filiación de una persona con relación a su progenitor(a) y el grado de parentesco que la une con la familia a que pertenece es la posesión de estado familiar de hijo, o su nacimiento, entre otros, probando tales circunstancias en las respectivas diligencias de establecimiento de estado familiar subsidiario de hijo.

(Cam. Fam. S. S., doce de octubre de dos mil siete. Ref. 177-A-2007)[30]

7.1. PRUEBA DEL ESTADO FAMILIAR.

En este caso, la solicitante manifiesta que la Sra. *** nació el día dieciocho de junio de mil novecientos cinco, por lo que se vuelve prácticamente imposible que después de un siglo de su natalicio alguna persona pueda tener conocimiento (de vista y oídas) de los hechos constitutivos de su nacimiento, de los cuales se pueda establecer que la Sra. *** nació en la fecha que se menciona, como consecuencia de las relaciones maritales entre el Sr. *** y ***que dieron lugar al posterior embarazo de esta última, es por ello que tomando en consideración la particular circunstancia del caso, hemos de considerar otros elementos que se han aportado al proceso como es la certificación del asiento de la Cédula de Identidad Personal de la causante (fs. ...), en la cual consta que la Sra. *** nació en la ciudad de San Martín, el día dieciocho de junio de mil novecientos cinco, siendo hija de *** y ***, pues dicha información debió tomarse de la partida de nacimiento de la inscrita, considerando que ese documento se expidió en mil novecientos setenta

30. *Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: DERECHOS DE NIÑOS(AS) Y ADOLESCENTES, numeral 15 de la parte sustantiva.*

y nueve, es decir, hace veintisiete años, además de la certificación de su partida de defunción agregada a fs. ... (...)

Que considerando el año de nacimiento de la causante, es dable aceptar el deterioro que pudo haber sufrido la documentación relativa a su persona, lo que imposibilita su obtención, por lo que la existencia jurídica de la Sra. *** deberá establecerse a partir de la prueba que física y materialmente sea posible recabar, dadas las circunstancias mencionadas.

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de febrero de dos mil seis. Ref. 112-A-2005) [31]

7.2. RECTIFICACIÓN DE PARTIDA DE NACIMIENTO.

Aparentemente el rectificar una partida no sería un caso de suma urgencia, ni encajaría dentro de los usos o circunstancias especiales, máxime que nada se dice respecto de la situación del padre, no obstante, el pretender rectificar una partida de nacimiento de la que liminarmente se advierten errores, es un derecho conferido por la ley que no afecta a la niña, ni cambia su estado familiar, por el contrario, ello va en beneficio de la misma niña al enmendar los errores presentes en su partida de nacimiento, para así poder usar sus verdaderos apellidos e identificar a su padre con su nombre correcto, para lo cual no es imprescindible la comparecencia de ambos padres siendo suficiente la comparecencia de la madre a otorgar dicho poder, puesto que es en beneficio de su hija.

Que tales diligencias en nada afectan los derechos del padre, como sería en otro tipo de acciones, pues los errores apuntados se establecen a partir de la misma prueba documental, es por ello que pese a no haberse explicitado la razón o las circunstancias especiales de la no comparecencia del padre, el poder específico así otorgado es el necesario para legitimar la actuación del Lic. ***, en razón de lo cual es procedente revocar la resolución impugnada y consecuentemente darle el trámite de ley a la solicitud planteada.

(Cam. Fam. S. S. quince de febrero de dos mil cinco. Ref. 23-A-2005)

31. *Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: ESTADO FAMILIAR, numeral 7.0 de la parte sustantiva.*

En el caso sujeto a revisión, debe examinarse si existe error en las partidas de nacimiento de los menores en mención; en cuanto a los datos consignados en la misma son los correctos (fecha, lugar, nombres y apellidos de los progenitores). En este caso se alega que los apellidos de la madre se consignaron erróneamente en las partidas de los niños; es decir, no concuerdan con el orden -de tales apellidos- consignados en la inscripción de la partida de nacimiento de dicha progenitora, lo cual se evidencia de la documentación presentada.

Si bien es cierto la Ley del Nombre de la Persona Natural, en los Arts. 7 y 14, establece la manera en que se conforman los apellidos de una persona, ello no es óbice para considerar que mientras no exista una corrección de los errores que le aparezcan en su partida de nacimiento en cuanto a la conformación de los apellidos o no se inicien las diligencias de adecuación de nombre, legalmente serán esos apellidos los que utilizará; consecuentemente deberá consignarse e identificarse en todo documento, en la forma que aparece en el asiento de su respectiva partida y no en la forma en que de acuerdo a la ley debería haberse consignado, pues no coincidiría con su respectiva partida de nacimiento; en ese sentido al usar sus apellidos de forma invertida a la que se estableció en su partida de nacimiento, que según se expresa es el mismo con el que se identifica y así desea continúe, da lugar a que no pueda probarse fehacientemente en casos extremos que sea ella la madre de los referidos niños; por lo que, no teniendo interés de adecuar legalmente sus apellidos, es procedente tramitar las diligencias solicitadas.

En consecuencia estimamos que la aplicación de la figura de la improponibilidad, no es procedente en este caso. pues con tal rechazo únicamente se estaría vedando la posibilidad de enmendar o corregir situaciones de hecho y jurídicas que, en un momento determinado, afectarían los intereses o derechos de los expresados menores; razón por la que estimamos que tal pretensión es legítima y como tal debe ser ventilada en sede judicial; como corolario deberá revocarse la interlocutoria impugnada, admitiendo las diligencias de rectificación de partidas de nacimiento de los menores lo que favorecerá el interés de estos. Art. 4 Y 350 C. F. y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de febrero de dos mil seis. Ref. 47-A-2005)

Que la Cámara, sin embargo, no comparte el criterio de la a quo, y particularmente su apreciación jurídica del aspecto ya referido, para fallar no ha lugar a lo solicitado, en cuanto que, tal aspecto tenga la importancia que, le atribuye, como si lo que se estuviere impugnando fuera el asiento original de la partida de nacimiento; pero no siendo ese el caso, la partida original de nacimiento que expresa que la solicitante nació el 06/08/83, prevalece sobre la fecha de nacimiento de la solicitante que existe en el Registro que lleva el Hospital Nacional "San Pedro", Usulután. Lo anterior, por que bien pudo haber ocurrido que quien asentó la Partida original de nacimiento expresó que la fecha de nacimiento de la solicitante ocurrió el 06/08/83; y si no hubo impugnación del asiento de dicha partida de nacimiento, ésta debe mantenerse intacta e incólume.

Que en cuanto al punto central contenido en la solicitud, la Cámara, al hacer el estudio del expediente, ha llegado a la conclusión, que no existe una prueba fehaciente de que las diligencias de rectificación de la partida original se hubiesen realizado conforme a la Ley; ya que, por una parte, no se ha probado quien fue la persona que solicitó hacer dicha rectificación notarial; y, por otra parte, según consta del informe de la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, las referidas diligencias de rectificación no aparecen agregadas al legajo de anexos del libro del protocolo del notario que supuestamente las autorizó. (...)

Que con base en lo expuesto en el considerando "6" y en las disposiciones antes citadas, la Cámara estima que es procedente acceder a la solicitud presentada, por la vía de ordenar la cancelación de la anotación marginal de rectificación de la partida de nacimiento original de la recurrente, ya que dicha anotación marginal está afectada de nulidad, por haberse hecho, sin cumplirse los requisitos notariales legales, correspondientes.

(Cam.Fam.Ote., cinco de febrero de dos mil siete. Ref. AP.7 (30-01-07))

De los preceptos señalados (Arts. 39 L.N.P.N, 193 C.F. y 2 inc. 2° L.E.N.J.V.D.) se infiere que la adecuación del nombre de un hijo, presupone un cambio o modificación en el nombre del padre o madre del inscrito; lo cual sucede por la conformación de los apellidos, pues de acuerdo a la Ley del Nombre de la Persona Natural, los hijos nacidos

de matrimonio, así como los reconocidos por el padre, llevarán el primer apellido de éste, seguido del primer apellido de la madre. Art. 14 L N. P.N., por lo que debido a esa circunstancia procedería la adecuación del nombre del hijo, en razón de haberse invertido uno de los apellidos del padre o de la madre mediante el procedimiento legal respectivo, de acuerdo a lo establecido en los Arts. 24 inc. 3° y 39 L.N.P.N. Además, conforme a la última de las disposiciones citadas, "es un trámite opcional cuando establece que la persona puede continuar usando el nombre sin modificaciones o adecuarlo conforme a la modificación del nombre de su progenitor(a).

En el caso sujeto de análisis, lo que se pretende es la rectificación de partida de nacimiento de una hija, en virtud de que el nombre y apellido materno consignado en la misma pertenece a un asiento que fue cancelado con posterioridad a su nacimiento, quedando vigente otro asiento ya existente, en donde el nombre completo de la madre es diferente al que aparece consignado en la partida objeto de las diligencias. No se trata entonces de que la partida de nacimiento de la madre haya sido corregida ó modificada, pues diferente hubiera sido si en dicho asiento hubiera habido error y que dicha señora lo hubiera, corregido para luego optar por adecuar el nombre de su hija a la modificación sufrida en su propio asiento, pero este no es el caso, ya que se trataba de dos partidas de nacimiento inscritas en dos lugares diferentes cuyos nombres y apellidos difieren, las cuales una de ellas -previa declaración judicial de nulidad de acuerdo al Art. 22 lit. b) L.T.R.E.F.R.P.M.- fue extinguida mediante cancelación, quedando así vigente únicamente la partida inscrita en la Alcaldía de Soyapango; consecuentemente puede advertirse en el sub júdice, que se trata de un error de fondo, que adolece la partida de nacimiento de la niña, pues dicha Partida de Nacimiento, en relación al nombre y apellido de la madre ahí consignado, difiere con la Partida de Nacimiento de la expresada progenitora.

En virtud de lo anterior y contando con la prueba pertinente que demuestra el error advertido, consideramos que es procedente la rectificación de la partida de nacimiento solicitada por la impetrante y no la adecuación del nombre, como lo ha señalado el tribunal a quo.

(Cam. Fam. S.S., veintiséis de abril de dos mil siete. Ref. 191-A-2006) (El primer paréntesis nos pertenece)

7.3. REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR.

En atención a esos puntos, consideramos, que el señor ***, es legítimo contradictor activo. Su interés en el proceso deviene en que sus datos de identidad y los de su esposa (ver certificación de partida de matrimonio, fs. ...) han sido consignados mediante anotación marginal en la partida de nacimiento de una persona ajena a ellos, cuando legal y correctamente debería estar contenida en la partida de nacimiento número (...) a nombre de ***, lo que sin embargo no ha sido posible porque no fue esta la partida de nacimiento que el impetrante utilizó para contraer dicho matrimonio, la que ni siquiera existía al momento de la celebración del mismo, por lo que debe analizarse si procede una marginación anterior al asentamiento o inscripción; como contrariamente ocurrió en la partida de nacimiento de su esposa (fs. ...), según lo señala el Art. 34 Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio (L.T.R.E.F.y R. P.M.) y 29 inc. 3° C.F.

Para cancelar esa anotación marginal ya referida, no puede obligarse al titular de la partida de nacimiento a interponer demanda alguna, ya que a nadie puede obligársele a ser actor, Art. 14 C.Pr.C. en relación al Art. 218 L.Pr.F.

De la respectiva demanda, debe escucharse al titular de la partida de nacimiento (garantía de audiencia). Para tal efecto debe emplazársele, ya que es razonable que tenga interés en dilucidar esta situación en un proceso judicial y no en unas Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, como se ha pretendido en el sub lite.

(Cam. Fam. S. S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 147-A-2004) [32]

Cuando la licenciada *** solicita la declaratoria de nulidad del asiento de la partida de nacimiento del señor *** realizado en el Registro del Estado Familiar del municipio de ***, fundamentándose en el Art. 22 literal "c)" de la Ley Transitoria, debió especificarporqué razón era nula esa inscripción, pues no basta afirmar que el segundo asiento es nulo porque existe uno anterior.- Podría haber nulidad si se expresa y

32. *Esta sentencia se encuentra relacionada con los apartado denominados: NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CUALQUIERA DE LOS CONTRAYENTES, numeral 2.3, LEGITIMACIÓN ACTIVA numeral 2.5 y LEGITIMACIÓN PASIVA, numeral 2.6, todos de la parte sustantiva.*

demuestra que al asentarse la segunda partida se realizó por una causa u objeto ilícitos o con algún vicio del consentimiento (error, fuerza, dolo), pues ello daría lugar a una acción rescisoria, tal como se dispone en el Título correspondiente a la "Nulidad y Rescisión" del Código Civil (Arts. 1552 inc. 1º y 3º y 1322).- Una nulidad no puede solicitarse ni debe declararse nula solamente porque se le ocurra al litigante o al juzgador, debe tener un fundamento legal.-

(Cam. Fam. Occ., cuatro de enero de dos mil siete, Ref. 096/2006)[33]

(...) por no ser procedente la nulidad invocada, pudo iniciar ante el Juez de Familia competente un proceso de Cancelación de Asiento de Partida de Matrimonio, en base al Art. 22 literal "c" de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familia y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, identificado sólo como "Ley Transitoria", alegando la nulidad del referido asiento por existir error en los documentos utilizados para la celebración del matrimonio, en aplicación supletoria del Art. 1325 inc. 2° del Código Civil, entendiendo que dicha normativa regula situaciones materiales, por no existir en la legislación familiar o en otra ley regulación al respecto en relación al matrimonio, por lo que es necesario retomar de tal norma su espíritu y esencia para dar trámite y solución al problema que se plantea, pues sobre la base del principio de unidad del derecho, no pueden haber situaciones de hecho carentes de regulación y estará en la facultad interpretativa del juzgador, encontrar la norma aplicable al caso en concreto valiéndose para ello tanto de la legislación ordinaria como de la constitucional y, en su caso, de principios que inspiran el derecho.-

Se debe tomar en cuenta que en el presente caso, como se ha expresado en la parte en que expusimos nuestras consideraciones del presente recurso, que el acto propiamente tal no se encuentra viciado, por cuanto no existe ningún hecho que vicie su consentimiento, el acto fue celebrado ante funcionario competente y ambos contrayentes en su momento de aceptación estaban conscientes de la persona física con quien adquirían tal compromiso, por lo tanto el acto del matrimonio se configuró y en consecuencia es válido, es la inscripción de éste la que adolece de nulidad ya que por error se agregó documentación que

33. *Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado DIFERENCIA ENTRE NULIDAD Y FILIACIÓN INEFICAZ, publicado en el numeral 5.1.2 de la parte sustantiva.*

no era la correcta y que tiene efectos jurídicos en ambas partes y hasta en terceros, siendo esta la materia sobre la cual va versar el debate y tema probatorio, es decir comprobar que por error se agregó la certificación de partida de nacimiento del señor A.G.M. por la del señor A.G. por lo que de iniciar el proceso se debe conformar un litisconsorcio necesario activo por parte de los señores *** y A.G., pues ambos se vuelven parte subjetiva de la acción por existir un interés legitimo al verse afectados por el error incurrido en el asiento de su partida de matrimonio y porque la sentencia afectará a ambos.- Por otra parte, su legitimo contradictor continuará siendo el señor A.G.M., ya que éste deberá manifestarse por afectar la sentencia de igual manera sus intereses.-

Será necesario asimismo presentar todas las certificaciones de partidas de nacimiento de los hijos que fueron legitimados en el acto de matrimonio a fin de que se corrija el error en que se incurrió cuando se celebró el matrimonio de sus padres, pues ello provocó errores en dichos asientos y al ser cancelado seguirá la suerte todo lo que fuere su consecuencia.-

Como se dijo anteriormente, el acto del matrimonio entre los señores *** y A.G. es válido, por lo que en virtud de cancelarse su inscripción y todo lo que fuere su consecuencia, en la sentencia tendría que ordenarse la inscripción del asiento de matrimonio correcto (...)

(Cam. Fam. Occ., treinta de julio de dos mil siete Ref. 089/2007)[34]

No obstante lo anterior y considerando que de la constancia de no asiento de la partida de nacimiento de la señora ***, expedida por la señora Jefe del Registro del Estado Familiar, licenciada ***, se advierte que el libro *** en el que supuestamente se inscribió el nacimiento de la señora *** está totalmente deteriorado y considerando que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, existe un procedimiento administrativo que faculta al registrador para la reposición total o parcial de libros destruidos o desaparecidos por cualquier causa, o de partidas o inscripciones no legibles, por lo que la interesada puede optar por este procedimiento legal para reponer la partida de nacimiento de la señora ***, presentando

34. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado: NULIDAD RELATIVA, numeral 2.4 de la parte sustantiva.*

como documento base para su reposición la certificación del acta de bautismo de dicha señora, tal como lo establece el inciso segundo de la disposición legal citada.- A nuestro criterio, la reposición del asiento sería el procedimiento más eficaz para la inscripción del nacimiento de la referida señora, ya que se establecería tanto su filiación materna como paterna, en virtud de que ambas constan en el acta de bautismo de fs. 5 y en consecuencia su nombre corresponderían tal como se identifica en la solicitud ***.- Si el (la) señor(a) Jefe(a) del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de *** se negare a realizar el trámite de reposición del referido asiento, a la parte interesada le asiste el derecho de que dicho(a) funcionario(a), por escrito, le resuelva su petición y fundamente su decisión, a efecto de poder interponer contra dicha resolución los recursos pertinentes ante las instancias competentes.-

(Cam.Fam.Occ., nueve de diciembre de dos mil ocho. Ref. 144-08-SA-F1)

7.3.1. AUTENTICIDAD DEL REGISTRO.

Al respecto, consideramos, de conformidad a lo establecido en el Art. 196 C. F., sobre la autenticidad de los asientos en los Registros que éstos hacen fe, de las declaraciones hechas por las personas que hubieren suministrado los datos para el asentamiento de inscripciones, pero no garantizan la veracidad de esas declaraciones en ninguna de sus partes. En este caso, debemos tomar en cuenta que la partida de nacimiento del menor ***, se asentó sin cumplir los requisitos para consignar la paternidad del Sr ***, ya que éste nunca manifestó su voluntad de reconocer al menor como su hijo (Art. 143 C. F.), sin embargo indebidamente se le atribuyó la paternidad, por lo que podemos inferir que el menor *** no ha sido legalmente reconocido por su supuesto padre y es procedente que se ventile el proceso que persigue dicho objeto, es decir, que se admita la demanda de DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD en los términos expuestos en la demanda de fs. ...

(Cam.Fam. S.S. diez de febrero de dos mil cinco. Ref. 10-A-2005) [35]

35. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: DIFERENCIA DE DECLARATORIA JUDICIAL CON FILIACIÓN INEFICAZ, numeral 5.1.3 y PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.7, ambos de la parte sustantiva.*

8. AUTORIDAD PARENTAL.

8.1. EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

En las "Disposiciones Generales" del Título relativo a la "Autoridad Parental", en el Art. 207, se establece que el ejercicio de tal autoridad corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o A UNO SOLO DE ELLOS CUANDO FALTE EL OTRO.- En vista de que el padre de los menores *** y ***, se encuentra fuera de nuestro país y reside en la ciudad y condado de los Ángeles, Estado de California de los Estados Unidos de América, no puede ejercer conjuntamente con la señora *** la autoridad parental de sus hijos, quienes se encuentran al lado de su madre en El Salvador, por lo que deberá otorgarse a ella sola el ejercicio de la autoridad parental de los expresados menores, lo cual también comprenderá la facultad de sacarlos del territorio salvadoreño sin necesidad de autorización del padre.-

(Cam.Fam.Occ., once de enero de dos mil cinco, Ref. 3/2005)

En nuestra opinión si bien es cierto la autoridad parental es de consuno, existen muchos derechos accionados por uno solo de los progenitores siempre que sea en interés del hijo(a) como por ejemplo, alimentos, cuidado personal, autorización para salida del país, etc., ya que desde luego se actúa contra el otro progenitor; sin embargo habrá acciones en las cuales por existir intereses contrapuestos ninguno de los padres representará al hijo correspondiéndole la representación a la Procuraduría General de la República, como en los casos a que se refiere el Art. 223 ord. 3° y 224 C. F.

En lo que respecta al Art. 208 ya mencionado, plantea circunstancias especiales bajo las cuales podrá actuar uno solo de los progenitores, enfatizando que procede en casos de suma urgencia en consideración a los usos o en circunstancias especiales, como por ejemplo cuando se requiera una intervención quirúrgica, la celebración del matrimonio entre otros, y uno de los padres esté ausente, se ignore su paradero o se encuentre imposibilitado como lo prescribe el Art. 207 C. F.

(Cam.Fam. S.S. quince de febrero de dos mil cinco. Ref. 23-A-2005)

La facultad de corrección de los hijos, es una manifestación inequívoca de la autoridad de los padres y es un corolario del deber de educación; al respecto se ha sostenido doctrinariamente que: "Se debe sustraer a los menores del peligro de castigos físicos, sin por eso descuidar la necesidad de educar a los padres y adultos en general acerca de los límites en que pueden ejercer su autoridad" (Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Ed. Astrea.).

Así las cosas, los progenitores están obligados a asumir responsablemente el deber de corrección, sin que implique una actitud totalmente permisiva ni tampoco ubicar a los hijos en una situación de riesgo por ser excesivos en su ejercicio que implique incluso una posición de temor reverencial respecto de los progenitores; en otras palabras se pretende guardar un adecuado equilibrio entre la indolencia y el fervor excesivo de la corrección.

(Cám. Fam. S. S, siete de marzo de dos mil siete, Ref. 127-A-06)

Que sin embargo, esta Cámara aprecia que de conformidad al Art. 207 C. F. (Ejercicio de la Autoridad Parental), tal ejercicio lo puede tener uno solo de los padres cuando falte el otro, no sólo cuando hubiere fallecido, sino cuando se ausentare del territorio nacional o se ignore su paradero; en el subjúdice, está comprobado (fs.23/25, del Proceso) que la madre de la menor *** que tiene bajo su responsabilidad el recurrente señor ***, se encuentra ausente y, es además, de paradero ignorado, por lo que el ejercicio de tal autoridad parental mientras esté ausente la madre de dicha menor o se desconozca su paradero, le corresponde sólo al padre, la que se volverá conjunta (autoridad parental) cuando aparezca su madre.

Que como quedó dicho en el numeral anterior, que el recurrente tiene el ejercicio exclusivo de la autoridad parental de su menor hija, sin perjuicio de los demás aspectos ahí señalados, y siendo que el cuidado personal como contenido de la autoridad parental lo ejerce además el recurrente, automáticamente, también tiene su representación legal, ya que así lo sustenta el Art. 223 C. F. (Representación de los Hijos)(...)

(...) en razón de ello, la Cámara concluye su criterio, en el sentido de que teniendo el recurrente el ejercicio exclusivo de la autoridad

parental y como consecuencia, también el cuidado personal de su menor hija ***, está legalmente facultado para representarla exclusivamente en todos los trámites jurídicos con los que tenga que ver la menor ya relacionada, sin perjuicio de las prerrogativas legales que le asisten a la señora ***, cuando ésta aparezca.

(Cam. Fam. Ote., tres de septiembre de dos mil siete. Ref. APE: 115(27-08-07))

8.1.1. EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL EN SUPUESTOS DE OPOSICIÓN PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN.

No obstante es criterio de esta Cámara que ese reconocimiento no debe mirarse como un acto voluntario, pues ha mediado una demanda y ha tenido que recibirse la prueba pertinente para que ello ocurriera y al ser presentado el instrumento respectivo al proceso, se vuelve una prueba sobre el reconocimiento de los hechos (la paternidad) que a estas alturas del proceso no exime del pronunciamiento, declarando la paternidad, omitiendo librar oficio por haberse presentado ya para su inscripción, de ahí que debe también pronunciarse sobre el ejercicio de la autoridad parental de acuerdo al Art. 207 C. F., en el sentido que la misma será ejercida exclusivamente por la madre, lo que no implica negar el derecho al padre de relacionarse con la niña, pues se entiende que el cuidado personal y representación legal corresponderá exclusivamente a la madre, cuando el reconocimiento se dé con oposición del padre, lo que no significa pérdida o suspensión de la autoridad parental.

(Cam. Fam. S. S. cuatro de marzo de dos mil cinco. Ref. 88-A-2004)

8.1.2. DESACUERDO EN EL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

El Lic. *** manifestó que solicitaba la "suspensión temporal de la autoridad parental" y de hecho, el expediente fue clasificado con referencia al Art. 241 C. F.. Advertimos que existe una incongruencia entre los términos utilizados: "suspensión temporal" por cuanto, la suspensión de la autoridad parental, precisamente por ser recuperable al momento de desaparecer la causa que le dio origen, es temporal, no

debe entenderse con una naturaleza sancionatoria ni como una medida cautelar, sino únicamente como una forma de prevención para proteger a los menores *** y ***, ante la ausencia o negligencia de uno de los progenitores en cumplir los derechos que le corresponden por ejercer la autoridad parental de sus menores hijos y facilitar al otro el ejercicio de la misma. (...)

Consideramos que fue aplicado indebidamente el Art. 209 C. F., pues los hechos narrados como fundamento de la pretensión no encajan en un desacuerdo entre los padres. La a quo razonó que por ser el Sr. *** conocido por *** de domicilio ignorado, no podría avenirse con la madre de los niños. Con ese mismo argumento sustentamos ignorado, por lo que el que según los hechos narrados en la demanda, tampoco ha podido existir un desacuerdo en el ejercicio de la autoridad parental. Sino más bien ha ocurrido un incumplimiento de los derechos inherentes a dicha institución jurídica de parte del Sr. *** conocido por *** a favor de sus menores hijos, debido a su ausencia no justificada; lo cual configura la causal 4º del Art. 241 C. F.. Norma aplicable para decidir el caso planteado. (...)

En la especie existió una interpretación errónea por parte de la a quo en la forma en que debía analizar las peticiones hechas por la parte actora, considerando que por haber mencionado el Art. 207 C.F., su petición era originada en un desacuerdo entre padres, pero como se dijo ut supra, no existió propiamente un desacuerdo, sino precisamente se vislumbra que de comprobarse, puede existir una infracción a los deberes derivados de la autoridad parental, que den lugar –según el mérito de las pruebas- a suspender la autoridad parental, a efecto de no entorpecer eventualmente los derechos de los menores *** y ***.

(Cam. Fam. S.S., seis de junio de dos mil siete. Ref. 49-A-2007)

No obstante lo anterior, también debe aclararse que de acuerdo a la ley cuando se presenten desacuerdos en el ejercicio de la autoridad parental, cualquiera de los progenitores podrá presentarse ante el Juzgador a fin de que resuelva el conflicto, iniciando las diligencias respectivas, para la celebración de la audiencia, en la cual en caso de no avenirse las partes se resuelva lo que más convenga al interés de los menores, Art. 209 C. F. En otros términos, deberán iniciarse las

correspondientes diligencias de Desacuerdo del Ejercicio de la autoridad Parental y el Juzgador al admitirlas procederá a señalar audiencia, con el objeto de resolver el conflicto y de esa manera decidir lo más favorable al hijo(a).

En el sub judice se da la particularidad de que la solicitud se presentó en las mismas diligencias de divorcio por mutuo consentimiento, las cuales a la fecha están fenecidas por lo que en dicho proceso solo podría admitirse peticiones de ejecución de sentencia, por lo tanto consideramos que el procedimiento no fue el adecuado, al darle trámite a las peticiones formuladas por las partes en un proceso fenecido, debiendo prevenirse que se hiciera por los cauces legales correspondientes.

Por otra parte se advierte, que la petición del señor *** fue realizada en forma personal y no por medio de apoderado y que no obstante habérsele señalado que podía nombrar apoderado si quisiere, no lo hizo, procediéndose a la celebración de la audiencia especial antes referida, a la que el expresado solicitante compareció sin apoderado, que lo asistiera legalmente. Por el contrario la señora *** compareció por medio de su apoderado, aspecto que indudablemente dejaba en desventaja procesal a dicho señor, no obstante la naturaleza de la audiencia celebrada, pues en todo caso se trata de un conflicto que finalmente ha de ser dirimido por el juzgador, y en caso que los padres llegaren a decidir el conflicto mediante acuerdos éstos deberán ser homologados. Por otra parte sostenemos que en cualquier trámite o diligencia se deben garantizar los principios del debido proceso, y que si bien es cierto la disposición aplicable refiere que se resolverá sin formación de juicio, esa disposición no debe verse de manera aislada por cuanto no es aceptable que se dicte resolución alguna -por sencilla que parezca- sin motivación o fundamentación de hecho y de derecho, aplicable a situaciones que tengan que ver con el interés del hijo(a) Art. 350 y sgts. C.F.

En las referidas diligencias se observa que no se cumplieron las formalidades del debido proceso (principio del contradictorio), pues no se tramitó en las diligencias de desacuerdos de la autoridad parental en forma autónoma, al expediente de divorcio ya fenecido, lo que daría lugar a la ineptitud de la petición así planteada por no ser la vía adecuada; y en segundo lugar porque al no contar una de las partes, con apoderado que le asistiera técnicamente, se rompió con el principio

de igualdad procesal, vulnerando con ello su derecho de defensa, mismo que finalmente la a quo arguyó cuando le expresó que podría impugnar la resolución. Por lo anterior consideramos que tales actuaciones dan lugar a nulidad de lo actuado, no obstante no estar expresamente determinada en la ley adjetiva, porque implícitamente se coloca en indefensión a una de las partes al no darles el trámite correspondiente. Además el incurrir en tales vicios de procedimiento vulnera derechos constitucionales y de los Tratados Internacionales.

(Cam. Fam. S. S., veintinueve de octubre de dos mil siete. Ref. 73-A-2007)

9. CUIDADO PERSONAL.

Como se sabe, de conformidad a los Art. 211, inciso 2º, 214 inciso 1º y 344 C.F., los padres están obligados a la crianza esmerada de sus hijos, a proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados, proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad, teniendo en cuenta en todo momento las capacidades, aptitudes e inclinaciones de los hijos, obligación que comienza desde la concepción misma y finaliza hasta que éstos hayan llegado a los dieciocho años, concluyan sus estudios o adquieran una profesión u oficio.

(Cam.Fam. S.S., veinticinco de febrero de dos mil cinco. Ref. 53-A-2004)

9.1. ELEMENTOS A VALORAR AL CONFERIR EL CUIDADO PERSONAL DE UN HIJO(A).

Así hemos señalado en precedentes anteriores que los criterios legales para conferir el cuidado de un niño(a) son: (1) el progenitor que mejor garantice su bienestar, edad, circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica, Art. 216 C.F.; (2) el padre o madre que esté en mejores condiciones de proporcionar un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad. Art. 211 C.F.; (3) aquel(lla) que no impida las relaciones de trato con el progenitor que no ejerza su cuidado. Art. 217 C.F.; (4) la opinión del menor, Art. 351 N° 9 C.F., 7 lit. j) L.Pr.F., 3 C.D.N..

Por vía jurisprudencial se han introducido otros criterios entre éstos la no separación de los hermanos, el mantenimiento del status quo (arraigo) que implica el lugar donde el menor ha desarrollado su vida y ha establecido lazos interpersonales.

(Cám. Fam.S.S, siete de marzo de dos mil siete, Ref. 127-A-2006)

9.1.1. IDONEIDAD DE LOS PROGENITORES.

Asimismo las menores se han visto perturbadas no solo por la crisis familiar originada por la ruptura de vida de sus padres sino también, han tenido que adaptarse a la idea que su madre tenga una nueva relación de pareja, que desde nuestro punto de vista, por si

solo no constituye ningún factor negativo para con las niñas, lo que también se sostiene en el estudio practicado, ya que toda persona tiene el derecho de rehacer su proyecto de vida. Ha sido esa realidad de vida, la que ha llevado a la doctrina a plantearse el tema de "las familias ensambladas", es decir, aquellas construidas con parejas divorciadas o separadas de anteriores uniones de vida marital, quienes llevan consigo a sus hijos a residir a una misma casa de habitación. Sin embargo, ha sido el padre de las menores, quien no ha soportado la idea que la madre de sus hijas, tenga otro compañero de vida. Eso lo ha llevado a subyugar a sus hijas y compañera de vida (v.gr., el padre se refiere en términos inapropiados sobre la madre de sus hijas frente a éstas; existen antecedentes de violencia intrafamiliar contra la señora *** fs.... en los que se expresa el maltrato por parte del señor *** y el desacuerdo en la relación con las hijas; en cambio en el acta de escucha a las menores, a fs. ...), la menor *** dijo que se lleva bien con el compañero de vida de su madre. No obstante que esa nueva relación de pareja, fue la razón para solicitar el cuidado de sus hijas por el padre, aduciendo que estas corren peligros con la nueva pareja de la madre; esto ha quedado desvirtuado en el proceso.

En el hogar constituido por la señora *** y su compañero de vida, las menores tienen tranquilidad y armonía. El compañero de vida de la primera es anuente a incorporar al hogar a las menores.

(Cam.Fam. S.S. catorce de febrero de dos mil cinco. Ref. 170-A-2004)

Esta Cámara comparte dicho criterio, (referente al statu quo) pues la experiencia enseña que cuando los menores han estado exclusivamente al cuidado de uno de los progenitores durante algún tiempo, se encuentran acomodados a las costumbres y a la rutina del hogar donde viven y generalmente han establecido estrechos lazos con las personas que los cuidan directamente, por lo que resulta perjudicial sustraerlos del ámbito en el que han permanecido. No obstante lo anterior, si en el proceso se prueba que las condiciones socio-familiares o afectivas en las que se encuentran los niños no son propicias o incluso son perjudiciales para el normal desarrollo de éstos, debe conferirse el cuidado al otro progenitor o a un tercero, considerando

siempre el interés superior del menor.

(Cam.Fam. S.S. seis de abril de dos mil cinco. Ref. 105-A-2004) (El paréntesis nos pertenece).

Tampoco es suficiente el argumento, de que el padre es quien puede ofrecer un mejor nivel de vida a su hija, ya que el desarrollo de un menor debe ser valorado de forma integral y si bien el aspecto económico es un elemento relevante; esto queda subsanado con la cuota alimenticia a favor de la menor; respecto a las condiciones de vida que ofrece la vivienda de la madre con respecto a la del padre, se evidencia del estudio social que la vivienda del Sr. ***, ofrece mejores condiciones, pero tampoco este es un elemento concluyente ya que la madre aunque reside en una vivienda humilde, esta cuenta con las condiciones mínimas que satisfacen el derecho de habitación y vivienda de la menor.

(Cam.Fam. S.S. veintiuno de junio de dos mil cinco. Ref. 90-A-2004)

El elemento que resulta determinante para el presente fallo es el arraigo y apego que *** ha desarrollado durante sus tres años de vida con respecto de su padre y es indudable que el haber sido éste quien asumió su cuidado desde los tres meses de edad, implicó el establecimiento de un fuerte vínculo en su relación padre -hijo y en autos no constan medios probatorios que indiquen que aquel no desempeñe eficazmente la crianza del hijo, por lo que a criterio de este Tribunal separar al menor de su padre, cuando éste se encuentra completamente adaptado a la dinámica familiar de dicho progenitor, es atentatorio al desarrollo psíquico del niño y por tanto a su interés superior y de conferirse a la madre sería una tía, sra. ***, ver fs. (...) quien ejercerá materialmente su cuidado, persona de quien no consta que aquel se encuentre adaptado, por lo que no se puede soslayar la circunstancia que el niño está plenamente integrado al hogar del padre;(...)

(Cam.Fam. S.S. veintiuno de junio de dos mil cinco. Ref. 46-A-2005)

Relaciones: Cam.Fam. S.S. veinte de julio de dos mil cinco. Ref. 167-A-2004.

El ambiente en que se desenvuelve *** no es el indicado para un sano desarrollo de dicha menor, ya que el actual compañero de vida de su madre ***, ha generado por su hábito alcohólico una situación inconveniente, debido a su conducta violenta, lo que a criterio de esta Cámara, es altamente perjudicial para el mejor desarrollo bio-psico-social de la niña *** y teniendo la posibilidad de convivir con su padre, quien demuestra vocación de cuidarla; lo más beneficioso en este momento es que resida con él. (...)

Debemos agregar que existe la idea que los niños están mejor cuidados con la madre, dada la mayor sensibilidad hacia los hijos, sin embargo ello no siempre es así, por lo que esta idea tiende a cambiar paulatinamente en el imaginario social, pues también los padres pueden ser sensibles hacia ellos. Que aún y cuando a la madre no le sean imputables las condiciones adversas para el óptimo desarrollo de su hija, sí se ha de considerar comparativamente el entorno familiar del padre que solicita su cuidado.

(Cam. Fam. S.S. veintinueve de agosto de dos mil cinco. Ref. 151-A-2004)

(...) Si bien es cierto el contenido de dichos correos, pueden indicar una particular conducta sexual de la Señora ***, no pueden tomarse como elementos suficientes que menoscaben y desacrediten la aptitud de la Señora *** para el cuidado de sus hijos, ya que se trata de aspectos de su vida íntima que no han sido relacionados con su rol materno. Pretender que el juego lúdico sexual de una persona afecta su relación filial, no corresponde con la realidad fáctica y jurídica. Bien puede decirse que una persona es una unidad de comportamiento. Pero también es cierto que la persona adopta una serie de actitudes diferentes en las diferentes situaciones de su vida. Concluyendo, hemos de afirmar que el ejercicio de la sexualidad como un componente lúdico de la libido no es la más de las veces un patrón definidor de la calidad de buen padre o madre de familia.

(Cam. Fam. S.S. treinta de agosto de dos mil cinco. Ref. 123-A-2004)

El criterio relativo a la importancia que reviste la edad de los niños y niñas para decidir el cuidado personal de los mismos a favor de uno de los progenitores, hace referencia a que los niños de corta edad, es preferible no separarlos de la madre, siendo un ejemplo claro cuando éstos se encuentran en el período de lactancia, en este caso generalmente se vuelve necesario que permanezcan al lado de la madre, ya que esa circunstancia constituye un derecho fundamental del menor de acuerdo a los Arts. 351 numeral 5º del C. F. y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, y aún en este caso pueden haber excepciones para la concesión de su cuidado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso.

(Cam. Fam. S. S., treinta de enero de dos mil seis. Ref. 199-A-2004)

Consideramos que el comentario hecho por la testigo *****,** de que la demandada en una sola ocasión le expresó su deseo de quererse matar y a su hija, es un hecho aislado y emotivo que tiene su asidero en la etapa conflictiva y de desesperanza experimentada por ésta al darse la separación con su esposo, la que ocurrió en pésimas circunstancias, tanto que hubo denuncias de violencia intrafamiliar, agresiones y amenazas para con la supuesta pareja de su esposo, que incluso dio lugar al inicio de denuncias penales contra la demandante, situación que desencadenó un estado de frustración y violencia, llegando al extremo de expresar la demandada el deseo de privarse la vida propia y la de su hija, lo que indica el grado de sufrimiento e impotencia de sobrellevar y anteponerse a la situación conflictiva vivenciada, por los sentimientos aún latentes hacia su esposo, lo que al momento de iniciar el proceso estaba siendo superado lo cual no la descalifica para ejercer el cuidado de su hija, tan es así que a esa conclusión llega la misma psicóloga que la entrevistó; advirtiendo que la sintomatología presentada era normal ante la concurrencia de los elementos antes mencionados.

(Cam. Fam. S. S., nueve de Febrero de dos mil seis. Ref. 202-A-2005)

De todo lo anterior, consideramos que en este caso no puede responsabilizarse directamente a uno de los padres por el problema de

drogadicción que sufrió la señorita ***, ya que, ambos padres son responsables del cuidado de los hijos y de una u otra manera el conflicto conyugal de la pareja afecta la estabilidad emocional de los hijos, máxime si se trata de adolescentes; la señora *** manifiesta que su hija se quedó al lado de su padre en contra de su voluntad –de la señora ***-, pero dicha señora sabía perfectamente que no podía retener a su hija y obligarla a regresar con ella a Bolivia, por otra parte el señor *** no podía negarse a recibir a su hija en Guatemala y permitirle que viviera allí, esto denota que la joven se inició en las drogas de una manera circunstancial propiciada por su rebeldía de adolescente, aunado a las malas influencias personales y ambientales haciéndolo a escondidas de sus progenitores, afortunadamente el problema se trató a tiempo gracias a la intervención de su madre, pero el hecho de que *** haya tenido la suficiente confianza para dialogar con su padre cuando éste la descubrió y pedirle que no le comentara a su madre y que a cambio dejaría de consumirlas, no puede considerarse como una conducta permisiva por parte del señor *** hacia el problema de su hija, él mismo manifestó que se trataba de una etapa de la adolescencia de su hija, además no debe dejarse desapercibido que tanto el señor *** como la señora *** manifestaron haber consumido drogas en su juventud, lo que significa entonces que en esa época también debió haberse calificado (o procesado en algún momento) a sus padres por irresponsables; por otra parte la drogadicción y alcoholismo es un flagelo social en el que, en la mayoría de los casos por diversas circunstancias los progenitores no se enteran o son los últimos en enterarse del consumo de sustancias por parte de sus hijos(as).

(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de marzo de dos mil seis. Ref. 176-A-2004)

En el *sub judice*, las situaciones descritas han sido advertidas por las partes al conocer los resultados del estudio, en los que consta la relación tirante que existe entre la madre y los menores hijos, situación que surge por la no aceptación del amigo de la señora por parte de los menores; igual ocurre con la hija mayor, a quien además la demandante ha maltratado, pero tratándose que el único obstáculo que tienen los menores hijos para mantener una relación armoniosa con su madre es la relación sentimental que sostiene, habrá que regular este aspecto,

por medio de ciertas medidas como las terapias ordenadas en la sentencia o en ulterior instancia iniciar un nuevo proceso, lo que no significa un hecho nuevo que haga variar el acuerdo, sino situaciones de aceptación o rechazo para con terceras personas, que en todo caso no se ha demostrado que descalifique a la madre para ejercer el cuidado personal de sus hijos acordado por los cónyuges.

(Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 94-A-2005)

9.1.2. PRINCIPIO DE UNIDAD FILIAL.

Si bien las menores *** y *** han permanecido la mayor parte del tiempo al lado del padre y desean permanecer con él, de tal suerte que el arraigo de ellas hacia su progenitor es bastante fuerte, lo que sin duda es un elemento que influye en la decisión del juzgador (a), también debe considerarse el principio de unidad filial que procura que los hermanos (as) permanezcan juntos; aunado a las circunstancias de índole moral que puedan determinar su concesión al otro progenitor, aún contra el deseo de los hijos, pues no siempre lo que el hijo (a) desea es lo más conveniente para su desarrollo integral.(...)

Al respecto, estimamos que la conducta de la madre, motivo por el cual también se decretó el divorcio, es un acto de decisión personal que da lugar al divorcio, pero que no ha colocado en situación de riesgo o peligro a sus hijas por las circunstancias en que el hecho ocurre, y ha sido el padre quien puso en conocimiento de tales hechos a sus hijas, quienes si bien es cierto tienen derecho a saber los motivos de la separación de sus progenitores, su conocimiento sobre esos hechos ha de hacerse de tal forma que les afecte lo menos posible, pues los cónyuges no deben transmitir a sus hijos sus diferencias, frustraciones y propios conflictos, que es lo que ha ocurrido en la especie; de otro tanto, se considera que la infidelidad de uno de los cónyuges no es determinante para descalificarlo per se para ejercer el cuidado si éste ha desempeñado en buena forma su rol de padre o madre.(...)

No se discute en ningún momento que el señor *** sea un buen padre, ya que sus mismas hijas manifiestan estar muy bien a su lado y desean permanecer con él, pero por lo antes dicho consideramos que

no es el más idóneo para el cuidado de las niñas, aún y cuando su conducta no haya incidido de forma negativa directamente en sus hijas, pues consideramos que existen indicios de conductas impropias en su relación con los pacientes que incluso les ha afectado en su dignidad humana; así como también la eventual ingesta de bebidas embriagantes y su descuido respecto del acceso de sus hijas a la pornografía.

(Cam. Fam. S.S. veinte de diciembre de dos mil cinco. Ref. 110-A-2004)

Relaciones: Cam. Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 27-A-2005.

Cam. Fam. S.S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 186-A-2005.

Consideramos que con lo expuesto, a pesar del principio de unidad filial, el cual no debe verse aisladamente, sino de manera integral con los demás elementos que obran en el proceso, es dable modificar la sentencia impugnada, asignándole el cuidado personal de la niña *** al padre, dado el apego e identificación demostrado hacia él. Dicha situación ha sido verificada por el equipo multidisciplinario cuando efectuó la investigación pertinente; así tenemos que en las valoraciones del informe psicológico se menciona que *** se muestra ambivalente ante su situación de limitación económica, lo que le genera un conflicto de lealtades para indicar con cual progenitor desea residir; también se menciona que los hijos han establecido un fuerte vínculo afectivo e identificación con el padre y la madre, según resultados psicométricos los niveles de apego y comunicación son mas fuertes y espontáneos con la madre, sin embargo existe una fuerte alianza entre la niña y su padre, a quien percibe como una figura fuerte y protectora.

(Cám. Fam. S.S., veintiocho de febrero de dos mil siete, Ref. 149-A-05)

9.1.3. ALIENACIÓN PARENTAL.

Se resaltó en el estudio social del Centro de Atención Psicosocial de San Vicente, de fecha trece de noviembre de dos mil dos, que las fuentes entrevistadas (colaterales) sostuvieron que los menores eran drásticamente castigados por su padre y que éste no tenía una fuente de trabajo constante; a pesar de ello se refleja en la mayoría de

investigaciones el deseo de estos de permanecer junto a aquel, ello es interpretado en razón de la edad de los mismos y por ende su escasa capacidad crítica –cómo se sostuvo en los peritajes psicológicos- al apego que durante todo este tiempo han desarrollado respecto de su padre, lo cual es una situación lógica a pesar del daño recibido por la influencia psicológica que ejercía sobre ellos y considerando por otro lado que su madre no podía acercárseles; ante una situación de (presumible) abandono era preferible para los niños compartir junto a su padre; por otra parte los niños han sido sometidos a alianzas en las que sin duda su lealtad esta reflejada a favor de su padre –ver estudio social de Fs. ...- es preciso aclarar que ha quedado demostrado sino el daño físico sí el psicológico, ya que es evidente la alienación de los niños respecto de su padre y como han hechos suyos los conflictos de la pareja, expresándose de su madre de una forma no apta para su desarrollo evolutivo, que nos demuestran lo vulnerable e influenciables que son y cómo su padre se ha aprovechado de dicha conducta para alejarlos de la Sra. ***, lo que ha incidido negativamente en su desarrollo y ha implicado un grave daño en su desarrollo psicológico que les afectará a lo largo de su vida y que ha quedado demostrado mediante los peritajes psicológicos efectuados en el Instituto de Medicina Legal Doctor Roberto Masferrer agregados de Fs. ...

(Cam.Fam. S.S. treinta de noviembre de dos mil cinco. Ref. 160-A-2005)

En dicho informe se hace notar una situación sumamente grave estableciéndose que ha sido la madre quien principalmente -de una u otra forma- ha obstaculizado que el hijo se relacione con su padre, afirmándose categóricamente, que el menor ***, ha sido diagnosticado con Síndrome de Alienación Parental, lo que significa que ha existido una influencia negativa por parte de uno de los progenitores –en este caso de la madre- con el objeto principal de que el hijo destruya el vínculo filial con su otro progenitor llegando al grado de odiarlo o despreciarlo, utilizando o valiéndose para tal fin de diversas tácticas, como denigrar al otro progenitor. Debe agregarse, que efectivamente –según estudios realizados- estas actitudes constituyen una de las principales características, si no la principal, de este tipo de progenitores, pues se empeña totalmente en impedir que el hijo se relacione con el

otro, causando con ello un grave daño a la personalidad del hijo(a).

Se apunta en dicho informe que tal circunstancia conlleva a trastornos más serios e irreversibles en el desarrollo emocional del menor y que por ello se hace necesaria la intervención urgente para brindar tratamiento o asistencia psicológica al expresado niño, pero también a los progenitores, principalmente a la madre, quien debe someterse a terapias en el CAPS haciendo conciencia de lo perjudicial que ha resultado para su hijo su actuar lo que podría acarrearle mayor afectación si persiste en esa actitud.

De todo lo anteriormente expuesto se puede colegir que la razón principal por la que no se ha desarrollado normalmente la relación y comunicación del padre y abuela paterna con el niño *** ha sido motivada por la conducta inapropiada y nada armoniosa de la madre, quien ha priorizado sus propios intereses y conflictos en detrimento incluso de la salud mental de su hijo, empecinándose en no permitir que se realice adecuadamente el régimen de visitas, trato y estadía de su menor hijo con el padre, afectando con ello aún más a su hijo, a quien no sólo le ha privado de relacionarse con su progenitor y demás parientes, lo cual es un derecho primordial e indispensable para el normal desarrollo del niño, sino también le ha ocasionado daño emocional que puede ser irreversible y de nefastas consecuencias a futuro para la vida personal y familiar si no se trata debida y oportunamente por profesionales del área de la salud mental lo antes posible, es decir psiquiatras y psicólogos, dada la gravedad del síndrome mencionado.(...)

Aún cuando se sostiene que ha sido la madre del menor, quien con su conducta de no propiciar o permitir el trato y relaciones del hijo con su padre, indirecta o directamente le ha causado daño al niño; es decir, que aunque la intención de la madre, al hacerlo no haya sido en forma consciente, no se puede negar que existe una buena relación afectiva de éste (el hijo) con ella, sumado a la sobre-protección que ofrece al hijo, pues según los estudios del Síndrome de Alienación parental es otra característica que presentan dichos progenitores alienantes. Se considera entonces que ha sido la posición beligerante de la madre ante los problemas con el padre del niño, lo que dio lugar a la ruptura

de sus relaciones, paterno filiales y con la familia paterna; propiciando que el niño adoptara tal comportamiento, lo cual bajo ningún punto de vista es aceptable, pues con ello ha perjudicado gravemente a su hijo.

Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82-A-2006) [36]

9.2. CUIDADO PERSONAL EJERCIDO DE FORMA COMPARTIDA ENTRE LOS PROGENITORES.

Por otra parte los testigos del demandado, especialmente la señora *** expresó situaciones delicadas con respecto al cuidado que el niño recibe por parte de la madre, tales como que lo descuida en los paseos y lo expone a situaciones de alto riesgo, así como también el niño se ha visto envuelto en hechos que podrían afectar su desarrollo emocional, como lo es el que su madre duerma con el novio junto al niño en la misma cama, o que esté experimentando erecciones a tan temprana edad, así como que sea objeto de golpes y de gritos cuando no quiere dormir. De existir prueba directa o indiciaria de esos hechos podría tenerse una convicción de su acaecimiento que ameritara no sólo poner a salvo al niño de esos riesgos sino de tomar otras medidas de índole jurídico para salvaguardar su integridad tanto física como moral. (...)

Según los estudios ambos padres se encuentran psicológicamente capacitados para responsabilizarse del cuidado de su hijo, y el niño se encuentra arraigado en el entorno familiar de ambos padres, quienes le brindan el amor y afecto que necesita. A nuestro criterio ambos progenitores reúnen las condiciones de idoneidad para ejercer al cuidado de su hijo *** y dadas las circunstancias en que el niño se ha venido desarrollando es procedente conferir el cuidado personal de forma compartida y establecer un régimen de relaciones, comunicaciones y trato suficientemente amplio entre el padre, madre e hijo en beneficio de éste último, pues el régimen de relaciones y trato que actualmente

36. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN Y TRATO A FAVOR DE PARIENTES, numeral 9.4.1; OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN TRATO Y ESTADÍA numeral 9.4.2 y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL. CAUSAS; numeral 12.3, todos de la parte sustantiva.*

goza no afecta al niño, sin perjuicio de las situaciones expuestas en relación a la conducta de la madre y afirmadas por el hijo, lo que en determinado momento de seguir ocurriendo podrían dar lugar a un cambio sobre el cuidado y régimen que hoy se establece.

(...) No obstante, existe prueba contradictoria acerca de los hechos que motivaron los comentarios del niño, por lo que a nuestro juicio- no se ha establecido de manera fehaciente esa circunstancia, que de probarse daría lugar -sin duda- a conceder el cuidado personal al padre, con un régimen de comunicación restringido a la madre.

Sobre la precocidad de los niños(as) en experiencias eróticas como las que se menciona ha relatado el niño (según la abuela paterna) no se puede afirmar con certeza queobedezca a una afectación ocasionada por las relaciones de amistad de la madre en los paseos que realizan.

Para indagar en que medida las experiencias del niño en esos paseos, le han afectado negativamente en su "psique", al grado que se menciona, necesitaría de un estudio más a fondo de expertos en psicología y psiquiatría. Sobre este aspecto nos basta con conocer – a través de la prueba vertida en autos- (testimonial e informes psico-sociales) que el niño al lado de la madre se encuentra en buenas condiciones de salud, (física y mental), y demás cuidados necesarios para su normal desarrollo bio psico social y educativo; pues no se han probado sin contradicción hechos que pongan en riesgo la integridad física y moral del niño.

(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de marzo de dos mil seis. Ref. 144-A-2004)

(...) No obstante, existe prueba contradictoria acerca de los hechos que motivaron los comentarios del niño, por lo que a nuestro juicio- no se ha establecido de manera fehaciente esa circunstancia, que de probarse daría lugar -sin duda- a conceder el cuidado personal al padre, con un régimen de comunicación restringido a la madre.

Sobre la precocidad de los niños(as) en experiencias eróticas como las que se menciona ha relatado el niño (según la abuela paterna) no se puede afirmar con certeza que obedezca a una afectación ocasionada por las relaciones de amistad de la madre en los paseos que realizan.

Para indagar en que medida las experiencias del niño en esos paseos, le han afectado negativamente en su "psique", al grado que se menciona, necesitaría de un estudio más a fondo de expertos en psicología y psiquiatría. Sobre este aspecto nos basta con conocer – a través de la prueba vertida en autos- (testimonial e informes psico-sociales) que el niño al lado de la madre se encuentra en buenas condiciones de salud, (física y mental), y demás cuidados necesarios para su normal desarrollo bio psico social y educativo; pues no se han probado sin contradicción hechos que pongan en riesgo la integridad física y moral del niño.

(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de marzo de dos mil seis. Ref. 114-A-2004)

9.3. DELEGACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE UN NIÑO(A) A ABUELOS O TERCEROS.

Por otra parte tomando en consideración que el ejercicio de la autoridad parental corresponde exclusivamente al padre y a la madre, de acuerdo al Art. 206 C.F., es la señora *** quien de hecho lo ejerce sin la oposición del padre pero que en razón de su trabajo y residir en esta ciudad y no tener quien le colabore con el cuidado de sus hijos, éstos son atendidos en Chinameca, Departamento de San Miguel, por los abuelos maternos, como consta a fs. ... como sucede en casos similares. Por ello, aún cuando este punto no ha sido objeto de discusión en el proceso, el cuidado se otorga al padre o la madre que garanticen de mejor manera el ejercicio de ese derecho y a los abuelos provisionalmente, por un período máximo de dos años, pudiendo éstos prorrogarse si no variaren las circunstancias que dieren lugar a ese decisorio, en los casos contemplados en el Art. 219 C. F. es decir: Muerte o enfermedad grave de alguno de los padres o cuando el hijo quedare desamparado, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa.

En consecuencia el cuidado actualmente es ejercido por la madre, con la colaboración material de la abuela materna, por lo que no habrá lugar a fijación de cuota alimenticia de su parte, por cuanto será ella misma la que asumirá los gastos que no cubra la cuota fijada al apelante, debiendo modificarse también la sentencia en ese sentido.

(Cam. Fam. S. S. cinco de enero dos mil cinco. Ref. 18-DV-2003)

Sobre la interpretación y aplicación del Art. 219 C. F., esta Cámara sostiene que la norma se adecua al supuesto de autos y es que al morir la madre de los menores y no residir su padre en el territorio nacional, aquéllos de no convivir con la abuela quedaban desamparados, por lo cual la situación de hecho configurada y plenamente consentida por el Sr ***, es válida, por lo que su modificación debería proceder por el consenso tanto del padre como de la abuela materna, por ser con ésta con quien actualmente residen y no con el padre; caso contrario el apelante tiene que instar y hacer valer su pretensión por la vía procesal adecuada, para que sea el juzgador quien valore si la decisión del padre no afecta a los hijos de esta forma no sólo se garantiza la legalidad de la actuación judicial sino además el interés superior de los niños sujetos a estudio. Por otra parte, es evidente el derecho que ostenta la Sra. *** para acudir a cualquier Tribunal de Familia y solicitar que se le confiera de manera judicial y provisional el cuidado de sus nietos, ya que consta en autos que siempre han residido al lado de ella.

Así lo hemos establecido en diversos pronunciamientos, incluso en la sentencia citada por el apelante (aún cuando el supuesto fáctico no es el mismo), en la que se dijo: "En ese sentido, si bien es cierto que tratándose de la pretensión del cuidado personal de un niño, los únicos legitimados para ejercerla son los padres, ello no obsta para que el cuidado personal, así como el establecimiento de un régimen de relación y trato, pueda ser solicitado provisionalmente por otros familiares e incluso por terceros que tuvieren algún interés, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor, de conformidad al mismo Art. 219 comentado y el Art. 217 inc. último C. F., así como si en caso de ausencia de los padres se hubiese asistido al hijo (...)". (Incidente de apelación 86-A-2002). (El subrayado es nuestro).

(Cam. Fam. S. S. cuatro de mayo de dos mil cinco. Ref. 69-A-2005)

(...) Reiteradamente se ha dicho por esta Cámara que la contribución de los abuelos en el cuidado de los niños es accesoria a los padres, de modo que si estos últimos se encuentran en condiciones de proveer a sus hijos de los recursos necesarios para su subsistencia y para brindarles los cuidados que requieren, son ellos los primeros

obligados, por lo que consideramos que si bien a los abuelos también les asiste el derecho de cuidar a sus nietos, ésta es una facultad supletoria. Arts. 206 y 219 C. F.. La facultad primordial de criar a los hijos es de sus padres, para que éstos les prodiguen el amor y el afecto necesarios para su formación, amén de lo ya dicho sobre los gastos materiales (...)

(Cam. Fam. S. S. veintinueve de agosto de dos mil cinco. Ref. 151-A-2004)

También hay que tener en cuenta que son ambos padres los llamados a cumplir conjuntamente los deberes de crianza, formación moral, religiosa, educación, corrección y asistencia respecto de sus menores hijos, en el sentido que dicha responsabilidad no puede ser delegada a terceras personas (salvo por causas justificadas) y el ausentismo de parte del señor *** como figura paterna es evidente al delegar dicha responsabilidad en la abuela y tía paterna, ya que la señora *** reconoció que fueron ellas las que le ayudaban no sólo a cuidar al menor sino también en lo referente a la manutención; por lo tanto, aunque el padre resida en su hogar de origen y la abuela y tía paterna se encuentren en la mejor disposición para asumir dicha responsabilidad, no les corresponde a ellas asumir ese rol.

(Cam. Fam. S. S., dieciséis de junio de dos mil seis. Ref. 57-A-2005)

Según el impetrante, el objetivo de la solicitud presentada es que se legalice por medio de una sentencia definitiva el acuerdo de los padres de la menor *** de confiar su cuidado personal a la abuela paterna, señora ***, de sesenta y seis años de edad, ya que,según dicha solicitud (fs. ...) y su ampliación a (fs....), tanto el padre como la madre se encuentran casados con terceras personas y por esa razón ninguno de ellos puede tener bajo su cuidado a su hija. El señor ***, está casado desde el año noventa y tres, (hace vida conyugal) y es padre de cuatro niños, -a parte de ***- y la situación con su esposa no es tan agradable cuando la referida menor se encuentra en el hogar. La señora ***, viaja eventualmente por sus constantes negocios, y además su cónyuge no acepta que *** viva en su hogar, corriendo el riesgo de ser maltratada física y psicológicamente.

No obstante, ambos padres visitan a la menor, se relacionan

con ella y le aportan una cuota alimenticia. (...)

En ese orden de ideas, según el Art. 206 C. F., la autoridad parental, -como consecuencia de la filiación-, es el conjunto de facultades y deberes que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida. Dichas facultades-deberes, entre éstas las de cuidado personal, son irrenunciables e intransferibles, salvo las excepciones que la misma ley señala. En general la autoridad parental es indelegable, pero ello no es óbice para confiar el cuidado personal y representación legal provisionalmente -en casos de urgencia- a terceros, respecto del hijo(a) sujeto a autoridad parental. Tales acuerdos pueden concretizarse -conforme a la ley- por medio de Escritura Pública o Acta ante la Procuraduría General de la República; sin embargo tal circunstancia no ha sido aceptada en forma pacífica, en sede jurisdiccional no solo por la interpretación que se hace de las disposiciones legales, sino además por los efectos que tiene una resolución judicial, diferente a los acuerdos vía notarial o administrativa. (...)

Sobre casos similares de padres separados en que ninguno convive con el (la) hijo(a), esta Cámara ha sostenido reiteradamente que según los Arts. 216 y 219 C.F., para que un tercero (distinto de los padres), en este caso la abuela paterna de la menor ***, pueda ejercer el cuidado personal definitivo, es necesario que la niña se encuentre en una situación de desamparo, abandono, maltrato o en otros supuestos semejantes de los cuales se advierta el riesgo o peligro para ella, debiendo pedirse el ejercicio del cuidado personal a través de los demás elementos que conforman la autoridad parental mediante una demanda de pérdida o suspensión de la autoridad parental, pidiendo a su vez el nombramiento de tutor(a) o bien -en otros supuestos menos graves como en el sub judice- el interesado podrá solicitar el cuidado personal provisional, el que también podrá pedirse como medida cautelar como acto previo o dentro del mismo proceso de pérdida o suspensión de la autoridad parental.

Además, el Art. 219 C.F., se refiere a todos aquellos casos en que un(a) menor requiera de protección inmediata o urgente, confiando provisionalmente su cuidado a los consanguíneos de grado más próximo,

y en especial a los ascendientes, como por ejemplo en casos de maltrato físico o psicológico, ausencia abandono, etc. En esos supuestos es procedente conferir el cuidado personal de los menores a los abuelos, hermanos, tíos, u otros, pero esto se hará sólo provisionalmente y no en forma definitiva. Lo anterior, sin perjuicio que los padres puedan voluntariamente y mediante escritura pública o acta ante la Procuraduría General de la República, confiar el cuidado y la representación legal de sus hijos en los supuestos establecidos en la ley. Art. 216 Inc. 1° C. F.

En conclusión los padres pueden bajo circunstancias determinadas confiar el cuidado personal de un hijo(a) a un pariente o tercero, lo que no podrían es conciliar o acordar sobre el ejercicio de la autoridad parental que ejercen sobre sus hijos, confiriéndola en forma definitiva a terceras personas por las características propias de tal institución, esto es, su intransferibilidad e indelegabilidad como ya apuntamos, con más razón si las causas que originan esa pretensión se fundamentan en la desatención de sus propias obligaciones parentales, so pretexto del beneficio de la hija, cuando en el fondo como bien lo ha dicho la Procuradora de Familia han antepuesto sus intereses particulares, es decir su estabilidad conyugal en detrimento de los derechos de su hija a crecer con ellos que son los principalmente obligados a su crianza, establecimiento y educación, trasladándole esa obligación a persona adulta mayor (abuela paterna) quien requiere también de protección especial, situación que el derecho no puede legitimar.

Por tanto, la pretensión de cuidado personal por persona diferente de los padres deducida en juicio –aun cuando se debe aclarar- que en el sub judice se trata de una solicitud de ambos progenitores que no tiene más asidero que su propia estabilidad conyugal sólo podría ser acogida por el Juzgador en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental contra uno o ambos progenitores y de declararse cualesquiera de esas figuras jurídicas, el cuidado personal lo ejercería el otro progenitor o en el caso que se declare contra ambos progenitores se nombrará tutor(a) que represente al(la) menor y es en estos casos en los que puede proceder nombrar a los abuelos, hermanos, etc. para que ejerzan las funciones de la autoridad parental, por haber salido el hijo(a) de la autoridad parental de los progenitores. (...)

No obstante lo antes señalado, no debe dejarse de lado la realidad social en la que se presenta el caso en particular, ya que, según la solicitud –y no demanda como fue calificada-, la joven *** ha convivido con su abuela paterna desde su infancia (señalándose que desde los dos años de edad), razón por la que si bien es cierto tal solicitud podemos calificarla liminarmente como inepta y consecuentemente improcedente su tramitación en los términos en que ha sido planteada, nada obsta para que el juzgador dicte –aun de manera oficiosa- en aras de garantizar el bienestar de la niña, las medidas cautelares pertinentes y realice la investigación tendiente a solventar su situación, tomando en cuenta el desapego y desinterés de sus progenitores en asumir sus obligaciones, lo que desde luego afecta a la niña, además deberá considerar el arraigo de la niña a su entorno y todo lo que sea beneficioso para su normal desarrollo.

Por otra parte y considerando que debe buscarse la mejor solución a la situación familiar respecto de la niña; la abuela como persona interesada puede solicitar la medida cautelar de cuidado personal de manera provisional, para formalizar temporalmente esa situación de hecho, siendo necesario ordenar la investigación correspondiente, escuchando además a la referida niña a fin de resolver lo más conveniente. En virtud de ello consideramos procedente confirmar el rechazo de la solicitud bajo la figura de la ineptitud por no hacer uso de la vía procesal adecuada y no por improponible como la calificó el juez a quo.

(Cam. Fam. S. S., siete de julio de dos mil seis. Ref. 95-A-2005)

El ejercicio de la autoridad parental, en principio corresponde a ambos progenitores o a uno sólo de ellos cuando falte el otro o así fuese declarado judicialmente; si la filiación del niño sólo está determinada respecto de uno de los progenitores, será éste quien ejerza la autoridad parental del hijo -Art. 207 C.F.-, este último es el supuesto que se adecua al sub judice, tal como consta de la certificación de partida de nacimiento de Fs (...)

En ese sentido la autoridad parental, se caracteriza por ser indisponible, inalienable e indelegable.

La indisponibilidad –inalienabilidad- implica que los padres no pueden modificar, disponer o renunciar a la titularidad y, en su caso,

al ejercicio de la patria potestad abdicando de los derechos- deberes que son su contenido.(...)

El Art. 212 C.F., estipula el deber de convivencia y señala que "el hijo bajo autoridad parental deberá vivir en compañía de su padre y madre o con aquel de ellos que lo tenga bajo su cuidado personal." Además esta norma deja abierta la posibilidad de que el cuidado se confíe a un tercero ya sea por los padres o un juez de familia; sin embargo dicho precepto no debemos analizarlo aisladamente sino en el contexto integral de la Ley a fin de determinar cuáles son los supuestos en que los padres pueden confiar el cuidado de sus hijos a un tercero.(...)

En casos de suma urgencia los progenitores pueden confiar el cuidado de sus hijos a una persona de su confianza por el período que dure dicha urgencia.

El juez en situaciones de urgencia puede también confiarse el cuidado provisional de un niño a un tercero en los siguientes supuestos: muerte o enfermedad grave de los padres o cuando por cualquier circunstancia el hijo quedare desamparado. En estos casos se preferirá a los abuelos u otro consanguíneo en grado más próximo e incluso a un particular aunque no exista una relación de consanguinidad ya que la ley habilita a decretar las medidas que se juzguen necesarias siempre y cuando se acredite su idoneidad e interés en ejercer dicho cuidado, de no ser posible que ninguna de estas personas asuma su cuidado se confiará en última instancia a una entidad especializada. Corresponderá al juzgador valorar en cada caso el desamparo del niño(a), así como la idoneidad y el interés legítimo que le asiste a la persona a quien se confíe provisionalmente su cuidado.

(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de enero de dos mil siete. Ref. 154-A-2006)

Este Tribunal ha aceptado en casos precedentes, que excepcionalmente y sólo cuando ambos progenitores están imposibilitados –por circunstancias graves- puede confiarse el cuidado de un niño(a) a su(s) abuelo(s), pero ello es de carácter provisional, por lo que deberá promoverse el proceso respectivo, a fin de garantizar efectivamente la protección física, psíquica y legal del niño(a), ya que de lo expuesto

en la solicitud se advierte que los abuelos maternos estarían afectando los derechos de su nieto a relacionarse con su padre y abuelos paternos y a recibir los alimentos que le corresponden, siendo estos derechos indisponibles.

(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 117-A-2007)

Sobre la base del interés superior de la menor ***, de dos años de edad y según los estudios relacionados, ella está bajo el cuidado material (de hecho) de sus abuelos maternos, desde que su madre emigró a Estados Unidos ilegalmente, encontrándose la menor en buen estado de salud emocional al lado de éstos. Por lo que consideramos que previo a cualquier cambio en el ejercicio de la autoridad parental debe respetarse el *status quo* de la niña y todo cambio debe verificarse mediante el debido proceso de familia, en el que se deberá decidir en definitiva sobre el cuidado de la niña, el correspondiente régimen de visitas al padre o a los abuelos segùn se decida en el juicio, previa comprobación de afinidad o identidad padre-hija y con los abuelos maternos, así como la cuota de alimentos correspondiente.

En ese sentido, previamente a pronunciarse sobre un régimen de visitas restringido a favor del padre, la jueza debió pronunciarse respecto a ello, teniendo definido en juicio correspondiente, que los abuelos maternos ejercían materialmente el cuidado personal de la menor, sin perjuicio de dictar medidas provisionales respecto al cuidado personal provisional de la menor y el correspondiente régimen de visitas, comunicación y estadía.

Sobre ello, consideramos que los abuelos maternos de la menor ***, señores *** y *** son las personas idóneas para ejercer actualmente el cuidado personal provisional de dicha menor, debido a que ésta se encuentra integrada a su hogar, y en virtud que el padre no le ofrece las condiciones habitacionales más óptimas para que la menor resida y las personas que estarían a cargo de su cuidado personal tampoco lo son, debido a que una ya no puede valerse por si misma (abuela paterna) y la otra (empleada domestica) recientemente ha sido contratada por el solicitante para ello, siendo una persona extraña para la niña.

(Cam. Fam. S. S., trece de septiembre de dos mil siete. Ref. 149-A-2007)

9.4. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA.

En este caso hubo un reconocimiento de la paternidad prácticamente bajo presión, puesto que se dio cuando ya había prueba que volvía inocuo dicho reconocimiento. Sin embargo, pese a que tal reconocimiento constituye una táctica (generalizada) para evadir la responsabilidad pecuniaria, ha de tenerse en consideración para establecer un régimen restringido de comunicación, en vista del poco interés del padre de relacionarse con la niña. Tampoco se pidió en la contestación de la demanda un régimen de comunicación y trato; lo cual era lógico puesto que la niña no se había relacionado con el demandado, pero por ser un derecho de la niña es menester establecerlo de la forma en que se dirá en el fallo.

(Cam.Fam. S.S. cuatro de marzo de dos mil cinco. Ref. 88-A-2004)

Por otra parte es importante el restablecimiento de la relación materna, la que se ha dado a partir de la audiencia de fs. ..., determinándose en la misma que el niño compartiría con la madre (y desde luego con la abuela materna); y que este régimen se llevará a cabo con la colaboración de la señora ***, como responsable de que el niño será regresado al hogar paterno, situación que ataca el apelante, pero que de acuerdo a esta cámara tiene su razón de ser, a partir del ocultamiento del niño a su padre, por parte de la madre y abuela materna, al momento que este trató de recuperarlo en cumplimiento de la medida de protección que le confiaba su cuidado; y por otro lado, por los temores que el padre afirma experimenta el niño, de que no lo puedan regresar al hogar paterno.

(Cam.Fam. S.S. doce de mayo de dos mil cinco. Ref. 2-A-2005)

En el sub lite está claramente comprobado que el padre y el hijo no mantienen una buena comunicación y que no se relacionan afectivamente, por tal razón el régimen de visitas entre ambos, lo cual es un derecho irrenunciable sobre todo del niño, debe darse paulatinamente y flexibilizarse (ampliarse) con el tiempo, a medida que las relaciones entre ambos mejoren, sin intervenciones injustificadas de la madre del menor, por lo que es necesario que todos los involucrados

participen en la terapia psicológica que se ha ordenado.

Por ello consideramos atinada la resolución de la a quo cuando establece que dicho régimen no podrá iniciarse sin antes haberse recibido un mínimo de dos terapias en el C.A.P.S., ya que tanto para el padre como para el menor es una situación difícil, la cual tendrán que superar con el tiempo, a fin de fortalecer sus lazos filiales; no obstante dos terapias nos parecen muy poco tomando en cuenta el grado de distanciamiento y rechazo del niño. Por lo tanto, consideramos que deben ser al menos seis terapias, quedando a criterio del C.A.P.S. si las sesiones son individuales o conjuntas (padre-hijo), para después poder cumplir el régimen ordenado y así se establecerá en la sentencia.

(Cam. Fam. S. S. veintitrés de junio de dos mil cinco. Ref. 104-A-2004)

Que en este caso, aunque en la audiencia preliminar prácticamente se modificó la demanda, lo cual ya no era viable, dado el momento procesal al que se había arribado; tampoco era procedente cursar esa nueva pretensión, contra ilegítima contradictora activa, ya que la Sra. *** no es titular del derecho de autoridad parental y sólo puede confiársele el cuidado personal y la representación legal de sus nietos, menores de edad, de manera provisional, la cual se puede prorrogar en situaciones excepcionales, como en el caso sub judice, o definitivamente cuando se pidiere como presupuesto básico la pérdida o suspensión de la autoridad parental. Se observa además que por la naturaleza jurídica de la pretensión -suspensión de autoridad parental- no es dable una conciliación. Tampoco lo es el acuerdo sobre conferir el cuidado y representación legal por parte del padre –en sede judicial-, ya que como se ha dicho, los abuelos sólo pueden ejercerlo en los casos de pérdida y/o suspensión de autoridad parental nombrándoseles en calidad de tutores. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 216 C. F., que faculta a los progenitores para conferir en situaciones de suma urgencia y de común acuerdo, el cuidado de los hijos a personas de su confianza.

(Cam. Fam. S. S. veintitrés de diciembre de dos mil cinco. Ref. 105-A-2005)

Habiendo pedido el cuido de la hija es procedente por su vinculación revisar lo relativo al régimen establecido de visitas, relaciones y trato establecido a favor de la madre el cual quedó en forma abierta, situación que no parece atinada, dado el alto grado de conflictividad existente y el comportamiento de la niña en relación a su madre, por lo que es necesario para su eficaz cumplimiento determinar la forma en que se hará efectivo pudiendo la madre tenerla consigo un fin de semana alterno y dos veces por semana por ciertas horas dado que residen en el mismo lugar.

(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de febrero de dos mil seis. Ref. 33-A-2004)

(Cam. Fam. S. S., ocho de noviembre de dos mil siete. Ref. 119-A-2006)

(...) es necesario regular debidamente dicho régimen, acorde a la particularidad del caso, ya que por encontrarse la madre fuera del país, debe garantizarse que cuando se encuentre en él pueda disfrutar efectivamente de la compañía de su hijo sin restricción alguna por parte de su padre; pero además debe resguardarse que la comunicación de la madre con su hijo sea la adecuada, lo que significa que cuando esta relación no se dé en forma personal deberá permitirse una permanente comunicación vía telefónica, escrita o por cualquier otro medio electrónico.

En conclusión, el establecimiento de dicho régimen permitirá, mantener el mayor contacto posible entre el niño y la madre.

En ese mismo orden y siendo que este derecho se extiende para los abuelos y demás parientes como también para otras personas que demuestren un interés legítimo, consideramos que es conveniente garantizar que el niño se relacione también con los parientes de la madre (tía y demás familiares) en forma efectiva, sin interferencia u oposición de parte del padre o cualquier otro miembro de su grupo familiar; pues al mantenerse este tipo de relaciones, se fortalece el afecto y la solidaridad familiar. En consecuencia estimamos procedente realizar las modificaciones pertinentes al régimen fijado a fin de establecer una relación favorable. Art. 217 C. F.

(Cam. Fam. S. S., catorce de septiembre de dos mil seis. Ref.: 169-A-2005)

En cuanto al **régimen de relaciones y trato**, se sostiene que es un derecho de los hijos así como del padre que no ejerce su cuidado; considerándose como derecho-deber, su objeto es: ***"preservar la adecuada relación, de manera que se garantice el trato personal e íntimo de los progenitores e hijos."*** (ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II. Ed. Astrea. 2003) (...)

Finalmente los especialistas del equipo multidisciplinario concluyeron que: ***los niños presentan problemas emocionales por la ausencia del padre en el hogar familiar, los cuales se acentúan con la presión de éste porque se relacionen con su nuevo grupo familiar, priorizando su interés respecto del de sus hijos, quienes manifiestan la necesidad de relacionarse con su padre, sin la presencia de la compañera de vida y su hermana hasta que ésta última sea más grande.***

La situación plantea un conflicto de intereses, por cuanto se debe preservar una adecuada relación entre los padres e hijos que les permita aceptar la nueva realidad familiar del padre, sin que ello signifique que sus hijos se sientan desplazados o menos atendidos y por el contrario se sientan integrados en la medida que se les demuestre el mismo interés, todo en aras de fortalecer los lazos afectivos, lo que sin duda favorecerá el desarrollo integral de aquéllos.

A ello se debe de agregar que tanto los hijos como su padre demandan la relación filial; sin embargo en aras del adecuado desarrollo psicológico de *** y ***, ambos progenitores deben modificar patrones de comportamiento, evitando descalificarse el uno con el otro y asumir responsablemente el rol de cada uno, en esta nueva estructura familiar que implica la creación de dos nuevos núcleos familiares, brindando la atención adecuada a los hijos, sin demostrar marcadas preferencias por unos u otros, que repercuten negativamente en su aspecto emocional.

No podemos perder de vista que la intervención del Estado a través del Órgano Jurisdiccional, es subsidiaria y en ese sentido no se puede extralimitar en cuestiones que competen única y exclusivamente a los progenitores, a menos que se advierta que hay un peligro inminente en la integridad de los niños.

Como lo indicamos supra es evidente el conflicto emocional que atraviesan *** y ***; por lo que resulta oportuno la adopción de medidas que razonablemente garanticen su integridad, favoreciendo su integración al nuevo núcleo familiar del padre, por tanto la relación de los niños con la compañera de vida y la niña ***, pero esto deberá ser de forma gradual y en la medida en que aquellos superen sus conflictos con la pertinente ayuda profesional.

En ese sentido el Sr. ***, deberá tolerar y comprender que en principio sus hijos se relacionen sólo con él y más adelante con su nuevo grupo familiar; ello no implica vulnerar el derecho de la niña ***, quien por su corta edad (dos años) no se verá afectada con esta situación, pues no ha formado parte del hogar de los niños *** y además goza a tiempo completo de su padre, sin embargo la relación fraterna con sus hermanos deberá promoverse en la misma medida en que se haga con *** y ***, a fin de que acepten la nueva realidad de la vida familiar de su padre.

(Cam. Fam. S. S., doce de octubre de dos mil seis. Ref. 79-A-2006)

Conforme a lo anterior consideramos que aunque según el informe social la señora *** vive en condiciones aceptables con su actual compañero de vida; quién reúne mejores condiciones es el padre sumado el hecho de que *** se encuentra fuertemente arraigada a su actual entorno e identificada afectivamente con su grupo familiar; no obstante es necesario que exista mayor comunicación entre madre e hija para fortalecer la relación materno filial, pues se evidencia dentro del estudio realizado que dicha comunicación ha sido escasa primero por las limitantes impuestas por el padre y segundo por la actitud permisiva y desinteresada de la madre de no hacer las gestiones adecuadas, lo que ha generado un distanciamiento, que no ha permitido que la niña *** se identifique con su madre, pues consta a Fs.74 que la referida niña llama "mami" a la actual compañera de vida del demandante; situación que a futuro podría provocar en *** un conflicto emocional a corto o mediano plazo, debiendo concientizarla adecuadamente y de acuerdo a su edad sobre su realidad de vida y verdadera filiación materna procurando lamadre fortalecer dicha

relación, si es posible con ayuda psicoterapéutica, sin que ello implique romper el afecto cultivado con su madre afín, quien le ha prodigado el cuidado y cariños necesarios en razón de su vinculación con la niña, primeramente en su centro de estudios y después como parte integrante de su grupo familiar.

(Cam. Fam. S. S., ocho de noviembre de dos mil seis. Ref. 144-A-2005)

9.4.1. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN Y TRATO A FAVOR DE PARIENTES.

No se discute que cuando los hijos son menores de edad, corresponde a los progenitores en el ejercicio de la autoridad parental determinar las personas con quienes sus hijos se relacionaran, aunque en la medida en que estos crezcan y se desarrollen emocionalmente serán ellos quienes optaran por sus amistades y relaciones interpersonales.

Así la cuestión el Sr. ***, está legitimado para solicitar un régimen de visitas a favor de sus padres y sus hijos considerando la relación conflictiva existente entre estos y la madre de los niños y que este no se encuentra en el país, como para ejercer directamente el mismo sin el apoyo de sus progenitores; sin embargo lo anterior, no es impedimento para analizar en todo caso la conveniencia del mismo. Art. 217 inc. 3° C.F.. (...)

Sin embargo en aras de garantizar el mantenimiento de los lazos filiales con los abuelos paternos y en esa medida también con el Sr. ***, es procedente confirmar el régimen de visitas a favor de los abuelos; pero este deberá verificarse paulatinamente y con la orientación de los niños en el Centro de Atención Psicosocial, dado que como también se ha expuesto, los niños han sido influenciados negativamente por la madre y familia materna.

(Cam. Fam. S. S., seis de junio de dos mil seis. Ref. 6-A-2006)

Según la doctrina –pues la ley no lo define-, el régimen de comunicación, trato y estadía consiste en el derecho de mantener una comunicación adecuada con el progenitor con quien el hijo no convive. En otros términos, el padre o madre que no conviva con el hijo(a), tiene derecho a mantener una adecuada comunicación con éste así como con aquellas personas que demuestren un interés legítimo (...)

Dentro de la figura "los parientes" se incluyen los ascendientes, los descendientes, hermanos, tíos y entre otras personas a terceros que mantengan con el niño(a) un vínculo afectivo, nacido de circunstancias particulares aceptables como por ejemplo los padrinos de bautismo, entre otros, así lo acoge la doctrina argentina, considerando que dependerá de las circunstancias de cada caso particular el disponer que los parientes mencionados e incluso terceros se limiten a visitar al menor en su domicilio, por lo que el Juez tendrá en cuenta para ello la edad, su estado de salud, las horas que dedica al estudio o al esparcimiento, las características del vínculo con el pariente, etc. Al concederle este tipo de relaciones a los menores se les garantiza la existencia de sus relaciones familiares, se fortalece su identidad y más importante aún se mantiene la solidaridad familiar, interpersonal y el afecto.

Consideramos asimismo que la relación entre hijos y progenitores deben ser lo más frecuentes posibles, así como las comunicaciones de todo tipo, la participación en los festejos y actos importantes para el hijo y progenitores, a fin de que se facilite el logro de una relación armoniosa similar a la que se daría en la convivencia normal;(...)

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82-A-2006) [37]

En ese orden de ideas se reconoce el derecho del niño(a) de relacionarse con otros miembros integrantes de su familia extensa, como los abuelos, tíos y primos e incluso respecto de terceros que demuestren un interés legítimo, siempre que dichas relaciones no impliquen un perjuicio en la salud física y mental del niño(a), este derecho en principio corresponde a los progenitores en el ejercicio de la autoridad parental, pudiendo intervenir el órgano jurisdiccional en caso de negativa injustificada que no aporte un fundamento razonable para impedir dicha comunicación.

En otras palabras corresponde al padre y a la madre –al menos mientras los niños(as) no tienen la suficiente madurez para decidir por sí mismos- disponer con quienes se relacionarán sus hijos, ahora bien,

37. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: ALIENACIÓN PARENTAL, numeral 9.1.3; OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN TRATO Y ESTADÍA numeral 9.4.2 y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL. CAUSAS; numeral 12.3, todos de la parte sustantiva.*

la Ley reconoce el derecho del niño(a) a relacionarse con su familia extensa y sólo si ésta representa un perjuicio para su salud física o mental podrán oponerse sus progenitores.

Debemos destacar que el derecho del niño(a) de mantener contacto con sus progenitores es un derecho del hijo(a) como también de los primeros y en el caso de éstos además es una obligación derivada del ejercicio de la autoridad parental.

En el caso de los demás miembros de la familia extensa incluidos los abuelos es un derecho de carácter recíproco, por lo que ambos ostentan la calidad de titulares del mismo, por cuanto no es un derecho exclusivo del niño(a); en ese sentido si los progenitores o aquel que ejerza su autoridad parental se niegan injustificadamente a que su hijo(a) se relacione con sus parientes, estos últimos tienen habilitada la vía para accionar judicialmente. En otras palabras los legitimados procesalmente para el reclamo del derecho de visitas son los abuelos y nietos.

Varios son los escenarios que se pueden presentar en los casos de relación y trato de un niño(a) con sus parientes, a vía de ejemplo presentamos dos supuestos: A) Que sean ambos progenitores quienes ejerzan la autoridad parental del niño(a) y se opongan a la relación de su hijo con otro pariente, en este caso es lógico que la acción se habilite a favor de aquél a quien se niega el ejercicio del régimen de relación y trato; B) Que sean ambos los progenitores quienes ejerzan la autoridad parental del niño(a) pero sólo uno de ellos se niegue a promover la relación de comunicación. En este caso la persona (pariente) a quien se niegue el derecho de contacto tiene habilitada la acción para promover el establecimiento de un régimen de comunicación, pero también cualquiera de los progenitores puede iniciar diligencias de desacuerdo en el ejercicio de la autoridad parental, en el caso que esto suceda Art. 209 C.F..

(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 117-A-2007)

9.4.2. OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN TRATO Y ESTADÍA.

De esta forma se puede afirmar del estudio del proceso que durante la tramitación del mismo, ha quedado por demás evidenciado que la señora ***, no ha propiciado en ningún momento el acercamiento, entre el padre y el hijo, lo que ha generado como se detallará más adelante grave perturbación en la conducta del niño, resentimiento en el padre y obstinación permanente de la madre, para evitar el cumplimiento del régimen.(...)

La madre insistentemente, por sí y por medio de sus apoderadas desde la misma contestación de la demanda, ha sostenido que no se opone a la relación de su hijo con supadre, y en varias actas o informes de los Agentes de la Policía Nacional Civil, ha señalado que es éste (el niño) quien no quiere relacionarse con el padre y en otras ocasiones, que es por las actividades que el niño ya tiene programadas; incluso se menciona que el menor ha sufrido violencia y malos tratos de parte de su padre, ver fs. ... vto., sin embargo no se ha exteriorizado ninguna actuación de parte de la madre que coadyuve mínimamente a que el régimen se cumpla, por el contrario acepta sin ninguna discusión ni cuestionamiento el supuesto comportamiento propio del niño y expresa que debe protegerlo, en el sentido de aceptar lo que el niño desea que es precisamente el no relacionarse con el padre, sin visualizar el derecho que le corresponde a relacionarse con éste, ni los efectos negativos de ese comportamiento para el mismo niño, advirtiéndose de su conducta que es ella misma quien no desea que se dé esa relación, anteponiendo sus propios conflictos e intereses interpersonales a los de su hijo, omitiendo realizar acciones tendientes a encauzar adecuadamente las emociones, conductas y actitudes en la relación paterno filial.

(...) es necesario recalcar la obligación de la madre, Sra. ***, así como sus demás parientes (abuelos maternos), no sólo en permitir sino de propiciar y contribuir a las relaciones de su hijo con su padre y demás parientes paternos. Es decir que la madre no podrá negar dicha relación a menos que demuestre que ello representa un grave riesgo para la integridad del niño, lo cual hasta el momento no se ha demostrado

en el proceso;(...)

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82-A-2006) 38

9.4.3. SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA.

Sin que el siguiente análisis sea considerado como un prejuzgamiento del caso *sub judice* hemos de agregar que los derechos que se consagran no son absolutos; tienen sus excepciones y por lo tanto pueden ser limitados, restringidos y aún privados a sus titulares, en su ejercicio, siempre que concurran los presupuestos fácticos y jurídicos para ello. En el sub lite el informe de la Licda. ***, de fs. (...) advierte, que tomando en consideración los antecedentes del caso y además: a) Lo expresado por *** en la terapia de juego, b) Los datos proporcionados por la abuela materna, c) El hecho documentado de que cuando un niño dice que ha sido objeto de abuso sexual no miente y d) El cambio conductual de ***, confirma positivamente que ha sido abusada sexualmente por su padre ***.

No obstante se advierte que la situación debe investigarse a fondo para resguardar en todo caso el interés superior de la menor ***, pues los estudios previamente practicados por la Trabajadora Social y Psicóloga adscritas al Tribunal de Familia (profesionales de la institución) contrarían o al menos no advierten lo expuesto por la profesional (particular) que practicó el último estudio, es decir la Licda. *** aún y cuando las conductas que se dice manifiesta la niña, fueron planteadas desde la demanda de modificación del régimen de visitas, relaciones y trato establecido al padre, señor ***, sumado al hecho de que la madre es estudiante de quinto año de Licenciatura en Psicología de la Universidad *** según se menciona en los estudios fs. (...). Esto último incluso, entre otras razones ha dado lugar a que se recuse a la Licda. ***, sin embargo, ante una situación tan delicada es prioritario preservar la salud mental de la niña *** y oportunamente decidir; ya sea en la sentencia (de manera definitiva) o de forma provisional antes de ella, si se establece un régimen provisional o definitivo al padre; de acuerdo

38. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: ALIENACIÓN PARENTAL, numeral 9.1.3; RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN Y TRATO A FAVOR DE PARIENTES, numeral 9.4.1; y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL. CAUSAS; numeral 12.3, todos de la parte sustantiva.*

a la prueba que obre en el proceso o por el contrario se restringe o impide esa relación de acuerdo a lo prescrito en el Art. 219 C. F. La pretensión de modificación de sentencia queda sujeta a las pruebas que se recaben y a las disposiciones legales pertinentes.

(Cam.Fam. S.S. quince de abril de dos mil cinco. Ref. 209 - A - 2004)

En ese sentido la medida de suspensión del régimen de visitas, debe operar en situaciones extremas cuando el padre al que se suspende el régimen pone en riesgo a su hijo; es que tal medida tiene como finalidad inmediata la protección de los niños, pretende resguardarlos en su integridad tanto física y/o psíquica; por lo que consideramos que la medida de suspensión dictada por la a quo se encontraba justificada; en tanto existían indicadores que acreditaban que los niños *** y ***, se encontraban en una situación que no garantizaba su seguridad, por desconocerse en que momento serían devueltos y posteriormente por desconocerse su paradero, así como por las mismas conductas hostiles de ambos progenitores que sin duda afectan su desarrollo emocional (...)

(Cam.Fam. S.S. veintiuno de septiembre de dos mil cinco. Ref. 2 - DH-2005)

Lo anterior liminarmente nos hace concluir que la relación entre los señores *** y *** es disfuncional, marcada por un alto grado de conflictividad e incluso por episodios de violencia que han originado la intervención del órgano jurisdiccional en varias ocasiones, (...)

Esta Cámara ha sostenido en reiterados pronunciamientos que cuando la relación entre los progenitores es conflictiva resulta, conveniente que los juzgadores restrinjan o delimiten los regímenes de visitas a fin de garantizar su efectividad y sobre todo evitar situaciones que produzcan un daño mayor o de difícil reparación en la integridad de los involucrados.

(Cam.Fam.S.S., trece de diciembre de dos mil seis. Ref. 72 - A - 2006)

10. REPRESENTACIÓN LEGAL.

10.1. EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL.

Como bien lo ha sostenido la a quo el señor *** sigue teniendo la titularidad de la autoridad parental aunque esta sea ejercida por la madre al habérsele confiado a ella el cuidado personal de los hijos y tener por consiguiente de manera exclusiva la representación legal de los mismos. Pero esa "exclusividad" en la representación de los hijos no anula la intervención (participación) del padre en aquellos actos que afecten la vida de los hijos, tan es así que la representación legal se encuentra limitada en lo que respecta a la administración de ciertos bienes del hijo, como lo dispone el Art. 227 C. F., así como también se prohibe la venta o enajenación de sus bienes para lo cual se hace necesaria la autorización judicial Art. 230 C. F.. De igual manera no puede representar al hijo cuando existieren intereses contrapuestos entre uno o ambos padres y el hijo; es decir en todos los casos en que el interés del hijo sea divergente con el de uno o de ambos progenitores.

Así las cosas, es obvio que el señor *** no está impedido para velar por los intereses de su hija, ante cualquier eventualidad que afecte negativamente sus intereses de cualquier índole; es más, el hecho de no tener su cuidado no es óbice para que se desatienda o prescinda del cumplimiento de aquellas obligaciones que requieran su presencia, pues como padre responsable debe estar siempre presente en la vida de su hija, lo que ha concretizado al intervenir en esa calidad en las presentes diligencias, cuya legitimación se encuentra de suyo acreditada, pues le asiste un interés legítimo, como lo tendría cualquier otro consanguíneo; baste mencionar a vía de ejemplo lo dispuesto en los Arts. 217 Inc. 3° y 219 Inc. 2° C. F.

(Cam.Fam. S.S. dieciséis de marzo de dos mil cinco. Ref. 216-A-2004)

El anterior argumento toma fuerza al considerar que según el Art. 223 C.F., son únicamente los progenitores quienes ejercen la representación legal de los menores hijos ante autoridades judiciales, administrativas ó gubernamentales. Por ello, es que sólo en los casos arriba descritos estaremos ante la posibilidad de que se confiera a una persona diferente del padre o madre el cuidado y representación legal del hijo(a). En otros términos, debe tenerse claro que mientras los padres

estén en capacidad de poder cuidar de sus hijos, no pueden delegar tal responsabilidad a los parientes u otras personas, y menos bajo el argumento de no poder tener a su hijo(a) porque causa perjuicios en su actual hogar.

(Cam. Fam. S. S., siete de julio de dos mil seis. Ref. 95-A-2005)

Es factible que las partes acuerden no sólo el cuidado del hijo, sino además la forma en que se ejercerá su representación, es por ello que en algunas ocasiones puede que el cuidado lo ejerza uno de los progenitores, pero la representación sea ejercida por ambos; sin embargo si no existió ningún tipo de acuerdo sobre la forma en que se ejercería la representación de ***, se debió aplicar lo que establece el Código de Familia en la precitada norma y el Art. 208 C.F., por tanto es procedente modificar en ese punto la sentencia.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73-A-2004)

En ese orden de ideas concluimos que los abuelos maternos señores *** y ***, no son los legítimos contradictores, porque no se ha demostrado materialmente la titularidad del ejercicio provisional del derecho deber del cuidado personal del niño, independientemente que sean los abuelos maternos quienes materialmente ejerzan el cuidado del niño ***, ya que sus representantes legales son sus padres. Es por esa misma condición que los abuelos maternos no tienen suficientes facultades para conciliar un régimen de relación y trato con los abuelos paternos, ello sólo compete al representante legal del mencionado niño, por lo que no existiendo un legítimo contradictor -aún cuando se tratan de diligencias conciliatorias, aplicando de forma analógica los principios procesales- la solicitud deviene inepta en cuanto a dicho punto.

(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 117-A-2007)

Que por otra parte, la Cámara no comparte el criterio de la a quo, de que la menor ***, es de filiación desconocida, y por ende, la señora *** (supuesta madre) no puede estar ejerciendo una atribución que no le corresponde. A este respecto, la Cámara considera que si bien la señora *** omitió realizar la inscripción del estado familiar de hijo de la menor en cuestión, no por eso puede afirmarse categóricamente

que la menor es de filiación desconocida, ya que el Certificado de Nacimiento de Recién Nacido realizado en el Hospital Nacional "San Pedro" de Usulután, de fs. 6, del expediente, desvirtúa tal afirmación, y sólo en el transcurso de las diligencias podrá desvirtuarse o confirmarse tal extremo. En razón de lo anterior, al menos para admitir y dar curso a las diligencias, la Cámara estima legitimada la actuación de la solicitante; y sólo podría estimarse no legitimada en el curso o final de las mismas sí se desvirtuara el mencionado extremo.

(Cam.Fam.Ote., veinticinco de febrero de dos mil ocho. Ref. APE: 10 R. H.(28-01-08)-02/UN-F-32(198)2008. ENTRADA: 24 (19-02-08)-2-) (El primer paréntesis nos pertenece)

10.2. INTERESES CONTRAPUESTOS EN EL EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL.

En el caso sub judice y específicamente en relación a la madre, podemos sostener que no se evidencian claramente intereses contrapuestos con su menor hijo cuando se reclaman este tipo de pretensiones (pérdida de la autoridad parental); es más se puede llegar inclusive al extremo de señalar que ésta puede tener intereses paralelos o congruentes con los de su expresado hijo; y en virtud de ello, estimamos que no hay obstáculo alguno para que pueda representar a su menor hijo, no siendo necesario en este caso la intervención directa del señor Procurador General de la República para representar al referido menor; debiendo señalarse además que en el proceso se cuenta además con la intervención de un Procurador de Familia adscrito, y que como tal también es un auxiliar del señor Procurador General de la República.

Resulta evidente que con relación al padre –demandado- existe una postura antagónica respecto de su hijo, pero que al ser éste representado por su madre estimamos que no es necesaria la representación directa por parte del Procurador General de la República.

(Cam.Fam. S.S. veintitrés de noviembre de dos mil cinco. Ref. 131-A-2004)(El paréntesis nos pertenece)

El presente proceso de pérdida de la autoridad parental ha sido promovido por el Licenciado ***, como apoderado de los señores *** y ***, abuelos maternos de las niñas *** y ***, ambas de apellidos ***,

quienes a la fecha de promoción de la demanda eran de diez y catorce años de edad. (Confrontar Fs. ...) (...)

El Art. 239 C.F. dispone: ***"La autoridad parental se extingue por las siguientes causas: 1°) Por la muerte real o presunta de los padres o por la del hijo".*** En ese sentido y siendo que el padre en ningún momento fue privado del ejercicio de la autoridad parental –puesto que la sentencia de divorcio únicamente le confirió el cuidado y representación legal a la madre- éste es quien asume a la muerte de la madre el ejercicio de las facultades y deberes derivadas de la autoridad parental.(...)

Por tanto es **imperativo legal** que la asunción de la representación legal de las niñas *** y *** sea asumida por el **Procurador General de la República.** La omisión de su intervención a lo largo de la tramitación del proceso ha implicado una vulneración en los derechos de las niñas, quienes han carecido de representación en un proceso donde se deciden cuestiones que les vinculan y afectan sus derechos indefectiblemente y por lo cual debían intervenir a través del referido funcionario o de sus delegados debidamente acreditados.

Así las cosas, ha existido violación a ley expresa y terminante por parte de la Jueza a quo, al omitir dar intervención al Procurador General de la República como representante de las citadas niñas, lo que ha incidido en ineficacia en el ejercicio de la esfera de defensa de las niñas ya que legalmente sus intereses no han sido debidamente tutelados. (...)

Por los argumentos expuestos es procedente declarar oficiosamente la nulidad ya citada, en aras de garantizar el debido proceso y la legalidad de las actuaciones judiciales, por lo que la nulidad se declarará desde la celebración de la audiencia preliminar inclusive y actos subsiguientes, por cuanto dicha omisión puede ser subsanada en la fase saneadora de la citada audiencia Art. 107 L.Pr.F., previo al señalamiento de nueva fecha deberá solicitarse la intervención del Procurador General y mandársele a oír para su legal intervención en el plazo que prudencialmente el juzgador señale.

Hacemos constar que si bien la intervención del Procurador General de la República, debió solicitarse desde el momento en que se admitió la demanda, dicho vicio –procesalmente- puede ser saneado tanto en el examen previo como en la fase saneadora de la audiencia

preliminar; y con el objeto de aprovechar los actos procesales subsiguientes –emplazamiento y contestación- y no retrasar aún más la tramitación de la causa declararemos la nulidad desde la celebración de la audiencia preliminar. Art. 162 L.Pr.F.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 62 - A - 2006)

En ese sentido el punto de discusión se concreta a determinar si la parte actora -***- y una de las demandadas -***-, pueden ser representadas simultáneamente por el Procurador General de la República o en caso contrario decidir cual debe ser la solución para impugnar el proceso que se ha incoado.(Declaratoria judicial de paternidad).

La legitimada en la causa para instar la intervención jurisdiccional es la niña ***, en tanto consta en su certificación de partida de nacimiento de Fs. ... que carece de filiación paterna, asimismo se advierte que la niña es de doce años de edad, es decir menor de edad, por lo que requiere la intervención de su madre como su representante legal, de conformidad al Art. 206 C.F., y fue justamente en ese carácter, que la señora ***, solicitó asistencia legal al Procurador General la República, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 194 romano II ord. 1° Cn.(...)

Se ha acreditado como bien lo sostiene la a *quo* que *** (demandada y hermana de la actora), no puede ser representada en este proceso por el Procurador General de la República, aún cuando no existen intereses contrapuestos con su madre, señora ***, Art. 223 ord. 3°, pues ello implicaría patrocinio infiel por parte del citado funcionario, ya que intervendría como representante de la parte demandante y demandada, situación prohibida en el Art. 90 ord. 3° Pr.C.

En efecto, el Art.19 L.Pr.F., establece que el Procurador de Familia adscrito al Tribunal, actuará en representación de la parte demandada en los casos previstos por la Ley: entre ellos cuando el demandado no comparezca al proceso y el caso del demandado ausente, conforme a los Arts. 34 inc. 5° y 112 L.Pr.F., no obstante el último precepto a la letra dice: "Si la demanda no fuere contestada y además el demandado no se hiciere presente en la audiencia preliminar, concluida la fase conciliatoria, el Procurador de Familia asumirá la representación; sin embargo, se notificará personalmente al demandado la asunción de su

representación, así como la sentencia definitiva. El Procurador de Familia no representará al demandado cuando la demanda se promoviere por el Procurador General de la República como representante legal del demandante, en cuyo caso el Juez designará quien lo represente." (Subrayado fuera de texto)

Por otra parte el Art. 18 L.Pr.F., a la letra reza: "Cuando la parte falleciere o fuere declarada su muerte presunta, el proceso continuará con sus herederos o con quienes representen a la sucesión, siempre que la naturaleza de la pretensión lo permita. Si se desconociere quien representa a la sucesión, se le emplazará por edicto y si no compareciere, el procurador de familia representará sus intereses, salvo que la otra parte esté representada por la Procuraduría General de la República, en cuyo caso el Juez le asignará un representante." (El subrayado nos pertenece)

Ante esa circunstancia debe brindarse una solución apegada a consideraciones de justicia y a los principios de celeridad y economía procesal, haciendo una interpretación integral de la norma jurídica, Arts. 8 y 9 C.F. y 7 letra f) L.Pr.F.

Por ello a fin de no vulnerar el derecho de la niña ***, de que se establezca judicialmente su paternidad, es procedente nombrarle oficiosamente a su hermana *** (menor de edad) apoderado que ampare sus intereses, en ese sentido se le deberá emplazar a través de éste, confiriéndole la representación judicial de la niña para defender sus intereses en juicio; por cuanto es claro que quien la representa legalmente es su madre, señora ***, quien a su vez representa a la demandante pero no comparece por derecho propio; es decir, la madre únicamente las representa legalmente pero no es parte directa en el proceso, situación en virtud de la cual deberá ser el Procurador General de la República quien se arrogue la misma, por mandato legal. Art. 223 ord. 3° C.F. pero existiendo también contraposición de carácter procesal, en cuanto ha sido dicho funcionario quien entabló el proceso, en nombre de la actora, materialmente su representación también se vuelve infiel, si representa a la parte demandada por lo que en aras de dar el trámite que legalmente corresponde a la pretensión y garantizar el acceso a la justicia de ***; es preciso revocar la resolución impugnada ordenando su tramitación y designando por la a qua a un(a) abogado(a) de forma oficiosa para que represente a *** durante la tramitación del proceso,

habilitándolo incluso a recibir el emplazamiento a favor de la citada niña, con ello se subsana la prevención que se hiciera, la que dicho sea de paso no era para que se le nombrara un apoderado(a) sino -para que se manifestara quién la representaría; por lo tanto no era dable declarar su inadmisibilidad.

(Cam. Fam. S. S., veinte de noviembre de dos mil siete. Ref.: 122-A-2007) [39] *(El primer y último paréntesis nos pertenecen).*

Que tomando en cuenta que la madre de los menores, la Sra. ***, esta fuera del país, como se relaciona en la demanda de fs. 1/2 del expediente, el ejercicio de la Autoridad Parental lo tiene exclusivamente el padre, según lo previsto en el art. 207 C.F., por la imposibilidad de que lo ejerza ésta; sin embargo, como los menores, de hecho se encuentran bajo el cuidado personal de la abuela materna, sus gastos de crianza no sólo deben de correr a cargo de la madre y de la abuela materna, sino también del padre de ellos, quien debe de contribuir según su capacidad económica a la manutención, mientras sus hijos estén al cuidado personal de la abuela materna.

Que según el art. 207 ibid., como ya se dijo, el Ejercicio de la Autoridad Parental, por ausencia de la madre, lo tiene exclusivamente el padre; pero en el *sub- lite*, siendo que es al padre de los menores a quien se le reclaman alimentos para sus hijos, con los cuales él no tiene convivencia, existen intereses contrapuestos entre él y sus menores hijos, por lo cual la representación legal de los mismos debe ejercerla la P.G.R., en base a los arts. 223 num. 3º y 224 in fine ibid. Por lo que en el Interés Superior de los menores y siendo los alimentos prestaciones urgentes, corresponde a la Licda. ***, en su calidad de Agente Auxiliar, delegada del Procurador General de la República, fs. 3 del expediente, ejercer la representación legal e intervenir en el proceso a favor de los menores.

(Cam. Fam. Ote., dieciséis de diciembre de dos mil ocho. Ref. APE Nº 184 (10-12-08) C.J. # 4 /UN-F-833-(247)-2008/6)

39. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado CAPACIDAD DEL ALIMENTANTE, numeral 13.7 de la parte sustantiva.*

10.3. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA SALIDA DEL PAÍS DE UN MENOR DE EDAD.

(...) se ha dicho que cuando a la madre o padre de un niño (a) se le ha conferido el cuidado personal de su hijo (a) y tiene consecuentemente la representación legal del mismo, goza de todo el respaldo legal para vivir con él (los) en su lugar de residencia. Por lo que al residir la madre*** en México, el movimiento migratorio de los niños resulta necesario como imperativo para dar cumplimiento a la decisión judicial que confirió su cuidado a la madre y no es necesario el consentimiento del padre para la salida del país.

(Cam. Fam. S.S. treinta de agosto de dos mil cinco. Ref. 123-A-2004)

Se considera que dicha disposición (Art. 223 inc.1° C.F) debe interpretarse en relación con lo regulado en el Art. 208 C. F. que refiere que para la salida del país de todo menor debe existir el consentimiento expreso del otro progenitor, no obstante dicha disposición está sujeta a otros criterios interpretativos también sustentados jurídicamente; sin embargo a efecto de garantizar los derechos primordialmente de los hijos puede adoptarse este segundo criterio con ciertas excepciones, tal como lo ha señalado la Sala de lo Civil en la resolución que menciona la apelante Casación 636 CAFamSA, del 7 de mayo de 2001. Debe considerarse que las gestiones para la renovación de visas y pasaportes de los niños *** y *** no implican persé la salida del país de los mismos, en tal sentido esta Cámara estima procedente acceder a lo peticionado por la Dra. *** aunque posteriormente dicha profesional se refiere a la salida del país de los niños. En todo caso es preciso sustentar que en principio el señor ***sólo podría negarse a dar su autorización para la salida del país de sus hijos si existiere – razonablemente – la posibilidad de que éstos no regresaren al país, en ese sentido cualquier desacuerdo sobre el ejercicio de la autoridad parental será resuelto por el (la) juez (a). Art. 209 C. F. (...)

Está cámara considera que el argumento expuesto por la apelante no se adecua al *sub judice*, por cuanto se puede prescindir del consentimiento del padre para la salida del país del hijo, en el caso que el cuidado personal del mismo sea conferido a la madre y ésta

resida fuera del país (u otro similar), estableciéndose en ese caso las modalidades de relaciones y trato de los hijos con el otro progenitor; por tanto para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia judicial es imperativo el movimiento migratorio del menor, situación que no acontece en el *sub judice*.

Además sobre este punto – menores residentes en el extranjero – debe estarse a lo regulado en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; según el cual, el Art. 8 establece que toda persona, institución y organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia quede garantizada la restitución del menor. Ello implica el ejercicio co – parental cuando los menores hayan de salir del territorio nacional y es aquí donde precisamente discrepan los criterios de interpretación del Art. 208 citado, el cual debe interpretarse en armonía con los Arts. 207 Inc. 3°, 209 Inc. 2°, 223 y 224 C. F. de los que se colige que aunque ambos padres tengan la titularidad de la autoridad parental sólo uno de ellos podrá ejercerla para todos los efectos cuando sea a éste a quien se le confiera el cuidado personal, pues será éste quién tendrá en exclusiva la representación legal; sin embargo en el interés superior del hijo se restringe ese ejercicio cuando éste deba salir del país, salvaguardando así su derecho de relacionarse con ambos progenitores de conformidad a lo dispuesto en el Art. 350 C. F.

Con lo expuesto tenemos que para el caso específico resulta beneficioso autorizar a la señora ***, para que gestione por sí sola en representación de sus ya mencionados hijos la obtención de los pasaportes y las visas correspondientes ante las autoridades administrativas y/o consulares que fueren necesarios; en vista de la actitud negativa del padre de no autorizar justificadamente tales peticiones. Lo anterior no significa que los niños *** y *** quedan autorizados automáticamente para salir del país sin el consentimiento del señor ***en atención a lo dispuesto en el inciso último del Art. 208 C. F. en armonía con lo dispuesto en los Arts. 350 y 351 C. F.; aún y cuando exista discrepancia con lo dispuesto en el primer artículo citado en su relación con los

artículos citados anteriormente..

(Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 175-A-2005) [40]

40. *Esta sentencia se relaciona con el epígrafe denominado RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS(AS). Numeral 15.3.*

11. ADMINISTRACIÓN DE BIENES.

11.1. BIENES QUE NO ADMINISTRAN LOS PROGENITORES.

Es por ello que el Art. 235 C. F. establece casos de privación de la administración al padre y madre cuando fueren culpables de dolo o negligencia grave, nombrando un tercero para que administre los bienes del hijo, salvo si sólo uno de ellos fuere culpable. Se entiende que para que haya lugar a lo anterior cualquier persona interesada puede hacer del conocimiento del juzgador los hechos que revelen culpa o negligencia, aunque no tenga la representación legal del hijo(a).

(Cam. Fam. S. S. dieciséis de marzo de dos mil cinco. Ref. 216-A-2004)

11.2. DILIGENCIAS DE UTILIDAD Y NECESIDAD.

De su petición se concluye que aunque la solidaridad familiar es evidente, ello no implica de forma alguna que sea imperiosa la venta del inmueble para la cancelación de dicho préstamo -al menos no se establece esta circunstancia en la demanda-, cuyo destino no ha sido la satisfacción de las necesidades básicas de los menores, aunque lógicamente la deuda contraída los coloca en una situación económica limitada, cuyos alcances en relación a los menores hijos no se ha expresado. Por lo antes dicho, es procedente confirmar la resolución impugnada por estar arreglada a derecho. (...)

Ahora bien, los presupuestos fácticos que la ley ha previsto para que el juzgador autorice la venta de los bienes inmuebles propiedad de los menores de edad, son la utilidad o necesidad. En el sub lite se alegan motivos de necesidad, consistentes en deudas adquiridas a raíz de una cirugía realizada a una hija mayor de edad del Sr ***, esos hechos que fundamentan la solicitud deberán ser analizados por el juzgador, quien debe verificar si se cumple el presupuesto de necesidad de lo solicitado. (...)

En el caso de la necesidad, la situación es distinta pues nos encontramos frente a la falta de recursos económicos para cubrir los gastos de los menores hijos, quienes por cualquier título han adquirido bienes, los cuales es menester vender o gravar para satisfacer sus necesidades, se define como la falta de lo preciso o básico para conservar la vida. De tal suerte que la enajenación de estos bienes es necesaria

para la obtención de cantidades líquidas que permitan la adquisición de bienes de consumo o de uso, etc., para los hijos menores. Y es de ahí donde nace la facultad al representante o tutor de los menores de pedir al Juez que autorice por cualquiera de las dos razones ya expuestas, la venta o gravamen de los mismos.

(...) los Art. 204 Ord. 4º y 221 C.F., según éstos, los menores hijos pueden contribuir con los gastos del hogar o con los propios, cuando ello fuere necesario y si tuvieren capacidad económica para hacerlo. En este supuesto debe existir la necesidad de cubrir necesidades de primer orden, caso en el cual procede la contribución económica de los menores, refiriéndose claramente la disposición al destino de los frutos.

(...) tenemos claro que en ambos casos la venta de los bienes se hace con la intención de satisfacer necesidades básicas de los menores, puesto que es a ellos a quienes corresponde la titularidad total o parcial de los bienes que se pretende vender, las cuales conforme a los Arts. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 211 C.F. y en el principio de solidaridad familiar, corresponde al padre y a la madre criar a sus hijos con esmero, procurándoles todo lo necesario para el normal desarrollo de su personalidad. Por lo que, cuando la capacidad económica de ambos progenitores no lo permite y es necesaria la venta de bienes propios de los menores, lo obtenido debe ser utilizado para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, conservación de la salud y educación de los menores, supuestos que no ocurren en el presente caso.

(Cam.Fam. S.S. once de marzo de dos mil cinco. Ref. 191-A-2004).

12. VISICITUDES DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

12.1. EXTINCIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

Observamos que a la fecha, el joven *** es mayor de edad (confrontar Fs. ...), sin embargo no lo era al momento de dictarse la sentencia e interponerse la apelación, por lo que estamos habilitados para conocer de los puntos relativos a la cuota alimenticia y representación legal, aún cuándo materialmente la sentencia no puede surtir efectos legales, pues el joven a esta fecha ya adquirió la mayoría de edad. Entonces se ha extinguido el ejercicio de la autoridad parental y consecuentemente la representación legal del joven, la cual ya no es ejercida por sus progenitores.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73-A-2004)

Que al analizar la Cámara, la disposición legal con la que el impetrante fundamenta su pretensión, se disiente con su criterio ya que lo ha retomado de una forma conjunta, ya que tal precepto legal (Art.240 C.F.) establece cuatro causales por las que se puede promover la pérdida de la autoridad parental; sin embargo, esta Cámara entenderá que solo se refiere a la causal segunda que señala que: "El padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre todos sus hijos, (...) 2ª) Cuando abandonaren a alguno de ellos sin causa justificada."

Que al respecto, la Cámara observa que lo pertinente de la disposición transcrita, como fundamento legal de su pretensión, no ha sido probada; es decir, que no basta con sólo pedir al Juez que se pronuncie sobre tal cual petición, sino que las pretensiones deben estar fundamentadas en razones de hecho y de derecho, en el *sublite*, al apreciar el testimonio vertido por la testigo señora ***, se observa que los hechos sólo los conoce por referencias, es decir, por comentarios, ya que a pregunta que le hiciera la Licda. *** en la audiencia de sentencia, la testigo respondió: "Sic...todo lo que ha relatado, la niña es quien se lo ha contado"; así las cosas, cabe señalar, que los hechos no le constan de vista y oídas a la señora ***, haciéndole ver a ésta y al recurrente, que el testigo es una persona distinta de las partes que declara ante el Juez o Tribunal sobre hechos o situaciones de las que tiene conocimiento directo, adquirido no sólo por su propia percepción,

sino también respecto de los hechos que ha deducido de su percepción; por lo que en razón de lo anterior, la Cámara es del criterio que no se puede acceder a lo pretendido por el recurrente, por carecer de prueba suficiente su petición, en defecto de ello, es viable confirmar lo resuelto por la a quo.

(Cam.Fam.Ote. tres de septiembre de dos mil siete. Ref. APE: 115(27-08-07))

12.2. PÉRDIDA DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

La pérdida de la autoridad parental es algo tan delicado, que para acceder a ella la prueba de la causa que podría originarla debe ser muy robusta e incontrovertible, ya que es una especie de sanción impuesta al padre o a la madre que incurren en actos o en conductas que perjudiquen o dañen a sus hijos, tan es así que si la causa se refiere a un solo hijo y si se demuestran los actos o conductas constitutivos de ella, la autoridad parental se pierde en relación a TODOS los hijos (Art. 240 F.).- Por otra parte, es una decisión irreversible, pues al declararla... jamás recuperará la autoridad parental aquel de los padres que la haya perdido (Art. 244 F.).-

(Cam.Fam.Occ., treinta de agosto de dos mil cinco. Ref. 49/2005)

En ese sentido y atendiendo a su naturaleza intrínseca la autoridad parental, es una potestad que implica un conjunto de facultades-deberes –al tenor de la ley- que se imponen a los progenitores sobre sus hijos; es decir que esas facultades-deberes se traducen en obligaciones de orden legal y moral, cuyo ejercicio en principio se confiere a ambos progenitores o a uno sólo de ellos cuando faltare el otro o por disposición legal o judicial. (...)

Para que proceda la pérdida de la autoridad parental, es preciso acreditar fehacientemente la causal invocada, atendiendo al carácter sancionatorio de la norma, en consonancia con el principio de legalidad y atendiendo además al interés del niño que se pretende resguardar, por ello los hechos deben caracterizarse por un componente de gravedad.

(Cam.Fam.S.S., seis de junio de dos mil seis. Ref. 6-A-2006)

Relaciones: Cam.Fam. S.S., siete de junio de dos mil siete. Ref. 11-A-2007

12.2.1. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER LA DECLARATORIA DE PÉRDIDA DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

Primeramente y no obstante que consideramos un aspecto irrelevante en el proceso, se hace mención a la nulidad alegada por haberse reiterado en la apelación sosteniendo los impetrantes que hay nulidad del proceso por falta de legitimación en la personería de la parte actora, ya que el señor *** entabló demanda, por medio de sus apoderados, manifestando ser el representante legal del niño, cuando dicha representación la tiene su madre, ya que, ella por acuerdo de las partes -y aprobado por el Juez- es quien ejerce el cuidado personal de dicho menor y por consiguiente la representación legal. Sobre ello únicamente diremos que según el Art. 242 L.Pr.F[41], la Legitimación Procesal puede tenerla cualquier interesado,(aunque no tenga la representación legal) ya que, el objetivo principal de la referida disposición es velar por el interés superior de los menores, independientemente de quien ejerza la representación legal ó a quien se le haya conferido; además, se evidencia en el sub lite, de la simple lectura del Poder General Judicial con cláusula especial de fs...., otorgado por el señor *** que lo hizo en su carácter personal y no como representante legal de su menor hijo ***.

(Cam.Fam. S.S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 213-A-2004)

La legitimación activa para promover un proceso de pérdida de la autoridad parental se encuentra regulada en el Art. 242 C.F. y entre estos se incluye a cualquier consanguíneodel hijo, por tanto, la abuela materna estaba debidamente legitimada para accionar la pérdida; ahora bien en el supuesto que está fuese declarada, es un imperativo legal el nombramiento de tutor, al efecto resulta aplicable oficiosamente el Art. 300 C.F., (...).

(Cam.Fam.S.S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 62-A-2006)

41. *En esta sentencia se citó erróneamente la Ley Procesal de Familia cuando en realidad se hacía referencia al Código de Familia.*

12.2.2. ABANDONO MORAL Y MATERIAL DEL HIJO(A)

Al respecto, se ha sostenido por este tribunal, que la moderna doctrina familiar, entiende, que existe abandono sin causa justificada bajo la concepción subjetiva, es decir, que se imputa el abandono al progenitor que se desatiende gravemente de los deberes filiales, aunque objetivamente el menor no quede desamparado, en razón que el otro progenitor u otra persona asuma totalmente los deberes para con el menor.

Esta Cámara comparte el análisis de la Jueza a quo, en el considerando dos, al estimar que de existir obstaculización al derecho de visitas del padre, tenía que promover el respectivo incidente de cumplimiento de la sentencia o promover el proceso correspondiente y no adoptar una posición cómoda, no haciendo valer sus derechos en beneficio de su hijo. Esa quietud se traduce en el poco interés del padre en esa época de relacionarse con el niño. Sigue argumentando la Jueza a quo que lo anterior se evidencia al tomar en cuenta que tanto el padre como su familia, en lugar de hacer efectivo el régimen de visitas, ya sea efectivizando lo resuelto a través de un nuevo proceso o de forma independiente (por los abuelos paternos). (...)

(...) Se evidencia así la decisión de alejarse del niño, principalmente del padre, constituyendo con ello un abandono de su parte, encajando en la condición fáctica que el supuesto jurídico del Art. 240 N° 2 (...)

(...) Cabe acotar que las intenciones manifestadas por el Sr. ***, de arrepentirse de su anterior comportamiento –abandono de su hijo- y de restablecer las relaciones afectivas para con el mencionado menor, surgen después de haberse consumado los hechos constitutivos de la causal 2ª del Art. 240 C. F.. Por lo que esas intenciones o buenos deseos, a criterio de este tribunal, no desvanecen la causal invocada.

(Cam.Fam. S.S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 168-A-2004)

Relaciones: Cam.Fam. S.S. quince de agosto de dos mil cinco. Ref. 126-A-2004)

Cám. Fam. S.S., dos de marzo de dos mil siete, Ref. 143-A-06

El padre alega para justificar el incumplimiento de la obligación alimenticia, problemas laborales. Al comparar la situación de vida de las partes, observamos que ambos están desempleados, sin embargo, a pesar de esa situación, la madre satisface las necesidades de su hija pero esto lo hace con la ayuda de sus padres y de su actual pareja.

No se ha probado que el demandado realice trabajo remunerado para ayudar a su hija a pesar de su edad y estar capacitado profesionalmente (Técnico en Ingeniería Automotriz, ver fs. ...), por lo tanto está en la disponibilidad de trabajar toda vez que se le presente la oportunidad para hacerlo.

(...)Consideramos, que si bien es cierto, toda persona puede tener aspiraciones legítimas de superación-como lo alega la parte demandada para justificar la renuncia al empleo-, sin embargo, debe tenerse presente que es prioritario atender las necesidades de los hijos por lo que en este caso al ocurrir ese evento, la madre asumió esa obligación, pero el demandado las delegó incorrectamente solo en la madre. (...)

(Cam.Fam. S.S. veinte de junio de dos mil cinco. Ref. 87-A-2004)

Relaciones: Cam.Fam. S.S. quince de agosto de dos mil cinco. Ref. 126-A-2004)

Frente a la omisión del apelado de ejercer sus derechos-deberes, han sido la apelante y terceros (abuelos maternos y compañero de vida de aquélla), quienes han suplido dichorol, es por ello que mi voto es por la negativa. La *a quo* debió decretar la pérdida de la autoridad parental, ya que no sólo se ha comprobado el abandono económico, sino además el moral, de conformidad a los Arts. 8, 9, 139, 148, 149, 150, 350 y 351 C. F.. No hay justificación para tolerar la actitud pasiva del padre, ello puede ser valorado como una sanción drástica pero considero que la ley ha tratado de desterrar patrones culturales arraigados en la sociedad y es que sólo de esta forma se sentarán precedentes judiciales que tiendan a un cambio socio-cultural.

(Cam.Fam. S.S. veinte de junio de dos mil cinco. Del voto discordante del Dr. JOSÉ ARCADIO SÁNCHEZ VALENCIA Ref. 87-A-2004)

Esta Cámara, en precedentes sentencias, ha sostenido que el abandono consiste en la falta de interés del progenitor en procurar o agotar los medios necesarios para asistir a su hijo(a) menor de edad en los aspectos morales, educativos, afectivos y económicos. Esas omisiones acarrean como consecuencia el incumplimiento de los deberes familiares del padre respecto al hijo. Dicho de otra forma, se traduce en irresponsabilidad paterna, y que tales circunstancias son las que deben ser valoradas por el juzgador para decidir si es procedente sancionar (con la pérdida o suspensión de la autoridad parental) al padre que se encuentre bajo el supuesto previsto en la norma.

(Cam.Fam. S.S. quince de agosto de dos mil cinco. Ref. 126-A-2004))

Relaciones:Cam.Fam. S.S. veintitrés de noviembre de dos mil cinco. Ref. 131-A-2004.

No obstante el demandado para justificar la falta de relación con su hijo ha sostenido que tanto la señora ***, como la familia de ésta, no le han permitido comunicarse ni relacionarse con su hijo; conducta que dijo adoptó para evitar reclamos o comentarios de la familia; puesto que ha sido bastante el tiempo que no se ha relacionado con el niño. Por otra parte tampoco consta en el proceso ni lo alegó el demandado, que haya hecho alguna gestión tendiente a ejercer su derecho a mantener relaciones y trato con el niño o por lo menos de hacer posible la ayuda económica, lo cual bien pudo haber hecho pues se trata de una persona con estudios superiores y además cuenta con capacidad económica. En otras palabras no es válido sostener tal circunstancia cuando existen mecanismos legales para hacer valer tales derechos, máxime si con esa omisión (al no hacerlo) se le causa perjuicios a un menor, pues no debemos olvidar que no solo es un derecho-deber del padre sino también -fundamentalmente- un derecho del hijo; bastando con que se ejerza una acción ante el Tribunal competente o gestión administrativa en la Procuraduría General de la República para haber logrado ese acercamiento con su hijo, a través del establecimiento del correspondiente régimen de visitas, comunicación y estadía. Es más, no resulta creíble la posición del demandado, si a ello agregamos, que durante la tramitación del proceso se estableció un régimen de visitas para poder relacionarse con su hijo, el cual hasta

la fecha del pronunciamiento de la sentencia impugnada no había tenido efecto alguno, es decir, no se ha ejercido dicho régimen, aduciéndose que tenía que ser supervisado por la Trabajadora Social, pero tampoco consta que se haya intentado por el padre, ejercer dicho régimen o realizar gestiones tendientes a ello en el Tribunal, adoptando por el contrario una actitud pasiva e indiferente.

(Cam.Fam. S.S. veintitrés de noviembre de dos mil cinco. Ref. 131-A-2004)

La orientación moderna del Derecho de Familia valora la actitud del padre que abandona o desatiende sus deberes como padre o madre, independientemente de la actitud del otro progenitor o de un tercero que asuma el cuidado del menor, a ello se suma el concepto de abandono que establece el Art. 182 num. 1º C.F., "se considera abandonado todo menor que se encuentra en situación de carencia, que afecte suprotección y formación integral en los aspectos material, psíquico o moral, por acción u omisión".

De lo anterior podemos advertir que el concepto de abandono es amplio, pues coinciden dentro del mismo concepto distintas formas de abandono, así, si un padre conscientemente no alimentare a su hijo, estaría incumpliendo el deber de asistencia el cual es una forma de abandono, por lo que debemos aclarar, que para tratar el abandono como causa de pérdida de la autoridad parental es necesario determinar los alcances de tal concepto y en ese sentido puede decirse que el abandono es el incumplimiento de los deberes paterno filiales, entendidos estos en su conjunto.

(Cám. Fam.S.S, ocho de marzo de dos mil siete, Ref. 5-A-2006)

Relaciones: (Cam.Fam.S.S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 204-A-2006)

El abandono tiene varias acepciones, desde la más drástica; es decir desamparo total y de absoluta indiferencia, estrictamente maliciosa o voluntaria, hasta el desprendimiento de los deberes del padre o madre sin llegar al extremo de la exposición o sea, la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la Ley, sino simplemente al cumplimiento más o menos irregular de los deberes de

la autoridad parental.

Esta Cámara considera que al no haber una declaratoria de incapacidad respecto de la Sra. ***, madre del menor, (Art. 295 C.F.) ha existido un total abandono injustificado del menor ***, por parte de la madre ***, pues ni aún cuando la señora *** fue dada de alta, por haber mejorado de salud, no tuvo ningún contacto con su hijo, ni siquiera se advierte la disposición de acercamiento hacia su hijo, puesto que el niño desde su nacimiento, ha permanecido institucionalizado. Consta además, que tampoco otros parientes maternos del niño hayan tenido un acercamiento beneficioso para el niño. Por lo tanto, esta Cámara considera que se ha comprobado el abandono injustificado del niño por parte de la madre (cuyo paradero se ignora).

Consta en autos que el niño *** nunca ha recibido alimentación por parte de la madre, ni ha vivido al lado de su familia, pues carece de ella. Es decir que el niño carece de una familia que le pueda satisfacer sus necesidades y proveerle a su desarrollo físico, psicológico, moral y social, que le permita lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

(Cam. Fam. S. S., cuatro de octubre de dos mil siete. Ref. 224-A-2006)

12.2.2.1. ELEMENTOS QUE NO DAN LUGAR AL ABANDONO.

Por otra parte lo que a nuestro juicio se vislumbra a lo largo del proceso es que entre los progenitores de la niña ha existido un fuerte conflicto que dio lugar por un lado a que la madre obstaculizara la relación padre-hija, lo que constituye un derecho de ***, enmarcado dentro de la esfera de aquellos inherentes a su calidad de niña, reconocido en los Arts. 212, 351 N° 8 C. F. y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que el demandado por su parte al no poder ver a su hija ni tener un trabajo estable ni los ingresos necesarios (gana menos del mínimo) dejara por épocas de aportar a las necesidades de su hija, reconociendo y justificando esas circunstancias dentro del proceso y además haciéndoselas saber a la Jueza. Otro punto que incide en la valoración de los hechos es que esta demanda fue presentada el día doce de septiembre de dos mil tres, es decir dieciséis meses después

de celebrarse la audiencia de fs. ... relativa al pago de la cuota, así como el interés manifiesto de la demandante en contraer nupcias con su nueva pareja y que sea éste quien asuma la paternidad de la niña, situación que en principio no es razón para acceder a la pérdida de la autoridad parental y en caso de que la madre contraiga nuevas nupcias, se conformará la denominada "familia ensamblada", lo que no implica el desplazamiento de una filiación, (para el caso la paterna), sino de la constitución de un nuevo sistema familiar que implicará que la menor estará inserta en el núcleo familiar, conformado por la familia de su madre y de su padre afín, relacionándose siempre con su padre; por tanto, el pretenso matrimonio de la apelante no es condición para declarar la pérdida de la autoridad parental.

(Cam.Fam. S.S. veinte de junio de dos mil cinco. Ref. 87-A-2004))

Por tanto, concluimos, que el padre no ha favorecido la comunicación entre madre e hijo, al contrario ha interferido en ella, obstaculizando ese derecho, priorizando sus intereses personales; y los de su nueva cónyuge, anteponiéndolos a los de la demandada y especialmente a los de su hijo, disponiendo unilateralmente sobre los derechos de éste, como se vislumbra a lo largo del proceso, actitud que en manera alguna puede avalarse.(...)

También es preciso reconocer, que la Pérdida de la Autoridad Parental, como institución jurídica del derecho de familia, tiene como fin inmediato, proteger a los niños(as) y adolescentes sometidos a la autoridad parental de sus padres, contra actos que los coloquen en situación de riesgo; es decir; su ejercicio es en función de los hijos y no de los padres; por tanto es inapropiada la actitud del Sr. ***, quien para garantizar su estabilidad marital, sacrifica la relación de su hijo con la madre; aseverando incluso el deseo de su actual esposa de adoptar a *** invisibilizando los derechos de la madre.

Las transformaciones de la familia, instan a la creación de nuevos sistemas familiares, entre estos la denominada familia ensamblada, que es aquella compuesta por la pareja, los hijos provenientes de otras relaciones y los hijos comunes; ello no implica la pérdida de una relación por otra sino el mantenimiento de lazos afectivos a partir de estas nuevas uniones; la actual esposa del señor *** conocía la situación

familiar del demandante; por tanto, no es procedente propiciar un cambio en la conformación de la misma, cuando ésta no se afinca en el interés superior de ***, sino en los suyos propios.

(Cam. Fam. S. S. quince de agosto de dos mil cinco. Ref. 77-A-2005)

Lo anterior nos hace deducir que existe un conflicto interpersonal entre las partes que ha trascendido y perjudicado la relación filial entre el Sr. *** y sus hijos, además de que a este por residir fuera del país se le dificulta buscar una solución al mismo; la edad de los niños los hace depender en gran medida del auxilio de personas adultas para hacer efectiva la comunicación telefónica con el padre y bajo las circunstancias especiales del caso, así como las actitudes tomadas por la familia materna dicha comunicación prácticamente se ha obstaculizado. (...)

Con lo anterior se establece el grado de predisposición al que han sido sometidos los menores, lo que a su vez confirma la relación disfuncional que existe entre las partes, la que se ha trasladado a la relación filial.

Además, la Sra.*** se encuentra en una mejor posición -en tanto sus hijos están bajo su cuidado y su esposo reside fuera del país- para valerse de dicha condición y obstruir la comunicación entre estos, no sólo impidiendo la comunicación telefónica, sino creando en los menores un estado de aversión a la figura de su padre y familia paterna.

En ese sentido consideramos que no existe el abandono alegado y si bien la comunicación entre padre e hijos no es fluida, esto se debe en parte a la obstaculización ejercida por la familia materna, quienes con su actuar han vulnerado los derechos de los niños y del padre, de tal forma que en esa medida el abandono alegado se relativiza por el hecho que dicha comunicación ha sido entorpecida.

(Cam. Fam. S. S., seis de junio de dos mil seis. Ref. 6-A-2006)

En base a lo dicho por los testigos y los estudios practicados no debe descartarse que el Sr. *** tiene un interés genuino no solo en retomar su rol paterno sino además que la comunicación con su hijo fue obstruida por la madre, lo que se facilitó por encontrarse él en el

extranjero, y siendo un derecho del niño que esa situación se concretice, aún y cuando el niño sostenga una relación afectiva y estrecha con su padrastro, a quien por hoy reconoce como su padre; relación que pese a ser beneficiosa para su mejor desarrollo no debe impedirle ejercer sus derechos paterno filiales como lo es el de conocer su verdadero origen e identificarse y relacionarse con su padre biológico, y que éste último se responsabilice de él, situación que tendrá que darse paulatinamente, pues obviamente la conducta de los familiares que le rodean especialmente la madre, han antepuesto sus propios intereses a los de su hijo, invisibilizando la figura paterna, impidiendo las relaciones y trato a que el niño tiene derecho, no obstante que el padre resida en el extranjero; desde luego se vuelve necesario que tanto el menor como los demás integrantes del grupo familiar se sometan a terapias, ya que si las partes establecieron de común acuerdo que el Sr. *** se iría del país y que la madre permanecería en la casa de sus suegros, es dable inferir que fue esta última la que obstaculizó la comunicación con el hijo y dio por terminada la relación con el padre, ya que se estableció en autos que éste se fue del país en diciembre de dos mil, y cuatro meses después la demandante se fue del hogar, y en el año dos mil dos, diecinueve meses después, contrajo nupcias con su actual cónyuge, habiendo dado a luz a su segunda hija pocos meses después del matrimonio, es decir, que el lapso de tiempo transcurrido entre la ida del demandado, en diciembre de dos mil y el matrimonio de la Sra. ***, en julio de dos mil dos es de un año y medio; considerando que el inicio de su relación con su actual cónyuge debió darse con cierto tiempo de anticipación a la celebración del matrimonio, situación que no refiere la demandante en la demanda pero que se menciona en el estudio social de donde se concluye que la demandante inició una relación sentimental con el señor *** al poco tiempo de haberse ido al extranjero el demandado, lo que infirió en el distanciamiento del niño con la familia paterna y el demandado.

Esta Cámara estima que si bien se ha comprobado la inexistencia de una relación afectiva entre el demandado y su menor hijo, no se comprobó que sea por actos atribuibles a él directamente o que ese distanciamiento se deba a un abandono injustificado de su parte, sino más bien a ciertos actos o conductas atribuibles a la madre, posterior

a la partida del padre, que impidieron al padre y familia paterna relacionarse afectivamente con el niño***, cuando ésta se involucró sentimentalmente con el Sr. ***, con quien posteriormente contrajo nupcias. Casos como el presente suelen ocurrir con alguna frecuencia y es que los progenitores al establecer una nueva convivencia matrimonial o extramatrimonial, al incorporar al nuevo hogar a los hijos de una anterior relación, agudizan los conflictos preexistentes o bien propician un alejamiento, queriendo suplantar el rol paterno o materno con la nueva pareja en detrimento de los derechos del hijo, lo que en nada abona al fortalecimiento e identidad filial, salvo cuando ello fuere perjudicial al hijo o fuere procedente a partir de la conducta de los progenitores, decretar una pérdida o suspensión de la autoridad parental, no siendo este el caso de autos.

(Cám. Fam. S.S., dos de marzo de dos mil siete, Ref. 143-A-06)

Los testigos han sido unánimes y concordantes al manifestar que tienen conocimiento que el demandado está fuera del país porque la señora se los ha externado, pero ello no significa que se trate simplemente de testigos referenciales por cuanto el hecho principal a tomarse en cuenta no es que el demandado radique o no en el extranjero, sino que elmenor se encuentra o no en un estado de carencia, abandono por parte de su progenitor, en ese sentido ambos testigos coinciden en sus declaraciones al manifestar que la demandante ha formado un nuevo hogar y que ha sido ella y su esposo los que se han encargado del cuidado y del desarrollo del menor, en vista de la ausencia del padre en la vida del niño, asimismo ambos testigos forman parte del entorno social de la familia *** y les consta en forma fehaciente que el menor *** sostiene una relación padre-hijo con el esposo de la madre, ya que de su padre biológico solo sabe que vive fuera del país y no lo ha frecuentado ni tampoco han percibido en modo alguno que haya pretendido hacerlo, en vista de ello para el menor su grupo familiar es el constituido por su madre, hermanito, y su padre afín (esposo de la madre).

Por tales motivos consideramos que es procedente acoger la pretensión de pérdida de autoridad parental ya que se ha establecido con la valoración integral de la prueba que el demandado no ha estado

presente en la vida del niño, no ha ejercido los actos propios de la autoridad parental, en perjuicio de los derechos de su hijo, quien no lo reconoce como tal aunque sabe de su existencia.

Son precisamente estos puntos los que se han configurado en el sub lite, en virtud que se ha comprobado que el demandado no ha sostenido comunicación ni acercamiento con su menor hijo desde que el menor tenía aproximadamente cinco años de edad, siendo actualmente de nueve años de edad, asimismo se ha verificado que quien desempeña el rol de padre es el esposo de la demandante, al grado que el mismo menor lo reconoce como tal, es decir, que evidentemente el señor *** se ha ausentado de la vida de su hijo, al punto que es el esposo de su madre quien asume el rol de padre, debido al abandono injustificado respecto de su hijo ***, al no comunicarse en modo alguno con éste ni con su madre, de lo cual en razón de su edad es consciente el mismo menor.

(Cam.Fam.S.S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 204-A-2006)

12.3. SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL. CAUSAS.

Este Tribunal ha sostenido en las sentencias 8-IH-04 y 45-A-03 (en ambos se discutía Pérdida de la autoridad parental por situaciones de abuso sexual) que en los casos de abuso sexual debe evitarse la revictimización del (la) agredido (a), ya que el niño que ha sufrido estos actos manifiesta culpa de si mismo, vergüenza de lo ocurrido, tiene miedo que no le crean, por lo que su testimonio debe ser obtenido mediante una entrevista únicamente -en privacidad- con el niño(a), evitando confrontarlo con el perpetrador y someterlo a entrevistas múltiples y prolongadas

(Cam.Fam. S.S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 73-A-2005)

(...) Efectivamente la rehabilitación de una persona la vuelve apta para ejercer ese cuidado, pero para ello como ya se dijo se necesita que pase un tiempo prudencial, ya que en el pasado la demandada ha dejado transcurrir varios meses de abstención en razón del embarazo

y parto, y luego ha vuelto a recaer. Existen indicios que demuestran la recaída de la referida señora, lo cual se comprueba con su ingreso en la Clínica *** en el mes de febrero y marzo de dos mil cuatro, ingreso que normalmente acontece por consumo y no por abstención; así como el peritaje psiquiátrico realizado por el Instituto de Medicina Legal.

En otros términos, puede establecerse que por ahora dicha señora no se encuentra habilitada para el ejercicio de la autoridad parental, ya que las situaciones que afronta a consecuencia de su adicción han implicado prácticamente (por omisión) un abandono material y espiritual no deliberado hacia el hijo, es decir, no ha cumplido cabalmente con los deberes que como madre le corresponden, puesto que para el efectivo ejercicio de esas facultades-deberes no interesa que sean los padres de ella (abuelos maternos del niño), los que asuman tal responsabilidad, ya que su ejercicio es personal, tampoco que se sostenga que el haber usado droga no era causa para acusarla de negligente con su hijo por que -se aseguró- sus progenitores tienen medios económicos para sufragar todos los gastos del niño y de cuidarlo cuando ella se encuentra indispuesta, puesto que, lo que ha de tomarse en consideración es que ella sitúa o deja en ese estado (abandono) a su menor hijo durante el periodo de ingesta de drogas, que de no ser por los abuelos maternos lógicamente redundaría en una situación de peligro y riesgo para su hijo lo cual encaja o configura la causal de suspensión de autoridad parental establecida en el artículo 240[42]Segundo, C. F.; debiendo señalarse que de lograrse su rehabilitación posteriormente puede promover el restablecimiento o recuperación de la autoridad parental, comprobando que se encuentra rehabilitada, tal como lo dispone el Art. 244 C.F.

(Cam. Fam. S. S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 213-A-2004)

Es así que la suspensión de la autoridad parental es una institución de protección al menor, que establece sanciones a deberes incumplidos por los padres, al acontecer situaciones que no garanticen el interés superior del menor, o su bienestar o tratando de prevenir un mayor daño o que se le exponga a situaciones perjudiciales.

42. *Debió consignarse 241 C.F..*

En ese sentido, y como se ha establecido ut supra, la ley ha previsto, casos en que la titularidad se pierde o se suspende cuando se atenta contra el interés del hijo menor, no siendo conveniente que el padre, la madre, o ambos continúen detentando la autoridad parental. La suspensión de tal ejercicio no constituye sólo una sanción menor a los progenitores, ni únicamente un remedio preventivo, sino también el suplir la imposibilidad sobreviniente de los padres para actuar respecto del ejercicio de su autoridad, es decir, la imposibilidad de asumir responsablemente la autoridad parental, por lo cual la suspensión de su ejercicio es aplicable por los Jueces cuando adviertan que los padres, si bien no han incurrido en las conductas merecedoras de la pérdida de la autoridad parental, han desviado el ejercicio de su autoridad o puesto en peligro la salud, seguridad o moralidad de sus hijos.

En cuanto a la causal tercera de suspensión, (Art. 241 C. F.) es decir, por enfermedad mental, los Jueces pueden decretarla cuando la inhabilitación se funde en hechos que pongan en peligro la salud, seguridad o moralidad de los hijos; de esta forma cuando la suspensión se decrete en contra de uno solo de los padres el otro la ejercerá plenamente.(...)

Con todo el material probatorio que consta en el proceso, y no obstante que no se realizo el estudio psiquiátrico solicitado, por la parte apelante, por las razones antes mencionadas, pero que indudablemente requerían mayor colaboración del Instituto de Medicina Legal y un informe detallado sobre el diagnóstico establecido en el Hospital Nacional Psiquiátrico; estos elementos son suficientes para establecer el padecimiento mental de la señora ***, tal como consta del expediente clínico y la constancia médica extendida por el Doctor ***, así como los diversos tratamientos realizados por éste y en el Hospital Nacional Psiquiátrico a la demandada, de donde se concluye que esta no se encuentra apta para ejercer la autoridad parental respecto de su menor hijo; en razón de ello estimamos procedente Suspender el ejercicio de la autoridad parental que la Señora ***, ejerce sobre el menor ***, en virtud de la insania mental de la cual adolece, y en ese sentido debe ser revocada la sentencia pronunciada por el Juez a quo.

Consideramos además que en este caso no es necesario que preceda un proceso de declaratoria de incapacidad, por enfermedad

mental de la demandada para que proceda la interposición de la demanda, ya que en ese caso tendríamos un requisito de procesabilidad que la ley no exige, por lo tanto la madre puede ser representada como de hecho lo ha sido por un Agente Auxiliar de la Procuraduría General de la República u otro abogado particular, pues la prueba de su enfermedad que da lugar a la suspensión se da en este proceso y no en otro; sin perjuicio de que potestativamente puede pedirse se le declare incapaz, antes o después de promover la suspensión de la autoridad parental, o bien en pretensiones acumuladas, sin que por ello deba declararse inepta esta demanda.

(Cam. Fam. S. S. veintitrés de diciembre de dos mil cinco. Ref. 201-A-2004)

En cuanto al erróneo argumento esgrimido por el Dr. *** en el sentido que según el Art. 240 C. F. la suspensión de la autoridad parental debió pedirse para todos los hijos de la pareja *** y no sólo en relación a uno de ellos; se desestima este argumento debido a que lo que se pide es la suspensión contemplada en el Art. 241 C. F. y no la pérdida de la autoridad parental establecida en el artículo citado por el impetrante. (...)

Toda la información obrante en autos a criterio de esta Cámara, es abundante, para establecer la verdad real, y nos permite establecer los hechos que dan lugar a suspender la autoridad parental de los señores *** y *** respecto de su menor hijo ***, por estar suficientemente acreditada la causal cuarta del Art. 241 C. F. sobre la ausencia no justificada en la vida de su hijo, desatendiéndose además de sus necesidades afectivas y materiales lo que constituye una forma grave de constante maltrato para ***; no debe desestimarse que tratándose de pérdida o suspensión de la autoridad parental puede ser decretada aún de oficio por el juzgador al conocerse y probarse los hechos que dan lugar a su procedencia Art. 242 C. F. Todo ese abundante material probatorio es más importante que el simple hecho de que una de las testigos (testigo de oídas) no conozca al señor ***, ni se haya precisado la fecha en que la Policía Nacional Civil localizó al niño *** en la casa de los demandantes pues este último dato por su misma naturaleza es de difícil retención y no esencial (validez) para el establecimiento de los hechos.

(Cam. Fam. S. S., dieciocho de enero de dos mil seis. Ref. 153-A-2004)

En cuanto a la pretensión de que se decrete la suspensión de la autoridad parental, solicitada por la apoderada del demandante, hasta en la fase de alegatos de la audiencia de sentencia, debe señalarse que tal pretensión no fue planteada en el momento procesal oportuno, pues fue pedida después de haberse producido la prueba del presente proceso, cuando lo correcto hubiera sido incluir esa pretensión en la demanda o en su ampliación, con el objeto de garantizar el derecho de defensa de la contraparte.

En cuanto a la opinión de la apelante acerca de que él(la) Juez(a) de oficio puede decretar dicha suspensión consideramos que la autoridad parental efectivamente puede conocerse de manera oficiosa pero debe hacerse iniciando el proceso correspondiente para tal fin, al tenerse conocimiento de comportamientos de los progenitores para con los hijos, que encajen en aquellos supuestos que la ley prevé como causales de pérdida o suspensión, garantizando el derecho de audiencia desde el inicio, en cumplimiento de los principios procesales; -y el cumplimento del debido proceso dando la oportunidad de defenderse a los interesados-, de igual manera ocurriría en el caso de la sentencia que decrete el divorcio por el motivo tercero del Art. 106 C. F., en el que puede darse la pérdida o suspensión de la autoridad parental, tal como lo faculta el Art. 111 in fine, C. F.. En el caso que nos ocupa esa pretensión no ha sido objeto del proceso, sino elestablecimiento y cumplimiento del régimen de comunicación, trato y estadía, (conocido como Régimen de Visitas) a favor del padre que no tiene el cuidado personal del hijo. Lo anterior es sin perjuicio de que pudiera iniciarse un proceso de pérdida o suspensión de la autoridad parental, (de oficio o a petición de parte) aún antes de que este proceso termine o posteriormente, pero decretar esa suspensión en este momento y en este mismo proceso sin cumplir los requisitos procesales iría contra las garantías del debido proceso y principalmente contra el principio de congruencia.

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82-A-2006) [43]

43. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: ALIENACIÓN PARENTAL, numeral 9.1.3; RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN Y TRATO A FAVOR DE PARIENTES, numeral 9.4.1 y OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN TRATO Y ESTADÍA numeral 9.4.2, todos de la parte sustantiva.*

12.3.1. DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

En este punto debemos señalar, que por tratarse de derechos indisponibles, en un primer momento no puede aceptarse el desistimiento de la pretensión, sin embargo dependiendo del caso concreto, el juzgador podría eventualmente valorar la procedencia o no del desistimiento, puesto que si se trata de situaciones graves que pongan en peligro la integridad física o moral de menores, definitivamente no procederá su admisión.

(Cam.Fam. S.S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 213-A-2004)

12.3.2. DIFERENCIA ENTRE PÉRDIDA Y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

Entendemos que ambas figuras –suspensión y pérdida- operan como una sanción al progenitor que no cumple con sus deberes filiales. En el caso de la suspensión, si desaparece la condición que la motivó puede adquirirse nuevamente el ejercicio de sus derechos respecto de los hijos, ya que aunque se declare la suspensión el padre o madre conserva las obligaciones respecto del hijo(a).

(Cam.Fam. S.S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 213-A-2004)

Relaciones: Cam.Fam.S.S., cuatro de octubre de dos mil siete. Ref. 224-A-2006.

13. ALIMENTOS.

13.1. GENERALIDADES.

Sobre la obligación alimenticia, cabe citar los Arts. 18 de la Convención sobre los Derechos de Niño y 211 C. F., los que sobre la base del principio de solidaridad familiar, prescriben que corresponde al padre y a la madre criar a sus hijos con esmero y proveerlos de todo lo necesario para el normal desarrollo de su personalidad (...)

(Cam.Fam. S.S. cinco de enero dos mil cinco. Ref. 18-DV-2003)

Respecto de la obligación impuesta al demandado de proporcionar vivienda a la Sra. *** y a sus hijas, según el Art. 247 C. F., tenemos que el rubro vivienda se encuentra incluido en la cuota alimenticia, pero la Jueza a quo al imponerla como una obligación independiente de los alimentos, afectó la satisfacción de la necesidad habitacional, por cuanto se declaró sin lugar el uso de la vivienda (por no proceder declararla) y no incluyó esta última dentro de la cuota de alimentos que proporcionaría, por lo que no habría manera de efectivizar su cumplimiento, puesto que la ley no ha determinado esa obligación aisladamente del derecho alimentario (en el caso que no proceda decretar o conferir el uso de la vivienda familiar), por lo que es pertinente considerar ese gasto dentro de la cuota alimenticia, debiendo para tal efecto aumentarla en una cantidad razonable a efecto de cubrir ese rubro, ya que tampoco hubo acuerdo al respecto.(...)

Éstos (gastos de salud) se consideran parte integral de los alimentos, razón por la cual es necesario que ambos padres contribuyan a satisfacerlos, es por eso que consideramos que siendo de vital importancia la salud de *** y ***, ese gasto médico quedó incorporado en la cuota, pero existen gastos extraordinarios en ese rubro por enfermedades graves que requieren hospitalización que no están comprendidas en la cuota alimenticia, para lo cual el Sr. ***, teniendo mayor capacidad económica, contribuirá con el ochenta por ciento de esos gastos y la madre con el veinte por ciento. En ese sentido se establecerá la proporción en que cada padre contribuirá en ese gasto extraordinario que eventualmente pueda presentarse.

(Cam.Fam. S.S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 164-A-2004) (El último paréntesis es nuestro).

Relaciones: Cam.Fam. S.S. veintitrés de agosto de dos mil cinco. Ref. 102-A-2005.

Doctrinariamente y por su extensión los alimentos se clasifican en congruos y necesarios; los primeros son aquellos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo que corresponde a su estilo o forma de vida; los segundos son aquellos que se dan al alimentario simplemente para su subsistencia. (BUITRAGO, Anita y otros, Manual de Derecho de Familia, Pág. 688).

Dicha clasificación que se encontraba presente en el Código Civil, desaparece de nuestro sistema normativo; de tal suerte que el Código de Familia, en su Art. 247 C.F., establece que los alimentos son prestaciones que permiten satisfacer necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario Art. 247 C.F.

(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de enero de dos mil seis. Ref. 85-A-2005)

Vale acotar que la naturaleza jurídica de los alimentos, consiste en el deber de solidaridad familiar que los obligados tienen para con los alimentarios, con el objeto de resguardar la vida misma, a través de una asistencia que comprenda el sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación, obligación que en este caso nace además de los deberes que impone a los progenitores el ejercicio de la autoridad parental.

(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de enero de dos mil siete. Ref. 22-A-2006)

(...) Los alimentos por ser una prestación de solidaridad familiar cuyo objetivo es preservar la conservación de la vida del alimentario, garantizándole sus elementales requerimientos de salud, alimentación, vivienda, vestuario, recreación, etcétera, gozan de preferencia o privilegios frente a otro tipo de obligaciones puramente patrimoniales que el deudor podría alegar para su cumplimiento.-

(Cam. Fam. Occ., ocho de mayo de dos mil siete, Ref. 045/2007)

Es preciso aclarar que no es aceptable lo expuesto por el LIC. ***, de que la imposición de esa cuota al Sr. *** le coloca en situación de caer en el ilícito de incumplimiento de los deberes de asistencia económica, tipificado y sancionado por nuestro código penal. La fijación

de la cuota responde al imperioso deber de asistir a quien lo necesita, máxime si el obligado a brindar esa asistencia es el propio progenitor, de acuerdo a su capacidad económica y necesidades del hijo, situación que ha sido valorada en la especie. No fijarla en la proporción que la ley señala sería dejar en desprotección al hijo lesionando su dignidad e integridad personal; de la misma manera si se fijara arbitrariamente sin ningún sustento legal o jurídico, en cuyo caso sí se vulnerarían los derechos del alimentante,(...)

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de julio de dos mil siete. Ref. 203-A-2005)

(...) Además, los alimentos se deben por cada hijo, tomando en consideración sus propias necesidades, por lo que no siempre obedece establecer una cuota de igual monto para cada uno de ellos, como pretende el apelante, pues cada uno tendrá diferentes necesidades que deben ser cubiertas con montos diferentes.

(Cam. Fam. S. S., doce de julio de dos mil siete. Ref. 206-A-2006)

Al respecto, doctrinariamente se ha sostenido que los alimentos son los medios materiales para la existencia física de las personas, para su instrucción y educación, es decir para su desarrollo integral (bio-sico-social).

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de agosto de dos mil siete. Ref. 211-A-2006)

13.2. TÍTULO PARA REQUERIR ALIMENTOS.

Asimismo de la certificación de partida de nacimiento de ***, se acredita que nació el día dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y siete; es decir que a la fecha y aún antes de que se pronunciara la sentencia (once de mayo de dos mil cinco) éste había alcanzado su mayoría de edad; por tanto, tal como lo afirma el apelante la intervención de la Sra *** como representante legal de su hijo no está legitimada, en cuanto a partir del dieciocho de abril de este año se había extinguido por ministerio de ley la representación que ejercía respecto de su hijo ***, por ser éste legalmente capaz, Art. 239 N° 4 C.F., situación que también fue advertida por este Tribunal y prevenida de conformidad al Art. 1131 C. Pr. C., con el objeto de que se subsanara dicho vicio

y se legitimara en debida forma la personería del Lic. *** respecto del mencionado joven y además a fin de que se ratificara lo actuado; sin embargo a pesar de haber sido debidamente notificado de dicha prevención, no se subsanó el vicio dentro del plazo de ley; por lo que de conformidad a los Art. 10, 11, 218, 1124, 1131 C. Pr. C.; este Tribunal como lo señalamos supra, declarará la nulidad de lo actuado respecto del mencionado joven y como consecuencia también la parte de la sentencia que le confiere alimentos; por lo que nuestro análisis se circunscribirá solamente respecto de la cuota de la niña ***.

(Cam. Fam. S. S. veintinueve de noviembre de dos mil cinco. Ref. 154-A-2005).

En base a lo estipulado por el Art. 115 Ord. 1° C. F. uno de los efectos de la sentencia de divorcio es la disolución del vínculo matrimonial. Por tanto, consideramos errada la decisión de la *a – quo* respecto de prorrogar la cuota alimenticia fijada por ésta cámara en la sentencia con REF. 237 – A – 2002, ya que de acuerdo al precedente de violencia intrafamiliar ventilado en aquel momento, era procedente que ésta Cámara fijase dicha cuota, en razón de que aún existía entre los señores *** y *** la calidad de cónyuges, sin embargo el título para pedir los alimentos se extingue al decretarse la disolución del vínculo matrimonial, igualmente la obligación alimenticia establecida en el Art. 248 N° 1°) C. F. por no existir ya el vínculo matrimonial entre la pareja, tal como lo expuso la Procuradora Adscrita al Tribunal *a – quo*.

En ese sentido no es posible aplicar el Art. 248 Ord. 1° C. F., que establece la obligación alimenticia entre los cónyuges, existiendo una errónea o indebida aplicación de la mencionada disposición, por cuanto las partes ya no tienen la calidad de cónyuges al ejecutoriarse la sentencia. Además dicha pretensión no fue pedida y aún cuando lo hubiere sido era improcedente pues se trataba de un proceso de divorcio en el cualúnicamente procedía la fijación de alimentos provisionales mientras durara el proceso, por lo que efectivamente la sentencia es incongruente y ultra petita. (...)

(Cam. Fam. S. S. seis de abril de dos mil seis. Ref. 208-A-2005)

Debe considerarse que en los juicios de divorcio tal como lo afirma la a quo, es procedente la solicitud de alimentos provisorios

durante la tramitación del proceso, pretensión que se sustenta en el vínculo de esposo(a) Art. 248 N° 1 C.F., aún cuando el título que los origina sea objeto de disolución ya que en tanto no se decrete el divorcio este existe; la situación cambia al decretarse la disolución del vínculo, pues desaparece el título por el cual se solicitan, en ese sentido el ex cónyuge carece de legitimación procesal para exigir ese derecho, por lo que su pretensión redunda en improcedente o inepta.

(Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil seis. Ref.73-A-2004)

En este punto compartimos el criterio de la a quo, al sostener que hay obligaciones alimenticias que son de carácter prioritario, entre estas los alimentos a favor de hijos menores de edad con respecto a la obligación alimenticia de los padres, situación que concurre en el sub lite, ya que si bien es cierto existe una obligación legal para alimentar a los ascendientes a nuestro criterio dicha obligación cede ante los alimentos a favor de un hijo menor de edad, teniendo preferencia estos últimos pues se originan en el cumplimiento de los deberes derivados del ejercicio de la autoridad parental y los segundos en el principio de solidaridad familiar, amén de lo anterior según consta en el proceso el demandado no es el único hijo de la señora ***, por lo que dicha obligación no le compete de forma exclusiva; con respecto a la compañera de vida señora ***, la obligación es de carácter moral y no legal, en cambio la de sus menores hijos reúne ambas condiciones siendo siempre preferente en ambos sentidos, ya que resulta inconcebible que estos enfrenten necesidades cuando su padre satisface primordialmente las necesidades de otros alimentarios antes que las de ellos.(...)

En ese sentido la obligación alimenticia del señor ***, respecto de sus hijos A y B, sólo se encuentra en una misma condición respecto de sus demás hijos menores de edad X y Y, así como del niño(a) por nacer, hecho que al momento de dictarse la sentencia aún no había acontecido.

Siguiendo la premisa contenida en el párrafo anterior, debemos destacar tal como lo hizo la *a quo,* que el demandado sólo en gastos de educación de su hijo A refleja un egreso de CIENTO CUATRO DOLARES MENSUALES ($104.°°) (colegiatura e idioma inglés), y para sus hijos X y Y pretende aportar mensualmente la suma de CIENTO CUARENTA DOLARES ($140.°°) para cada uno de ellos, cuota que

cubriría no sólo el rubro educación sino sus restantes necesidades, sin duda la diferencia es sustancial y no puede ser desadvertida en nuestra valoración en respeto del principio de igualdad de los hijos, y si bien se afirma que sus condiciones son distintas por cuanto los demandantes (X y Y) cuentan con el apoyo de su madre a diferencia de A, dicha afirmación se ve debilitada por cuanto esta Cámara ha interpretado que el demandado no necesita de la colaboración de la madre de aquel, por cuanto él mismo declaró -Fs. ... vto.-, -que nunca ha solicitado el pago de los alimentos adeudados a *** por su madre.

(Cam. Fam. S. S., veintinueve de agosto de dos mil siete. Ref. 58-A-2007)

Compartimos la decisión de la Jueza a quo al declarar improcedente la realización de la prueba científica ADN, pues no es objeto del presente proceso desplazar la filiación paterna, acreditada mediante la Certificación de la Partida de Nacimiento de la niña; tampoco procede la acumulación de procesos como lo refiere el impetrante, pues se tratade pretensiones de diferente naturaleza, por tanto la obligación alimenticia persistirá mientras en el proceso de impugnación correspondiente no desplace la paternidad de la referida niña.

(Cam. Fam. S. S., veinte de septiembre de dos mil siete. Ref. 212-A-2005)

13.3. LEGITIMACIÓN.

13.3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA.

13.3.1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN QUE EL CUIDADO DEL HIJO ES EJERCIDO POR UN TERCERO.

En este caso en particular en que la señora *** no ejerce directamente el cuidado personal de su menor hija ***, en principio le corresponde brindar parte de la cuota alimenticia, pero de acuerdo a las circunstancias personales en las que se encuentra de no ostentar un empleo remunerado, debe entenderse que la abuela materna es quien está relevando a la madre provisionalmente por la solidaridad –madre-hijo- respecto de la obligación de ésta, al sufragar los gastos de la menor, pues en determinado momento, si la situación económica de la madre cambia, y ésta continua sin ejercer de manera directa el cuidado personal de su hija, también estaría en la obligación de aportar

parte de la cuota alimenticia y no necesariamente el cincuenta por ciento como se plantea en apelación, sino en proporción a los ingresos que ésta percibiere.

(Cam. Fam. S. S., veinte de septiembre de dos mil siete. Ref. 212-A-2005) [44]

En la audiencia de sentencia se probó que la madre no ejerce materialmente el cuidado personal de la niña por tanto aún y cuando la represente legalmente no procede entregarle a ella en esa calidad la cuota alimenticia en nombre de su hija ya que ese derecho le corresponde a la persona que realmente asume dicha función, pudiendo recibirla un pariente o incluso un tercero cuando sean ellos quienes tengan el cuidado del niño(a) debiendo pedir además que se les confiera provisionalmente su cuidado personal. En última instancia podría solicitarlo la Procuraduría General de la República cuando no exista ninguna persona que vele por el hijo(a).

De lo expuesto se concluye que procede revocar la sentencia impugnada, lo que no impide que se dicten oficiosamente medidas de protección a favor de la niña fijándole una cuota provisional a cargo del padre, señor *** y confiriendo provisionalmente su cuidado a la abuela materna quien recibiría dicha cuota por no desempeñar la madre las funciones que le confiere el ejercicio de la autoridad parental. Así las cosas no puede la madre, por más que represente legalmente a su hija pedir los alimentos que le corresponden por cuanto no es ella quien materialmente ejerce su cuidado, ni vela directamente por sus necesidades, de concedérselos estaría administrando indirectamente la cuota que aportaría el otro progenitor sin que asuma la responsabilidad que legalmente le corresponde, ni exista impedimento o causa justificada para ello. Este mismo fundamento se ha sostenido en anteriores sentencias, por lo que variar este criterio implicará una nueva fundamentación que desmerite los argumentos sostenidos con antelación. (stare decises) lo que no es posible por encontrarse vinculado este Tribunal a sus propias decisiones en casos similares.

(Del voto discordante de la Licda. RHINA ELIZABETH RAMOS. Cam. Fam. S. S., veinte de septiembre de dos mil siete. Ref. 212-A-2005)

44. *Esta sentencia se puede relacionar con el epígrafe denominado DELEGACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE UN NIÑO(A) A ABUELOS O TERCEROS, numeral 9.3.*

13.3.1.2. ALIMENTOS A FAVOR DE LA MUJER EMBARAZADA. RESTITUCIÓN DE GASTOS.

Como una innovación del Derecho de Familia, el Art. 249 C. F. establece que definida la paternidad, la mujer tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura, durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos estos últimos. En este caso la paternidad quedó definida en las diligencias de reconocimiento provocado y se probaron los gastos en que incurrió la demandante por motivo del embarazo y del parto, aunque no se pidieron los de alimentos por el tiempo del embarazo ni de los tres meses posteriores, los gastos reclamados han quedado acreditados con la documentación agregada al proceso, fs. ... que en total suman TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE 90/100 DÓLARES, según lo expone el apelante, pero que en la sentencia se declararon sin lugar sin ningún fundamento de hecho o de derecho para desestimarlos, por lo que es procedente ordenar el pago de esos gastos por parte del demandado, independientemente que la demandante haya tenido la posibilidad de recibir atención médica en el I.S.S.S. (Instituto Salvadoreño del Seguro Social), pues cada persona puede tomar la decisión de buscar una mejor y más inmediata atención en otro centro hospitalario privado.

(Cam. Fam. S. S. trece de septiembre de dos mil cinco. Ref. 72-A-2005) [45]

13.3.1.3. ALIMENTOS A FAVOR DEL HIJO MAYOR DE EDAD. (ART. 211 C.F.)

Respecto de la cuota alimenticia fijada en TRESCIENTOS DÓLARES ($300.00) a favor del joven ***, se ha establecido en el proceso que pese a que éste es mayor de edad, adolece de paraplejía, no pudiendo valerse por sí mismo en muchos aspectos, por lo que necesita se le provea de lo necesario para satisfacer sus gastos de vida aún y cuando no haya sido declarado incapaz, puesto que los alimentos se deben mientras los necesita el alimentario sin importar la edad y máxime en las condiciones en que el joven *** se encuentra, Art. 212 C. F..

(Cam. Fam. S. S. veintidós de diciembre de dos mil cinco. Ref. 166-A-2004)

45. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado DAÑO MORAL EN EL SUPUESTO DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO, numeral 5.2.3.4 de la parte sustantiva.*

Esta última disposición (Art. 270 C.F.) se refiere a una de las causas por las que cesa la obligación alimenticia, situación que no ha sido acreditada en el proceso, pues no se recibió prueba de que *** por su indolencia o vicio no estudia con provecho y rendimiento como para no fijarle una cuota alimenticia, por cuanto la cesación implica que existe una cuota fijada con anterioridad, la cual se pretende hacer cesar, lo que no aconteció en la especie, pues la pretensión era la fijación de alimentos, para lo cual se presentaron boletas de inscripción de materias, pagos de colegiaturas y constancia de estudios comprobándose que la joven *** estudia en la Universidad de El Salvador y que su edad actual (18 años), es acorde al nivel académico al momento del proceso (fs. 15), aún y cuando no se presentó su rendimiento académico, ya que recién comienza sus estudios, refiriéndose además problemas de administración para poder presentarlos oportunamente, pero tampoco se probó que no estudiara con provecho, por lo tanto es procedente confirmar el punto que fijó alimentos a la joven, quedando a salvo el derecho del Sr ***, para solicitar la cesación de la cuota alimenticia, si *** se encontrare en cualquiera de los supuestos del Art. 270 C. F..

(Cam. Fam. S. S., veinte de septiembre de dos mil seis. Ref. 50-A-2006)

Asimismo, en este caso, cuando uno de los hijos ha alcanzado la mayoría de edad, se entiende que sus necesidades alimenticias deben ser satisfechas por ambos padres, quienes están obligados según el Art. 211 C.F. a " proporcionarle un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan con su mayoría de edad [....] Si el hijo llega a la mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio" y en definitiva siempre que exista la necesidad alimenticia, es decir que persistan las circunstancias que originaron su imposición, Art. 259 C.F. y no se haya decretado su cesación o pérdida, Arts. 269 y 270 C.F.. (...)

(...) Sin embargo, no se presentó en ningún momento la prueba documental idónea para comprobar que dicha señorita no solo seguía estudiando sino que de conformidad a los presupuestos del Art. 211

C.F., lo hacía con provecho, tanto en tiempo como en rendimiento. (...)

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de abril de dos mil siete. Ref. 135-A-2006)

13.3.1.3.1. REINTEGRO DE GASTOS EN EL SUPUESTO DEL ART. 211 C.F.

El Lic. *** ha expuesto en su demanda que entre el señor *** y la señora ***, existe sentencia ejecutoriada de divorcio, por lo tanto los efectos del numeral 3° del Art. 115 C. F. transcrito se produjeron en el sentido que en la aludida sentencia de divorcio se decidió por acuerdo entre las partes que la obligación alimenticia respecto de sus mencionados hijos serían a cargo de él cuando estos se encontraran en el país, asumiendo los gastos de estudio en el extranjero.

Resumiendo, podemos afirmar que la pretensión que reclama el pago a la señora *** por la cantidad de dinero a que estaba obligada solidariamente con el señor ***, no puede ser cobrada pues hubo acuerdos en la respectiva audiencia, que sirvió de sustrato a la sentencia de divorcio, no habiéndose obligado a la señora *** al pago de esos gastos.

De no poder sobrellevar tales gastos el obligado o de no estudiar los hijos con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, debió pedirse la modificación de esa sentencia por el señor ***, pero lo anterior no lo habilita a pedir el cobro de esos gastos, porque por un lado los hijos siguieron aprovechando sus estudios en tiempo y rendimiento y el padre nunca pidió la cesación o modificación de los alimentos, argumentando no poder pagarlos, o haber variado las circunstancias en que se dieron los acuerdos. (...)

Así mismo existe una resolución precedente (18/11/2004) que declaró improponible la demanda, dictada por el mismo tribunal y sobre los mismos hechos y fundamentos jurídicos de la presente demanda de fecha cinco de enero de dos mil cinco, de conformidad al Art. 45 L. Pr. F. por las mismas razones antes señaladas la resolución venida en apelación deberá ser declarada improcedente.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de abril de dos mil seis. Ref.: 53-A-2005)

13.3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA.

13.3.2.1. LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL SUPUESTO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA ABUELOS.

En reiterada jurisprudencia de este tribunal se ha sostenido que los abuelos son sujetos obligados al pago de los alimentos, en subsidio de los padres bajo determinadas circunstancias.

Al respecto, el Art. 42 lit. f) e i) y 44 inc. 1° L. Pr. F., señalan que con la demanda, se acompañan las probanzas que se pretenden hacer valer en el proceso. Como este reclamo, parte de la existencia de una sentencia previa, cuyo cumplimiento se tilda de ineficaz, circunstancia que sirve de causa a la parte actora para demandar a los obligados en subsidio de la cuota alimenticia (v.gr. abuelos). Es bajo ese contexto, que los documentos habilitantes que deben acompañar a este tipo de demandas, según esas especiales circunstancias, serán: 1-) la certificación de la sentencia, donde se fijaron los alimentos; 2-) los comprobantes de la ejecución de la sentencia definitiva, es decir, el trámite de ejecución que ha sido frustrado por carencia de bienes del obligado u otra circunstancia (v.gr. certificación del mandamiento de embargo que ha sido devuelto sin diligenciar por no encontrarse bienes que embargar o el mandamiento y el acta elaborado por el ejecutor de embargo, donde se haga constar la imposibilidad de trabar el embargo, por no haberse encontrado bienes del ejecutado). 3-) En su caso, también debe acompañarse con la demanda, certificación de la sentencia absolutoria contra el padre o madre obligado(a) a los alimentos, dictada en materia penal, por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia económica, o el sobreseimiento provisional o definitivo en ese mismo tipo de proceso.

En todo caso, antes de presentarse la demanda contra los obligados en subsidio (.v.g:r.1os abuelos), debe haberse agotado la vía de ejecución en el Juzgado de Familia {Art. 170 y siguientes L.Pr.F.) o el proceso penal en su caso contra el padre o la madre acusada de incumplimiento de esa obligación alimenticia. (...)

En otras palabras, la resolución penal se dictó después de haberse presentado la demanda de alimentos. Lo correcto debió ser, que la parte adora, agotara los trámites familiares o penales pertinentes para satisfacer el pago de los alimentos y solo de no lograrse esto, iniciar el proceso de alimentos contra la abuela paterna, adjuntando,

las certificaciones de lo actuado.

Es por eso, que aún cuando la certificación del sobreseimiento en el proceso penal contra el padre de los niños, se agregó posteriormente a fs. 108-114, no puede ser valedero en el sub lite, para legitimar la acción intentada. Primero, porque no puede alegarse su existencia previa a la demanda de alimentos presentada, consecuentemente no puede admitirse probanzas tendientes a su acreditación, puesto que el sobreseimiento ocurrió después de iniciado el proceso.

Si bien es cierto, en la demanda a fs. 1 vto., se narra en forma no muy feliz, que se dictó una pretérita sentencia que fijó alimentos al padre de los menores demandantes, la que no ha podido ejecutarse, sin embargo, no se adjuntaron los documentos habilitantes, que acrediten que se agotó la ejecución en sede familiar contra el padre primeramente obligado al pago de los alimentos, tampoco lo resuelto en sede penal.

Reiteramos entonces que a la demanda deberán acompañarse los documentos habilitantes del ejercicio de la acción, como requisito indispensable de la demanda; ello no debe entenderse como que el momento de admisión, rechazo y valoración de las probanzas es en la admisión de la demanda, ya que el Art. 109 L Pr. F., prescribe que el Juez (a) resolverá sobre esos puntos en la Audiencia Preliminar, sino simplemente como aquellas pruebas que habilitan el reclamo contra los subsidiariamente obligados a los alimentos.

Ahora bien, si agotada la ejecución de la sentencia o dictada sentencia absolutoria o sobreseimiento en materia penal por el delito comentado contra el primeramente obligado a los alimentos ocurre que la parte demandante en el nuevo proceso de alimentos no cuenta al momento de presentar la demanda, con la documentación que acredite esos hechos, podrá ofrecerlos y comprometerse a su posterior presentación o mencionar el lugar donde se encuentran, Art. 44 inc. 1° L. Pr. F.

En ese mismo sentido, en el caso 95-A-2002 (misma sentencia citada por la impetrante) esta Cámara resolvió: "Conforme a lo planteado en la demanda, el demandado, señor J. a pesar de reunir la calidad de alimentante, en razón del vínculo de parentesco existente, no puede actualmente ser legítimo contradictor en este proceso ya que el Art. 248 C.F., establece un orden a seguir para hacer el reclamo de la

obligación. La ley otorga un titulo para pedir alimentos a una sola de las personas allí establecida, la cual al ser condenada en alimentos está en la obligación de darle cumplimiento, sin perjuicio que tal obligación pueda ejecutarse por la vía forzosa, ya sea en el orden familiar o penal, lo cual queda a discreción del reclamante.

Debe acotarse que en el primer caso ésta se hará cumplir generalmente mediante embargos o retenciones y en el segundo, por sanciones de otra índole, dirigidas a la persona obligada, constriñéndole así al pago de lo adeudado, sin excluir la conciliación dentro de este mismo proceso penal, por lo que no es cierto que no sea factible el pago por la vía sancionatoria penal. Tan es así que en el sub judice los alimentarios, han promovido proceso de esta clase, en el cual pende la resolución del recurso de casación, como lo expresa la misma apelante, cuyo resultado debe esperarse."

Al respecto aclaramos, que si bien es cierto el proceso penal no es la vía adecuada para ejecutar los alimentos, en la práctica, es útil para compeler al obligado a su pago.

Además, la cámara -en esa sentencia- recalca la misma idea de la subsidiaridad de la obligación alimenticia y de la exigencia de la ejecución como presupuesto para acceder a la demanda contra los subsidiariamente obligados, así se colige de lo siguiente: **"Al respecto, la misma demandante, a fs. 2. de la pieza principal reconoce que" ...se fijó en la sentencia referida en el literal que precede, una cuota alimenticia a cargo del padre de los menores hijos antes mencionados, de ocho mil colones mensuales..." En virtud de esta sentencia se impone la obligación de brindar alimentos al señor **, por lo cual se imposibilita demandar al señor **., pues está pendiente la ejecución de la referida sentencia. De lo anterior se concluye que lo que procesalmente corresponde, es ejecutar la sentencia, que a decir de la misma apelante, se está realizando en la vía penal y no iniciar un nuevo proceso contra el abuelo paterno de los alimentarios, quien no obstante de reunir la calidad de alimentante respecto de los menores X y Y, ambos de apellidos Z, dicha obligación es subsidiaria,(..)"** (sic., las siglas son nuestras).

Nos parece importante hacer hincapié, sobre los requisitos que habilitan al reclamo de la prestación alimenticia contra los obligados en subsidio; por eso, traemos a cuenta, la sentencia 95-A-2002, en

la que se determinaron los presupuestos para demandar a un abuelo(a), así:

a) "Que en el proceso previo no se hubieren fijado alimentos al principal obligado por carecer éste de capacidad económica para satisfacerlos. En ese caso la sentencia desestimatoria se anexaría como un medio de prueba preconstituida en el proceso a iniciar contra el subsidiariamente obligado,

b) Cuando el obligado (alimentante), mediante resolución judicial haya sido exonerado de la obligación alimenticia por pérdida o cesación del derecho del alimentario (a), de acuerdo a los Arts. 269 y 270 C.F. y

c) Excepcionalmente podrá promoverse proceso contra el pariente más cercano y el subsidiariamente obligado, ofreciendo probar dentro de éste que el principal obligado carece de medios económicos, que estos son insuficientes o cualquier otra circunstanciaque le imposibilite cumplir la obligación, en la que por supuesto no encaja la falta de resolución del proceso penal iniciado por el incumplimiento del obligado."

En caso que se demande a un abuelo (a), porque el padre o madre ha incumplido el pago de la cuota alimenticia fijada en sentencia definitiva, haciendo imposible su ejecución, deberá acompañarse a ese libelo: 1- la certificación de la sentencia aludida, 2- la certificación de la ejecución frustrada de la sentencia y/o, certificación de la sentencia absolutoria o sobreseimiento en proceso penal. En base al Art. 42 lit. i) L. Pr. F., estos documentos, se consideran habilitantes para la presentación de la demanda de alimentos contra el abuelo (a), requisito nacido de las circunstancias especiales de este tipo de casos.

(Cam.Fam. S.S., uno de febrero de dos mil cinco. Ref. 177-A-2004)

(...) esta Cámara sostiene que la contribución de los abuelos debe considerarse de carácter accesorio, de tal suerte que sí los padres se encuentran en condiciones para proveer a sus hijos de los recursos necesarios para su subsistencia ellos deben ser los primeros obligados (...)

(Cam.Fam. S.S. veintiuno de junio de dos mil cinco. Ref. 46-A-2005)

Respecto de los alimentos a favor de hijos menores de edad este Tribunal en la sentencia 178-A-2002 señaló: el legislador dejó establecido que respecto de los hijos, son los padres los principalmente obligados a suministrarles alimentos. Esta aseveración está estrechamente vinculada con la interpretación que debe de hacerse de los Arts. 206 Inc. 1°, 211, 216, 218 C. F. que en esencia ordenan que son el padre y la madre los primeramente obligados a proveer alimentos a sus hijos y cuando por haber fallecido uno de ellos o por carecer de recursos económicos no puedan cumplir esa obligación, puede ser el otro(a) progenitor(a) el(a) responsable del pago. (Cam.FamS.S. 25/10/2002).

Es por lo anterior que se ha establecido que la obligación alimentaria de los abuelos es subsidiaria, su origen se funda en la solidaridad familiar a diferencia de la obligación de los padres que deviene del ejercicio de la autoridad parental; es decir del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la calidad de padre o madre. Por lo anterior no es procedente exigir el cumplimiento en la satisfacción de las necesidades de los hijos a los abuelos cuando sus padres pueden satisfacer dichas necesidades, ello significaría desligar a los progenitores del cumplimiento de sus obligaciones primordiales.(...)

La obligación subsidiaria de los abuelos de acuerdo al Art. 221 Inc. 2° C. F. en relación al 248 N° 2° C. F., para la satisfacción de las necesidades de crianza y demás obligaciones (señaladas en los Arts. 211 /222 C. F.) será cuando los padres carezcan de recursos; de ahí su carácter de subsidiaria.(...)

Siguiendo las líneas antes expuestas, para esta Cámara aún, cuando la obligación principal corresponde a la madre del demandante, se ha acreditado en autos mediante la prueba testimonial que ésta carece de recursos suficientes para solventar las necesidades de su hijo, lo que fue corroborado por el estudio social de fs. ... y el testigo presentado por la parte actora, por lo que es procedente confirmar la sentencia apelada. Al respecto el único testigo presentado, señor *** dijo "ser el padre de la señora *** y que le consta que con el salario que gana su hija no le alcanza para cubrir los gastos del menor, ya que siempre le habla al dicente pidiéndole préstamos que nunca son cancelados" fs. ...; por lo tanto, ante la falta de capacidad económica, la madre se encontraba habilitada a reclamar los alimentos a la abuela paterna de su hijo, en virtud de lo que doctrinariamente ha sido

denominado como "imposibilidad de procurárselos por parte del progenitor reclamante".(...)

En virtud de las circunstancias especiales del sub judice y siendo como lo hemos afirmado supra que es insuficiente el aporte de la Sra ***, para la satisfacción de las necesidades de su hijo, es conveniente establecer alimentos subsidiarios de forma excepcional ya que la obligada es una persona adulta mayor, puesto que la madre del niño, como principal obligada no alcanza a cubrir las necesidades de su hijo, basados en consideraciones de solidaridad familiar, justicia y equidad. Arts. 8, 9 C.F. y 2 L.Pr.F..

(Cam. Fam. S.S. diecisiete de noviembre de dos mil cinco. Ref. 139-A-2005)

Que al analizar esta Cámara la pretensión del recurrente, se es del criterio que jurídicamente es viable la demanda de alimentos contra el abuelo paterno, afirmación que se sustenta con lo que el legislador dispuso al sostener que "Los abuelos están obligados de acuerdo a sus posibilidades económicas a asumir los gastos de crianza...", no obstante lo anterior, para darle aplicación, es necesario e indispensable el cumplimiento de un supuesto de hecho, es decir, debe demostrarse ante el Juez que los padres carecen de recursos, o se encuentran materialmente imposibilitados de ayudarles a sus hijos, (Art.221 in fine C.F.), situación que debe demostrar el recurrente; es oportuno recomendar al impetrante, que en el *sublite*, se deben demandar a ambos, es decir, como principal obligado y por ser titular del ejercicio de la autoridad parental, al señor *** (padre de la menor ***) y subsidiariamente, al señor *** (abuelo paterno de la misma), evitando con ello que se tengan que promover dos procesos, atendiendo principios de economía y celeridad procesal, más aún en casos como el presente en donde de lo que se trata es de la subsistencia de la menor. Por otra parte, si al padre se le desconoce su paradero, debe emplazársele conforme a la ley (por edictos) tomándose en cuenta que habiendo sido presentada la demanda por la Procuraduría General de la República, al demandado cuyo paradero se ignora, será representado por un abogado de oficio.

Que en consideración de los anteriores razonamientos, la Cámara concluye que la demanda no ha sido planteada en debida forma y que debe hacerse conforme a los términos señalados para que

pueda reclamársele alimentos al señor *** (abuelo paterno) a favor de su nieta ***.

(Cam.Fam.Ote., treinta de julio de dos mil ocho. Ref. APE: *79(16-07-07))*

13.3.2.2. LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD.

El incidente se marcó en esta Cámara bajo la referencia 178-A-2002, pronunciándose sentencia a las ocho horas con diez minutos del día veinticinco de octubre de dos mil dos, resolviéndose lo siguiente: "En el sub lite, el menor *** si puede ser eventual y excepcionalmente legítimo contradictor en el proceso de alimentos, pero para vincularlo efectiva, legal y correctamente a la relación procesal, hace falta la integración de otros sujetos primeramente obligados al pago de los alimentos siendo los primeramente obligados los representantes de la sucesión testamentaria y los abuelos según lo prescribe el Art. 248 C.F. Y 1141 C.; en el caso de no haber testamento, las demandantes entrarían a formar parte de la sucesión intestada del causante, en cuyo caso la petición de alimentos no tendría relevancia, puesto que las mismas gozarían de los bienes heredados".

Entonces, según lo dicho en ese momento por esta Cámara –criterio que aún sostenemos- para poder obligar al menor *** al pago de alimentos a favor de sus hermanas, entre otros requisitos, es necesario que se intente la acción de los alimentos en el orden que establecen los Arts. 248 y 250 C.F., o en su caso a la sucesión, según los supuestos de los Arts. 988 y 1141 C. C..

(Cam.Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005)

13.3.2.2.1. NECESIDADES EN EL SUPUESTO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD.

Del estudio y de la información proporcionada por las partes se advierte que el niño *** se encuentra en mejor situación económica que sus hermanas; lo que no obsta para que la madre deje de cumplir

los deberes que le genera la autoridad parental, entre ellos los alimentos. Ello no implica que por esa circunstancia deban tomarse en cuenta los ingresos de la madre, Sra. ***, para fijarle cuota alimenticia al niño, pues no es ésta la obligada al pago de cuota alimenticia alguna para con las demandantes, sino únicamente para con sus hijos; de ahí que siendo el niño *** menor de edad se encuentra sujeto a una protección especial y los ingresos que percibe deberán verse primordialmente en beneficio de sí mismo, siendo éstos los únicos que percibe, los que se consideran esencialmente asistenciales y tomando en cuenta también la falta de capacidad económica de los principales obligados para con las demandantes, es procedente fijarle una cuota con carácter excepcional y por solidaridad familiar a favor de las peticionarias, en base a esas circunstancias especiales, en una cuantía proporcional no sólo a las necesidades de las demandantes, las cuales no se discuten y pueden ser abundantes, sino además a las propias necesidades del niño de acuerdo a su condición personal de menor de edad, quien recibe la pensión del IPSFA como beneficiario de su difunto padre. El niño *** en principio no debiera ser sujeto de obligación alimenticia alguna, pero en este caso por haberse agotado la posibilidad de pago de los principales obligados, se ha dicho que procede por excepción y en forma subsidiaria establecerle la cuota alimenticia en una cuantía mínima que no afecte sus propios intereses, reduciendo la cantidad establecida por la a quo.

(Cam. Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005) [46]

13.3.2.3. LEGITIMACIÓN PASIVA EN CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MAYORES DE EDAD.

Previamente se analizará si los demandados en calidad de hermanos del alimentario están obligados a proporcionar los alimentos reclamados, es decir, si tienen la calidad de legítimos contradictores en el presente proceso, lo que fue planteado en la contestación

46. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD, numeral 13.3.2.2; PRELACIÓN EN EL PAGO DE ALIMENTOS, numeral 13.4, ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS A FAVOR DE CÓNYUGES, HIJOS MENORES DE EDAD E HIJOS MAYORES DE EDAD, numeral 13.10 y LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD, numeral 13.3.2.2; todos de la parte sustantiva.*

(extemporánea) de la demanda y en la contestación de los argumentos de la apelación. En el libelo de contestación de la demanda se pidió expresa y concretamente que en la sentencia definitiva se declarara improcedente la demanda por falta de legítimocontradictor, al no haberse demandado previamente a los alimentantes que están en más cercano parentesco con el alimentario. Al contestar la apelación se pidió inadmitir la alzada o confirmar la sentencia de la a quo.(...)

Ante esa reglamentación legal (Art. 251 C.F.) tenemos que el menor ***, puede pedir alimentos en primer lugar a sus progenitores (si ambos o alguno de éstos hubiere fallecido, a su respectiva sucesión), en segundo lugar a los ascendientes (en este caso los abuelos maternos y paternos) y finalmente a sus hermanos, en el orden mencionado.

El legislador dejó establecido que respecto de los hijos, son los progenitores los principalmente obligados a suministrarles alimentos. Esta aseveración está estrechamente vinculada con la interpretación que debe hacerse de los Arts. 206, 207 Inc. 1°, 211, 216, 218, 221 C. F.. Como lo establece la última disposición en el caso de que uno de los progenitores no se encuentre en la capacidad de proporcionar una cuota alimenticia, - entiéndase por imposibilidad económica o por fallecimiento – será el otro progenitor quien deberá cubrir las necesidades de su hijo. (...)

En esa misma disposición legal se establece la obligación subsidiaria de los abuelos a cooperar en la manutención de sus nietos, obviamente en armonía con lo dispuesto en el Art. 248 C.F., según el cual éstos son obligados legalmente a proporcionar en segundo grado los alimentos del reclamante (nieto). (...)

Para que pueda reclamarse alimentos a los demás obligados a la cuota alimenticia deberá primeramente incoarse la demanda contra la persona inmediatamente obligada a la prestación alimenticia, tal como lo establece el Art. 250 C.F., es decir los progenitores, y solo en defecto de éstos debe perseguirse primeramente a los ascendientes, en este caso los abuelos maternos y paternos y sólo en última instancia, a los hermanos.

Ahora bien, dentro de ese orden de prelación de los obligados a proporcionar alimentos a un mismo acreedor, en este caso, el hermano ***, debe demostrarse el agotamiento de un reclamo previo mediante la certificación de la sentencia respectiva que los alimentos fueron

declarados sin lugar por falta de capacidad económica de aquél que se encuentra en grado más cercano respecto del menor ***. "lo anterior, sin perjuicio de que excepcionalmente, en casos muy puntuales, pueda en un solo proceso y por economía procesal demandarse a los primeramente obligados a su pago y a la vez a los obligados subsidiariamente, debiendo ofrecerse la prueba pertinente para demostrar la situación económica de los demandados y la carencia de bienes o de ingresos de los inmediatamente obligados" (cfr. Inc. de apelación 178-A-2002) esto sobre todo cuando se tenga otro tipo de prueba preconstituida de donde conste que el pariente en grado más cercano carece de medios económicos y que difícilmente puede obtener ingresos, haciéndose imperativo el reclamo de alimentos a los otros parientes en su defecto, a fin de cubrir las necesidades del menor a favor del cual se decretará la cuota.

Aún en este último caso, como la petición de alimentos entre parientes no deviene de un deber en el ejercicio de la autoridad parental sino de la solidaridad familiar regulado en el Art. 1 inciso segundo in fine C.F. no podrá exigirse a éstos más que una cuota que cubra sus necesidades básicas y que resulte realmente ineludible, porque como ya se dijo responden de forma subsidiaria.

Esta Cámara incluso ha llegado a sostener que deberá agotarse "los trámites familiares o penales pertinentes para satisfacer el pago de los alimentos y solo de no lograrse esto, iniciar el proceso de alimentos contra la abuela paterna, adjuntando, las certificaciones de lo actuado" (cfr. Inc. De apelación 177-A-2004).(...)

Aplicando lo expuesto al caso concreto, excepcionalmente procederá demandar en un sólo proceso, a un pariente en grado más lejano, en este caso, los hermanos, debiendo ofrecer la prueba pertinente y aportarla oportunamente, a fin de establecer que la madre y los abuelos tanto maternos como paternos se encuentran en la imposibilidad de proporcionar dicha cuota de alimentos, puesto que sólo a falta o por motivos de imposibilidad de los primeros, estarían obligados los siguientes o en todo caso, justificando la razón por la cual los alimentos se exigen al obligado más lejano sin cumplir el principio de subsidiariedad sustantiva de los alimentantes, lo que no ha ocurrido en la especie. (...)La anterior interpretación no veda el principio del interés superior del menor, ni el derecho a exigir alimentos, Art. 350 C.F., simplemente

se indica el criterio en el sentido que ese derecho deberá ejercerse en legal forma, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley, pues ese interés debe satisfacerse en armonía con los derechos y requisitos procesales exigidos para su procedencia. Es decir, que todo derecho se debe hacer valer cumpliéndose las garantías del debido proceso, especialmente los derechos de audiencia y defensa.

Implica, entonces, que en el presente caso, debe existir una actividad procesal previa al establecimiento de los legítimos contradictores que debe ser documentada, lo que no ocurre en este proceso, incurriéndose en un defecto en la conformación de la relación procesal por falta de legitimación actual del sujeto pasivo de la pretensión que no puede ser subsanada oficiosamente en este estado del proceso.

Es por ello, que la pretensión del actor debe ser declarada improcedente, lo que debió hacerse ab initio tal como lo pidió la parte demandada (aún cuando no promovió el incidente de excepciones), evitando un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional. (...)

(Cam.Fam. S.S., veintinueve de junio de dos mil siete. Ref. 100-A-2006) (El segundo paréntesis nos pertenece)

13.4. PRELACIÓN EN EL PAGO DE ALIMENTOS.

Sin embargo, hemos de valorar el hecho de que aún con todas las responsabilidades que afronta el demandado en el aspecto económico, ya que tiene otras dos hijas con personas diferentes, además de sus dos primeros hijos con la actual demandante, ha iniciado una nueva comunidad de vida, con una joven de nombre ***, lo cual lógicamente le genera gastos, razón por la cual puede inferirse que tiene ingresos suficientes para cubrir obligaciones que eventualmente pueden ser mayores, como sería el caso de procrear hijos con su nueva compañera de vida. Por lo anterior, consideramos que teniendo su actual compañera de vida, ***, una edad óptima para laborar y procurarse ingresos, quien además no ha procreado hijos, deberá priorizar –el alimentante- por sobre los gastos que ella genera, los gastos de sus hijos, quienes tienen derecho preferente, a fin de cumplir con la cuota de CUARENTA DÓLARES establecidos en la sentencia.(...)

Según el orden de la prelación alimenticia ya expuesta, si no existe –como en este caso- bienes herenciales testamentarios, la obligación puede ser reclamada a un hermano, siempre y cuando se cumplan los

requisitos legales para ello, eso será justamente el punto medular a decidir en el sub lite.

Como ya se expuso, el padre de las niñas demandantes y del niño demandado (en calidad de hermano y como beneficiario de una pensión por sobrevivencia), fue quien en vida estuvo directamente obligado a la prestación alimenticia y falleció sin dejar testamento; por lo que no instituyó las respectivas asignaciones testamentarias, tampoco existe (según se alega sin objeción) masa sucesoral que motivara a las interesadas a iniciar las diligencias de aceptación de herencia intestada, por lo que la siguiente posibilidad es exigir el cumplimiento de la obligación alimenticia a los otros obligados, de acuerdo a los Arts. 248 y 250 C.F., comenzando por los abuelos –pues se aduce falta de capacidad económica de la madre- quienes efectivamente fueron demandados, pero la pretensión fue declarada sin lugar en virtud de falta de capacidad económica. Por lo expuesto estimamos que la demanda cumple con los presupuestos del Art. 250 C.F., que dispone: "quien reúna varios títulos, para pedir alimentos, sólo podrá hacer uso de uno de ellos, debiendo exigirlos en primer lugar al cónyuge y en su defecto, al alimentante que esté con el alimentario en más cercano grado de parentesco". En efecto, dichos requisitos fueron señalados en lo relacionado ut supra, por lo que esta Cámara considera que el menor *** está legitimado como demandado en el proceso de alimentos iniciado por las hermanas ***, en calidad de demandantes, configurándose la relación jurídica procesal entre ambas partes.

(Cam. Fam. S.S., diez de octubre de dos mil cinco. Ref. 74-A-2004)

En primer lugar, la legitimación procesal en los procesos de alimentos, nace de lo dispuesto en el Art. 248 C.F., que establece:

"Se deben recíprocamente alimentos: 1º Los Cónyuges; 2º Los ascendientes y descendientes, hasta el segundo grado de consanguinidad; y 3º los hermanos".

Lo que implica una prelación en el cumplimiento de la obligación alimenticia de acuerdo al grado de parentesco, o sea, que la ley determina un orden para seguir a quienes son obligados al pago de alimentos. De manera que la acción alimenticia se debe intentar contra el cónyuge en primer lugar y en su defecto (subsidiariamente, contra el alimentante

que esté con el alimentario en el más cercano grado de parentesco, Art. 250 C. F.). De donde el espíritu de las disposiciones citadas es para efectos de evitar injusticias al momento de exigir el cumplimiento del derecho de alimentos, pues en caso contrario se demandaría indistintamente a los obligados a conveniencia de los interesados.

(Cam.Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005)

13.5. NECESIDAD DEL ALIMENTARIO.

Uno de los fundamentos que posibilitan la exigibilidad de una pensión alimenticia es la necesidad, entendida esta comúnmente como la falta de algo que se precisa cubrir, en el caso de los menores se presume por lo que solo ha de establecerse en el monto de los gastos.

Cam.Fam. S.S. siete de mayo de dos mil cinco. Ref. 15-A-2005)

Debe también tomarse en cuenta que por la edades de los niños las sumas que corresponden a cada uno no deben ser en la misma proporción pues el mayor de ellos genera mayores gastos distribuyéndose por esa razón en el fallo de esta Cámara de diferente manera.

(Cam.Fam. S.S. diecinueve de diciembre de dos mil cinco.Ref. 197-A-2004)

Amén de lo anterior, es de suma urgencia que las partes reacomoden el nivel de vida que han llevado hasta el momento, acorde a su condición económica a fin de que puedan asumir responsablemente sus obligaciones, principalmente respecto de ***, a quien podría perjudicar llevar un estilo de vida que no corresponde a la realidad económica de sus progenitores resultando beneficioso ubicar a la niña en su verdadera condición, de acuerdo a los ingresos y obligaciones de ambos, sólo de esta forma le garantizarán un desarrollo adecuado conforme a su realidad de vida.

(Cam.Fam.S.S., treinta de agosto de dos mil seis. Ref. 71-A-2006)

(...) otro rubro determinante en la imposición de la cuota de alimentos impuesta por la Jueza de Primera Instancia, fue el gasto médico

de ***, en neurólogo y medicamentos, los cuales fueron estimados en la demanda por la cantidad de ***.

Respecto a este último punto, es de hacer constar que no existe en autos prueba documental idónea que compruebe que la menor tenga algún padecimiento que requiera cuidados médicos especializados. Sin embargo, no podemos inferir que dicha atención se le proporciona a la misma de forma antojadiza, es decir, que la menor sí requiere de dicha atención médica. Así mismo, indiciariamente la testigo señora ***, ha dado elementos para inferir que son ciertas las visitas de la menor, al especialista en el área referida, pero no por ello el mencionado gasto corresponde a uno sólo de los padres como se fijó en esa instancia.(...)

Sobre el otro presupuesto de necesidad, es de considerar que el concepto de alimentos que adopta el Código de Familia, cuyo antecedente fue establecido por el anteproyecto del mismo elaborado por la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL), al referirse en la pág. 443 a la supresión de la clasificación de los alimentos en congruos y necesarios que contenía el Código Civil, literalmente dice: "Lo anterior es así por que se ha procurado asegurar en lo posible la satisfacción de las necesidades del alimentario, considerado como persona humana en una sociedad contemporánea y se ha abandonado el criterio de considerar la posición social como determinante para fijar la cuantía de los alimentos para ciertas personas.- El concepto de alimentos tiende ahora a la protección real y humana de los miembros de la familia apartándose de toda orientación patrimonialista".-

Bajo estos parámetros consideramos que la necesidad de los menores *** no presentan condiciones especiales a los de cualquier niño o niña de su edad, ni fue probado por la parte demandada necesidades extras o fuera de las básicas que todo ser humano necesita para su normal desarrollo (...)

(Cam.Fam.Occ., ocho de mayo de dos mil siete, Ref. 045/2007)

Es por ello, que la imposición de una cuota alimenticia que sobrepase la capacidad económica del obligado, puede acarrear como consecuencia inmediata, una insolvencia en el cumplimiento de la

misma.(...)

Se deja constancia que la modificación hecha se realiza en aras de hacer efectiva la cuota impuesta sin que ello implique un desmedro en la cobertura de las necesidades de ***, por lo cual se sugiere la reevaluación de gastos de la menor a efecto que se logren cubrir suficientemente sus necesidades y no extralimitada a la capacidad de ambos progenitores, priorizando y poniendo mayor atención a los gastos necesarios tales como los de salud los que como se dijo *ut supra*, resultan presumibles, procurando un equilibrio con otros gastos de la misma, por ejemplo, el rubro educación, sin que ni uno ni otro dejen de proporcionarse efectivamente.

(Cám. Fam. S. S, nueve de marzo de dos mil siete, Ref. 34-A-2005)

13.6. DIFERENCIA ENTRE GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS.

Los gastos extraordinarios comprenden erogaciones por asistencia médica-en principio- incluyéndose también gastos de farmacia, intervenciones quirúrgicas, internaciones hospitalarias, gastos funerarios del alimentario, gastos de mudanza, provisión de libros de estudio y litisexpensas, no incluyéndose pago de vacaciones, salvo que ello fuere recetado médicamente, entonces, la reclamación por estos gastos puede hacerse por medio de una reclamación especial o reclamarse como rubro aparte de la cuota y adicionar la cantidad establecida en concepto de gastos extraordinarios a la suma fijada como cuota alimenticia.

De a cuerdo a lo ya expuesto, los gastos ordinarios tienen la característica de ser previsibles y aunque no se realicen de forma periódica son gastos programados cuya cantidad es el punto variante, pero más allá de ello no se considera que el rubro educación constituya un gasto extraordinario pues éstos últimos no son impredecibles en evento, pero lo que varía es el monto de los mismos.

(Cam. Fam. S. S. uno de septiembre de dos mil cinco. Ref. 25-A-2005)

Los gastos extraordinarios, son aquellos que se ocasionan de forma eventual, circunstancial; es decir, se trata de aquellos gastos que

no son previstos de manera periódica, sino que se ocasionan atendiendo a circunstancias especiales, como por ejemplo una enfermedad ocasional o lesiones sufridas por un accidente.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de julio de dos mil seis. Ref. 25-A-2006)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 175-A-2005

13.7. CAPACIDAD DEL ALIMENTANTE.

No obstante el demandado negó tener capacidad económica para cubrir la cuota exigida por la demandante, pero su negativa no lo exime de colaborar dentro del proceso para establecer su real condición económica a fin de probar la falta de capacidad económica que alega para proporcionar una mayor cuota alimenticia.

Respecto de la prueba en materia de familia, en principio corresponde a la parte que exige una prestación o derecho probar los hechos en que fundamenta la pretensión, pero también la parte contraria está obligada a probar los hechos que le impiden cubrir la cuota alimenticia (...)

(Cam. Fam. S. S. dieciocho de agosto de dos mil cinco. Ref. 181-A-2004)

En cuanto al material probatorio aportado al proceso y su consecuente valoración in integrum, a fin de poder determinar el monto con que deberá contribuir el alimentante o en su caso ambos progenitores; siguiendo los criterios jurisprudenciales y doctrinales, esta cámara ha sostenido que en casos específicos, no es indispensable una prueba directa y acabada de los ingresos del alimentante, bastando para ello la demostración de un mínimo de elementos probatorios que den las pautas básicas para estimar la capacidad económica y en consecuencia el monto de la pensión. De tal suerte que si no es posible acreditar el caudal económico del alimentante ni sus ingresos con prueba directa, deberá estarse a lo que resulte de la indiciaria, como atinadamente lo hizo el a quo, tomando para ello en consideración la labor realizada por el demandante las condiciones y tiempo en que realiza su actividad laboral, valorando su situación a través de dichas actividades, posición social y económica.(...)

(Cam. Fam. S. S. veintinueve de noviembre de dos mil cinco. Ref. 169-A-2004)

Sobre la capacidad económica del obligado, en el *sub lite* se encuentra que ésta es de difícil determinación, dadas las características mismas de su trabajo – labora en una empresa de su actual cónyuge –. Sin embargo es aceptado por la jurisprudencia nacional e internacional el criterio de que siendo difícil la determinación de la prueba sobre ese punto, esto es, acreditar el caudal económico del alimentante, debe estarse a lo que resulte de la indiciaria, valorando la situación a través de las actividades y posición social y estilo de vida del obligado. (...)

(Cam. Fam. S. S., cuatro de abril de dos mil seis. Ref. 100-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 52-A-2005.

La jurisprudencia no exige una prueba acabada de cuales son los ingresos del alimentante en casos como el que nos ocupa, ya que el Sr. *** en su calidad de comerciante obtiene ingresos variables, según las ventas realizadas y por lo mismo resulta muy difícil probar con meridiana certeza su capacidad económica, dada la índole de su trabajo.

Por tal razón debemos pronunciarnos con lo que resulte de los indicios que se extraigan del hecho de haber sido aceptado el informe social sin objeción valedera alguna, así como de los hechos afirmados por las partes y aceptados por la contraria y demás elementos que obran en el juicio valorados en su conjunto. En efecto, no fue posible acreditar el caudal económico del Sr. *** con prueba suficiente, valorando la situación a través de sus actividades, su estilo de vida, la aceptación de ser al menos poseedor de bienes muebles, como un vehículo automotor e inmuebles y comparándolo con la situación de la Sra. ***, quien se encuentra en total desventaja económica y social respecto a su cónyuge, así como las edades de los hijos y la ayuda que han recibido de su padre, es procedente confirmar la cuota alimenticia decretada por el a quo, (...)

(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 7-A-2006)

En pretéritas sentencias se ha dicho que la falta de colaboración del demandado para aportar prueba o su actitud pasiva dentro del

proceso, no son obstáculos para que se imponga una cuota alimenticia justa; por lo que considerando los gastos de los hijos y los ingresos del demandado, la cuota es equitativa, por cuanto se trata de dos hijos de doce años de edad en etapa escolar no habiéndose probado otras obligaciones del demandado más que la satisfacción de sus propias necesidades y la ayuda que según se refiere - pero no se establece cuantía- que brinda a la madre. También es aceptable que se haya tomado en consideración la ayuda que anteriormente brindaba a sus menores hijos por la suma de *** DÓLARES ($ ***), la que posteriormente fue reduciendo hasta no aportar ninguna, por lo que es procedente confirmar la cuota establecida por la a quo.

(Cam. Fam. S. S., veinte de noviembre de dos mil seis. Ref. 66-A-2006)

Finalmente en cuanto a las afirmaciones referentes a que el uso de tarjetas de crédito del demandante reflejan su alto estilo de vida, reseñamos que efectivamente se ha sostenido jurisprudencialmente, en términos generales, que a falta de medios probatorios, la utilización de dichos instrumentos crediticios hacen presumir la capacidad de las personas; sin embargo, de los estados de cuenta del demandante a –Fs. ...- consta que los gastos efectuados con dichas tarjetas son necesarios -incluyen pagos de supermercado y gasolina- no advirtiéndose que los gastos sean superfluos, de tal suerte que en este caso la utilización de tarjetas de crédito por parte del actor, ha sido necesario no representando un parámetro para sostener que su estilo de vida es elevado.

(Cam. Fam. S. S., veinte de noviembre de dos mil siete. Ref.: 122-A-2007). [47]

13.8.CONDICIONES PERSONALES DEL ALIMENTANTE.

El hecho que uno de los progenitores posea *créditos* no lo releva de sus obligaciones alimentarias, para con sus hijos, al respecto la ley ha determinado los presupuestos de exigencia y para ello ha conferido preferencia a determinados créditos respecto de otros; además el hecho que el demandado sea sujeto de crédito no hace más que revelar su mejor situación financiera respecto de la señora ***.

47. *Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado INTERESES CONTRAPUESTOS EN EL EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL, numeral 10.2 de la parte sustantiva.*

(...) es preciso advertir que en casos como el sub lite en el que el obligado alimentante tiene varios hijos de diferentes relaciones maritales, no hay preferencia de uno respecto de otro, por lo que su obligación es la misma respecto de cada uno de sus hijos atendiendo a las necesidades que cada uno presente, de tal suerte que el progenitor (obligado alimentante) debe satisfacer responsable e independientemente las necesidades de sus hijos; por lo que no es dable aceptar los argumentos del apelante referentes a que por satisfacer las necesidades de *** y ***privará a sus demás hijos de alimentos; por tanto el señor *** es el único responsable de sus obligaciones, quien debe asumir las consecuencias de sus actos y efectuar los reajustes necesarios en su presupuesto de gastos a fin de solventar sus compromisos familiares, de manera que las disminuciones a que haya lugar serán en sus gastos personales y no en los de sus hijos.

(Cam. Fam. S.S. veintiuno de noviembre de dos mil cinco. Ref. 122-A-2004)

Es por ello que el comportamiento del demandado, ha de valorarse, pues a pesar de tener obligaciones alimenticias que cubrir no sólo con su hija ***, sino además con los hijos de su nuevo hogar -cuya existencia no fue debidamente acreditada con la prueba idónea, pero que se da por cierto al no haber sido redargüido de falso- renunció a su trabajo expresando que el salario era insuficiente para cubrir las necesidades del hogar, sin tener siquiera otra opción laboral, ello es un reflejo de un comportamiento deliberado e irresponsable de su parte, de igual manera actuó al contestar la demanda, sin ofrecer ninguna alternativa por mínima que fuera como ocurre con personas de menos ingresos, buena parte de ese comportamiento ha de ser orientado por sus apoderados quienes conocen el derecho, su contenido y efectos debiendo en la medida de lo posible coadyuvar a una mejor administración de justicia y no a obstaculizarla; reconociendo los derechos de los justiciables sin que ello implique desproteger a sus mandantes.

Doctrinariamente se ha establecido que la renuncia por parte del obligado alimentario a su trabajo, no es causa suficiente para liberarlo de sus obligaciones alimenticias, especialmente en el caso de hijos menores de edad; por tanto éste deberá buscar los medios lícitos

-si es que no los posee desde ya- para obtener al menos un salario mínimo, que le permitan satisfacer sus obligaciones familiares.

Efectivamente como lo expresa el apelante, respecto de la capacidad económica del Sr ***; ésta no se acredito en la etapa procesal pertinente, ello por que fue el mismo demandado quien se colocó dolosamente en una situación de carencia económica que afecta los derechos de su hija, actuación que no puede resultar indiferente al pronunciamiento de los alimentos reclamados a favor de ***, además por lo antes dicho, compartimos los argumentos sostenidos por la a quo referente a que de la misma actuación del demandado, se establecen fuertes indicios de que percibe algún ingreso para sostener a su familia, aunque no se haya acreditado su monto, pues una persona promedio (normal) no se colocaría en situación de total insolvencia atentando contra su propia subsistencia.

(Cam. Fam. S. S. veintinueve de noviembre de dos mil cinco. Ref. 154-A-2005)

(...) contribuyendo la madre en una cantidad inferior por ser menores sus ingresos y tomando en cuenta además que el demandado tiene obligaciones primordiales respecto de su hijo, *** y no de sus hijastros sin que ello atente contra el principio de igualdad establecido en el Art. 3 Cn. ya que la misma Constitución establece las obligaciones derivadas de la filiación en los Art. 34, 35 y 36 disposiciones que se refieren a laigualdad de derechos de los hijos independientemente del origen de su filiación, (hijos matrimoniales o extramatrimoniales, no refiriéndose al parentesco por afinidad al establecer la obligación alimenticia. Art. 248 C.F.

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de julio de dos mil seis. Ref. 90-A-2005)

La forma en que se otorgó el último crédito, en el que la Licda. *** se constituyó en deudora y el Lic. *** en codeudor, <u>es porque ambos tenían un interés directo del destino del préstamo, fundado en los deberes de solidaridad y asistencia familiar derivados de su carácter de cónyuges</u>; en consecuencia al establecerse la cuota alimenticia para la menor ***, se tomará en cuenta las condiciones personales de sus

progenitores, lo que implica valorar las circunstancia en que dichas obligaciones se contrajeron aunque no puedan ser modificadas por originarse de una relación mercantil pero basadas en la relación familiar, lo que sin duda afecta su capacidad económica.

El pago de dicha obligación no puede compensar el pago de alimentos, aunque se reduzca la capacidad económica y se hayan adquirido para satisfacer las obligaciones familiares por cuanto lo prohibe el Art. 260 inc. 2° C.F., amén de que se trata de diferentes acreedores, lo que no obsta para que este Tribunal tome en consideración para la fijación de la cuota el monto de esos compromisos las condiciones en que se realizaron por cada cónyuge y la reducción de su capacidad económica, es más, es necesario tomarlo en cuenta y atendiendo a ello determinar una cuota acorde a la capacidad económica del obligado.

En ese sentido la pretensión del demandante de novar (modificar) las condiciones de pago de las obligaciones contraídas, es *improcedente*, porque como lo dijimos supra **no se puede compensar la obligación de alimentos** de la citada niña, quien no es acreedora del demandante en relación a esas obligaciones, aunque en todo caso estas se han contraído en razón de la relación conyugal, misma que también genera la obligación de brindar alimentos a favor de ***, como progenitores de la niña, razón por la que independientemente de la naturaleza de las obligaciones contraídas es necesario valorar esas condiciones al momento de imponer la cuantía de alimentos, sin equiparar dichas obligaciones, por ser de diferente naturaleza, en ese sentido siendo los créditos contraídos obligaciones de carácter mercantil, se rigen por la legislación de comercio, aún y cuando tengan incidencia al momento de resolver derechos familiares, al tomar en cuenta la capacidad económica en que se sitúan las partes, la proporción en que cada uno se obligó y la satisfacción proporcional en las necesidades de la familia.

Por ello habiéndose acreditado que la Licda. ***, tiene una mayor capacidad económica a pesar de sus aportaciones a los créditos efectuados durante el matrimonio en razón de la proporción en que adquirió esos créditos, originalmente basados en la adquisición del inmueble de su propiedad, es pertinente que esta contribuya en mayor medida a satisfacer las necesidades de su hija, por lo que consideramos improcedente incrementar la cuota alimenticia a *** DOLARES

MENSUALES, como lo peticionó la Licda. ***, porque resulta de justicia y equidad que atendiendo a sus ingresos esta contribuya en mayor proporción que el demandante a sufragar los gastos de crianza de ***.

(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil seis. Ref. 71-A-2006)

Amén de lo anterior como bien lo afirma el apelante, por el nivel de vida del demandado y sus numerosas obligaciones crediticias resulta inverosímil admitir que aquel haya renunciado a su empleo a menos que tuviese una mejor oferta laboral o se encontrase laborando en otra institución con mejores emolumentos, sobre todo cuando de la certificación extractada de Fs. ... se advierte que la última obligación crediticia del demandado es por un plazo de trescientos meses, es decir, veinticinco años y por un monto de *** DOLARES ($***) como él mismo lo afirmó a Fs. ...

No desconocemos que el demandado recibe la colaboración de su actual compañera de vida, no resulta creíble que sea ella quien asuma todas las obligaciones crediticias del demandado incluyendo el pago de los alimentos a favor de sus hijos, lo que nos hace presumir fuertemente que éste posee otros ingresos aún cuando no hayan sido acreditados fehacientemente, de lo contrario no se explica como renunció a su trabajo teniendo una gran cantidad de obligaciones entre estas la alimenticia a favor de sus hijos, de la cual incluso ha efectuado una oferta. En ese sentido de ser realmente cierto que no tenga ingresos es ilógico que realice propuestas de pago cuando no tendría medios económicos para poderla cumplir.

(Cam. Fam. S. S., veintiuno de noviembre de dos mil seis. Ref. 21-A-2006)

Relaciones: (Cám. Fam. S. S, nueve de marzo de dos mil siete, Ref. 34-A-2005)

(...) en ese sentido tenemos que si bien es cierto los hijos del demandado tienen necesidades que cubrir, también las tiene ***, quien de acuerdo al Art. 36 Cn., goza de los mismos derechos que los demás hijos del Sr. *** y tal como lo afirma la Licda. *** existe una evidente desigualdad entre el status de vida del menor *** y los demás hijos del demandado, por lo que a efecto de garantizar sus derechos, sin que

ello implique desatender las necesidades propias y familiares del demandado, es procedente confirmar el punto de la sentencia que fijó en *** DÓLARES MENSUALES la cuota alimenticia que deberá aportar a favor de su menor hijo, considerando que tiene capacidad económica para cubrirla, acotando que dicha suma sólo cubre mínimamente los gastos del joven ***, siendo la madre Sra. *** quien asume la mayoría de sus necesidades, aún y cuando también tiene obligaciones personales y familiares para con sus otros hijos, asumiéndolas con un salario similar al del obligado .

(Cam. Fam. S. S., siete de febrero de dos mil siete. Ref. 80-A-2006)

En ese sentido tenemos que el demandado se encuentra en mejores condiciones, ostentando un grado académico que le facilita las posibilidades de acceso a empleo, contrario a la Sra. ***, de quien no se probó el lugar donde trabaja, sin embargo en el estudio social consta que es ordenanza, lo que sumado a su nivel de instrucción, nos hacen inferir que sus ingresos no son tan elevados, por lo que resulta probable que para sufragarlos recurra a préstamos y al auxilio económico de su hija mayor señorita ***, por lo que aún y cuando no se establecieron los ingresos de la demandante, podemos concluir de los factores citados que el demandado se encuentra en mejor condición que la Sra. ***, quien en razón de su nivel educativo ve reducidas sus expectativas de ingresos, además debe considerarse que la demandada es quien ha sufragado las necesidades de su hijo *** desde su nacimiento, por lo que resulta procedente que el demandado asuma sus obligaciones alimenticias a favor de ***, aunque en una suma inferior a la establecida por la *a quo,* por cuanto ha quedado plenamente establecido que la capacidad económica del obligado no es tan bonancible y que además tiene otras obligaciones por las cuales responder (...)

(Cám. Fam. S. S., diecinueve de febrero de dos mil siete, Ref. 132-A-06)

La reducción en los ingresos del demandado ha ocasionado que dicho señor disminuya notablemente sus gastos personales y aunque éste continúa habitando el mismo inmueble y cubriendo sus obligaciones mínimas, no cuenta con suficiente solvencia económica,

comparado a la situación que tenía cuando su empresa era bonancible, lo cual se ve reflejado en la prueba aportada, inclusive en sus declaraciones de renta y declaración jurada presentada al Tribunal.

(Cam. Fam. S. S., veintiséis de marzo de dos mil siete. Ref. 48-A-2006)

Se afirma en la demanda que la señora ***, reside ilegalmente en Ogden, Estado de Utha, Estados Unidos de América -situación que no fue acreditada pero tampoco desvirtuada por la parte contraria-. Aún cuando se comprende la condición migratoria de la demandante la cual le afecta en el ejercicio de sus labores, pues carece de garantías de estabilidad laboral y social; sin embargo ha venido asumiendo de forma responsable la satisfacción de las necesidades de sus hijos en una mayor proporción, que el padre de los menores, lo cual es reconocido por esta Cámara como una acción loable y ejemplar.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 184-A-2006)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., veinte de abril de dos mil siete. Ref. 107-A-2006.

Bajo este orden de ideas, no hay duda que la capacidad económica de cada uno de los obligados se encuentra muy comprometida; sin embargo aún cuando la capacidad económica del demandado es apremiante, y no se acreditó fehacientemente que la misma haya variado en relación al momento en que se dictó la primera sentencia, éste tiene un mayor margen para mejorar su condición y efectuar cambios sustanciales en sus egresos, en tanto que sus obligaciones familiares –especialmente en relación a *** -así como sus obligaciones de carácter benéfico no son de carácter legal sino moral, lo que si bien es cierto es loable, deberá anteponer su responsabilidad legal por ser en este caso justificado y de primer orden, por tanto las mismas pueden ser reacomodadas en atención a la satisfacción de las necesidades de su hija, con quien sí le une una carga legal y moral en mayor grado que las restantes obligaciones; es más la misma ley cataloga los alimentos a favor de los hijos en un primer orden en relación a las demás relaciones filiales, Art. 251 N° 1° C.F., y las de carácter benéfico, debiendo priorizar las de su hija, por lo que el señor ***, deberá realizar un reajuste en su

presupuesto a fin de incrementar la cuota a favor de su hija, aunque no en la suma indicada en primera instancia. (...)

Con lo anterior no pretendemos coartar el ánimo dadivoso del demandado; sin embargo reiteramos que es necesario que establezca un orden de prioridades en sus obligaciones, ya que por el vínculo filial de padre e hija que le une a ***, existe una relación preferente en la atención de sus necesidades; en ese sentido el obligado debe primariamente satisfacer las necesidades de su hija antes de comprometerse al cumplimiento de las necesidades de terceros con quien no ostenta ningún tipo de obligación de carácter legal ni le acarrea sanción alguna.

(Cam. Fam. S. S., quince de mayo de dos mil siete. Ref. 7-A-2007)

13.9. FORMA DE PAGO DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA.

Al analizar el resto de la prueba que milita en el proceso, los testigos presentados por la parte demandante, algunos de ellos, no obstante que recalcan sobre el descuido de la madre hacia los hijos, no puede dárseles crédito en forma categórica, ya que algunos lo saben de manera referencial y otras deposiciones contienen contradicciones (...)

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de febrero de dos mil cinco. Ref. 53-A-2004)

En segundo lugar es menester señalar que el Art. 257 C. F. prescribe "Se podrá autorizar el pago de la obligación alimenticia, en especie o en cualquier otra forma, **cuando a juicio prudencial del juez** hubiere motivos que lo justificaren." (resaltado fuera de texto).

Dicha disposición legal faculta al Juzgador para que pueda autorizar el pago de los alimentos en especie, **cuando fuere procedente**. La regla general es establecer el pago de la obligación alimenticia en efectivo, pues el progenitor a quién corresponda el cuidado de los hijos es quien mejor conoce las necesidades de éstos, no obstante existen situaciones que justifican su pago en especie como por ejemplo, cuando no existe un ingreso fijo, las actividades del obligado y las necesidades del alimentario lo permiten o tradicionalmente el obligado los ha venido cumpliendo de esa forma sin mayores dificultades, ya sea entregando

alimentos, ropa, entre otros o pagos directos en centros educativos, médicos, etc.; pero siempre tomando en cuenta el interés superior del menor Art. 350 C. F.. (...)

Los alimentos en especie impuestos al obligado, se entiende que serán acordes a las necesidades de los niños en la forma que se ha venido realizando, modalidad que originó la imposición de la cuota alimenticia en esa forma, ello en aras de que el obligado efectivamente pague dichos rubros y se involucre directamente en las necesidades y formación de sus hijos.

(Cam.Fam. S.S., veintiséis de marzo de dos mil siete. Ref. 48-A-2006)

13.10. ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS A FAVOR DE CÓNYUGES, HIJOS MENORES DE EDAD E HIJOS MAYORES DE EDAD.

En ese sentido siendo los gastos de las niñas de ***, que se solventaban con la ayuda de ***, que eran aportados por el padre, quien según se menciona no dejó bienes, por lo que no se siguieron las diligencias de aceptación de herencia como para demandar a los herederos de la sucesión, que en todo caso tendría que ser testamentaria, pues en la intestada entrarían también ellas en calidad de herederas; por eso se demandó al menor, quien únicamente puede responder con la pensión, la cual no se puede prorratear, puesto que no se trata de una partición de herencia, ni del caso contemplado en el Art. 1141 C. C., puesto que no es una herencia testamentaria. Tampoco se puede afectar al niño en ese beneficio dejado por su padre, quien en todo caso fue el que dispuso de esos beneficios (no en testamento, sino en la respectiva plica) para favorecer a las personas que incluyó en la misma; pensión que no puede compensarse ni gravarse salvo para responder por obligaciones alimenticias, Art. 133 Ley del I.P.S.F.A., por ende si bien procede la cuota, ésta ha de fijarse en un monto que no afecte al niño demandado, pues esa pensión no cubre la totalidad de sus necesidades, las que se dice ascienden a CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO 21/100 DÓLARES ($465.21), y que próximamente se incrementarán pues ya no será atendido en el Centro de Desarrollo Infantil de la Corte Suprema de Justicia; obviamente que con los años

sus necesidades se irán aumentando, advirtiéndose también que la madre tiene otros hijos que dependen de ella, amén de sus propias obligaciones económicas.

(Cam.Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005) [48]

Independientemente de lo anterior, a criterio de esta Cámara el título de hijo por el cual el niño *** puede hacer valer su derecho de alimentos en relación a su padre se ha extinguido en virtud del fallecimiento del señor ***; por lo que si efectivamente dicho título se había hecho valer (como se ha afirmado pero no comprobado) esa obligación no podrá ser trasmitida a los herederos por ser un derecho personalísimo, lo que sí procedería en el caso de que hubiesen herederos testamentarios sería pedir que se fijaran alimentos en base al acervo sucesoral, pero no habiendo herencia testamentaria o no existiendo bienes intestados procederá solicitar alimentos al alimentante de más cercano grado de parentesco, siempre que el otro progenitor –en este caso la madre- carezca de capacidad económica para satisfacer las necesidades del hijo. De existir herencia intestada, el alimentario es llamado a la sucesión, pudiendo pedir que se le declare heredero, pero no alimentos, pues no es una obligación transmisible; siendo que lo único que puede darse (como antes se dijo), es que de existir herencia testamentaria –pueda solicitarse alimentos a los herederos de la sucesión si el causante estando obligado al pago de alimentos no los estableció en su testamento. Art. 1141 C. C.

(Cam.Fam. S.S. diecisiete de noviembre de dos mil cinco. Ref. 139-A-2005)

El fundamento de la prestación alimentaria, en el marco de las relaciones de familia se fundamenta en la solidaridad familiar y, más precisamente, en el vínculo matrimonial entre los señores *** y ***.

En nuestro ordenamiento jurídico, existe la calificación de los alimentos legales, es decir, aquellos que se deben por ley entre ciertas

48. *Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD, numeral 13.3.2.2; ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS A FAVOR DE CÓNYUGES, HIJOS MENORES DE EDAD E HIJOS MAYORES DE EDAD, numeral 13.10 y LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD, numeral 13.3.2.2; todos de la parte sustantiva.*

personas (Cfr. Art. 248 C. F.) y dentro de éstos, los llamados "testamentarios" o "forzados", que se encuentran regulados en una "disposición especial" del Código Civil (Art. 1141); así como, las asignaciones alimenticias voluntarias, que son las hechas en testamento, por donación entre vivos y ante el Procurador General de la República (Cfr. Art. 271 C. F.), por definición, aún entre personas no obligadas legalmente.

De conformidad a lo expuesto, la asignación alimenticia especial regulada en el Art. 1141 C. C., nos reitera que "El testador deberá designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado a suministrar conforme al Título I, Libro Cuarto del Código de Familia"; es decir, los que se deben por ley entre ciertas personas; si el testador obligado no lo hace en su testamento, el juez los fijará en la sentencia, mediando reclamo del alimentario o alimentarios.

Que, la expresión "alimentarios" a que alude el artículo anterior, se complementa con el Art. 248 C. F. que determina los sujetos de la obligación, señalando que "Se deben recíprocamente alimentos: los cónyuges; los ascendientes y descendientes, hasta el segundo grado de consanguinidad; y, los hermanos". (...)

En este caso, al tener acreditado el vínculo matrimonial éste constituye el título para reclamar los alimentos que por ley se deben a la señora *** por parte de la sucesión del señor ***, representada por los herederos demandados. (...)

En opinión de este tribunal, las asignaciones alimenticias derivadas del Art. 1141 C. C., tienen lugar 1) cuando uno de los sujetos de la obligación alimenticia no ha designado en su testamento la cuantía de los alimentos o bien, 2) cuando habiéndola establecido, aquella fuese inferior a la que se fijaría en el proceso de familia correspondiente.

Así tenemos que efectivamente el causante señor ***, en el testamento abierto, público o nuncupativo otorgado por éste a las ocho horas del día quince de mayo de dos mil uno, el cual revocaba a cualquier otro anterior, incluyendo el otorgado a las ocho horas del día doce de enero de mil novecientos noventa y seis, no asignó ninguna cuota de alimentos a favor de la señora ***, lo cual se enmarca en el primero de los supuestos mencionados. En el mismo testamento reconoció el vínculo matrimonial que lo unía a la misma y manifestó que se encontraba separado de ella desde hacía veinte años, lo cual

analizaremos más adelante. Sin embargo, al no haberse designado expresamente una cuota de alimentos en el testamento, y siendo que por ley (Art. 248 C.F.) procedía el establecimiento de los mismos, es procedente el reclamo alimentario hecho por la señora ***. (...)

Por otro lado, cabe añadir que como resultado del carácter personal de la obligación alimenticia, en la mayoría de países, dicha prestación se extingue con la muerte del alimentante y alimentario, constituyendo así, una obligación intransmisible.

La inherencia personal del derecho y la obligación alimentaria determinan que, en el instante de la muerte de uno de los sujetos, cesa este vínculo obligacional (Cfr. BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 2ª reimpresión, Buenos Aires, 1998, Pág. 7).

Sin embargo, el Código de Familia adoptó el criterio de que los alimentos pueden ser transmisibles por causa de muerte, a los herederos o por donación entre vivos (Cfr. CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita; BONILLA DE AVELAR, Emma Dinorah; y otros, Manual de derecho de familia, Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial, 1ra. Edición, San Salvador, 1994, Pág. 644), rigiéndose en tal caso, "por la voluntad del testador o donante y el convenio respectivo", de conformidad al Art. 271.

Coadyuva a ello, la circunstancia que el Art. 270 Ord. 1°) C. F. establece que, "La obligación de dar alimentos cesará [...] por la muerte del alimentario", excluyendo así al fallecimiento del alimentante, según lo dispuesto en el Art. 271 C. F. (...)

En la contestación de la demanda se argumentó que en base a la causal cuarta del inciso segundo del Art. 1141 del Código Civil, a la señora ***, se debe privar de la porción alimenticia porque en el testamento el señor ***, declaró que estaba casado con dicha señora pero que se encontraba separado de la misma de manera absoluta desde más de veinte años, situación que efectivamente fue comprobada por la parte actora y con la prueba testimonial rendida en audiencia y con el interrogatorio directo de la demandante.

Que según lo manifestado por la parte actora esta separación debe interpretarse como un abandono y que como jamás hubo una reconciliación, resulta aplicable la causal de privación de porción alimenticia alegada.

Ante esto, tenemos dos conceptos jurídicos que deben ser analizados, "abandono" y "separación", ello para determinar si se configura o no la causal de privación invocada.

El término abandono debe interpretarse como una infracción al deber jurídico de asistencia. Es decir, si existió omisión de la ayuda que se debe al cónyuge necesitado, ya sea esta ayuda moral o material. Es en definitiva la infracción intencional a los deberes matrimoniales.(...)

Nuestro Código de Familia, aunque no resulte aplicable en este caso, solo define abandono al tratarse de menores en el Art. 182 número uno. No lo define cuando se trata de abandono entre cónyuges, pero en igual forma implica un desamparo.

Ahora bien, la separación regulada expresamente como una de las causales de divorcio según el numeral segundo del Art. 106 del Código de Familia, implica una infracción al deber jurídico de cohabitación. Sin embargo esta separación debe ir acompañada de un período de tiempo, es decir, que la intención de no vivir juntos, de no hacer techo, lecho y mesa comunes, sea manifiesta, a lo cual el legislador le concede un plazo mayor de un año, porque según debe interpretarse un año es un tiempo prudencial para determinar si esta separación adopta el carácter requerido por la ley.

Para determinar si existe o no (debió decir con) esta separación una infracción al deber de asistencia, por ejemplo debe valorarse si uno de los cónyuges tiene los medios materiales para asistir al otro cónyuge en alguna necesidad y no lo hace. En ese caso, estaremos hablando indudablemente de un abandono. Resulta importante entonces, la intención con la que se realiza el mismo, o dicho de otro modo, el abandono implica per se, un agravio al otro cónyuge, que se ve afectado por el hecho de que el otro lo deje en estado de desprotección, la separación, aunque pueda ser originado por causas no gratas entre los cónyuges por ejemplo peleas entre ellos, encierra finalmente una concertación.

En el lapso de la separación, si bien puede existir una infracción al deber de asistencia pero esta justificado por la misma separación, dado que al no convivir bajo un mismo techo, los cónyuges no pueden estar pendientes de todas las necesidades del otro.

En el caso sub examine, tenemos que la declaración del señor ***, en su testamento ha sido que se encuentra separado de su esposa,

nunca mencionó que hubiera existido un abandono. Asimismo, con la prueba testimonial presentada por la actora, se ha establecido que dichos señores mantuvieron comunicación, e incluso una relación de amistad; (...)

Nuestro Código de Familia, aunque no resulte aplicable en este caso, solo define abandono al tratarse de menores en el Art. 182 número uno. No lo define cuando se trata de abandono entre cónyuges, pero en igual forma implica un desamparo.

Ahora bien, la separación regulada expresamente como una de las causales de divorcio según el numeral segundo del Art. 106 del Código de Familia, implica una infracción al deber jurídico de cohabitación. Sin embargo esta separación debe ir acompañada de un período de tiempo, es decir, que la intención de no vivir juntos, de no hacer techo, lecho y mesa comunes, sea manifiesta, a lo cual el legislador le concede un plazo mayor de un año, porque según debe interpretarse un año es un tiempo prudencial para determinar si esta separación adopta el carácter requerido por la ley.

Para determinar si existe o no (debió decir con) esta separación una infracción al deber de asistencia, por ejemplo debe valorarse si uno de los cónyuges tiene los medios materiales para asistir al otro cónyuge en alguna necesidad y no lo hace. En ese caso, estaremos hablando indudablemente de un abandono. Resulta importante entonces, la intención con la que se realiza el mismo, o dicho de otro modo, el abandono implica per se, un agravio al otro cónyuge, que se ve afectado por el hecho de que el otro lo deje en estado de desprotección, la separación, aunque pueda ser originado por causas no gratas entre los cónyuges por ejemplo peleas entre ellos, encierra finalmente una concertación.

En el lapso de la separación, si bien puede existir una infracción al deber de asistencia pero esta justificado por la misma separación, dado que al no convivir bajo un mismo techo, los cónyuges no pueden estar pendientes de todas las necesidades del otro.

En el caso sub examine, tenemos que la declaración del señor ***, en su testamento ha sido que se encuentra separado de su esposa, nunca mencionó que hubiera existido un abandono. Asimismo, con la prueba testimonial presentada por la actora, se ha establecido que dichos señores mantuvieron comunicación, e incluso una relación de

amistad; (...) Este hecho que mantuvieran una relación de amistad después de la separación, nos confirma que en cierto modo, existió una concertación entre ambos, y que ninguno se sentía agraviado por el otro por no vivir juntos.

Consideramos que no se puede hablar propiamente de un incumplimiento al deber de asistencia, el hecho que la señora *** no se haya presentado al Hospital y haya estado atendiendo directamente al señor ***, mucho más si consideramos que el mismo señor ya había formado hogar "de hecho" con otra persona, y que tal persona sustituyó en las funciones que correspondían a la señora ***. En este punto, no compartimos el criterio de la Jueza a quo en cuanto manifiesta era necesario comprobar una reconciliación, ya que estimamos que nunca existió un abandono.

Es por ello que no compartimos el criterio de la Juez a quo, en cuanto confundió la separación con el abandono y fundamentó su fallo privando a la señora ***, del derecho de alimentos que le asiste, es por ello que consideramos tener por desestimada la excepción invocada y no existiendo ninguna causa que prive a la señora ***, de la porción alimenticia, es pertinente proceder a fijar la cuota de alimentos solicitada. (...)

Sin embargo, como ya se dijo, la sola circunstancia que el presente caso se trate del reclamo de alimentos derivado del Art. 1141 C. C., de ninguna manera impide que "el pago de los mismos sea proporcional a la capacidad económica de cada obligado".

En el sub lite para el establecimiento de la cantidad en concepto de cuota alimenticia, se debe analizar en proporción a los recursos económicos existentes en el haber sucesoral, es decir, tomando en cuenta el capital líquido del testador, suma que no deberá exceder una tercera parte de tal acervo líquido. (...)

(Cam.Fam. S.S., veintiséis de abril de dos mil siete. Ref. 198-A-2006)

Al respecto, consideramos que el Lic. *** planteó una sola pretensión: el pago de alimentos debidos por ley a sus dos representados, pretensión que puede hacerse efectiva en cualesquiera de las dos formas que establece la ley en el Art. 1141 C.C.: 1) Determinando la pensión mensual alimenticia; o 2) "... Señalando de una vez la suma total que

debe pagarse a título de alimentos".

De la primera forma de pago de los alimentos indicada en el artículo citado y señalado en el literal g) de la demanda, es de la que el Lic. *** expresó desistir cuando ya se había celebrado la audiencia preliminar en el proceso, momento en el cual ya se había contestado la demanda y trabado la litis, por tanto lo que pidió es simplemente que no se tome en consideración la forma de pago alternativa, sino únicamente que se le condene a la sucesión al pago de una sola cuota, de conformidad al Art. 1141 C.C.. Lo anterior no implica a nuestro juicio un desistimiento de la pretensión, sino una modificación en la modalidad de pago de esa pretensión, lo que en el fondo representa una modificación de la demanda, petición que desde luego no vincula al juzgador para decidir de esa manera, pues con independencia de la voluntad de la parte actora, el juez (a) en estos casos tiene libertad para decidir de la forma que mejor convenga a los alimentarios, dada la naturaleza de los alimentos, la edad de los alimentarios y la cuantía de la herencia, entre otros, decisión que en modo alguno atenta contra el principio de congruencia. Igual sucedería a vía de ejemplo con la modalidad de pago de los alimentos, que puede hacerse por retención salarial, depósitos bancarios, etc., de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular.

La pretensión que esencialmente se conoce es la de alimentos y no la forma de pago de los mismos; en consecuencia, no es procedente acceder a la petición de desistimiento, pues se trata como bien lo expresa la jueza de una modificación extemporánea de la demanda, de conformidad a lo establecido en el Art. 43 L.Pr.F. En consecuencia, es procedente confirmar lo resuelto por la a-quo en la providencia apelada en forma diferida.

De acuerdo al principio de libre testamentificación toda persona capaz, puede disponer de sus bienes como expresión de su última voluntad, otorgando testamento, para que surta efecto después de su muerte. Arts. 20 Cn. y 996 C. C.. Sin embargo, a pesar de haberse consagrado ese principio, si el testador está obligado legalmente a suministrar alimentos, deberá designar la cuantía en su testamento; si no lo hiciere podrán reclamarse judicialmente por los alimentarios.

La jueza a-quo estableció una cuota de DOS MIL CIEN DÓLARES MENSUALES ($2,100.00), expresando que esa suma es en proporción a las necesidades de los alimentarios y a la capacidad de la sucesión;

sin embargo es preciso prever que las necesidades de los niños irán incrementándose a medida que vayan transcurriendo los años, como por ejemplo su formación educativa, situación que es necesario tomar en consideración para la fijación de los alimentos provenientes de la sucesión, por cuanto en estos casos no es posible volver a entablar la misma pretensión, solicitando su modificación, ya que la sucesión no pervive sino que finaliza, de la misma manera lamasa sucesoral se determina una sola vez y no está sujeta a cambios en el tiempo, por esa razón la pretensión sólo puede ser ejercida una sola vez por los alimentarios. Además debe tratarse que –en lo posible- los alimentarios mantengan el mismo estilo de vida que acostumbraban en vida de su padre; por lo tanto, tomando en cuenta el acervo líquido de la sucesión del señor ***, es procedente proporcionarles una cuota alimenticia acorde a sus gastos y al nivel de vida acostumbrado, cuota que en este caso puede fijarse mensualmente o determinarse en una sola suma, pues se trata de alimentos sucesorales que como límite máximo no excederá de la tercera parte del acervo sucesoral, estableciéndose las garantías para su cumplimiento.

La parte ùltima del Art. 1141 C. C., al establecer que la cuantía o cuantías de las cuotas pueden ser disminuidas cuando concurran varios alimentarios, se refiere a aquellos casos en los cuales algunos alimentarios y los herederos hubieren previamente acordado la suma de dinero que en concepto de cuota se les pagarán, pero éstas no fueren proporcionales ni equitativas con los demás alimentarios que hubieren concurrido y con los cuales no hubo acuerdo.

Tratándose de alimentarios menores de edad, lo más adecuado y conveniente en principio, es que los alimentos se paguen mensualmente, tanto por su edad como por la naturaleza asistencial de los mismos, pues no se trata de una cuota hereditaria, no obstante, es menester analizar las circunstancias que pueda revestir cada caso en particular para establecer la modalidad de pago, en el *sub judice* se puede advertir que la relación entre los hijos que representan a la sucesión y la madre de sus hermanos menores se encuentra deteriorada a raíz de los intereses económicos que se discuten en este proceso y por otro lado que el acervo de la sucesión es cuantioso y está conformado mayoritariamente por acciones de las diferentes sociedades que conforman el haber sucesoral, lo cual genera cierta desconfianza en los peticionarios, por

la facilidad con la que se realizan las transacciones mercantiles y la inestabilidad de las sociedades, amén del tiempo en que quedarían vinculadas las partes por la obligación alimentaria, tiempo que por cierto no fue definido o determinado en la sentencia, siendo imperativo estimarlo por cuanto el patrimonio de la sucesión está limitado a determinada suma o cantidad. Es por ello que aún y cuando se estableció un pago en cuotas, debió además establecerse el tiempo durante el cual se estarían pagando, ya que se trata de una sucesión que tiene un límite de liquidez ya determinado en el proceso y que no pervive en el tiempo.

Desde esa perspectiva es conveniente que en el presente caso la cuota alimenticia se fije de una sola vez estableciendo la suma total a pagar a favor de los reclamantes, a fin de garantizar su efectivo pago, aún y cuando dicha suma sea cancelada en tres pagos, facilitando así el cumplimiento de la obligación por parte de los herederos, ya que la ley estableció que su pago puede hacerse mensualmente o señalando de una sola vez la suma total, lo que no implica necesariamente que dicha suma sea pagada también de una sola vez, pues será la conformación del patrimonio de la sucesión el que determinará la factibilidad del pago en esa u otra modalidad.

Como ha quedado dicho, los alimentos concedidos conforme al Art. 1141 C. C., varían sustancialmente en su forma de cumplimiento de los que se proporcionan en vida del alimentante. Es decir, que al solicitarse una cuota alimenticia por un monto total y único, no cabe solicitar otra suma en concepto de alimentos o gastos extraordinarios, pues es en esa suma en la que también se incluirán los extraordinarios que son aquellos que eventualmente pueden producirse como en el caso de enfermedades graves, entre otros, ello es así porque la cuota establecida no está sujeta a modificación.

En el *sub lite* las medidas "de anotación preventiva" han estado vigentes desde julio de 2003, y siendo que dentro de sus características se encuentra el de provisionalidad, consideramos necesario examinar si éstas han surtido el efecto de garantizar el cumplimiento de la obligación alimenticia; en ese sentido, de lo que consta en el proceso no se advierte que se haya presentado ningún incumplimiento en el pago de la cuota, es decir, que la sucesión *** no presenta cuotas atrasadas respecto de su obligación alimenticia, así también la parte

demandada, a fs. ... pidió al tribunal a-quo que la medida fuera sustituida por una fianza que garantizara el pago de los alimentos de los menores, petición que fue denegada por la jueza a-quo; pero al dictar la sentencia, accedió a levantar dichas medidas, previa constitución de garantía suficiente para cumplir la obligación, lo cual consideramos acertado, ya que el plazo de vigencia de las medidas cautelares está supeditado al prudente arbitrio del juzgador, en atención a los elementos que obren en el proceso, o a la concesión, como en este caso de rendir garantía o de que existan otras dentro del mismo proceso que sean suficientes para esa finalidad, por tanto las medidas cautelares pueden ser modificadas, sustituidas o cesadas, según las circunstancias de cada caso.

Tomando en cuenta que el acervo sucesoral del señor ***, se estima en CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO 68/100 DÒLARES ($5,803,955.68), cantidad que excede grandemente el monto de las cuotas alimenticias que mensualmente se les proporcionarían a los menores, aún en el momento que éstos alcancen la mayoría de edad; no obstante como bien lo menciona la a-quo en su sentencia, los alimentos no tienen como finalidad el enriquecimiento del alimentario, pero sí es factible con el acervo de la sucesión mantener el mismo nivel de vida de los alimentarios, proveyendo a sus necesidades en las condiciones a que estàn acostumbrados y en atención a la capacidad del obligado a darlos, en este caso la sucesión *********, la que junto con la madre de los menores están obligados a proporcionar alimentos a los niños.

Por lo dicho estimamos procedente que se levanten las medidas de anotación preventiva de acciones en el libro de Registro de Accionistas, ya que de permanecer vigentes se reduce el tráfico mercantil, causando daños económicos a los herederos de la sucesión, en sus utilidades y dividendos, al permanecer congeladas para esos efectos.

En el *sub lite* se planteó, por parte de la sucesión, la disposición de rendir una fianza por medio de una institución bancaria o una afianzadora de primer orden, debidamente autorizada para operar en El salvador, por una suma de $48,000.00 por un plazo de dos años. (ver fs ...).

Consideramos aceptable la propuesta de la parte demandada, tomando en consideración que hasta hoy han cumplido con la cuota establecida y porque además se ordenó anotar preventivamente un

inmueble valorado en TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE 50/100 DÒLARES ($371.639.50), fs. ..., según auto de fs. ...y oficio de fs. ...; por lo tanto procede levantar las anotaciones preventivas sobre las acciones, siempre que los herederos rindan la garantía ofrecida y se pruebe que el inmueble situado en la Colonia Escalón, de esta ciudad, efectivamente se encuentra anotado, ya que esa circunstancia no consta en autos, Art. 267 C. F.. El incumplimiento de esta sentencia expondría a los obligados a adquirir responsabilidades, incluso de orden penal.

Al establecerse la cuota alimenticia en una suma de OCHOCIENTOS MIL DÒLARES, pagadera en tres cuotas, se ha tomado en consideración la cuantía de la masa sucesoral, la cual está conformada mayoritariamente por acciones y además la parte que correspondería a la madre de los alimentarios, quien si bien es cierto no tiene derecho a alimentos, sino solamente los hijos, debe estimarse que el acervo líquido de la sucesión permite que éstos sean cubiertos mayoritariamente con el haber de la masa sucesoral y que la madre siga manteniendo con sus propios en los últimos años, proporcionando la parte de la cuota que le corresponde en mínima proporción, por cuanto no resulta atinado que pudiendo mantener la madre ese nivel de vida, tenga un estilo de vida completamente dispar al que tenían y tendrán sus hijos, cuando con el acervo de la sucesión se pueden cubrir incluso de manera exclusiva los gastos de estos últimos, a quienes dicho sea de paso la ley protege de manera especial en todos aquellos procesos en que se discutan sus derechos. Por otra parte, si las cuotas se pagasen de forma mensual, terminarían de cancelarse en un plazo extremadamente largo, exponiendo su pago a los altibajos del libre mercado y tráfico mercantil que afecta a las empresas. Art. 1141 C. C..

(Cam. Fam. S. S., veintidós de octubre de dos mil siete. Ref. 59-A-2006)

Constitucionalmente se reconoce el derecho a la libre testamentifacción, que no es más que una manifestación del derecho de propiedad y libertad de disposición de los bienes, que tiene como único límite la ley; es decir, se reconoce la facultad a toda persona capaz, de disponer a través de una manifestación de última voluntad

–testamento- de sus bienes, sin embargo el límite de la misma lo constituye la ley.(...)

En ese orden de ideas el Art. 1141 C.C. es conforme al Art. 22 Cn., advirtiéndose que la libre testamentifacción está limitada por las obligaciones o cargas alimenticias del testador; en otras palabras el testador puede disponer de sus bienes pero deberá previamente reconocer sus cargas alimenticias.

De lo expuesto subrayamos que dos son los supuestos que liminarmente deben tenerse en cuenta: A) Que no se hubiere reconocido la obligación alimenticia por parte del testador (en su testamento) y, B) Que habiendo sido reconocida dicha obligación, ésta lo haya sido en una suma inferior a la que proporcionalmente resulte entre la necesidad del alimentario y la capacidad del obligado (en este caso "tomando en cuenta el capital liquido del testador).

En el primer supuesto a diferencia del segundo es preciso que se acredite la existencia de la obligación alimenticia por cuanto la misma no fue reconocida por el testador; debiendo acreditarse no sólo el título, sino también los demás presupuestos prescritos en la Ley. (Hipótesis jurídica).

El Art. 254 C.F., regula los demás extremos procesales de la pretensión de alimentos: capacidad económica del obligado, necesidad del alimentario, dicha norma acoge además el principio de proporcionalidad, en virtud del cual los alimentos deben fijarse en proporción a ambos extremos (capacidad y necesidad) valorando además la condición personal de ambos y las obligaciones familiares del alimentante.

Analizaremos en un primer momento la necesidad de la señorita ***, la Jueza a quo ha sostenido en su sentencia, que dicha necesidad no existe, pues no se ha comprobado. Al punto esta Cámara considera que dicho elemento, deberá comprobarse; de no establecerse se volvería innecesario el análisis de los demás elementos: capacidad económica de la sucesión y otras obligaciones a cargo de la sucesión. (...)

Doctrinariamente se ha reconocido que los alimentos a favor de los hijos mayores de edad, se incluyen dentro de los alimentos que pueden reclamarse entre sí los parientes, fundándose en el principio de solidaridad familiar (...)

(...) La necesidad en el supuesto de alimentos de hijos mayores de edad, no es la misma que en el caso de hijos menores de edad. La primera se funda en el principio de solidaridad familiar y la segunda no es más que un deber de los progenitores derivado del ejercicio de la autoridad parental, por tanto la necesidad de alimentos de hijos mayores de edad no es vista tan ampliamente como la de los hijos menores de edad.

En ese sentido para la concesión de alimentos a favor de hijos mayores de edad, cónyuges, ascendientes y hermanos, deberá acreditarse la necesidad del alimentario, puesto que tratándose de hijos menores de edad – como lo señalamos *supra* los alimentos se fijan en función del ejercicio de la autoridad parental- por regla general la necesidad de un(a) niño(a) se presume atendiendo a su misma condición que les impide obtener recursos propios y suficientes para satisfacer sus necesidades; no obstante excepcionalmente pueden existir supuestos en que niños(as) obtengan suficientes recursos para satisfacer por sí mismos sus necesidades, como es el caso de niños(as) deportistas, artistas, entre otros sin que por ello los progenitores desatiendan sus deberes paternofiliales. (...)

Debemos valorar que en el caso de alimentos a favor de hijos mayores de edad, sus necesidades deben constreñirse a las elementales y básicas, como las relativas a alimentación propiamente dicha: comida, vestuario, vivienda, salud, servicios. Si, se tratase de jóvenes que aún no finalizan sus estudios, dicho rubro deberá ser incluido siempre que se reúnan los requisitos prescritos en los Arts. 211 y 214 C.F.-, de tal suerte que aquellos gastos que resulten superfluos no deberán incluirse dentro de las necesidades básicas a cubrir en este tipo de obligaciones. No obstante deberá tomarse en cuenta que en nuestro derecho de familia ha desaparecido la clasificación de alimentos congruos y necesarios tomando en cuenta únicamente las condiciones personales del alimentario. (...)

Respecto del rubro vestuario, a criterio de esta Cámara dicho egreso es excesivo y desmedido, ya que se afirma que mensualmente el mismo asciende a TRES MIL QUINIENTOS VEINTICINCO COLONES (¢3,525.°°), lo que equivale a CUATROCIENTOS DOS 86/100 DOLARES MENSUALES, ($402.86) y que sería aceptable en una persona cuya condición económica es bonancible y sufraga por sí misma sus gastos personales, pero en casos como el de autos, donde la base de los alimentos se funda en el principio de solidaridad familiar las necesidades a cubrir son las fundamentales para la subsistencia, es decir se pretende cubrir aquellos bienes de vida de los cuales la persona no puede prescindir acorde a su dignidad e integridad de ser humano, en la especie advertimos que la necesidad requerida por la parte actora en este rubro, va más allá de la necesidad fundamental o esencial, volviéndose prácticamente un gasto superfluo y excesivo, recordemos que la satisfacción de las necesidades ha de ser racional y no desmedida al punto que implique un enriquecimiento indebido pues no es esa la naturaleza de los alimentos.(...)

(...) La obligación de dar alimentos a los hijos mayores de edad, debe estar plenamente justificada. -entre otras razones- por la incapacidad física o mental del alimentario para proveerse por sí mismo alimentos para su subsistencia o por encontrarse en circunstancias que le dificulten su obtención. En el supuesto de los hijos mayores de dieciocho años, se deberán alimentos si continuaren estudiando en condiciones de tiempo y rendimiento con el objeto de que adquieran una profesión u oficio que les permita satisfacer sus necesidades por sus propios medios, la idea es como lo ha sostenido la *a quo* en su sentencia preparar a los hijos para la vida.

Así las cosas a criterio de esta Cámara, los estudios de postgrado de la demandante no son fundamentales para su preparación académica, ya que con los estudios que hasta este momento ha desarrollado puede perfectamente desenvolverse en el mundo laboral, de tal suerte que prescindir de esos estudios especializados no implica colocarla en una situación de desventaja o desprotección en su preparación académica, por tanto dichos gastos en principio deberían ser asumidos por la misma actora.

Consideramos que los estudios de maestría por los que se requiere el pago de alimentos, no constituyen una necesidad imprescindible que deba ser satisfecha por la sucesión del señor ***, es que como lo señalamos *supra* la insatisfacción de esa necesidad no pone en peligro la existencia de la demandante, por tanto dichos egresos no pueden comprenderse como una necesidad para establecer cargas alimenticias a la sucesión, como bien lo ha afirmado la *a quo*; en todo caso, si bien dicho egreso representa una necesidad para las aspiraciones profesionales de la parte actora, la misma no es de primer orden, por lo que para el caso de autos no representa el tipo de necesidades a sufragar con la obligación alimenticia.(...)

Como lo señalamos supra, las necesidades en este tipo de alimentos se deben de delimitar a las necesidades fundamentales para la subsistencia, sin embargo no sólo bastará con acreditar la existencia de las necesidades sino además la imposibilidad de proveerse por si mismo los recursos necesarios para la satisfacción de esas necesidades fundamentales, ya que se presume que un adulto cuenta con los medios necesarios para satisfacer por si mismo sus necesidades, de lo contrario, toda persona estaría legitimada para solicitar alimentos a sus progenitores o parientes en tanto todo ser humano tiene necesidades que deben ser cubiertas, en consecuencia y a fin de no excederse en la aplicación del derecho y evitar abusos es un deber procesal acreditar la imposibilidad del reclamante, para procurárselos por sí mismo. (...)

En cuanto al padecimiento de sinusitis crónica, como lo señalamos *supra* compartimos el criterio de la *a quo,* ya que dicha enfermedad no representa gravedad tal que impida a la demandante ejercer actividades especialmente laborales sobre todo si éstas se desempeñan en ambientes adecuados, por lo que atendiendo a la profesión de la demandante difícilmente se expondrá a un ambiente que le genere exacerbaciones y crisis físicas, por tanto dicha alegación no ha sido debidamente acreditada; más bien a criterio de este Tribunal, en el *sub judice* la actora se acomodó a un estilo de vida en virtud del cual no previó como necesaria su incorporación al mercado laboral, prueba de ello es la misma actitud de la demandante, quien no obstante haberse graduado como Licenciada en Relaciones Públicas y Comunicaciones en el año de mil novecientos noventa y siete, sólo ha

desempeñado trabajos temporales, no habiéndose preocupado por establecer una estabilidad laboral, que le permita ir desarrollando una experiencia profesional, acorde a su preparación académica, por tanto, si en este momento se le dificulta acceder al mercado laboral bajo una remuneración acorde a su nivel de preparación, ello es consecuencia de la poca experiencia adquirida en ese ámbito.

En cuanto a los estados depresivos, el peritaje psicológico ya relacionado no concluye que la señorita ***, se encuentre impedida para desempeñar labores profesionales a consecuencia de estados depresivos, es más se afirma enfáticamente que ella no padece de ninguna enfermedad mental, únicamente se refiere la existencia de elevada ansiedad, lo que se afirma es una característica común frente a eventos estresantes, a criterio de este Tribunal, tampoco dicha situación representa un impedimento para ejercer su profesión.

En cuanto a la necesidad de finalizar los estudios de maestría, se deberá estar a lo antes dicho, respecto a que los estudios de post-grado de la demandante no son esenciales para obtener un trabajo o ingresos, ya que con su preparación académica puede perfectamente incorporarse al mundo laboral de forma competitiva.

Concluimos que ninguna de las circunstancias expuestas en la demanda constituyen un impedimento real que imposibilite a la señorita *** desempeñar actividades laborales que le permitan obtener ingresos para la satisfacción de sus necesidades; es más, la testigo ***, refiere que la demandante realiza alguna actividad laboral; por tanto tal como lo ha sostenido la *a quo* en la sentencia, establecer una cuota alimenticia a favor de la actora implicaría desnaturalizar la institución de los alimentos, caso contrario sería de justicia fijar alimentos que recayeran sobre necesidades elementales, si efectivamente se hubiese acreditado que la señorita *** no tiene capacidad para proveerse por sí misma los recursos necesarios para su subsistencia, de tal suerte que no se "puede por justicia" fijar alimentos por la contrariedad y malestar de la demandante provenientes de la omisión del testador de asignar una porción de la masa sucesoral ya que el señor ***, en virtud del principio de libre testamentifacción no estaba en dicha obligación, a menos que se hubiese demostrado la necesidad de alimentos a favor de la actora trasladándose

esa carga a la sucesión; por consiguiente es procedente confirmar la sentencia en dicho punto.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de octubre de dos mil siete. Ref. 3-DH-2006)

13.11. ASIGNACIONES ALIMENTICIAS VOLUNTARIAS.

En el sub lite, nos encontramos en el supuesto regulado en el Art. 271 C.F., en tanto **la obligación alimenticia reclamada nace de la declaración de voluntad del Sr ***, consignada en el testamento ya relacionado**, es que en el mismo claramente se reconoció la obligación legal del *de cujus;* al designar una cuantía de alimentos a favor de sus menores hijos; por otra parte del material fáctico de la demanda no podemos inferir que la parte actora no esté conforme con la cuantía asignada y reclame en ese sentido en lo pertinente la aplicación del Art. 1141 C.C., por más que lo cite y sea éste el fundamento legal de su pretensión; dicha obligación fue establecida por el testador, por ende lo único que se podía pedir en base a esa norma era su modificación solicitando una suma mayor o un cambio en la forma de pago.

Este Tribunal entiende, que lo que realmente pretende la parte demandante es que se ordene judicialmente a la Sra *** el pago o cumplimiento puntual de la obligación alimenticia testamentaria: En ese sentido se pretende obtener **una sentencia declarativa de una obligación previamente constituida;** así las cosas debemos analizar la procedencia y utilidad de dicha declaratoria o si basta con que dicha obligación se encuentre consignada en el testamento, para que pueda hacerse cumplir coercitivamente (como toda obligación sucesoral impuesta al heredero(a)). (...)

En este orden de ideas, la obligación de pagar los alimentos para los citados niños, no tiene que ser declarada judicialmente; en tanto se origina en el testamento, instrumento que a su vez tiene como génesis la ley, Arts. 171 C.F. y 1141 C.C.

Así la cuestión debemos determinar el grado de **ejecutabilidad que la obligación trae aparejada**, ya que en definitiva lo que se pretende es el cumplimiento del pago de alimentos establecidos en ese instrumento. (...)

En principio haciendo una interpretación literal, se podría afirmar

que el testamento no tiene fuerza ejecutiva para hacer cumplir en esta sede la asignación alimenticia; sin embargo interpretando sistemática y teleológicamente las normas y haciendo uso de la analogía Art. 9 C.F.; concluimos que el testamento al igual que los convenios y las resoluciones emitidas en la Procuraduría General de la República, Art. 263 C.F., deben ser ejecutados sin necesidad que previo a ello se emita sentencia que declare la obligación previamente constituida; con el objeto de evitar un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional, ya que la obligación se encuentra en el testamento y los herederos tuvieron la posibilidad de repudiar la herencia, al no hacerlo y aceptar con beneficio de inventario, deben responder por las deudas y obligaciones alimenticias contraídas por el *de cujus* con el patrimonio de éste, al haberse aceptado con beneficio de inventario; de esta forma la obligación es vinculante a los herederos en tanto aceptaron la herencia testamentaria en sede civil, por lo que se vuelve redundante que en sede familiar se pretenda obtener una sentencia declarativa de una obligación que ya fue aceptada por los herederos; por tanto bastará para admitir la ejecución de la asignación alimenticia acreditar liminarmente la existencia de la misma por medio del testimonio del testamento, la declaratoria de herederos, la constitución de la sociedad con bienes de la sucesión del causante y la alegación del incumplimiento. (...)

En principio se obliga a la Sra. ***, a efectuar la entrega de la cuota alimenticia; en dicha cláusula no se dice el carácter en que realizará dicho pago, pero interpretando de forma integral el testamento, comprendemos lógicamente que es una obligación impuesta en su carácter de heredera universal y que aún cuando son cuatro los herederos universales incluyendo a los alimentarios, dicha obligación se estableció de forma especifica a la mencionada señora.

Por otra parte, debemos analizar el rol de !a sociedad en el pago de los alimentos; es que como señalamos supra uno de los objetos de la constitución de la sociedad sería el pago de los alimentos y la conservación del patrimonio. De la cláusula testamentaria se desprende que será de las utilidades que genere dicha sociedad que se pagarán los alimentos.

Esa obligación vincula las utilidades obtenidas por la sociedad; en tanto la misma se constituyó no solo como una condición derivada del testamento, a fin de que sus socios (los herederos) pudiesen acceder

a la herencia; sino que los bienes que conforman el capital social pertenecen a la masa sucesoral; además en la escritura de constitución de la aludida sociedad consta que una de las administradoras de la misma es la Sra. ***. (...)

Este Tribunal no comparte las opiniones de la a qua, al considerar que la sucesión no podía ser demandada, por no ser persona jurídica, puesto que a nuestro juicio bien puede demandarse indistintamente a los herederos como representantes de la sucesión o lo que es lo mismo a la sucesión por medio de sus herederos, lo que jurídicamente ha sido aceptado en los litigios concernientes a la sucesión, ya que por una ficción legal la personalidad del causante es representada por sus herederos.

En el sub lite la sucesión no era la demandada, sino una de los herederos universales, en su carácter de heredera obligada de acuerdo a las cláusulas del testamento; recordemos que una vez aceptada la herencia son los herederos quienes representan a la sucesión en sus derechos y obligaciones; por otra parte la sociedad es una persona jurídica, es decir que ostenta las mismas condiciones que una persona natural en cuanto a las relaciones patrimoniales y en ese sentido es susceptible de contraer obligaciones y ser ejecutada para el cumplimiento de las mismas a través de sus representantes legales; si bien en el sub lite, la obligación no fue contraída por la sociedad, la misma fue constituida como una condición testamentaria y no era desconocida por los socios fundadores; de hecho el cumplimiento de esa obligación es una limitante dentro de la misma sociedad, en ese sentido dicha cláusula debió estar presente en la escritura de constitución, sin embargo el hecho que no lo esté no los exonera de su cumplimiento o de probar que la sociedad no ha generado utilidades para ello.

(Cam. Fam. S. S., doce de julio de dos mil seis. Ref. 39-A-2006)

13.12. MEDIDAS CAUTELARES PARA GARANTIZAR EL PAGO DE LOS ALIMENTOS.

En todo caso, tratándose de alimentos deberán garantizarse los pagos futuros, ya sea con fianza personal (persona abonada), anotando preventivamente o dando en garantía un mueble o inmueble propiedad del deudor (...)

(Cam. Fam. S. S. veintiuno de enero dos mil cinco. Ref. 117-A-2003)

(...) En el caso de los alimentos provisionales o definitivos, pueden aceptarse diferentes clases de caución, ello dependerá de las circunstancias del caso, de las condiciones y disponibilidad que muestre o haya demostrado el obligado a cumplir con los alimentos. Las cauciones pueden otorgarse mediante garantía hipotecaria y bancaria; sólo excepcionalmente y dependiendo de las condiciones personales del obligado, puede aceptarse la caución personal, previo análisis de lo dispuesto por el Art. 258 C.F., en cuanto a que la garantía sea "previa y suficiente".

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 41-A-2006)

13.12.1. CAUCIÓN PERSONAL.

La caución es la seguridad dada por una persona a otra de cumplir lo convenido o pactado; aún sin el concurso espontáneo de su voluntad. La caución puede ser una garantía personal como la fianza o una real como la prenda o hipoteca.

El objetivo de la caución en los juicios de alimentos es asegurar el fiel cumplimiento de la obligación alimenticia, por tanto, es una especie de medida cautelar, que como tal requiere que se reúnan las condiciones esenciales: peligro en la demora y apariencia del buen derecho, además por su naturaleza puede ser decretada incluso oficiosamente por el juzgador. En este caso se trata de asegurar el pago de una prestación económica que se impuso en la sentencia.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de julio de dos mil seis. Ref. 25-A-2006)

13.12.2. RESTRICCIÓN MIGRATORIA.

La medida cautelar solicitada de restringir el movimiento migratorio del Sr. ***, no es procedente decretarla en este estado del proceso, por cuanto no se ha acreditado en el mismo (al momento de interponer el recurso), un peligro de mora – periculum in mora -, por el contrario, existe un arraigo laboral y familiar del obligado, que permite colegir que éste no abandonará a corto o mediano plazo el territorio nacional para iniciar un nuevo proyecto de vida en el extranjero. Además ha de valorarse la situación alegada por el obligado, en cuanto a que para desenvolverse en actividades comerciales en Centro América, necesita

tener libertad ambulatoria, por tanto no procede por ahora decretar la restricción migratoria que se pide.

(Cam.Fam. S.S. catorce de junio de dos mil cinco. Ref. 190-A-2004)

De acuerdo a lo anterior, la Jueza perfectamente puede decretar la expresada medida, que en doctrina se conoce como restricción migratoria. Este concepto es más amplio ya que puede incluir tanto el ingreso como la salida del país, mientras no caucione la cuota alimenticia (fin último del aludido mecanismo de coerción relacionado).

(Cam.Fam. S.S. dieciocho de agosto de dos mil cinco. Ref. 181-A-2004)

Por otro lado, en cuanto a las circunstancias que motivaron la concesión de la restricción migratoria, tenemos que en el sub lite, el objeto de decretar dicha medida cautelar es con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación alimenticia impuesta al demandado, a favor de sus hijos ***, *** y ***, todos de apellidos ***, quedando su vigencia sujeta al rendimiento de una garantía previa y suficiente, por cualquier medio legal. Art. 258 C. F..

Al respecto, tenemos que en la sentencia no se esgrimen las razones que hagan presumir que el obligado puede salir del país con la finalidad de evadir el cumplimiento de la obligación alimenticia impuesta, a favor de sus referidos hijos. Por el contrario, se ha comprobado con la prueba testimonial y documental presentada, que no se han verificado incumplimientos que hagan presumir que el obligado no proporcionará la cuota que se le ha impuesto y aunque ha viajado y ha tenido la oportunidad de establecerse en otro país, no lo ha hecho. Asimismo, hay que tomar en cuenta que dicho señor tiene arraigo domiciliar, familiar y laboral que le impediría en algún momento dejar el país por el sólo hecho de evadir el cumplimiento de la cuota alimenticia. Además, voluntariamente ha estado aportando la cuota alimenticia de *** DOLARES MENSUALES a favor de sus hijos, y el incremento que esta Cámara ha hecho a tal cuota por *** DÓLARES, no configura un periculum in mora, determinante para decretar esa medida cautelar. (...)

Por otra parte, habrá que tomar en cuenta que los hijos se encuentran fuera del país y que se ha manifestado por la parte actora

y por los testigos presentados por ésta, que el demandado sale en varias ocasiones del país con el objeto de visitarlos, es decir, que hasta la fecha dicho señor ha tenido una buena relación y comunicación con sus hijos, por lo que una restricción migratoria vendría a obstaculizar el ejercicio efectivo del derecho que tienen sus hijos de comunicación, relación y trato con su padre señor ***, es por esa razón que consideramos pertinente revocar la medida impuesta y no exigir otra garantía al referido señor, puesto que no se configuran los supuestos para tal efecto. La constitución de otro tipo de garantías, por ejemplo la hipoteca no cumpliría a cabalidad su finalidad, por cuanto los inmuebles del alimentante se encuentran gravados y respaldan obligaciones financieras que dicho señor ha adquirido, por lo cual no es viable exigir la constitución de otro tipo de garantía.

(Cam. Fam. S. S., quince de junio de dos mil siete. Ref. 105-A-2006)

13.12.3. GARANTÍA HIPOTECARIA.

(...) en vista del posible incumplimiento de la obligación alimenticia impuesta, en la sentencia impugnada se ordenó la rendición de garantía hipotecaria dentro de los seis meses siguientes por parte del señor ***, lo que legalmente procede de acuerdo a los Arts. 265 y 267 C. F. y 139 L. Pr. F.

El apelante alega que no es posible cumplir con la misma, en virtud de que su representado no posee bienes inmuebles sobre los cuales pueda constituirse gravamen hipotecario, solicitando a este tribunal se ordene garantizar la misma con garantía personal.

Esta Cámara considera que no es dable acceder a lo pedido por el apelante, por las razones siguientes: **a)** A Fs. 86/87 corre agregada escritura pública de compraventa de inmueble situado en jurisdicción de Guaymango, hoy Acajutla a favor del demandado y sobre el cual no existe ningún tipo de gravamen, situación que desvirtúa lo alegado por el apelante; y **b)** La persistente actitud de incumplimiento del pago de los alimentos provisionales por parte del demandado que dio lugar al decreto de embargo de Fs.328/330, confirmando lo expresado por los niños en la audiencia *ut supra* señalada; lo anterior desacredita

la procedencia de una garantía personal; por lo tanto deberá confirmarse la sentencia en ese punto.

(Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 175-A-2005)

Si bien es cierto, aunque el Art. 258 del Código de Familia, no determinó qué debía entenderse por tener por "**caucionar previa y suficientemente la obligación**", existen ciertos parámetros legales como el establecido en el Art. 139 literal b) L.Pr.F., que prescribe "en la sentencia se podrá ordenar la constitución de garantía hipotecaria, prendaria o de cualquier otra clase para garantizar el pago de alimentos" lo que habilita al Juzgador, según las circunstancias del caso, a aceptar una fianza personal y no necesariamente bancaria, prendaria o hipotecaria.

Es por ello, que en el *sub júdice,* esta Cámara considera que al ofrecer el señor *** como respaldo de sus responsabilidades alimenticias, una garantía personal, constituyendo como su fiadora a la señora *** (madre) en caso de incumplimiento y considerando que en la misma demanda se menciona que dicha señora siempre ha apoyado al demandado para la manutención de su nieto ***, sin necesidad que exista un compromiso legal para ello, resulta pertinente aceptar la fianza personal ofrecida.

Asimismo, en consonancia con el párrafo que antecede hay que considerar que la señora ***, cuenta con un empleo fijo y percibe ingresos suficientes para responder por la obligación alimenticia del señor *** en caso de un **eventual incumplimiento**.

(Cam. Fam. S. S., catorce de marzo de dos mil siete. Ref. 111-A-2006)

13.12.4. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA DEMANDA.

Se trata de una medida cautelar (la anotación preventiva) cuya finalidad primordial es garantizar las obligaciones de tipo patrimonial que pudiere acarrear la sentencia del proceso y su correspondiente ejecución, sobre todo tratándose de alimentos a menores de edad.

Dentro del ámbito del derecho de familia estos mecanismos son empleados para garantizar las resultas del proceso, en esa línea

encontramos la anotación preventiva de la demanda con lo que se respaldan futuras obligaciones de carácter económico. Lo normal en estos casos es que una vez fijada la cuantía de lo adeudado, al cancelar la obligación o garantizar su cumplimiento por medio de una caución suficiente, la cual puede ser -para este caso- bancaria o hipotecaria, se puede -previo pronunciamiento de la contraparte- levantar la anotación preventiva.

(Cam. Fam. S. S. tres de marzo de dos mil cinco. Ref. 88(1)-A-2004)(El paréntesis nos pertenece).

En cuanto a la medida cautelar de anotación preventiva, acotamos que la misma podría decretarse en aras, no de asegurar una cuota provisional –la cual como ya se dijo resulta improcedente en este caso- sino, el pago de la obligación que se reclama, es decir, el eventual incremento que pudiera darse, sin embargo, constan agregadas en autos las certificaciones del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas en las cuales se comprueba que ninguno de los inmuebles propiedad del señor *** se encuentra libre de gravamen (e incluso varios de ellos se encuentran con una o varias presentaciones y embargos a favor de las mismas demandantes), razón por la cual la medida cautelar de anotación preventiva no tendría plena ni real efectivización y consecuentemente, sería inútil el decreto de la misma (...)

(Cam. Fam. S. S., veintiséis de octubre de dos mil siete. Ref. 123-A-2007)

13.12.5. ALIMENTOS PROVISIONALES.

Este Tribunal sostiene que la pensión alimenticia provisional es una especie de medida cautelar. En ese sentido se trata de un decisorio de carácter jurisdiccional, provisorio, discrecional, mutable e instrumental, encaminado a proteger a los alimentantes. El objetivo de las medidas cautelares consisten: 1) Órdenes de protección; 2) Evitar daños graves o de difícil reparación al solicitante, antes de la sentencia – como en el sub judice – en que se trata de garantizar los derechos de los alimentarios y evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a la parte beneficiaria, antes de pronunciar la sentencia definitiva; y 3) Asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia que se dicte. De esta última clase es la que decreta alimentos provisionales.(...)

Sobre la procedencia de la cuota alimenticia provisional, debe aclararse que aún y cuando ésta es fijada liminarmente, la parte demandante debe en su escrito inicial exponer claramente la necesidad de decretar una medida cautelar de esta naturaleza, pues la injerencia o envergadura de la misma implica que la responsabilidad exclusiva de la medida le corresponde al peticionario. Por ello consideramos que para el establecimiento de las medidas, el juez debe valorar los elementos probatorios que hasta ese momento tiene.

(Cam.Fam. S.S. veintisiete de abril de dos mil cinco. Ref. 195-A-2004)

Estos tienen como finalidad cubrir las necesidades del alimentario durante la tramitación del proceso, por lo que se fundamentan en la necesidad de afrontar los gastos necesarias, en este caso de los menores y de la madre, hasta que se logre recabar la prueba necesaria para el establecimiento de una cuota alimenticia definitiva (...)

(Cam.Fam. S.S. veintidós de agosto de dos mil cinco. Ref. 30-A-2005)

En razón de ello, esta Cámara considera que la cuota impuesta por la a quo cumple con la finalidad que la ley ha previsto, es decir, suplir las necesidades alimenticias básicas del menor ***, mientras se determina a cabalidad y con mayor certeza, en forma definitiva tal obligación, pues deben producirse y valorarse ampliamente las pruebas ofrecidas para tal efecto, no obstante que en la demanda se haya solicitado una cantidad mayor, en concepto de alimentos, pues debido a la etapa procesal en que se encuentra el proceso no ha desfilado toda la prueba, por lo que con los elementos que se tienen actualmente se ha acreditado el derecho reclamado y el monto de las necesidades de *** y únicamente la capacidad económica del obligado.

(...) Por ello, consideramos que la suma fijada en concepto de alimentos provisionales está apegada a derecho, procediendo su confirmación.

(Cam.Fam. S.S. diecinueve de diciembre de dos mil cinco. Ref. 35-A-2005)

13.13. APLICACIÓN DEL ART. 253-A C.F.

Respecto de la aplicación del Art. 253-A L.Pr.F. (debió decir C.F), es importante mencionar que por la misma naturaleza de las medidas cautelares y aunque algunas de ellas pueden imponerse de forma conjunta por no ser excluyentes, excedería el rigor de las mismas, que se decretara al obligado la restricción migratoria y al mismo tiempo se le impida la obtención de ciertos documentos o la contratación mercantil por no encontrarse solvente de la obligación alimenticia. Por lo que deberá decidirse la situación menos gravosa para el Sr. *** y que al mismo tiempo permita garantizar la obligación a favor de sus hijos.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 41-A-2006)

En el caso que conocemos, los alimentos provisionales requieren para su concesión, la acreditación de ciertos extremos como el título que legitima los alimentos, la capacidad económica del alimentante y la necesidad del alimentario, aunque dicha acreditación, dada lo provisorio de la medida no debe ser rigurosa, bastando únicamente para su concesión que exista "fundamento razonable" para ello (Arts. 255 C. F. y 139 lit. a) L. Pr. F.).

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de julio de dos mil siete. Ref. 35-A-2007)

13.14. EXIGIBILIDAD DE LOS ALIMENTOS.

En el sub lite esa disposición (Art. 253 C. F.) no puede aplicarse en la forma solicitada, es decir no pueden pagarse los alimentos desde la interposición de la demanda, puesto que previo al inicio del proceso, se acordó una cuota alimenticia en la Procuraduría General de la República, por tanto dicha cuota es la que deberá pagarse en tanto no sea modificada en sede judicial, aún y cuando la necesidad hubiere variado y que por ello se soliciten ahora por la vía judicial entendiendo que las necesidades del hijo se estaban cubriendo con la cuota mencionada, la que si bien no fue pagada cayéndose en mora ésta deberá ser reclamada judicialmente; distinto sería sino se hubiese fijado cuota alimenticia con antelación pues en ese caso los alimentos se deberán desde la interposición de la demanda salvo que el obligado probare que ha estado cubriendo de hecho la obligación alimenticia.

Por las razones expuestas es procedente confirmar la resolución de fs. ... que denegó el pago de los alimentos desde la interposición de la demanda.

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de febrero de dos mil seis. Ref. 98-A-2005)

Debe acotarse, en cuanto a lo solicitado por la demandada que los alimentos en este caso, se dictaron como consecuencia del divorcio, aún cuando fueron peticionados por la vía de la reconvención, esta no fue aceptada, según resolución de Fs. 22, quedando únicamente como una simple contestación de la demanda, no siendo aplicable entonces el Art. 253 C.F., por lo que éstos se deben desde que se dictó la sentencia, pues en aplicación del Art. 83 L.Pr.F. esta causa ejecutoria no obstante apelación.

(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil seis. Ref. 71-A-2006)

Los alimentos en este caso, aún cuando se dictaron como consecuencia del divorcio, fueron solicitados como una pretensión acumulada por la vía de la reconvención –aún cuando indebidamente no se le dio el trámite, según resolución de Fs. 22- por lo que resulta aplicable analógicamente el Art. 253 C.F., por tanto estos se deben desde la interposición de la contestación, momento procesal en el cual fueron solicitados. Así mi voto.

(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil seis. Del voto discordante del Dr. JOSÉ ARCADIO SÁNCHEZ VALENCIA. Ref. 71-A-2006)

En lo que se refiere al momento a partir del cual debe pagarse la cuota alimenticia; es preciso advertir que si bien se peticionó en la demanda Fs. 3 vuelto alimentos provisionales, éstos nunca fueron decretados por la a quo, la parte actora tampoco insistió en tal petición y es hasta el momento de la apelación, en que solicita el pago retroactivo de dicha cuota, al efecto este Tribunal ha sostenido en anteriores precedentes que cuando se trata de un juicio de divorcio y la cuota alimenticia no se ejerce como una pretensión acumulada, Art. 42 L.Pr.F. sino como una consecuencia del divorcio, Art. 111 C.F., no opera

el pago retroactivo como en el caso del juicio de alimentos, a menos que se hayan fijado de manera provisional al admitirse la demanda y al no haberse pagado se solicitará su cumplimiento forzoso.

Bajo ese orden de ideas, en un divorcio no se puede exigir el pago retroactivo de alimentos sino se ha pedido como una pretensión acumulada a la de divorcio, y en este caso sólo se pidieron alimentos provisionales, los cuales no fueron concedidos; en consecuencia, resulta improcedente declarar que el pago de los alimentos se retrotraiga al momento de presentación de la demanda, por cuanto no se ejerció como una pretensión acumulada ni existió pronunciamiento oportuno de alimentos provisionales.

(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil seis. Ref. 186-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., diez de julio de dos mil siete. Ref. 106-A-2006.

En reiterados pronunciamientos esta Cámara ha sostenido que en los juicios de divorcio las pretensiones relativas al ejercicio del cuidado personal, régimen de visitas y cuotas alimenticias son conexas y por ende independientes a la principal; en ese sentido no hay ningún inconveniente que en el punto relativo a los alimentos la sentencia tenga un efecto retroactivo, por cuanto dicho efecto es única y exclusivamente sobre este punto, sobre todo en casos como el de autos en el que por una omisión de la a quo no se fijó alimentos provisionales, amén de que se contaban con elementos mínimos que hacían inferir la capacidad del obligado.

En consecuencia no hay ninguna limitante para aplicar el Art. 253 C.F., al caso de autos y consecuentemente ordenar el pago de los alimentos a favor de *** desde la interposición de la demanda.

Carece de fundamento la tesis que sostiene que por ser los alimentos una consecuencia del divorcio, de conformidad al Art. 111 C.F. éstos deben decretarse desde el momento en que se dicta la sentencia, ello implica subordinar la pretensión de alimentos a la de divorcio y no reconocer su conexidad, independientemente de que estos no hayan sido solicitados por la vía de la reconvención; en

consecuencia a mi criterio procede otorgar los alimentos a favor de *** en carácter retroactivo y en ese sentido el obligado los deberá desde el momento de la interposición de la demanda.

(Cam.Fam.S.S., trece de noviembre de dos mil seis. Del voto discordante del Dr. JOSÉ ARCADIO SÁNCHEZ VALENCIA. Ref. 186-A-2005)

En ese sentido las disposiciones (Arts. 253 y 255 C.F. y 139 literal a) L.Pr.F.) son claras al señalar que los alimentos se deben desde la interposición de la demanda, sin perjuicio de que los alimentos provisionales se decreten desde la admisión de la demanda cuando se ofrezca fundamento razonable para ello, dichas normas a criterio de esta Cámara se complementan entre sí, no resultando contradictorias como en algún momento se sostuvo por algunos sectores doctrinarios; ya que efectivamente los alimentos provisionales pueden decretarse *ab initio* con los elementos que liminarmente aporte el actor, por lo que es posible -tal como ha acontecido en autos- que la cuota que provisionalmente se establezca no se equipare a la que de forma definitiva se fije en la sentencia al recabarse todos los medios de prueba ofrecidos y los que oficiosamente se ordenen; en este caso siendo que los alimentos se deben desde la interposición de la demanda, se deberá establecer en la sentencia el monto adeudado descontando del monto definitivo las sumas que en concepto de alimentos provisionales fueron pagadas oportunamente.

Bajo ese orden de ideas independientemente de que se hayan establecido alimentos provisionales, los alimentos se deben desde la interposición de la demanda en el monto que finalmente se fijen como definitivos en la sentencia, tal como lo dispone el Art. 253 C.F.,(...)

(Cam.Fam.S.S., diecisiete de julio de dos mil siete. Ref. 210-A-2006) (El primer paréntesis nos pertenece).

13.15. MODIFICACIÓN ULTERIOR DE LA SENTENCIA QUE IMPONE ALIMENTOS.

Como lo hemos mencionado *ut supra*, la ley contempla que dichas cuotas pueden modificarse únicamente bajo los siguientes supuestos: A) El cambio de circunstancia respecto de la capacidad

económica del alimentante, y **B)** La variación en las necesidades del alimentario.

(Cam. Fam. S. S: diez de enero de dos mil seis. Ref. 16-DH-2004)

En los casos como el sub lite, que pretende modificarse la cuota alimenticia debe comprobarse que han cambiado las necesidades del alimentario o las posibilidades económicas del alimentante. (Arts. 110 y 259 C F., 83 L. Pr. F.).

Los elementos a establecer en los casos de modificación de una sentencia ejecutoriada en que se hubiere fijado cuota alimenticia, es la alteración sustancial de las circunstancias bajo las cuales fue aprobado el convenio de divorcio. (...)

Por lo que habiendo sido analizados los presupuestos necesarios para decretar una cuota alimenticia somos del criterio en el sub lite no se probaron de manera fehaciente los ingresos del demandado, solamente se mencionan que oscilan entre *** mensuales; acotando que por las condiciones en que vive además de recibir la colaboración de su esposa posee un nivel de vida del que se infiere una mejor posición económica de la expresada por él, por lo que estimamos que puede aportar una cuota mayor a la establecida en la sentencia que se pretende modificar,(...).

Por otra parte, la señora *** hoy de *** no probó a cuanto ascendían las necesidades del menor *** simplemente con los $500.°° solicitados tácitamente establecía un parámetro sobre lo que podrían ser sus gastos; entendiendo esta Cámara que sus necesidades se han incrementado con el simple transcurso del tiempo en vista de la edad actual del niño y la inflación económica, pero que únicamente se tiene lo dicho por la demandante, así como también lo expuesto por el demandado mas lo que se menciona en los estudios en los que se reflejan los ingresos que percibe el demandado y también sus gastos, observándose que éstos últimos son superiores a sus ingresos; (...), lo cual nos lleva a establecer que han variado sustancialmente las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de decretarse el divorcio.

(Cam. Fam. S. S., dos de febrero de dos mil seis. Ref. 59-A-2005)

Relaciones: Cam. Fam. S. S., dieciocho de enero de dos mil siete. Ref. 91-A-2005.

Desde esa perspectiva debemos considerar si los alimentos a favor de *** que constituyen una obligación previa al crédito hipotecario y de carácter preferencial respecto al pago de otras obligaciones pueden ser disminuidas. Como es sabido, la obligación alimenticia a favor de los hijos menores de edad deriva del ejercicio de la autoridad parental, por lo que constituyen una obligación a cargo de los progenitores; sin embargo el cumplimiento de dicha obligación tampoco debe implicar colocar al obligado en una situación que le impida satisfacer sus propias necesidades. Ahora bien, el incumplimiento de la obligación hipotecaria puede poner en peligro no sólo la satisfacción de otras necesidades del alimentante sino además las del beneficiario de los alimentos.(...)

Así las cosas aún cuando advertimos que efectivamente la situación de la señora ***, resulta apremiante y que efectivamente su capacidad económica es inferior a la del actor, debemos también valorar que se acreditó que la situación económica del demandante se ha reducido, lo que significa un riesgo en el cumplimiento de sus obligaciones familiares y crediticias, de tal suerte que denegar la modificación puede conllevar a un estado de insolvencia al señor ***, que le impida cumplir con sus obligaciones en especial con los alimentos a favor de ***, es por ello que no compartimos el criterio de la parte apelada, quien refiere que la modificación de la sentencia es contraria al interés superior de ***, ya que en definitiva la modificación pretende en todo caso salvaguardar el derecho de alimentos del niño.

(Cam. Fam. S. S., catorce de noviembre de dos mil siete. Ref.: 25-A-2007).

13.16. IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE BASES DE ACTUALIZACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTICIA EN PROCESOS CONTENCIOSOS.

Para el caso de la fijación de alimentos, ya se dijo que es de vital importancia la aplicación del criterio de proporcionalidad, además una de las características de la cuota es la variabilidad, es decir, que puede pedirse su modificación por cualquiera de las partes al cambiar las circunstancias que la se probaron de manera fehaciente losmotivaron. Distinta situación es el incremento anual en determinado porcentaje, pues éste sólo opera cuando las partes lo deciden de común acuerdo, pero no opera cuando existe contención o desacuerdo, pudiendo las

partes eventualmente pedir las modificaciones a que hubiere lugar, por lo tanto esa pretensión no resuelta en la sentencia, también se declarará sin lugar en este fallo. En ese sentido no es posible al juzgador prever la proporción del incremento de las necesidades o de la capacidad económica del obligado, de ahí que este tipo de sentencia no causen estado. Art. 83 L. Pr. F..

(Cam.Fam. S.S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 95-A-2004).

Relaciones: Cam.Fam. S.S. cuatro de marzo de dos mil cinco. Ref. 88-A-2004.

Sobre la fijación de una base de actualización de la cuota pedida por la Dra. *** no es dable acceder a la pretensión porque encontramos que esta sólo aparece regulada en el Art. 108 C. F., en relación al convenio de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

Acotamos que si bien es cierto esa figura podría aplicarse por analogía a los casos de divorcio contencioso (Art. 106 numerales 2 y 3 C. F.) ello no es posible porque implicaría una modificación automática de la cuota fijada sin reunir las causas que dan lugar a ella es decir si cambian las condiciones en que fue fijada según lo previsto en el Art. 83 L. Pr. F.

(Cam.Fam.S.S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 175-A-2005)

Sobre el incremento anual del dos por ciento solicitado en la apelación, es preciso destacar que dicha petición no fue incluida en la demanda, por lo que resulta improcedente que este Tribunal conozca de puntos no discutidos por las partes en primera instancia, lo que en definitiva implicaría una sentencia incongruente a las pretensiones contenidas en la demanda. Por otra parte hemos sostenido en casos precedentes que para efectuar un incremento en las cuotas alimenticias decretadas en juicios de alimentos o divorcio contenciosos, es preciso seguir el procedimiento de modificación de sentencia de conformidad al Art. 83 L.Pr.F..

(Cam.Fam. S.S., diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 184-A-2006)

13.17. EJECUCIÓN DE CONVENIOS ANTE EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA O SUS AUXILIARES DEPARTAMENTALES.

En ninguna de las actas se consignó el nombre y funcionario ante quien fueron celebrados; no obstante se manifiesta que los acuerdos se llevaron a cabo en la sede de la Procuraduría Auxiliar Departamental de La Libertad y fueron certificados y sellados por el Procurador Auxiliar Departamental; por lo que éste Tribunal concluye que los mismos se celebraron ante la presencia de funcionario legalmente autorizado. Como bien lo señala el apelante, la facultad de delegación está atribuida al Procurador General de la República como a los Procuradores Departamentales, por ende dichos acuerdos, pueden ser emitidos ante cualquiera de sus agentes auxiliares debidamente autorizados. Por tanto, esta Cámara, aún cuando no se consignó en el acta el nombre del agente auxiliar ante el cual se celebraron los acuerdos; al hacerlo en los oficios de esa institución, dan suficientes elementos de legitimidad de que dicho acto administrativo se celebró ante funcionario autorizado; por lo que a criterio de esta Cámara, tienen fuerza para ser ejecutados en sede judicial.

(Cam.Fam. S.S. dieciséis de agosto de dos mil cinco. Ref. 124-A-2005).

Relaciones: Cam.Fam. S.S. veintitrés de agosto de dos mil cinco. Ref. 125-A-2005.

Cam.Fam.S.S., trece de septiembre de dos mil seis. Ref. 131-A-2006.

Cam.Fam.S.S., catorce de mayo de dos mil siete. Ref. 167-A-2006

13.18. RETENCIÓN SALARIAL DE LA CUOTA ALIMENTICIA. (COMO FORMA DE PAGO Y EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN)

Como ya se ha sostenido por este tribunal, la retención de la cuota alimenticia en el salario, es una forma de hacer efectivo su pago. Puede emplearse, cuando otras formas menos compulsivas para efectuar el pago, no rinden los frutos esperados en perjuicio el acreedor de los alimentos.

Existe justificación para retener del salario la cuota alimenticia, cuando así lo acordaren las partes, lo solicite el deudor o cuando existe

antecedentes de reticencia en del pago de la cuota alimenticia. Frente al incumplimiento o la probabilidad que ésto ocurra, el Juez puede ordenar la retención antes dicha.

Es por eso, que carece de justificación la retención de la cuota alimenticia, si el alimentante es responsable del pago de los alimentos - porque los paga puntualmente - y sin que la otra parte justifique algún incumplimiento en esa obligación, sino todo lo contrario (ver folios ... y en el estudio social a fs. ...). En otras palabras, en este caso, no existe razón suficiente para que el juez interfiera con el orden normal de vida de las partes, ordenando que se retenga la cuota que corresponde al pago de la casa de habitación de la familia, comprendida como elemento de la cuota alimenticia, ya que ese pago se ha efectuado directamente al banco por parte del obligado. Lo contrario, incluso, puede generar inconvenientes al obligado, v.gr. intereses moratorios, multas, recargos.

(Cam. Fam. S. S. treinta y uno de enero dos mil cinco. Ref. 217-A-2004)

Respecto a la solicitud del impetrante en cuanto a que la cuota alimenticia sea canalizada por medio del Juzgado de Paz de Potonico y no por la Procuraduría General de la República, debemos considerar que no es posible acceder a lo solicitado, por cuanto el Art. 264 C. F. al establecer el sistema de retención de las cuotas lo hace de forma que los obligados a aportarla lo hagan de manera ininterrumpida y siendo que las mismas gozan de preferencia frente a cualquier crédito, es procedente que dicha cuota sea depositada en la Procuraduría, pues el Juzgado de Paz no está autorizado para recibir ningún tipo de cantidad de dinero en ningún concepto, tampoco puede ser depositario judicial, razón por la cual ese punto deberá quedar tal y como lo resolvió la Jueza a quo, Art. 157 L.O.J.

(Cam. Fam. S. S., once de mayo de dos mil seis. Ref. 232-A-2005)

En precedentes anteriores hemos sostenido que la retención de salario, es una forma de garantizar el cumplimiento de la obligación, aunque ello, como bien lo afirma el apelante, constituye una forma de pago y no una caución propiamente dicha. Art. 264 C.F. (...)

Así las cosas en el sub lite se observa del acta de audiencia de sentencia que el demandante reconoció su incumplimiento en el pago

de gastos médicos y aguinaldo a favor de su hijo, Fs. 94 vto., ello es una forma de confesión del incumplimiento, situación que ameritó la imposición de la obligación de rendir caución, lo cual se vuelve innecesario por cuanto la forma de pago está asegurada, ya que el pagador de conformidad al Art. 264 C.F. es responsable solidariamente con el obligado al pago de las cuotas no retenidas, por lo que existe seguridad en el pago de la cuota, por lo que no es necesario que la misma quede garantizada; en consecuencia procede revocar en este punto la sentencia apelada.

(Cam. Fam. S. S., veinticinco de julio de dos mil seis. Ref. 25-A-2006)

Lo anterior demuestra que tal como lo ha sostenido la jueza *a quo* en la resolución impugnada la deplorable relación entre las partes, dificulta el cumplimiento de la sentencia, en tanto ambos progenitores anteponen sus conflictos personales a las necesidades de su hija, eludiendo el cumplimiento de la sentencia; no podemos afirmar que dicho incumplimiento se haga de forma dolosa en contra de los intereses de ***, sin embargo la magnitud del conflicto entre sus progenitores es tan grave que inconscientemente perjudican los derechos e intereses de su hija.

No cabe duda para este Tribunal, que el incumplimiento alegado, no se motiva en la imposibilidad o falta de capacidad económica del obligado, al efecto confróntese la constancia de salario de Fs. 287, sino más bien en la disfuncional relación de los señores *** y ***, que les imposibilita ejercer adecuadamente sus respectivos roles paternos; por las razones expuesta a criterio de esta Cámara es procedente confirmar la resolución impugnada que estableció como mecanismo de pago de los alimentos a favor de ***, el sistema de retención en el salario del señor ***.

En cuanto a los argumentos referentes a que dicha forma de pago, afecta el record de credibilidad del obligado en su institución de trabajo, es preciso referir que la retención de salario, es un mecanismo de pago que pretende garantizar el eficaz cumplimiento de la sentencia, en tanto que las pensiones alimenticias de conformidad al Art. 264 C.F.. gozan de preferencia en su totalidad cuando afectan sueldos, salarios, pensiones, u otro tipo de emolumentos; en el entendido que

dicho mecanismo pueden llegar a afectar derechos y libertades de las personas contra quienes se emiten, es preciso que su decreto; sea razonable y se haga sólo cuando los supuestos fácticos y legales son de tal gravedad que evidencian el incumplimiento en el pago de las cuotas alimenticias o cuando se pretende justamente evitar el incumplimiento futuro, asegurando de esta forma el derecho de alimentos de los beneficiarios.

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de noviembre de dos mil siete. Ref.: 34-A-2007).

13.19. PRESCRIPCIÓN EN EL COBRO DE CUOTAS ALIMENTICIAS.

(...) sin embargo, no compartimos el criterio sustentado por el a quo de que la falta de reclamo de la deuda alimenticia dentro del plazo de la prescripción, otorgue la facultad oficiosa al juzgador para declararlo prescrito, puesto que según su propia naturaleza para que ésta se declare debe ser alegada por la parte contraria, de otra manera implicaría un exceso en las facultades del juzgador en perjuicio de los derechos de la parte accionante, quien por cualquier circunstancia no los reclamó en tiempo, Art. 3 lit. g) L. Pr. F.. En el caso concreto el demandado reside en el extranjero y eventualmente podrán intervenir instituciones diplomáticas de ese país, de acuerdo a convenios internacionales.(...)

(...)Consideramos, que al aplicar oficiosamente la prescripción se desnaturalizaría esa figura jurídica, equiparándola a la caducidad.

El Art. 2232 del C. C. establece "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el Juez no puede declararla de oficio.". Es claro que la Ley deja a voluntad exclusiva del interesado el alegarla o no, siendo entonces la prescripción un medio de defensa que se realiza mediante la tutela de un interés privado, en este caso del demandado o sujeto pasivo del derecho; entonces, no puede el Juez de oficio atribuirse la potestad de tomar una decisión en base a una prescripción que no le han pedido declararla, petición que por ley sólo corresponde a la parte que quiera aprovecharse de ella.

(Cam. Fam. S. S. diecinueve de enero dos mil cinco. Ref. 80-A-2004)

En ese sentido la figura de la prescripción de las cuotas alimenticias, opera en aquellos casos en que definitivamente las mismas no han sido cobradas por el acreedor alimentario, en el plazo antes indicado. En el caso de reclamarse cantidades ilíquidas, el plazo de la prescripción debe comenzar a contarse a partir del momento en que los gastos realizados se liquiden, mediante el respectivo procedimiento judicial. Están legitimados para iniciar dicho trámite, tanto el acreedor como el deudor; lo que se verifica a través de la presentación de la planilla respectiva. El objeto de ese procedimiento -solicitado por el acreedor- es determinar una cantidad en concreto a reclamar. Lo anterior no obsta para que las partes –de común acuerdo- efectúen los pagos sin necesidad de realizar la liquidación judicial, sino mediante arreglo extraprocesal. En conclusión, el plazo de la prescripción como medio de extinguir las obligaciones se cuenta desde que la acción o el derecho a reclamar ha nacido. Art. 2253 C. C.

En el caso sub júdice se advierte que en todo tiempo se ha estado pendiente de su cobro, pues se han dado acciones reiteradamente tendientes a ello. Estimamos entonces que la prescripción en este caso no puede tener lugar, por cuanto no ha existido una fecha cierta a partir de la cual se haya podido entablar la acción de dicho pago; por lo cual no es cierto que se haya omitido cobrar o reclamar una suma determinada en concepto de alimentos en los rubros relacionados; más aún el hecho de que, como bien lo expone la parte apelada, aunque hayan transcurrido tantos años desde que el presente proceso se inició, las cuotas – tanto líquidas como ilíquidas – han sido objeto de constante reclamación por parte de la demandante, con mayor razón si se toma en cuenta –por lo evidenciado en el sub lite- que el demandado ha estado renuente a cumplir cabalmente con sus obligaciones para con su hija, tan es así que a la fecha aún se encuentra embargado un inmueble como garantía de pago.

(Cam. Fam. S. S. treinta y uno de marzo de dos mil cinco. Ref. 117-A-2004)

El Art. 261 C. F. establece que: **"Las pensiones alimenticias atrasadas prescribirán en el plazo de dos años contados a partir del día en que dejaron de cobrarse".** (Sic.). En el estado de cuenta de Fs... encontramos que es desde noviembre de 1986 que esas cuotas

no se le cobraron al señor ***, configurándose entonces el supuesto establecido en el artículo precedente, lo anterior significa que en el *sub lite* la prescripción de la obligación alimenticia contraída en la Procuraduría General de la República se constituyó a partir de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, tal como consta en el estado de cuenta remitido a este tribunal por la Unidad Control de Depósitos de la Procuraduría General de la República, por el Lic. ***, Coordinador de dicha Unidad (Fs... de este incidente); situación que faculta al obligado a pedir que se declaren prescritas, ya que durante todo ese tiempo no fueron reclamadas.

(Cam. Fam. S. S., trece de febrero de dos mil siete. Ref. 123-A-2005)

13.20. DECRETOS LEGISLATIVOS RELACIONADOS A OBLIGACIONES ALIMENTICIAS JUDICIALMENTE ESTABLECIDAS. (D.L.140 y 503)

El decreto legislativo Número 503 de fecha nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho con su reforma del diecinueve de octubre del dos mil (Decreto Legislativo del número 168), se refieren a la retención del treinta por ciento de la indemnización laboral que perciba el obligado a dar alimentos, a favor de su(s) alimentario(s), por lo que dichos decretos ya publicados se convierten en ley de la república y en ese sentido no es el Juzgador de Familia quien decide aplicarlo o no, sino que son de aplicación inmediata y obligatoria.

(Cam. Fam. S. S. cuatro de marzo de dos mil cinco. Ref. 88-A-2004)

La disposición citada (Art.2 del Decreto número 140) no hace distingos de ningún tipo en cuanto a que existan casos en los que se exima al obligado de aportar la cuota adicional en el mes de diciembre de cada año, sin embargo no debe perderse de vista que en este peculiar caso se trata de un niño, quien sólo tiene capacidad de goce pero no de ejercicio; quien no es asalariado ni percibe ingresos de otras actividades económicas que realice, que es a lo que se refiere el decreto. Por lo dicho y en vista de su edad no puede afectársele con esa prestación, al contrario, merece una protección integral al igual que sus hermanas. En efecto si se le impusiera cancelar otra cantidad similar a la cuota

alimenticia iría en detrimento del niño, no existiendo en este caso derechos preferentes para ninguno, por ser todos menores de edad, aunque debe acotarse que las alimentarias son mayores que el obligado, ya que cuentan con diecisiete y doce años de edad y el niño es de apenas seis años de edad.

(Cam.Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005) (El paréntesis nos pertenece).

Los alimentos a favor de la niña ***, se originan a partir del título de hija, alimentos que se materializan a través de la sentencia en la que se determinó la cuota de $80.00 mensuales, que se harían efectivos mediante descuentos efectuados en el salario de su padre y depositados en cuenta de ahorros del Banco Cuscatlán.

Estos alimentos decretados en la sentencia, son prestaciones que tienen por finalidad la satisfacción de las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario, Art. 247 C.F.: por su parte el decreto legislativo quinientos tres **regula un beneficio económico a favor de los niños(as) que reciben pensiones alimenticias**; del Art. 1 del citado decreto, colegimos los siguientes supuestos de aplicación:

A) Que exista un obligado al pago de una cuota o pensión alimenticia, que se haga efectiva mediante retención, depósito o entrega personal.

B) Que el obligado reciba: indemnización laboral bonificación, fondo de retiro, pensión adicional, incentivo laboral o cualquier otra gratificación o prestación laboral.

C) De la prestación laboral que recibe el obligado debe aportar el treinta por ciento del monto recibido a favor del acreedor alimentario.

A criterio de este Tribunal, las prestaciones que eventualmente recibe el alimentario derivadas del decreto legislativo quinientos tres, difieren del objeto de los alimentos establecidos a favor del hijo menor de edad; ya que los alimentos tienden a la satisfacción de las necesidades básicas y su determinación obedece a diversos criterios entre éstos capacidad del obligado y necesidad del alimentante bajo el principio de proporcionalidad; el segundo en cambio, nace de una prestación laboral que circunstancialmente recibe el alimentante, en algunos casos obedecerá a un beneficio laboral, como en el caso de los incentivos,

gratificaciones, bonificaciones; en otros como en el sub judice, en ocasión del despido, recibiendo una indemnización que pretende resarcir el daño que ocasiona la ruptura de la relación laboral por parte del empleador. Daño que repercutirá en la satisfacción de las necesidades del alimentario(a).

En ese sentido, no se puede sostener que el pago del treinta por ciento que el alimentario (debió decir alimentante) recibe en aplicación del decreto legislativo quinientos tres, se equipara al pago de cuotas futuras; en tanto, la aplicación del mismo deviene de diversas circunstancias su objeto es beneficiar y en otros casos proteger y garantizar en sus necesidades al alimentario, con las prestaciones recibidas por el alimentante, el fin del decreto es satisfacer las necesidades de la familia y no exclusivamente del trabajador.

Sin embargo cuando la prestación que se recibe es en atención a la indemnización por despido, merece una consideración especial para esta Cámara, ya que con ella se pretende proteger al niño, asegurando la satisfacción de las necesidades alimenticias por un espacio de tiempo no determinado, tiempo en el cual se presume el obligado carecerá de ingresos, pero esto no releva por si mismo el cumplimiento de la obligación alimenticia al progenitor en el período de tiempo en que se hubiere insertado nuevamente al mercado laboral, aunque el monto de la indemnización cubra un periodo mayor a aquél en el que estuvo cesante el obligado. En todo caso, si el alimentante no puede satisfacer su obligación por falta de capacidad económica, deberá instar la modificación cesación de la cuota en un proceso judicial en forma oportuna. (Art. 83 L.Pr.F.).

Lo anterior no se traduce en un exceso, que implique un doble pago de lo debido, porque como lo sostuvimos antes esta prestación obedece a la finalidad de favorecer al alimentario (la familia) que se encuentra eventualmente beneficiado ante estas circunstancias con dichas prestaciones, pues de ellos también se beneficia el alimentante, en todo caso la interpretación del mencionado decreto y demás leyes será de la forma que mejor garantice el interés superior de los niños.

En el sub lite el demandado estuvo desempleado por un periodo de tres meses -ver constancia de salarios de Fs. 138-, además la parte ejecutante en su escrito de apelación Fs. 152/153, tácitamente está de acuerdo en condonar los atrasos de los tres meses en que el demandado

estuvo desempleado, pelo reclama el pago de los meses subsiguientes.

Como lo señalamos supra la obligación no se entiende extinguida por el depósito del treinta por ciento de la indemnización, sobre todo cuando en los meses a partir de octubre de dos mil tres (fecha en que el demandado nuevamente se empleó) no existía justificante que impidiese su cumplimiento; en ese sentido y habiéndose acreditado por medio de la libreta de cuenta de ahorros del Banco Cuscatlán, que el último depósito se efectúo el quince de julio de dos mil tres, fs. 135 y que el demandado se reinsertó al mercado laboral el veintinueve de octubre de dos mil tres, esta Cámara considera que aquél no se encontraba impedido para pagar la cuota desde el mes de noviembre en que comenzarla a percibir su salario, por tanto y considerando que la parte ejecutante tácitamente ha condonado la mora de julio a octubre de dos mil tres; es preciso adecuar la misma y comprender que las cuotas atrasadas corresponden al período de noviembre de dos mil tres hasta marzo de dos mil cuatro, más el aguinaldo del año dos mil tres (si lo hubiere recibido el demandado); en consecuencia el SR ***, adeuda a su hija cinco cuotas que equivalen a CUATROCIENTOS DOLARES ($400.00) más el aguinaldo relacionado, advirtiéndose que el SR **** fue contratado un mes antes de las fiestas navideñas, por lo que su aguinaldo no habrá superado el pago de diez días de trabajo. Art. 198 Código de Trabajo por lo que el mismo debió recibir un aproximado de cincuenta y cinco dólares; en consecuencia el aguinaldo a favor de su hija, deberá determinarse a partir de dicha cantidad, por tanto el mismo asciende a la suma de DIECISEIS DOLARES CON CINCUENTA CENTAVOS ($16.50), por lo que la deuda total del SR ***, a favor de su hija *** asciende a CUATROCIENTOS DIECISEIS DOLARES CON CINCUENTA CENTAVOS.

(Cam. Fam. S.S., quince de diciembre de dos mil cinco. Ref. 187-A-2004)

13.21. RENDICIÓN DE CUENTAS RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTICIA.

La Rendición de Cuentas, caución y medidas pedidas por el Lic. ***, tal como lo sostiene la a quo, no tiene ninguna relación con los hechos que menciona el apelante, ya que la Rendición de Cuentas no es más –en un sentido lato- que la obligación que contrae una persona

que actuando por cuenta o interés, total o parcialmente ajeno, o hallándose obligado a restituir algo, ha realizado actos de administración o gestión respecto de bienes de los que no tiene la libre administración, pues está sujeta a la observancia de ciertas reglas.

La obligación en comento resulta de un principio de razón natural, porque únicamente quien tiene un derecho exclusivo sobre un bien, puede disponer de él a su entero arbitrio y se encuentra liberado por ende del imperativo de tener que rendir cuentas de los actos que realice con relación al mismo. Rendir cuentas es una obligación de hacer que consiste en presentar a la parte que tiene derecho a solicitarla un estado detallado de su gestión. Estriba pues, en una exposición ordenada de los ingresos y egresos con sus comprobantes correspondientes. (...)

Lo anterior debe entenderse en el sentido de que en casos como el sub lite, el cónyuge o más bien ex –cónyuge en principio sólo puede pedir a la Sra. *** una Rendición de Cuentas sobre la administración de la cuota alimenticia de sus hijos, al existir motivos o hechos justificados de que la cuota no está siendo utilizada para los fines que conlleva, ofreciendo probar esas circunstancias, también puede solicitar basándose en el uso indebido o inadecuado de la cuota alimenticia, el cambio del cuidado personal de los hijos por estar siendo perjudicados en sus derechos. (...)

Este tribunal estima que el Sr. *** eventualmente podría solicitar de parte de la Sra. *** el efectivo cumplimiento de la sentencia en la parte relativa a una eficaz administración de la cuota alimenticia; siendo los directamente interesados los referidos hijos, pues es un derecho propio, ya que éstos son los afectados o beneficiados directamente por dicha cuota, pero también puede pedirlo el padre por tener la titularidad de la autoridad parental y aunque la madre ejerza el cuidado, no por ello puede sustraerse de la obligación que tiene de velar por el bienestar de sus hijos, además de ser él quien aporta la cuota alimenticia.

En el sub judice, el apelante en ningún momento ha mencionado que los menores se encuentren en una situación de riesgo o de peligro,

de abandono, enfermos, con carencias económicas, ocasionadas por una inapropiada administración de la cuota que pueda dar lugar a exigir se rinda cuentas sobre su administración por parte de la demandada, por el contrario, únicamente se menciona que la Sra. *** ha salido del país en varias ocasiones sin sus hijos, presumiendo el solicitante que dichos viajes pudieran estar siendo costeados con el dinero de la cuota de sus hijos, pero no justifica ni fundamenta tales sospechas, tampoco una desmejora en el estado actual, físico o de salud de sus hijos a consecuencia de ello, pretendiendo en el fondo que con la rendición de cuentas sea la misma demandada quien disipe las dudas o pruebe esas circunstancias, es decir, si ha viajado y como se ha costeado esos viajes.

El interés del Sr. *** de conocer la manera en que se utiliza la cuota proporcionada puntualmente, es legítimo, toda vez que desconozca el destino de dicha cuota o existan dudas razonables y justificadas de una inadecuada utilización, a partir de un cambio en las condiciones de vida de los niños, entre otros, pero el mismo apelante expresa que desconoce si la que se está lucrando de dicho dinero es su ex cónyuge, dada la cantidad de viajes que ha realizado, sin dar mayores razones de esos hechos, por lo que aunque es entendible que el alimentante quiera saber la forma en que se invierte la cuota alimenticia, no ha justificado suficientemente su petición ni tampoco ha seguido la vía idónea para efectivizar su pretensión. (...)

En el sub lite se evidencia la utilización de un procedimiento no adecuado a la pretensión, lo que imposibilita entrar al conocimiento de fondo de la misma, en otras palabras, la pretensión incoada en la demanda resulta inepta.

Los efectos de la declaratoria de ineptitud no deben entenderse como una resolución definitiva capaz de producir efectos de cosa juzgada sustancial, como la improponibilidad, simplemente el tribunal al declarar inepta la pretensión no está absolviendo ni condenando y perfectamente puede en un proceso o procedimiento ulterior, mediante la vía legal pertinente, promoverse el proceso respectivo, buscando una tutela legal efectiva de sus derechos, pudiendo modificar o revisar el

cumplimiento de la sentencia de divorcio respecto a la cuota alimenticia o el cuidado de los hijos o incluso solicitar la celebración de audiencia que regula el art. 175 L.Pr.F. (tramitándose en el mismo expediente para verificar su eficaz cumplimiento), pero no promover la demanda de Rendición de Cuentas de manera independiente por los motivos ya mencionados.

(Cam. Fam. S. S., veintiocho de julio de dos mil seis. Ref. 225-A-2005)

13.22. CESACIÓN DE LA CUOTA DE ALIMENTOS.

Los fundamentos alegados para solicitar la cesación de la cuota alimenticia -a nuestro juicio- no pueden encajar en los supuestos planteados en la disposición mencionada, puesto que la condición: "Cuando el alimentario deja de necesitarlos" supone que éste ha adquirido la capacidad económica necesaria para satisfacer sus propias necesidades; ya sea por haber obtenido una profesión u oficio que le genere ingresos, adquirido un capital (productivo) u otras situaciones similares. En estos casos procede el motivo invocado.

En el *sub lite,* no se menciona que la niña *** se encuentra en las condiciones citadas. Por otra parte el señor ***, debe como buen padre de familia procurar, por cualquier medio a su alcance, entre ellos indagar por medio de la familia materna la situación en que se encuentra su hija y proporcionarle la ayuda económica a que está obligado. Esto es lo que la solidaridad familiar demanda y no adoptar una actitud cómoda, en el sentido de desligarse de sus obligaciones alimenticias y demás deberes paterno-filiales.

Que si bien por el momento puede existir alguna imposibilidad para cumplir con la cuota establecida, la cual a decir del mismo demandante "nunca ha aportado" por desconocer el paradero de su hija, ello no constituye ninguna circunstancia o elemento legal para que "cese su obligación" la cual permanece vigente hasta en tanto se den las condiciones para que la alimentaria ejercite su derecho a fin de hacerla efectiva; lo que significa que por el momento, tal como lo afirma el alimentante no existe ninguna erogación de sus ingresos, por lo tanto no le afecta la pretérita sentencia, aunque ésta continúe vigente (pues no se ha dejado sin efecto; pudiendo -en su momento- la hija

(alimentaria) reclamar la cuota, para lo cual no será necesario entablar de su parte una nueva demanda.

(Cam. Fam. S.S. quince de marzo de dos mil cinco. Ref. 48-A-2005)

Contrario a lo que sostiene el impetrante, para privar a los hijos del alimentante de la cuota alimenticia establecida en sentencia, debe oírseles con arreglo a la ley, es decir, en un nuevo proceso con todos los requisitos y garantías procesales, Art 11 Cn.. La cesación del derecho de alimentos, fundamentado en el Art. 270 C. F., sólo procederá a través de una sentencia dictada en el proceso correspondiente iniciado a través de la demanda, donde ambas partes hayan pedido ejercer el contradictorio y no como erróneamente lo plantea el apelante por medio de incidente en ejecución de sentencia, puesto que si de ejecutar la sentencia se trata, esto tendrá que ver con su cumplimiento, es decir, con el pago de la cuota ya establecida y no con la cesación de la misma, para esto último ineludiblemente deberá iniciar la demanda correspondiente, a la que se adjuntará certificación de la sentencia primigenia como base de la acción, aunque se haya seguido en el mismo tribunal, además de ofrecer la prueba pertinente, en tal sentido lo dispuesto en el Art. 83 L. Pr. F., ha de entenderse en su real contenido, pues no se trata de que en el proceso inicial se sigan dando resoluciones sucesivas que vengan a modificar la primera, a través de un simple incidente, pues tal y como el mismo apelante lo sostiene, las resoluciones se deshacen de la misma manera en que se hacen, debiendo entablarse el contradictorio. Al respecto, tal y como lo hemos sostenido en pretéritas sentencias, la cesación de la obligación alimenticia debe ventilarse en sede judicial iniciando el proceso correspondiente, independientemente de que la cuota se haya fijado judicial o administrativamente. (...)

En otras palabras, no se trata de ejecutar una sentencia como erróneamente lo sostiene el apelante, sino de iniciar o promover el correspondiente proceso de Cesación de Cuota Alimenticia, dejando sin efecto la cuota establecida; proceso dentro del cual deberán probarse los presupuestos mencionados por el apelante, pues su aplicación no opera de pleno derecho (ni en incidente abierto en el mismo proceso), debiendo emplazarse a los demandados (as). Por lo tanto, tratándose de un nuevo proceso es necesario interponer la demanda con todos

sus requisitos, anexándose a la misma el instrumento que acredite la existencia de la obligación alimenticia que para el caso sería la sentencia de divorcio, así como también el ofrecimiento de la prueba que pretenda hacerse valer en el proceso, siendo procedente confirmar la resolución que declaró inadmisible la demanda por no haberse subsanado la prevención formulada al apelante.

(Cam. Fam. S. S., veintitrés de mayo de dos mil seis. Ref. 167-A-2005)

En lo relativo a la cesación de dar alimentos, el Manual de Derecho de Familia (salvadoreño) establece que cesarán ipso jure, por muerte del alimentario y en virtud de sentencia emitida por el Juez de Familia por las causas siguientes: 1) Cuando el alimentario, por su indolencia o vicios no se dedicare a trabajar o estudiar con provecho y rendimiento, pudiendo hacerlo, 2) Cuando el alimentario deja de necesitarlos, 3) Cuando el alimentante, por darlos, se pusiere en situación de desatender sus propias necesidades alimentarias, o las de otras personas que tengan derecho preferente, respecto al alimentante, 4) Cuando el alimentario maltrate física y moralmente al alimentante.

La figura de la cesación de la obligación alimenticia, tiene como objetivo el de suspender la cuota alimenticia en los casos ya mencionados, teniendo que probar cualquiera de esas causas que tienen que ver con el aspecto moral y económico del alimentante y/o del alimentario, que en un momento determinado puede dar lugar al desequilibrio en cuanto al cumplimiento de esa prestación, de tal manera que podría decirse que esas causas pueden perjudicar al alimentante tanto en su patrimonio como en su integridad corporal o de salud. (...)

Con toda la prueba agregada en el proceso esta Cámara considera que el motivo 4° del Art. 270 C.F., se ha comprobado en el sentido que la situación económica del señor *** ha variado sustancialmente, tal como lo reconoce la juzgadora, pues el demandante es una persona adulta mayor, que se encuentra jubilada y además posee una nueva familia con dos hijos menores de edad y por dar los alimentos a la alimentaria (demandada) desatiende sus propias necesidades alimentarias y las de su familia actual por lo que así se establecerá en el fallo de esta sentencia. Lo anterior se evidencia si se toma en cuenta que los hijos del matrimonio a esta fecha son de diez y siete años de edad

y tiene que proporcionárseles todo lo necesario para su desarrollo integral; en cambio la demandada, es una joven de veinte años de edad con nacionalidad canadiense y salvadoreña.

Vale la aclaración, que el legislador no exige para estos casos que el alimentante compruebe que se encuentre en una situación de pobreza extrema o que sea paupérrimo, basta que se compruebe que por dar los alimentos se coloque en una situación de desatender sus propias necesidades alimentarias o las de otras personas con derecho a alimentos. (...)

En cuanto al argumento del juzgador, que si una vez llegado a la mayoría de edad se presume que los hijos están estudiando y que necesitan de los alimentos, compartimos ese criterio, debido a que la obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad no desaparece por el solo hecho de que lleguen a esa edad, Art. 211. Inc.2º C.F., en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por esa circunstancia, toda vez que al igual que los hijos menores de edad, tienen la presunción de necesitar los alimentos, salvo prueba en contrario. En ese sentido le corresponde la carga de la prueba -en esos casos- al deudor, tal como ya lo expresamos, puesto que el actor debe justificar que el hijo no los necesita, ya sea porque tiene bienes propios o porque desempeña algún trabajo o alguna profesión, oficio o comercio, etc..

(Cam. Fam. S. S., seis de diciembre de dos mil seis. Ref. 172 - A - 2006)

Por otra parte el Art. 270 ordinal 3° C.F., expresa que la obligación de dar alimentos cesará: ""cuando el alimentario dejare de necesitarlos"". A criterio de esta cámara si bien es cierto la prueba presentada sobre la falta de la necesidad alimenticia no es directa, existen indicios a partir de lo dicho por los testigos y lo expuesto en el estudio social, que se refuerza con el no cobro de los alimentos que hacen colegir que tal condición se ha cumplido. Al respecto el testigo ***, (Fs. 38) expresó que su sobrino vive en Estados Unidos y que sabe que esta acompañado y trabaja, que tiene un hogar establecido y no estudia. Ese testimonio concuerda con lo expresado por la trabajadora social en su informe de Fs. 34/35 aún y cuando este es ilustrativo, en el sentido que por información obtenida se supo que el joven *** se encuentra residiendo

en los Estados Unidos y trabajando. Lo anterior se corrobora, al no encontrar otros elementos que indiquen que el joven *** se encuentre residiendo en el país; por el contrario consta que se le extendió pasaporte (Fs 23/24) relatando la misma abuela materna en el referido estudio que su nieto reside en el extranjero.

De lo anterior se concluye que el demandado se encuentra fuera del país; que efectivamente ha dejado de cobrar las cuotas alimenticias a su favor pagadas en la Procuraduría General de la República desde mil novecientos ochenta y seis hasta la fecha, y que no ha efectuado ninguna acción legal para hacer efectivo el pago de las cuotas alimenticias atrasadas, como se desprende del informe ut supra relacionado. Por lo tanto es procedente declarar la cesación de la obligación alimenticia a cargo del señor *** y a favor de su hijo ***, pues la misma no esta cumpliendo los fines para los cuales se estableció; esto es, satisfacer las necesidades del joven ***.

(Cam. Fam. S. S., trece de febrero de dos mil siete. Ref. 123-A-2005)

13.23. DIFERENCIA ENTRE LA PRETENSIÓN DE MODIFICACIÓN Y CESACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTICIA.

En el expediente parece que se han mezclado ambas figuras, debido a que el proceso se ha denominado: "Modificación de Sentencia" y en todas las fases del proceso también, a pesar de que en el fondo se trata de un proceso de cesación del pago de los alimentos, debido a que en la sentencia definitiva se declaró sin lugar la pretensión de la cesación del pago de las cuotas alimenticias.

Consideramos que es preciso aclarar este punto porque ambas figuras jurídicas (modificación de la sentencia y cesación del pago de los alimentos) a pesar de que se ventilan en un proceso contencioso las pretensiones tienen que ser claras, puesto que va a servir para el establecimiento específico del supuesto jurídico de que se trate, en este caso cualquiera de las causales contempladas en el Art. 270., tomando en cuenta que en la modificación de sentencias, puede comprender cualquiera otra circunstancia que de lugar a modificar la sentencia, para ello implica probar que han cambiado las necesidades del alimentario o las posibilidades económicas del alimentante.

B.- En el presente caso la pretensión planteada en la demanda consiste en el cese del pago de la obligación alimentaria, por la causal contemplada en el ordinal 4° del Art. 270 C.F., a la letra reza: "Cuando el alimentante, por darlos, se pusiere en situación de desatender sus propias necesidades alimentarias, o las de otras personas que tengan derecho preferente, respecto del alimentante; ...".

(Cam.Fam.S.S., seis de diciembre de dos mil seis. Ref. 172-A-2006)

13.24. DISPENSA EN EL PAGO DE ALIMENTOS.

En algunos casos, procederá establecer la obligación alimenticia únicamente al progenitor que no tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, considerando que el padre que ejerce directamente el cuidado del o los niños, es el que generalmente incurre en gastos relacionados con la manutención del hijo, y en atención a que dicho cuidado puede estimarse como su única contribución al sostenimiento de la familia, conforme al Art. 38 C. F. En otros casos, cuando uno de los padres carece de ingresos o de bienes, y no pueda contribuir al sostenimiento del descendiente, puede eximírsele de toda responsabilidad, aún cuando no ejerza directamente el cuidado personal, en razón del principio de solidaridad familiar (Art. 1 inciso 2° C. F.).

(Cam.Fam. S.S. uno de septiembre de dos mil cinco. Ref. 25-A-2005)

Los gastos de pago de servicios y vivienda no corresponden exclusivamente a los menores, éstos en general deberán prorratearse, por cuanto ya no existe obligación alimenticia para con la ex cónyuge, pero en vista de no contar actualmente con ingresos económicos y habiéndosele conferido el cuidado de los hijos, obviamente debe permanecer al lado de los menores, siendo el cuidado de los hijos y las atenciones al hogar lo que constituirá su aporte a dichos gastos con el mismo valor que las aportaciones del otro progenitor y en ese sentido deberá valorarse también esos gastos.

Por lo anterior y en vista de la condición actual de la señora ***, y según se explicará más adelante es de justicia aplicar analógicamente en lo pertinente lo establecido en el Art. 38 C. F..

(Cam.Fam. S.S. diecinueve de diciembre de dos mil cinco. Ref. 197-A-2004)

Así las cosas, de manera formal se podría afirmar, que de acuerdo a la Ley Orgánica Judicial de la Procuraduría General de la República, corresponde a dicha institución seguir el trámite de cesación de la obligación alimentaria fijada en sede administrativa. Sin embargo, debemos tener presente que las pretensiones sobre alimentos corresponden a la materia familiar, regulado por las Leyes de Familia, siendo competentes para conocer de los conflictos que surjan en ese orden, los tribunales de familia; aunque estos hayan sido regulados también en dicha institución, a fin de dar protección social de manera inmediata pues en definitiva prevalecerá lo resuelto en sede jurisdiccional si persiste el conflicto o no hay cumplimiento de lo resuelto en sede administrativa, todo sin perjuicio de que los interesados puedan optar desde el inicio a la vía judicial, amén de que según ha expresado la Agente Auxiliar de la misma institución, no se cuenta con un procedimiento establecido, el que aún y cuando existiere, reñiría con las atribuciones exclusivas del ente jurisdiccional. A ello debe agregarse que ese tipo de procesos no causan estado y son susceptibles de revisión de acuerdo a las circunstancias del caso, a través de un nuevo proceso. (...)

En el sub júdice, se trata de modificar o dejar sin efecto una resolución (fijación de cuota alimenticia) acordada en sede administrativa, ello no implica que tal cesación no pueda ser conocida y decidida por un Juez de Familia mediante el proceso correspondiente, aunque su fijación se haya basado en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, sin que tenga necesariamente que acudir a las normas de lo Contencioso Administrativo, ya que si bien es cierto a la Procuraduría se le ha concedido tal facultad con el fin de coadyuvar e integrar el sistema de protección familiar, no puede decirse –como en este caso- que al establecerse una cuota alimenticia en esa entidad, esta deba modificarse o hacerse cesar única y exclusivamente en sede administrativa; de tal suerte que como bien lo afirma la apelante son muchos los casos en los cuales se ha modificado o dejado sin efecto por la vía jurisdiccional lo resuelto en sede administrativa, por ser ésta la competente y la que prevalece sobre aquella.

En todo caso, el hecho de que no se conozcan los elementos que se tomaron en consideración para tomar el acuerdo que impuso la cuota en sede administrativa no es óbice para no acceder a la pretensión, pues de lo que se trata en el sub lite es de conocer si existen

actualmente elementos que hagan procedente la cesación de la cuota alimenticia, para ello el Art. 270 C. F., señala las hipótesis jurídicas que deben comprobarse para el establecimiento de la pretensión, lo que dará lugar a la constitución, modificación o cesación de un derecho subjetivo, esto será conocido y valorado por el Juez(a), en base a la prueba que se aporte, es decir, no se trata de conocer los elementos que originalmente dieron lugar a establecer la cuota cuya cesación se pretende.

En otros términos, la cesación de la obligación alimenticia se debe ventilar en sede judicial (salvo convenio extrajudicial o en sede administrativa en la Procuraduría General de la República), independientemente que la cuota alimenticia haya sido fijada ya sea por sentencia judicial o por acuerdo o fijación ante la Procuraduría, pues esto último no limita la decisión del alimentante o alimentario de poder iniciar proceso de cesación de la obligación alimentaria ante un Juez(a) de Familia, ni exime al juzgador de conocer sobre la pretensión puesto que lo que únicamente se requiere es la existencia de una obligación alimenticia, independientemente del acto (judicial o administrativo) que le dio origen. Por lo tanto es competencia del Juez(a) de Familia conocer de los procesos de cesación de obligación alimenticia que se le presenten de acuerdo al Art. 270 C. F. De la misma manera que los incumplimientos de los acuerdos de las cuotas alimenticias. Art. 263 C. F.

(Cam. Fam. S. S., catorce de febrero de dos mil seis. Ref. 224-A-2005)

14. TUTELA.

14.1. DECLARATORIA DE INCAPACIDAD Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR.

Respecto de la tutela, nuestra legislación familiar sostiene en el art. 272 C.F. que la tutela o guarda es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente.

Asimismo el art. 292 establece que nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial, por causas legales y con la intervención en su defensa del Procurador General de la República o los Procuradores Auxiliares Departamentales. Las causas de incapacidad se limitan a dos de conformidad al Art. 293 C. F., la primera por enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos, y segunda, la sordera, salvo que éste pueda entender y darse a entender de manera indudable.

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de febrero de dos mil seis. Ref. 230-A-2005)

14.2. TIPOS DE TUTELA. TUTELA DATIVA

Que en la misma resolución de fs. ... ibid. (1 julio /2005), en la que la a quo, nombró a los Tutores Dativos, declaró que no había lugar a la Perdida de Autoridad Parental, por ilegitimación procesal. En este aspecto, estima la Cámara, la Jueza a quo, dejó vigente la Autoridad Parental materna, con lo cual, el nombramiento de Tutores Dativos resultaba improcedente, ya que el menor, pese a las circunstancias atroces del caso, legalmente se hallaba sometido a tal autoridad parental, y la protección y cuidado personal del menor debió darse por otros medios legales, para no violentar la Normativa Familiar; pues la tutela como institución que responde al Interés Superior de los menores procede cuando éstos no están sometidos a Autoridad Parental.(art. 272 C.F).

Que según aparece a fs. 79/93 ibid., en el proceso penal número 67-3-05, contra la imputada, (madre del menor), ***, el Tribunal de Sentencia de San Vicente, la condenó el 18 de agosto de 2005, por el delito de Homicidio Agravado imperfecto o tentado, en perjuicio de

la vida de su menor hijo ***; y de conformidad al art. 240 causal 4º C.F., la Autoridad Parental se pierde cuando el padre, la madre (en el sub- judice) o ambos, fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso cometido con algunos de sus hijos; motivo por el cual la Jueza a quo, declaró la Perdida de la autoridad Parental materna, respecto a su hijo, el menor ***, el 7 de julio del 2006, fs. 94 ibid., y ordenó que continuara la Tutela Dativa. Es decir, que desde que la madre perdió la autoridad parental, el menor ya no estaba sometido a la misma, siendo procedente la Tutela Dativa. La Cámara, reconoce que la a quo erró en su resolución del 01 de julio del 2005, fs. ... ibi., al declarar sin lugar la Pérdida de la autoridad Parental materna de la señora ***, por ilegitimidad procesal y a la vez decretar la tutela Dativa, puesto que si no había lugar a la pérdida, implicaba, entonces que existía tal autoridad en ella y sometido su hijo a la misma, y nombrarle al menor Tutores Dativos, en tales circunstancias, vulneraba lo preceptuado en el art. 272 C.F., de que la tutela o guarda, es a favor de personas no sometidas a autoridad parental; sin embargo, y pese a las irregularidades cometidas, se estima, que el propósito de la a quo, fue velar por la protección integral del menor, y que no es conveniente a sus intereses, más aún, cuando aparece en autos que él es debidamente cuidado por sus Tutores Dativos, declarar la nulidad de la tutela dativa que pretende el Procurador de Familia, quien por mandato legal debe velar por él, y por otra parte, no ve la Cámara, agravio alguno en lo impugnado por el recurrente, sino más bien beneficios al menor.

(Cam. Fam. Ote., veintitrés de abril de dos mil ocho. Ref. APE. Nº *26 (21-02-08)* CJ # *4 /SV-F-283-(346)-2004-1)* [49]

14.3. REPRESENTACIÓN DEL PUPILO.

Cuando el Art. 306 C. F., hace referencia a la "representación del tutelado en juicio", quiere decir que el tutor tiene exclusivamente la representación legal, entendida esta en sentido amplio, como la facultad que tienen los padres o el tutor para suplir la falta de aptitud de la cual carecen los menores e incapaces para actuar y ejercitar sus derechos, esto con el fin de velar por su conservación o defensa,

49. Esta sentencia se puede relacionar con el epígrafe denominado EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL, numeral 8.1 de la parte sustantiva.

haciéndolos actuar en interés exclusivo de los mismos. Dicha representación nace de la ley, la cual determina su ámbito y extensión; es decir que debe ser ejercida en todas las relaciones judiciales o extrajudiciales en las que el menor o incapaz tuviere interés, con las únicas excepciones que el Art. 223 ordinales 1º al 3º C. F., le establece.

(Cam. Fam. S. S. dieciséis de marzo de dos mil cinco. Ref. 200-A-2004)

14.4. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL PUPILO.

Si bien es cierto, el Art. 314 C. F., señala que la tutela conlleva las mismas facultades y deberes respecto al ejercicio de la autoridad parental; es decir: el cuidado personal, la representación legal y administración de los bienes, pero en este caso, falta el cumplimiento de un requisito dado por ley, previo a la entrega del cargo; es decir, debe conferirse solamente la representación legal y cuidado del menor reservándose o quedando en suspenso la administración de los bienes del pupilo hasta que se cumpla con el requisito de presentar el inventario y avalúo de los bienes de dicho pupilo; por lo que sin ello, no puede entrar a ejercerse el cargo en forma total, pues no podrá administrar sus bienes no obstante se le haya conferido el cargo de tutora a la tía abuela del niño por el Juez a quo.(...)

De lo anterior inferimos, que no puede concedérsele a la señora ***, la administración de los bienes del menor ***, pues, al momento este no ha adquirido los bienes que por derecho de herencia le corresponden por no haberla aceptado, siendo necesario para cumplir el requisito de presentar inventario y avalúo de los mismos, ya sean muebles o inmuebles que ingresaron a su patrimonio, ya que con ello y dependiendo del monto al que puede ascender la masa sucesoral, se establezcan las bases y requisitos que la ley dispone para su administración. Pero si debe concedérsele la representación legal y cuidado personal en su sentido amplio, entendiéndolo incluso como un derecho exclusivo de quien ejerce actualmente el cuidado personal del niño conforme al Art. 223, parte final C. F., por ser una necesidad actual y urgente y no limitando dicha representación a un juicio específico, tal y como el Juez a quo lo ha planteado en la resolución

impugnada.

(Cam. Fam. S. S. dieciséis de marzo de dos mil cinco. Ref. 200-A-2004)

Debe acotarse que desde el inicio de estas diligencias (declaratoria de incapacidad y nombramiento de tutor), el juez está facultado de acuerdo a las circunstancias del caso, de conformidad al Art. 185 L. Pr. F. para suspender provisionalmente la administración de los bienes al presunto incapaz, nombrándole un tutor interino en los casos en que sea necesario, dicha providencia deberá notificarse por edicto en un diario de amplia circulación nacional. El juez (a) en la respectiva sentencia ordenará la inscripción de la declaratoria de incapacidad en el registro respectivo, nombrará al tutor y cesarán las funciones del interino, si lo hubiere, quien rendirá cuentas al nuevo tutor, si el mismo no lo fuere.

De lo dispuesto en la norma precedente se advierte que esa decisión es potestativa del a quo, pudiendo hacerlo sólo en aquellos casos en que sea necesario, a discreción del mismo juzgador y valorando in limine los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la solicitud; pero en todo caso si el tutor interino ejerce la administración de los bienes o parte de los bienes, deberá presentar inventario y avalúo de los bienes que administre, a efecto de garantizar su administración como lo establecen los artículos precedentes y lo establecido además en el Art. 186 C. F.; de lo contrario deberá entenderse que el nombramiento de tutor se hace para el sólo efecto de representarlo en el juicio; resguardándose los bienes del pupilo como en este caso con la anotación preventiva de bienes en el registro correspondiente.

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de febrero de dos mil seis. Ref. 230-A-2005) (El primer paréntesis nos pertenece)

Lo normal es que los llamados a ejercer la tutela (tutores) son los encargados de velar por el bienestar de sus pupilos. Pero en el sub lite, como lo sostiene el apelante no estamos en presencia de un juicio de alimentos ni otro en el que de manera conexa se ventile esa pretensión, que habilite a establecerlos ni aun de manera provisional.

Para poder pedir cuota alimenticia debió iniciarse el correspondiente proceso. Pero en estas diligencias aun cuando es obligación del tutor(a) proveer a la satisfacción de las necesidades

alimenticias del Sr. ***, debe hacerse mediante el proceso o procedimiento legal idóneo. En estas diligencias las necesidades del pupilo se deben cubrir con fondos propios del pupilo que administra la tutora interina; y si el juez advierte de lo que obra en las diligencias que ello no se hace, deberá tomar las medidas pertinentes En consecuencia, consideramos que en el presente caso no es procedente decretar cuota alimenticia por no ser esta la vía procesal adecuada para ello; por lo cual es procedente decretar la revocatoria del proveído que fijó cuota alimenticia a cargo de la Señora *** .

(Cam. Fam. S. S., ocho de octubre de dos mil siete. Ref. 177 - A - 2006)

14.5. GARANTÍAS PARA EL EJERCICIO DEL CARGO DE TUTOR.

Efectivamente, tal como lo solicita el apelante y en razón de los elementos antes expuestos, en casos como el sub lite, el tutor no entrará a ejercer el cargo sin que previamente hubiere constituido garantía, la que se determinará de acuerdo a las disposiciones señaladas. La función del tutor interino es la de representar al tutelado en juicio, sin conferírsele en principio la administración de los bienes del pupilo, salvo petición expresa y previo cumplimiento de los requisitos que exige la ley para los tutores definitivos al ser declarada la incapacidad.(...)

En consecuencia, este Tribunal considera que si la tutora interina administra todo o parte de los bienes del pupilo, deberá rendir garantía en una suma acorde al valor de los bienes que actualmente administre o de la totalidad, si todos están siendo administrados por ella.

Es preciso acotar que no existe regulación expresa sobre las funciones del tutor interino, no obstante su nombramiento no debe limitarse en casos como el presente a la representación en juicio, pues cuando el caso lo requiera también será necesario que administre bienes del presunto incapaz para satisfacer las necesidades que ocasione la manutención y cuidados de éste, para lo cual lógicamente deberá rendir garantía y no limitarse a la rendición de cuentas, las que de existir responsabilidad a posteriori será difícil resarcirlas, sobre todo por la controversia suscitada entre las partes y la petición expresa del Sr. *** a través de su apoderado, quien teme por el buen manejo de sus bienes; debiendo por ende aplicarse supletoriamente lo dispuesto para el tutor definitivo, todo de conformidad a los Arts. 279, 283, 289

y 324 C. F. que se refieren a las providencias necesarias que deberán dictarse en el proceso para el cuidado del pupilo y la seguridad de sus bienes.

(Cam. Fam. S. S., veintisiete de febrero de dos mil seis. Ref. 230-A-2005)

14.6. DILIGENCIAS DE UTILIDAD Y NECESIDAD.

De acuerdo a la resolución impugnada, el a quo consideró que de la simple lectura de la solicitud y sus anexos, ésta era improponible, no profundizando en la resolución impugnada, pero sí en la que resuelve la revocatoria, argumentando que no es procedente la admisión de la solicitud porque la apelante acumuló dos pretensiones, la de Nombramiento de Tutora de la Sra. *** y la autorización como tutora para la venta de un inmueble propiedad de la incapaz.

El a-quo considera válido -en principio- acumular dos o más pretensiones en una misma demanda, sin embargo sostiene que para entrar a conocer de la misma es necesario que se cumpla con los requisitos de admisibilidad, es decir, que deben cumplirse los presupuestos procesales como son la legitimación y fundamentación, por tanto si la parte material o procesal no está legitimada para entablar una de varias pretensiones, debe rechazarse la demanda o solicitud porque no se puede admitir parcialmente una demanda, o lo que es lo mismo rechazarla parcialmente.

En lo concerniente a que la solicitante, Sra. ***, carece de legitimación procesal para iniciar las diligencias de utilidad y necesidad para vender el inmueble de una persona declarada incapaz, es claro que la peticionaria no ostenta el cargo de tutora y consecuentemente no puede por ahora representarla para esas diligencias, por no haberse conferido y discernido en el cargo de tutora de la Sra. ***.

Por tanto, la solicitud de venta del inmueble por motivos de Utilidad y Necesidad debe rechazarse, dada la falta de legitimación de la solicitante para representar a la propietaria del inmueble que pretende venderse; en ese sentido consideramos que dicha solicitud efectivamente es improcedente por faltar el presupuesto procesal que habilitaría su petición. Pero podrá promoverse nuevamente cumplido ese presupuesto de legitimación procesal. (...)

De la exposición hecha por la Licda. *** en la solicitud de fs. ... y de la prueba documental agregada en autos, esta Cámara considera que concurren las circunstancias precitadas para que se tramiten las Diligencias de Nombramiento de Tutor (aún de oficio) por el Juzgado a quo, por ser el competente para ello y por existir causa legal y suficiente para su tramitación, debiendo revocarse la resolución impugnada y en consecuencia admitirse la solicitud de NOMBRAMIENTO DE TUTOR y dársele el trámite de ley correspondiente, por cuanto dicha pretensión no es improponible, sino que se sustenta suficientemente en la falta de tutor de una persona previamente declarada incapaz, a la que urge prodigarle las atenciones de vida necesarias, es decir que se trata de accionar la tutela efectiva de un derecho previsto en la norma legal. En todo caso, consideramos que cuando exista acumulación de pretensiones, el juez (a) está habilitado (a) para acoger una sola pretensión, previniendo al interesado que la que se pretende acumular indebidamente la tramite por separado, salvo que lo que deba resolverse en la primera sea presupuesto indispensable para tramitar la segunda, como en el sub lite, aunque la ley expresamente no se refiera a la admisión o rechazo parcial de la demanda, pues en realidad la demanda se estaría admitiendo sobre una sola pretensión, tomándose la demanda con todos sus presupuestos por razones de economía procesal y en otros casos por imposición legal.

(Cam. Fam. S. S., veintidós de mayo de dos mil seis. Ref. 45-A-2005)

14.6.1. PLAZO PARA LA VENTA DEL INMUEBLE.

El plazo de vigencia de la autorización de venta de un bien, responde a su misma naturaleza o génesis, es decir a la necesidad que supone apremia al pupilo o al niño –en casos de hijos menores de edad- y por ende dicho ingreso será utilizado en beneficio o satisfacción de las necesidades de los mismos, en ese sentido la premura de establecer un plazo, el cual no puede ser demasiado amplio, pues de lo contrario se perdería el objeto de la declaratoria de la utilidad y necesidad.

En principio, la vigencia del plazo es discrecional, sin embargo el Art. 188 L. Pr. F., establece un plazo máximo de seis meses, estaríamos en presencia de una "determinación legal", tal como acontece en la determinación de penas en el derecho penal, las cuales por su naturaleza

y atendiendo al principio de legalidad son inmodificables, ya que están íntimamente vinculadas a derechos fundamentales de las personas como es la restricción de libertades; ahora bien, en el caso de autos la determinación del plazo es para garantizar los derechos de propiedad y disposición a favor de niños e incapaces, a fin de satisfacer sus necesidades o la conservación de los bienes, es por ello que las facultades de sus representantes legales (progenitores o tutores) son limitadas, debiendo éstos solicitar la intervención judicial para disponer de ciertos bienes y derechos; (...)

Es decir, la autorización judicial está encaminada a proteger los intereses personales y patrimoniales del incapaz, por lo que a criterio de este tribunal, la determinación del plazo de vigencia de autorización puede excepcionalmente flexibilizarse por razones justificadas, incluso aceptando su ampliación, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, a vía de ejemplo: se tiene una autorización judicial extendida por seis meses y sin embargo luego de los trámites correspondientes no se logra enajenar el inmueble en pública subasta en el plazo estipulado, podría perfectamente solicitarse una ampliación del mismo, ello se apega más a la finalidad de las diligencias de utilidad y necesidad que es la de asegurar el bienestar del pupilo, lo contrario implicaría iniciar nuevamente las diligencias, con el consiguiente desgaste de tiempo y recursos, dilatando así la satisfacción de las necesidades del pupilo por las cuales se autorizó la venta causándole mayores perjuicios. (...)

Podría afirmarse que la omisión en la determinación del plazo para enajenar el bien inmueble, queda subsanado con lo dispuesto en el Art. 188 L. Pr. F., sin embargo ello resulta contrario al interés de la pupila, pues era obligación de la jueza establecer su vigencia, lo contrario ha generado <u>inseguridad jurídica</u>, amén de ello se ha advertido el interés de los solicitantes en el cumplimiento de su pretensión, quienes a pesar de sus grandes limitantes económicas, han promovido la sustanciación de la venta, aún cuando lo han hecho fuera de plazo, resultando justificable por cuanto la sentencia no definió ningún plazo, sumado a la precaria condición económica de las mismas (Sra. Cevallos Guardado, madre y tutora de la pupila), la que se desprende del informe social de fs. (...), por tanto la aplicación de dicha norma hasta este momento procesal resulta alejada de principios de justicia y equidad, así como

de los principios rectores del derecho de familia que tiende a la protección integral de los incapaces, Art. 4 C. F.. (...)

Por todo lo anterior consideramos procedente revocar la interlocutoria impugnada, ya que es justo y legal que previo a dejar sin efecto la autorización de la venta se establezca un plazo de vigencia por un período de seis meses, tiempo suficiente para que se efectúen las correspondientes publicaciones para la venta en pública subasta, lo anterior no implica una sentencia "ultra petita", sino una consecuencia lógica de la revocatoria subsanando así las omisiones del juzgado a quo y el perjuicio ocasionado a la solicitante. (...)

(Cam. Fam. S. S., dieciocho de julio de dos mil seis. Ref. 42 - A - 2006)

14.7. CAUSAS DE FINALIZACIÓN DE LA TUTELA.

Que en virtud de haberse establecido el fallecimiento de la señora ***, conocida por *** y ***, quien fue declarada incapaz mediante !a sentencia impugnada, de conformidad con lo establecido en el Art. 330 ord. 2° C. F., ese hecho le pone fin a la Tutela. En consecuencia, no existe razón jurídica alguna para determinar quien de los interesados ejercerá dicho cargo, quedando únicamente pendiente de realizar, en los casos en que se haya administrados bienes, la rendición final de cuentas, cuyos gastos serán a cargo de los herederos de la pupila, así como la retribución de hubiere lugar a favor de la tutora, de conformidad a lo expuesto en los Arts. 327, 332 y 334 C. F.

(Cam. Fam. S. S., diecinueve de junio de dos mil seis. Ref.155 - A - 2005)

15. DERECHOS DE NIÑOS(AS) Y ADOLESCENTES.

De acuerdo al Art. 351 C.F., a todo niño (a) se le debe garantizar un normal desarrollo bio-psico-social por parte de sus padres, quienes de acuerdo al Art. 206 C.F., ejercen la autoridad parental, la que comprende el cuidado personal, que en principio debe ser ejercido por ambos padres, pero en casos como el sub lite, donde los progenitores de ***, no hacen vida en común, la situación obliga al juzgador a analizar las circunstancias de cada uno para determinar a quien de ellos se debe confiar el cuidado del hijo (a).

(Cam. Fam. S. S., veintiséis de enero de dos mil siete. Ref. 160-A-2006)

El contenido del derecho de identidad no se agota en el nombre incluye además el derecho a una nacionalidad y el establecimiento de relaciones familiares; el mismo es reconocido en el Art. 351 N° 3 C.F.

(Cam. Fam. S. S, trece de marzo de dos mil siete, Ref. 149-A-2006)

Por otro lado, la Convención Sobre los Derechos del Niño, en el Art. 7 N° 1 y 8, regula el derecho del menor a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento en el registro respectivo, en caso contrario, el Estado debe prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecerle rápidamente su identidad. También regula el derecho que tiene el niño(a) a gozar de un nombre y nacionalidad; tratándose de un mayor de edad, existen normas internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su Art. 24 regula el derecho a la identidad. A pesar de que los artículos antes mencionados hacen relación al niño, por cuanto es a partir de su nacimiento que debe inscribirse, este derecho también se garantiza a personas mayores de dieciocho años de edad; pues se trata de un derecho humano o un derecho fundamental de toda persona; (...)

(Cam. Fam. S. S., doce de octubre de dos mil siete. Ref. 177-A-2007) [50]

50. *Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: ESTADO FAMILIAR, numeral 7.0 de la parte sustantiva.*

15.1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO(A)

Por otra parte es preciso valorar los derechos de ***, en razón de su calidad de niña, el Art. 7 N°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; el principio del Interés Superior del Niño entendido éste como todo aquello que favorezca al normal desarrollo físico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad- Arts. 3 CDN y 350 CF.; en relación con el 351 Ord. 3º C.F. reconocen el derecho de todo niño a tener y preservar desde su nacimiento y en todo momento su nombre, nacionalidad, representación legal y relaciones familiares y a gozar de un sistema de identificación que asegure su verdadera filiación materna y paterna.

(Cam.Fam. S.S., veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 208-A-2004)

(...) la demandante manifestó que por solicitud de la abuela paterna, a ninguno de los niños se les identificaba por sus nombres, sino más bien por sobrenombres como "yiyo", "pelón" y "cachetón", para que la nuera no supiera sus nombres, situación que atenta contra la dignidad e identidad de los referidos niños.

(Cam.Fam.S.S., dieciséis de junio de dos mil seis. Ref. 57-A-2005)

(...) no debe entenderse que la actuación de la Cámara de Familia sea contraria al interés superior del menor, ya que la interpretación de las normas adjetivas familiares deben hacerse con el propósito de lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la normativa en materia de familia, pero EN ARMONIA CON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL (Art. 2 Pr.F.).- No debemos anteponer ese interés al debido proceso, porque no debemos actuar arbitrariamente (Art. 2 inc. 1° Pr.C.), y de ninguna manera este Tribunal Superior dejará de advertir esa situación y resolver lo pertinente en defensa de los derechos constitucionales.(...)

(Cam.Fam.Occ., diecisiete de julio de dos mil seis, Ref. 069-(106-2)06)

El origen del problema de lenguaje de la menor *** no fue determinado, sin embargo consideramos que los conflictos o discusiones que la niña pueda vivenciar son los que le podrían estar originando perturbaciones emocionales, por lo que ambos progenitores deben esmerarse en mantener una relación armoniosa que no afecte el normal desarrollo de la menor y colaborar estrechamente para que ésta asista a las terapias necesarias que le permitan superar su problema, anteponiendo el interés de su hija a sus propios conflictos.

(Cam. Fam. S. S., veintiséis de enero de dos mil siete. Ref. 160-A-2006)

En ese sentido, corresponde a los juzgadores aplicar la ley en base a los principios rectores que inspiran el Derecho de Familia, específicamente en la protección integral de los menores e interpretar y aplicar el interés superior del menor, que en el caso concreto es el de proveerle al menor *** la legalización de su estatus familiar de hijo y garantizarle el medio natural e idóneo que favorezca el normal desarrollo de su personalidad, es decir el formar parte de una familia.-

Debemos tener presente que la adopción es una Institución de protección en beneficio de los menores y en cuanto a los fines de ésta, el Art. 165 del Código de Familia establece que es "...una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral".- En el presente caso, de la lectura de la solicitud y de la documentación presentada, se observa que el menor ha estado desde los primeros meses de su vida con este grupo familiar que le ha brindado salud, alimentación, amor, etcétera, durante el largo trámite administrativo, por lo que se debe ponderar este ambiente familiar que de hecho ha tenido el menor y colaborar en establecerle legalmente el mismo, a fin de que esta realidad no sea truncada por rigorismos extremos que en nada abonen al interés superior de los menores.-

(Cam. Fam. Occ., quince de mayo de dos mil siete, Ref. 047/2007)

Finalmente debemos aclarar al apelante que aún cuando los derechos controvertidos en las diligencias se refieren a derechos del niño ***, y pretenden garantizar su interés superior, ello no es suficiente para habilitar el conocimiento de esa solicitud por no llenar los requisitos

legales de procedibilidad; es que el interés superior del niño no constituye una figura a partir de la cual se habilite al incumplimiento de requisitos procesales básicos, en ese sentido es procedente modificar la resolución impugnada y declarar su ineptitud.

(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 117-A-2007)

15.2. LOCALIZACIÓN.

Para ello consideremos que la localización de menores es una medida cautelar "sui generis" que encuentra su fundamento normativo en los Art. 212 inc. 1° y 144 lit. c) L. Pr. F..

Localización es la acción de localizar; localizar es determinar el lugar de un hecho cualquiera; en ese sentido es que se ha utilizado en los Tribunales de Familia, ya que al decretarse la medida de localización, significa determinar el lugar en que se encuentra la persona a quien se dirige y en caso de que fuesen menores de edad entregarlos a la persona que el Juzgador especifique, por regla general estos son entregados a sus padres, parientes cercanos y en caso de no poder hacerlo, a alguna de las Instituciones del sistema nacional a quienes se confía su cuidado; por ende la medida de localización está íntimamente vinculada con el otorgamiento del cuidado personal provisional, en el caso de que fuesen sus padres los solicitantes y es que recordemos que al ser menores de edad las personas a localizar es preciso responsabilizar de su cuidado a un sujeto capaz, de lo contrario la medida en sí misma no tendría ninguna eficacia, ya que el interés del menor que se pretende tutelar quedaría desprotegido.(...)

Así la cuestión, es preciso aclarar que en el caso ad litem no se desconocía el paradero de los menores, al contrario, existía certeza del lugar en que éstos se encontraban, ya que en la misma solicitud se indica que desde la fecha del fallecimiento de la Sra *** (madre de los menores) éstos han permanecido junto a su abuela materna, de quien se señala un lugar donde notificarle, lugar que de acuerdo a los estudios agregados en autos es el de residencia de aquélla; en consecuencia, se conocía el lugar de residencia de los menores. Más aún se indica en el numeral 2.1 de la solicitud que el padre mantiene una constante comunicación con sus hijos; por tanto a criterio de esta Cámara no se encuentran establecidos los presupuestos bajo los cuales

procede decretar la medida de localización, es decir que se desconozca su paradero, más bien se infiere por este Tribunal, que el trasfondo de la solicitud se encamina a conferir provisionalmente y mientras el apelante esté fuera del país, el cuidado de sus hijos a su tía Srita ***; por tanto la pretensión del apelante no se ha planteado correctamente.

(Cam. Fam. S. S. cuatro de mayo de dos mil cinco. Ref. 69-A-2005)

Consideramos que con los elementos antes señalados y de los hechos narrados en la solicitud con su respectiva documentación, la Jueza a quo debió haber decretado al menos una de las medidas cautelares solicitadas, en primer lugar, si bien es cierto no dictaría una orden de localización a través de la Policía Nacional Civil y del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia, debió ordenar un informe social a fin de ubicar a la niña, debido a la urgencia de establecer su estado físico y psicológico, lo que comprendía además ordenar una investigación Psico-social, pues estimamos que no puede simplemente presumirse que por el solo hecho de encontrarse con su madre, la expresada niña se encontraba en buen estado físico y mental, tomando en cuenta sobre todo los antecedentes (de tipo psicológico) que narra el solicitante respecto de la señora ***, además de haberse señalado, que la expresada señora sustrajo a su menor hija de forma anómala, desconociéndose el trato y condiciones en que se encuentra su hija; por ello estimamos que el solicitante demostró prima facie la verosimilitud de su derecho y que en ese momento existía peligro en la demora, no sólo por que con el mismo permiso que la señora *** utilizó para sacar a la niña ilegalmente de Nicaragua pudo haber intentado llevarse a la menor sacándola también de éste país, sino también por la enfermedad que ésta –la niña- padece. En segundo lugar y con base en lo que eventualmente pudiera haber arrojado la investigación social preliminar, respecto del estado en que se encontraba dicha niña, la a quo podía haberse pronunciado en cuanto al cuidado personal de forma provisional o bien establecer un régimen provisional de visitas, relaciones y trato, en el interés superior de la niña ***. En virtud de lo anterior es que consideramos procedente revocar la resolución que negó acceder a la medida cautelar de localización de la menor, por cuanto no se dijo con certeza en que

lugar se encontraba, pues se mencionaron dos direcciones al respecto.

En cuanto a la repatriación de la menor, estimamos que tal medida no es procedente (al menos en estas diligencias previas al proceso definitivo), ya que, independientemente de la forma en que la niña ingresó a El Salvador, tiene tanto derecho como su madre de permanecer en el territorio nacional, pues en principio no es competencia de los Tribunales Penales salvadoreños determinar la falsedad de un documento emitido en país extranjero o determinar la legalidad o ilegalidad del permiso con el que la menor ingresó a éste país; el caso es que si la menor se encuentra en El Salvador, no obstante haber nacido en Nicaragua, por la nacionalidad de su madre, nuestra Constitución la considera también salvadoreña por nacimiento, esto de acuerdo al Art. 90 inc. 2º y 91 Cn., lo que significa que tiene todo el derecho y la protección legal, que como nacional le corresponde –igualmente se protegería si fuese extranjera-, máxime si existe conflicto entre los padres en cuanto al ejercicio de los derechos que en relación a la niña les corresponden, siendo obligación del Estado velar por el cumplimiento de los mismos. Art. 348 C.F.

(Cam. Fam. S. S. siete de diciembre de dos mil cinco. Ref. 155-A-2004)

Sobre la medida de localización de la menor estimamos que no procedía aún desde la interposición de la solicitud, en vista que se tenía pleno conocimiento del lugar donde se encontraba la niña y con quiénes; por lo que en ese punto la jueza a-quo actuó conforme a derecho al declarar sin lugar dicha medida.

(Cam. Fam. S. S., trece de septiembre de dos mil siete. Ref. 149-A-2007)

15.3. RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS(AS).

Previo a entrar a conocer sobre el fondo del recurso; es preciso hacer un recorrido respecto a las finalidades del Convenio con el fin de delimitar su marco de aplicación; el Convenio fue ratificado por medio de decreto legislativo número ciento sesenta y nueve, el diecinueve de octubre de dos mil, constituyéndose el mismo en Ley de la República, cuya vigencia de acuerdo a las normas espaciales del convenio es a partir del día uno de mayo de dos mil uno.

El convenio tiene como finalidad el reestablecimiento del status quo del niño(a): 1) Garantizando la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante. 2) Velar que los derechos de custodia y de visita vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. Art. 1 del Convenio.

En ese sentido se ha sostenido que la aplicación del convenio de la Haya, se traduce en la determinación del juez competente que conocerá sobre el derecho que en el fondo se pretende discutir, es por ello que el mismo introduce la prohibición a los estados contratantes de conocer sobre el fondo de las disputas; es decir sobre un cuidado personal o el establecimiento de un régimen de comunicación. Art. 16 del Convenio. (...)

De la finalidad del Convenio, extraemos las conductas claves que determinan la aplicación del Convenio, estas son sustracción ilícita y retención ilícita. La primera tiene lugar, cuando el niño(a) es trasladado de forma ilícita a otro Estado diferente al de su residencia habitual, la retención es cuando el niño(a) ha salido de forma lícita, pero no se restituye en el tiempo estipulado. Ahora bien; estas conductas serán ilícitas, en tanto, reúnan los presupuestos señalados en el Art. 3 del convenio que son: a) Que el traslado o la retención se produzcan con infracción a un derecho de custodia. y b) Que dicho derecho de custodia se haya ejercido de forma efectiva.

En virtud que el Convenio, no establece un procedimiento específico para su aplicación, la a quo aplicó un procedimiento sui generis dentro del marco de la Ley Procesal de Familia.

Efectivamente el permiso relacionado autorizó el egreso del niño del territorio venezolano en compañía de su madre; por ende, la conducta ilícita tal como se ha sostenido en la apelación, no puede

calificarse como sustracción, porque no ha existido un traslado ilegal ya que el permiso acredita suficientemente que el desplazamiento de un Estado a otro por el niño estaba autorizado por el Sr. ***; en ese sentido lo que debemos determinar es sí efectivamente se ha dado la retención ilegal alegada; de la lectura del permiso, se podría alegar que en principio no hay ilegalidad en la conducta de la Sra. ***; en tanto el permiso no determinó un plazo concreto respecto de la permanencia de *** en territorio salvadoreño; sin embargo lo anterior, a criterio de este Tribunal, no es del todo cierto por cuanto existía una cláusula que condicionaba el retorno de aquel a la República Venezolana, (pero no estableció un plazo) en compañía de sus abuelos maternos Señores *** y ***; ahora bien dicha situación no fue acreditada por los solicitantes, quienes no presentaron ningún medio probatorio que permitiera determinar sí los mencionados señores han regresado a Venezuela o sí continúan residiendo en territorio salvadoreño, de hecho hubiese sido suficiente presentar el movimiento migratorio de aquellos, el no haberlo hecho ha significado una limitante en la aportación de pruebas.

En ese sentido, la Sra ***, de acuerdo a la legislación de su país ejerce la guarda de su hijo que comprende la custodia, vigilancia, orientación de la educación, deber de corrección y la fijación de su residencia de conformidad al Art. 264, quedándole al padre según la norma citada entre otros el derecho de vigilar su educación, puesto que ambos padres tienen la titularidad de la patria potestad de ***; pero su ejercicio se le confirió judicialmente a la madre. La sentencia de conversión de divorcio estableció que la guarda se ejercería en el lugar en que aquella fijara su residencia, pero se le informaría al padre del cambio de la misma, ello implicaba que ésta podía modificar el lugar de residencia de su hijo con la condición de hacérselo saber al padre; puesto que la titularidad de la patria potestad, como ha quedado plenamente establecido la tienen ambos, la madre en cuanto a la guarda y el padre respecto al régimen de visitas, pues ninguno ha sido privado de la misma; por otra parte el Art. 5 del Convenio, es claro en determinar que para los fines del mismo, se entiende por derecho de custodia el derecho relativo al cuidado del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia. (el subrayado es nuestro). En ese sentido a criterio de esta Cámara la Sra ***, estaba facultada para

modificar el lugar de residencia de su hijo, con la condición de informarle al padre, con más razón cuando ello implicó un traslado transfronterizo lo cual ha limitado el ejercicio del derecho de visitas padre e hijo.

No obstante lo anterior, como lo señalamos supra no se acreditó suficientemente la retención alegada; en tanto, el traslado de ***, fue efectuado de forma legitima.

La solicitud de restitución fue presentada ante la autoridad central de la República Bolivariana de Venezuela el nueve de diciembre de dos mil cuatro, por otra parte el Sr ***, alegó que el regreso de su hijo a Venezuela, se debía verificar el seis de enero de dos mil tres y que éste había salido de su país desde el día diecinueve de diciembre de dos mil dos; por tanto a la fecha de la interposición de la denuncia el niño prácticamente tenía dos años de residir en territorio salvadoreño y no se puede determinar desde que momento se produjo la retención; sin embargo no pasa desapercibido para este Tribunal que el convenio entró en vigencia para nuestro país el uno de mayo de dos mil uno y que nuestra adhesión fue aceptada por la República Bolivariana de Venezuela el dieciséis de junio de dos mil cuatro, entrando en vigencia a partir del uno de febrero de dos mil cinco.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en este momento el niño ***, tiene dos años once meses de residir en territorio salvadoreño, según informe social agregado a Fs. ... se encuentra integrado a su nuevo domicilio, al nuevo hogar de su madre e incluso a su entorno escolar.

En virtud de los hechos expuestos, a criterio de esta Cámara no se logró determinar la conducta ilícita alegada, si bien se ha establecido que la madre en razón de la legislación de su país (que era el de residencia habitual del niño) podía modificar el lugar de residencia de su hijo pero informándolo al padre, no se acreditó a cabalidad que se haya producido la retención alegada; en tanto no se probó el incumplimiento de la condición de retorno al Estado Venezolano en determinado plazo, al momento no existe ningún medio de prueba que acredite a este Tribunal que los abuelos maternos de *** han retornado a su país; lo cual constituye una limitante probatoria atribuible

a la parte actora; por lo anterior procede modificar la sentencia de primera instancia confirmando la improcedencia de la restitución del mencionado niño, por no haberse comprobado la retención ilícita alegada.

(Cam. Fam. S. S. doce de diciembre de dos mil cinco. Ref. 228-A-2005)

Además sobre este punto – menores residentes en el extranjero – debe estarse a lo regulado en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; según el cual, el Art. 8 establece que toda persona, institución y organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia quede garantizada la restitución del menor. Ello implica el ejercicio co – parental cuando los menores hayan de salir del territorio nacional y es aquí donde precisamente discrepan los criterios de interpretación del Art. 208 citado, el cual debe interpretarse en armonía con los Arts. 207 Inc. 3°, 209 Inc. 2°, 223 y 224 C. F. de los que se colige que aunque ambos padres tengan la titularidad de la autoridad parental sólo uno de ellos podrá ejercerla para todos los efectos cuando sea a éste a quien se le confiera el cuidado personal, pues será éste quién tendrá en exclusiva la representación legal; sin embargo en el interés superior del hijo se restringe ese ejercicio cuando éste deba salir del país, salvaguardando así su derecho de relacionarse con ambos progenitores de conformidad a lo dispuesto en el Art. 350 C. F.

(Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 175-A-2005) [51]

Así las cosas debemos responder a dos situaciones: primero si la Autoridad Central en aplicación del convenio tiene la facultad discrecional para omitir celebrar la fase de restitución voluntaria y segundo, si la celebración de dicha fase constituye un requisito de

51. *Esta sentencia se encuentra relacionada con el apartado denominado AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA SALIDA DEL PAÍS DE UN MENOR DE EDAD, numeral 10.3 de la parte sustantiva.*

admisibilidad de la solicitud de restitución en sede judicial, de tal suerte que su omisión implique la declaratoria de inadmisibilidad de la solicitud.(...)

Previo a la judicialización de la solicitud de restitución internacional de menores, el Convenio impone la obligación a las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes de realizar una fase voluntaria, que pretende lograr el avenimiento del padre o madre que ha sustraído o retenido ilegalmente a un niño, para que retornen al país de residencia habitual de aquél y sea en éste donde se decidan las cuestiones de fondo como cuidados personales o regímenes de visitas; sin embargo a criterio de este Tribunal en situaciones excepcionales y de extrema gravedad para la integridad y restitución del niño, podría omitirse la celebración de la fase voluntaria, recalcando que ello debe operar de manera excepcional y no de forma general.

De acuerdo a la Guía de las Buenas Prácticas, el retorno voluntario del niño(a) es ventajoso porque reduce los niveles de perturbación en los niños, evita la polarización de las actitudes de las partes que resulta de un procedimiento judicial, genera una mayor posibilidad de obtener una solución satisfactoria a largo plazo, puede evitar la hostilidad entre las partes para organizar un derecho de visita.

Evidentemente no en todos los casos se obtendrá un resultado favorable y puede constituir un riesgo el informar previamente al padre o madre sustractor el inicio del procedimiento, pero dicho riesgo puede ser minimizado con la adopción de medidas cautelares como acto previo incluso al inicio de la fase de restitución voluntaria, al efecto la Autoridad Central, podría solicitar oportunamente orden de restricción migratoria respecto del niño(s) sustraído(s) o retenido (s) ilegalmente, por ende no es válido afirmar que por un riesgo de fuga se omita celebrar la fase de retorno voluntario, por cuanto existen mecanismos que pueden impedir una nueva sustracción; en el caso sub judice no se cuenta con ninguna investigación que haga inferir que la madre pretenderá sustraer nuevamente a los niños, por lo que a criterio de este Tribunal, la Autoridad Central Salvadoreña no estaba facultada para omitir la celebración de la fase de restitución voluntaria, en tanto como

lo hemos sostenido se cuenta con mecanismos que podrían asegurar previamente un nuevo desplazamiento ilegal.

Además del análisis de las normas citadas esta Cámara advierte que el carácter de las normas no es discrecional o facultativo, sino más bien imperativo estando obligada la Autoridad Central de nuestro país a cumplir con lo prescrito en el Convenio, por ende la Procuraduría General de la República como Autoridad Central en aplicación de la Convención, sólo excepcionalmente está facultada para dispensar el trámite de restitución voluntaria, y a efecto de evitar arbitrariedades en dicha decisión, sería necesario emitir resolución escrita en la que se fundamenten razonablemente los motivos por los cuales se omite dicha fase.

A criterio de este Tribunal, aún cuando la fase de restitución voluntaria en principio es de estricto cumplimiento respecto de la Autoridad central, dicha omisión no justifica por su lado que también en sede jurisdiccional se evite realizar de manera efectiva el derecho de los justiciables, no constituyéndose ese hecho per se en un requisito de admisibilidad de la solicitud, en virtud de que la fase judicial pende de las actitudes de los progenitores, quienes actúan a través de la Autoridad Central, convirtiéndose ésta en una especie de intermediario que pretende lograr una restitución voluntaria en aras de garantizar el interés superior del niño (a).

Los requisitos que debe contener una solicitud para su admisibilidad son los contenidos en los Arts. 8 de la Convención, además de valorar que los plazos de requerimiento se adapten a lo señalado en los Arts. 12 y 13 del Convenio.

Sostener que la omisión de la celebración de la fase de restitución voluntaria por parte de la Autoridad Central, constituye una omisión de requisitos formales para la admisión de la solicitud, es inadecuado, ya que lo que realmente ha acontecido es la omisión del procedimiento propio de la Autoridad Central, que al no haberse efectuado en sede administrativa puede ser saneada por la instancia judicial correspondiente, en lo que compete a la función jurisdiccional.

No obstante lo anterior, los términos del Convenio han de interpretarse y aplicarse de forma finalista, determinando si resulta procedente declarar la inadmisibilidad de la solicitud de restitución, analizando las implicaciones legales que dicha declaratoria significaría y en base a ello la procedencia para el conocimiento de la solicitud en sede judicial.(...)

Al declararse la inadmisibilidad de la solicitud se veda la posibilidad de restitución a través de un procedimiento judicial ágil por un error u omisión no imputable a las partes materiales ni a la Autoridad Central Australiana, sino a la Autoridad Central de nuestro país, lo que sin duda podría implicar responsabilidad internacional para el Estado Salvadoreño; en ese sentido y atendiendo al interés superior de los niños *** y ***, es procedente ordenar la admisibilidad de la solicitud, en el entendido que el tribunal a quo, puede dentro del mismo procedimiento judicial potenciar la restitución voluntaria de los niños y en su caso a la madre al Estado Australiano, enfatizando las garantías asistenciales ofrecidas a la señora *** según consta en el escrito de Fs. ....(...)

En cuanto a las argumentaciones efectuadas por el Juez a quo referente a que aceptar los comentarios de Doña ELISA PÉREZ-VERA, implicaría atentar con la independencia judicial, es pertinente recordar los acuerdos emitidos en el Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en los cuales participó una delegación salvadoreña, donde se sostuvo: "Se reconoce el valor del Informe explicativo sobre el Convenio de 1980 redactado por Elisa Pérez-Vera, como un recurso para interpretar y entender el Convenio". En ese sentido a criterio de este Tribunal, el mismo tiene un carácter ilustrativo que permite lograr una interpretación adecuada y correcta de los términos del Convenio y de ninguna forma significa vulnerar la independencia judicial.

(Cam. Fam. S. S., once de julio de dos mil siete. Ref. 101-A-2007)

16. PROTECCIÓN A ADULTO MAYOR.

En cuanto a la ineptitud de la demanda el recurrente se apoya en una serie de interpretaciones sobre el derecho a alimentos, argumentando que siendo su patrocinado una persona mayor de sesenta años goza de un régimen especial, según los Arts. 394 N° 2 y 396 C. F. por ser la demandante de veintitrés años es ella la que debe alimentos a su padre y no a la inversa. Estos argumentos no son oportunos en esta etapa procesal ya que se trata de la etapa de ejecución de la sentencia de divorcio, en lo concerniente a los alimentos por lo que no resultan válidos esos argumentos.

(Cam.Fam. S.S., trece de junio de dos mil siete. Ref. 9-IV-2005)