

Breve referencia a la concepción principalista del derecho y al ciclo vital de las obligaciones

Prescripción y caducidad en materia de familia

Parte I

Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez

Prescripción y Caducidad en Materia de Familia

Breve referencia a la Concepción Principialista del Derecho y al ciclo vital de las obligaciones

Parte I

Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez

Resumen

El Derecho es un organismo vivo, está en constante cambio, sujeto a colisiones entre sus componentes y transitando progresivamente en el tiempo. Sin duda alguna que la idea de Derecho invoca la idea de obligación, pues hablar de Derecho es hablar de la necesidad de ejercer o no una actividad, bajo la advertencia de sufrir la imposición y el cumplimiento de una sanción. El Derecho es un mundo obligacional, y una obligación es la fuerza que mantiene unidas a las instituciones jurídicas, adecuando la interacción entre ellas y posibilitando que el orden jurídico no se altere. Ahora bien, las obligaciones tienen su propia naturaleza y explicación, la forma de cómo se originan, expresan, desarrollan y extinguen; es decir, tienen su propio ciclo vital. Asimismo, el Derecho es un sistema de principios dotados de justicia, según lo predica la Concepción Principialista del Derecho. En esta concepción no se interpreta a los principios como partículas absolutas y sobrepuestas al todo, sino como compuestos inteligibles y entrelazados que responden a una forma coherente y estable de la labor jurídica, como parte del quehacer de la sociedad. La Concepción Principialista del Derecho permite entonces descubrir que la eficaz aplicación de un sistema normativo no depende de la codificación cerrada y extensiva del mismo, sino de la adecuada interpretación de los principios que guían su composición y estructura. Sin duda alguna que en esta concepción los principios tienen no solo un valor supletorio del Derecho, sino también un valor fundamentador e interpretativo del mismo.

PALABRAS CLAVE: CADUCIDAD – CONCEPCIÓN PRINCIPIALISTA DEL DERECHO – DERECHO DE FAMILIA – OBLIGACIONES JURÍDICAS – PRESCRIPCIÓN – PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Abstract

The law is an alive organism in constantly change, subject to collisions between components and progressively traveling in time. Certainly, the idea of law invokes the idea of obligation, because law is talk about the need to exercise or not an activity, under the warning to suffer the enforcement and fulfillment of a sanction. The law is an obligational world and an obligation is the force that holds together the legal institutions, adapting the interaction between them and enabling the legal system is not altered. However, the obligations have their own nature and explanation, the way how they originate, express, develop and extinguish; meaning, it has their own life cycle. Also, the law is a system equipped principles of justice, according to Principialist Conception preached by the law. It does not interpret in this conception of the principles as absolute and overlaid particles at all, but as intelligible and intertwined compounds that respond to the way stable and consistent with legal work, as part of the task of the society. The Principialist Conception of law allows discover the effective implementation of a regulatory system does not depend on the closed and extensive encoding the same, but the proper interpretation of the principles that guide their composition and structure. Clearly, the principles have not only a substitute value of law in this conception, but also a foundational and interpretive value the same.

KEYWORDS: EXPIRY – PRINCIPIALIST CONCEPTION OF LAW – FAMILY LAW – LEGAL OBLIGATIONS – PRESCRIPTION – LEGAL PRINCIPLES.

Breve referencia a la concepción principalista del derecho y al ciclo vital de las obligaciones Prescripción y caducidad en materia de familia

Parte I

Lic. Cristian Eduardo Palacios Martínez¹

*...en el mundo están ocurriendo cosas increíbles (...)
Ahí mismo, al otro lado del río, hay toda clase de aparatos mágicos,
mientras nosotros seguimos viviendo como los burros...²*

Introducción

En el artículo se describen algunas consideraciones sobre la prescripción y caducidad en materia de familia en el sistema jurídico salvadoreño, que nacen del seno de la práctica forense y, desde luego, en el estudio de las corrientes teóricas que se sustentan y explica sobre el acervo doctrinario de los científicos del Derecho.

Se busca poner a disposición de la administración pública y de los actores del sistema judicial, y por supuesto, de todos los interesados por el Derecho de Familia, una aproximación teórica a uno de sus apéndices, este es, el que refleja los efectos jurídicos del tiempo en la consolidación de las relaciones jurídicas. Esa área de la que hablamos es la del mundo de las obligaciones de orden familiar.

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas, graduado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Colaborador Judicial del Juzgado Segundo de Familia (Juez 2), del Municipio de San Salvador, Departamento de San Salvador, El Salvador.

2 Por José Arcadio Buendía en **GARCIA MARQUEZ, Gabriel**, *Cien años de soledad*, Bruguera, Barcelona, 1985, p. 13.

Para efectos de sistematización y exposición de la información, el presente trabajo se ha dividido en tres partes, la primera parte está referida a la exposición de las bases teóricas en torno a la Concepción Principilista del Derecho y al ciclo vital de las obligaciones. La segunda parte estará referida al desarrollo de la prescripción, y la tercera, a la exposición de los temas académicos que corresponden a la caducidad y al contraste de ambas instituciones jurídicas. *Las dos partes que completan el contenido de este trabajo serán puestas a disposición del lector en las siguientes publicaciones de esta revista.*

Este artículo tiene por objetivo ampliar el campo del Derecho de familia en nuestra cultura jurídica y enriquecer un campo de estudio tan fértil como es el Derecho de obligaciones de orden familiar. Desde luego que el enriquecimiento teórico no inicia con la exposición de las ideas que este artículo contiene, sino en la crítica y superación que se tenga de ellas.

I. Enfoque de estudio

En términos generales, el enfoque de estudio permite conocer cuál es la percepción que el intérprete tiene de la realidad jurídica que investiga (Derecho objetivo, subjetivo, vigente, positivo, público, privado, social, por ejemplo.), para facilitar la comprensión de su investigación. Asimismo, según el enfoque de investigación, se establece la perspectiva teórica empleada para descubrir, interpretar y exponer los datos obtenidos en la investigación (orientación teórica del iusnaturalismo, iuspositivismo, del realismo jurídico – como reduccionismos jurídicos -, del formalismo jurídico, de las teorías argumentativas, por ejemplo) y con ello, definir el tipo de investigación jurídica: Jurídica- dogmática formalista o jurídica-histórica sociológica.

Existen diferentes enfoques como interpretados existen, algunos que han sido clasificados en razón de las características más generales que presentan, con rasgos propios que van desde concepciones tradicionales hasta orientaciones más modernas, con métodos precisos (Analítico, sintético, deductivo,

inductivo, analógico- comparativo, sistemático, histórico, dialéctico, intuitivo) y con técnicas de investigación particulares (encuesta, entrevista, análisis de casos, cuadros comparativos, entre otras).

El enfoque empleado en la investigación que dio lugar al presente artículo fue eminentemente normativo, con ciertos caracteres axiológicos³ y fácticos, que no lo hacen encajar precisamente con los reduccionismos jurídicos; no obstante que, el núcleo de la investigación fue eminentemente jurídico-dogmático formalista, reduciéndose a analizar, sintetizar, deducir, inducir y comparar el significado de la norma, y contrastar su contenido con los valores y principios que la justifican.

Por lo tanto, en la elaboración de este trabajo se ha utilizado el método deductivo, en el que se parte de lo más abstracto (valores y principios) y se concretiza con los supuesto de hecho (casuística); y con ello, se construye el enlace que une al origen o fuente (Derecho) con el destino (casuística), y así, prever el fin o resultado (Jurisprudencia).

II. Noción previa

A semejanza de los fenómenos del mundo físico, que acontecen dentro de un orden mayor, es decir, dentro de un sistema solar, que pertenece a una galaxia, y ésta al universo; las instituciones jurídicas pertenecen a un

3 Toda regulación del actuar humano implica una elección de valores; por ello, lo normativo está íntimamente ligado a la axiología, es decir, al mundo de los valores. Vid. **MARTINEZ MARULANDA, Diego**, *Fundamento para una introducción al derecho*, Colección Erinia, Universidad de Antioquia, Medellín, 2007, p. 41. Se ha dicho que los valores son básicos y primarios, las normas son derivadas y secundarias. Incluso, se dice que las normas son instrumentales para la realización de algunos valores. Vid. **VON WRIGHT, Georg Henrik**, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Colección: Cuadernos, Cuaderno 33, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1976, p. 12. El Derecho involucra aspectos axiológicos, con diferentes denominaciones por los autores, así: la corrección moral o pretensión de corrección, como un concepto no-positivista del Derecho (Robert Alexy) o de la moral objetiva (Moreso). Vid. **FERRAJOLI, Luigi**, *“Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”*, Edición digital, en **AA.VV.**, *Doxa* (publicaciones periódicas): Cuadernos de Filosofía del Derecho, revista electrónica, número 34, 2011, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p. 29. Disponible en <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=053980> [Consultado el 14-05-14].

ordenamiento jurídico, que forma parte de algo mayor, es decir, a un *sistema jurídico*⁴, que se aloja en un conglomerado social, precisamente, dentro de la sociedad. Dentro de ese sistema orbitan todas las instituciones jurídicas, incluidas las fuentes del Derecho, entorno y a favor de las personas. En un mundo ético-abstracto, al igual que los fenómenos del mundo físico, las instituciones jurídicas tienen una razón de ser, viven interactuando bajo un orden que, en mayor o menor medida, es armónico e inteligible, expresando con ello su propio cosmos. Ésta es una visión estructural del Derecho⁵, con la que tampoco se agota la idea del mismo.

El Derecho está insertado en una *galaxia social*. El Derecho es un *mundo obligacional*, y en la forma de concebirlo en este artículo, una obligación es la fuerza que mantiene unidos a los *átomos jurídicos*, es decir, a las instituciones jurídicas⁶, adecuando la interacción entre ellas⁷ y posibilitando que el orden jurídico no se altere. Las obligaciones - jurídicas - posibilitan y potencializan la continuidad de las relaciones jurídicas, y desde esta óptica, permiten la

4 La idea de *sistema jurídico* en este artículo es más amplia que la de ordenamiento jurídico. Por ello, el concepto de sistema jurídico no corresponde exactamente con la idea de *constitucionalismo*, que en sí misma envuelve la idea de sistema normativo.

5 Desde un enfoque realista o sociológico, el Derecho no es simplemente lenguaje y normatividad, sino también, comportamiento humano, y en particular, comportamiento judicial. Asimismo, el Derecho es argumentación, una técnica para la solución de problemas prácticos. Como argumentación el Derecho es un instrumento que humaniza los principios y valores. Es el campo de conjeturas fácticas y refutaciones jurídicas. Vid. **ATIENZA, Manuel**, "El Derecho como argumentación", en **AA.VV.** *Argumentación jurídica*, Revista electrónica Isegoria, número 21, 1999, pp. 37-38. Disponible en <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/issue/view/4>. [Consultado el 15-05-14].

6 Entiéndase a éstas como elementos vivos del Derecho, como entidades elementales que conforman el engranaje más lógico y estable del orden jurídico, cuya vitalidad la obtienen por el hecho de que se constituyen como verdaderas exigencias, y que por lo tanto, ameritan una regulación normativa más o menos detallada; o porque son un soporte del orden jurídico. Así, las ideas de persona, Estado, propiedad, inquilinato, prescripción, caducidad, orden público, vida, seguridad jurídica, por ejemplo, son instituciones jurídicas, porque el Derecho se sustenta sobre ellas, y por tal motivo, llega al punto de regularlas en cuerpos normativos de una forma especial. Inclusive, el Derecho se auxilia de ellas para actualizarse y legitimarse, en ocasiones, aun sin su previa codificación.

7 A la configuración que la norma jurídica hace de los hechos sociales básicos, teniendo siempre en cuenta valores y posibilidades, es a lo que llamamos instituciones jurídicas. Estas instituciones se proponen a los sujetos de Derecho, quienes participan con ellas mediante las *relaciones jurídicas*. Vid. **MORAN MARTIN, Remedios**, *Materiales para un curso de historia del derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2010, p. 65.

progresiva continuidad del Derecho, y a su vez, el equilibrio de las relaciones humanas. Las obligaciones tienen su propia naturaleza y explicación, la forma de cómo se constituyen, expresan, desarrollan y extinguen. Las obligaciones tienen su propia *cosmología jurídica*.

A pesar de las semejanzas que se advierten al hacer una analogía entre el mundo físico y el mundo jurídico, las leyes que en uno y otro rigen son totalmente diferentes, en el primero son firmes e inalterables, mientras que en el segundo, son totalmente lo contrario. En el mundo físico, por ejemplo, las fuerzas que mantienen la existencia de las cosas no son establecidas por el ser humano, en cambio en el mundo jurídico, las fuerzas (obligaciones) que realizan el orden jurídico, sí lo son; no obstante que estas últimas obedecen no a una voluntad individual, sino a unos *valores* que encarnan la voluntad generalmente aceptada por un grupo humano en una época determinada.

Aún con la luz de la razón que deja ver las semejanzas entre el mundo físico y el mundo jurídico, no se pueden explicar de la misma manera las leyes que los rigen, sino que se requieren de métodos y técnicas distintas, que encajen con los objetos de estudio que un mundo y otro presentan. Comprender ésto es esencial para la *cosmología jurídica* que intenta explicar el origen, evolución, expresión, estructura y finalidad del Derecho; y desde luego, para explicar el *ciclo vital de las obligaciones*⁸ y los incidentes que se manifiestan en él. En efecto, debemos comprender que la obligación jurídica se ve afectada por la prescripción y la caducidad⁹, pero de una forma incidental, porque estas instituciones pueden o no manifestarse en las fuerzas que dan estabilidad al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, no obstante que el mundo físico y el mundo jurídico no obedecen a las mismas leyes, esto no es óbice para indicar que, las leyes de uno

8 La idea de *ciclo vital de las obligaciones* ha sido tomada de JULIAN, Emil Jalil, "El sistema normativo de la Teoría General de las Obligaciones en el Código Civil proyectado", en AA.VV., *Derecho Privado. Reforma del Código Civil. Obligaciones y Responsabilidad*, Directores Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, Año I, Número 3, Diciembre 2012, p.4.

9 La caducidad -extraprocesal-, como adelante se expondrá, indirectamente afecta los derechos. Por ello, si las obligaciones son el correlativo de los derechos, la caducidad indirectamente afecta las obligaciones también.

y otro se revelan al ser humano y es éste quien las *descubre*, interpreta, comprende y explica, para finalmente, en una ulterior fase del conocimiento, tener la capacidad de predecir los fenómenos que en uno y otro sucederán. Desde luego, el todo o una parte de él, se revela por la acuciosidad que caracteriza al pensamiento humano, afectado por el germen de la continuidad del saber.

Antes de comprender los efectos del tiempo en la consolidación de las relaciones jurídicas, a través de las instituciones de prescripción y caducidad, es necesario conocer más de cerca cuáles son las fuerzas que mantienen el orden establecido en el mundo jurídico, los enlaces que procuran dar estabilidad y seguridad a un mundo tan cambiante y complejo. Concretamente, es indispensable saber cuál es el *ciclo vital de las obligaciones jurídicas*, atendiendo a la constitución o nacimiento, desarrollo o vida y extinción o muerte de las mismas.

III. El Derecho

El Derecho es un organismo vivo, al igual que el planeta, está en constante cambio, sujeto a colisiones entre sus componentes y transitando progresivamente en el tiempo. El Derecho es el *Dasein del deber ser*. Él se reproduce asimismo, no requiere de conceptos cerrados y acabados que lo declaren, se basta con la interpretación del pensamiento humano. El Derecho se reproduce y renueva todos los días en los Tribunales y Juzgados, en las instituciones de la administración pública, e inclusive, en las más simples relaciones humanas. De ahí que, para el *Realismo Jurídico*¹⁰, el Derecho se crea y reproduce con la práctica forense.

El mundo jurídico, como el mundo físico, no se crea ni se destruye, solo se transforma, y en consecuencia, los nuevos elementos del mismo, únicamente, se *descubren*. El Derecho en su aplicación se revela como algo nuevo y acabado, a pesar que está en constante cambio, sometido a leyes sociales, a choques de

10 Es una nota distintiva del *Realismo Jurídico Estadounidense o Conductista*, la creación judicial del Derecho. Vid. **MORALES, José Humberto**, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Editorial Universitaria, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2011, p. 78.

intereses y a ponderación de valores. Por ello, el Derecho, en la concepción que se ha descrito, a raíz del estímulo que los hechos le producen, únicamente se descubre asimismo. Entonces, el error del Derecho no está en él, sino en el pensamiento de quien lo descubre, interpreta y expone.

Ahora bien, en este artículo centraremos nuestro interés en la idea pragmática de Derecho, es decir, partimermos de la noción de Derecho como vinculación, necesidad, gravamen, compromiso, o más precisamente, como *obligación*. La entidad misma del Derecho es “ser obligación” (*Dasein del deber ser juridico*¹¹).

3.1. El Derecho como obligación

La concepción jurídica de las relaciones humanas se reviste del elemento obligacional, del yelmo de la necesidad aflictiva. La idea de Derecho invoca la idea de obligación. Hablar de Derecho es hablar de la necesidad de ejercer o no una actividad, bajo la *advertencia* de sufrir la imposición y el cumplimiento de una sanción, positiva o negativa.

El Derecho es la antesala de una serie de advertencias, positivas o negativas, para sus destinatarios. Al mismo tiempo, es la concretización de esas advertencias; por tal motivo, el Derecho es, y a su vez, se permite ser la fuente y el medio que se descarga en un fin, este es, la persona humana, a quien se revela y sobre quien se deja ser de la forma en que se conoce. Ahora bien, esa forma de descargarse no es tan sencilla como se describe, sino más bien, obedece a una mecánica interna y lógica, más o menos compleja de la organización social.

El Derecho como lo conocemos es una imposición que manda, permite o prohíbe. Es una fuente de mandatos y reglas, y el medio por el cual se canalizan y cumplen esos mandatos y esas reglas. Para que el Derecho sea descargado, observado o actualizado en los sujetos de derecho, se requiere que

11 El Derecho está ahí, tiene su propia existencia. Tiene un tiempo y un lugar en el que se manifiesta. No está en nuestra conciencia, es una entidad externa que se sobrepone, naturalmente, al comportamiento humano, pues tiene la suficiente fuerza real para doblegarlo.

éstos lo acepten como legítimo o válido. El proceso de aceptación del Derecho es silencioso, porque los sujetos de derecho desde su nacimiento o constitución se incorporan a un orden pre-establecido, y a pesar que lo reconocen bajo la condición de su propia seguridad personal, patrimonial y jurídica, no interviene una voluntad real y expresa, sino más bien, una presunción¹² de aceptación. Aunado a lo anterior, los sujetos de derecho, como destinatarios de las normas, sacrifican una porción de su estado de libertad y, a cambio, se vuelven condicionadamente libres.

3.2. Coercibilidad del Derecho.

Que el Derecho sea obligatorio significa que deviene en coercible. La *coercibilidad* es el carácter innato del Derecho que potencializa la eficacia de sus *proposiciones jurídicas*.

La *coercibilidad* es el carácter del Derecho, precisamente, de las normas jurídicas¹³, que posibilita que ante su desobediencia, las mismas sean cumplidas por sus destinatarios con la intervención aflictiva, amenazante o constrictiva de un tercero, particularmente, ese tercero es el Estado. La coercibilidad realiza y concretiza la hetero-composición de los conflictos humanos. En la justicia privada y en la auto-composición¹⁴ no existe coercibilidad, sin perjuicio del respaldo coactivo que presta el Estado en esta última forma de solucionar los conflictos de intereses.

12 Por ello no es extraño que en la creación racionalista del Estado Constitucional de Derecho, se presuma que todas las normas son constitucionales - y por lo tanto obligatorias -, y que para establecer lo contrario, deben ser declaradas como inconstitucionales por la autoridad competente y bajo los medios establecidos legalmente.

13 Bien se ha dicho que la *coercibilidad* es una característica de la norma jurídica, junto con la racionalidad, la generalidad, la imperatividad, la estatalidad, la unidad formal, la unilateralidad, la permanencia y el carácter proposicional.

14 Puede definirse como aquella forma pacífica y directa de solución de los litigios que consiste en la subordinación, recíproca o unilateral, del interés de cada una o de una de las partes del litigio, al de la otra que está en litigio. *Vid. ALDEA MOSCOSO, Rodolfo Alejandro, De la autocomposición. Una contribución al estudio de la solución de los conflictos jurídicos*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, p. 86.

El Derecho es coercible porque naturalmente es infringido. Él legitima y valida su existencia en su propia desobediencia; por ello, requiere ser coercible para superar lo que él mismo ha previsto. Las leyes existen porque la evolución social las ha exigido, pues si la vida en sociedad estuviera libre de intereses, las leyes no serían necesarias. Es decir, la coercibilidad del Derecho tiene su fundamento en que éste será, naturalmente, infringido o desobedecido.

Aun cuando se debate sobre la naturaleza jurídica de las normas del Derecho Internacional, por su aparente falta de coercibilidad, no restaremos el carácter jurídico de las mismas, porque el Derecho en sí mismo obtiene el carácter coercible de los principios generales del Derecho (valores imperantes de la época), precisamente, de la idea de justicia¹⁵. El Derecho atiende a un fin último: La justicia¹⁶ en la persona. Este fin determina qué conducta debe ser obligatoriamente observada. Algo se exige porque se considera o se debería considerar como necesario para alcanzar justicia. Si la obligación no atiende a ese fin, ella es naturalmente ilegítima y por lo tanto, debería ser desobedecida.

El Derecho como producto histórico, es expresión de una historia determinada, esto es, de los valores imperantes de la época que se vive. Justamente, las formas o modos del Derecho para hacerse valer asimismo variarán según las sociedades se han organizado en el devenir del tiempo¹⁷. Por eso, el Derecho Internacional que se ha dicho que es más un Derecho de contenido moral¹⁸ que jurídico, tiene su forma de auto-ejecutarse conforme a su evolución histórica

15 El estudio de las fuentes del Derecho puede adoptarse desde una *óptica jurídico-positiva* o desde una *óptica filosófica-jurídica*. Vid. **GARCIA CUADRADO, Antonio M.**, *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2002, p. 196.

16 De ahí que se hable de lo que se ha dado a llamar la Dikelogía, esto es, la ciencia de la justicia. Vid. **ALDEA MOSCOSO, Rodolfo Alejandro**, *De la auto composición...*, Ob. cit., p. 86.

17 No es extraño que en la actualidad se pretenda que las personas que comercializan por medios electrónicos ("personas virtuales") paguen tributos al igual que las personas naturales. Son exigencias que la sociedad exige según su evolución histórica.

18 Esta nota distintiva es importante porque se ha considerado que el Derecho es coercible y la moral no. Vid. **OLASO, Luis María**, *Curso de Introducción al Derecho. Introducción Filosófica al Estudio del Derecho*, Tomo I, 3ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 120.

hasta la actualidad. No sería extraño que en un futuro se reconozcan medios realmente apremiantes para obligar a los Estados a cumplir con sus obligaciones. Además, que se discuta acerca del contenido jurídico del Derecho Internacional tiene que ver con la inexistencia de un Estado mundial¹⁹, pero eso no es razón para desnaturalizarlo como un derecho moral.

3.3. Principios Generales del Derecho (Concepción Principialista)

Que el Derecho sea obligación no se reduce a que sus palabras estén impresas en papel, a que haya sido positivizado, sin perjuicio que esta última sea una cláusula de cierre aparente y necesaria del Derecho. La *concepción principialista del Derecho* permite descubrir que la eficaz aplicación de un sistema normativo no depende de la codificación cerrada y extensiva del mismo, sino de la adecuada interpretación de los hilos (principios) que guían su composición y estructura jurídica. En la *concepción principialista del Derecho* los principios tienen no solo un valor supletorio del Derecho, sino también un valor fundamentador e informador o interpretativo del mismo²⁰.

Los principios generales del Derecho no devienen de las normas jurídicas, no son producto de éstas, sino no todo lo contrario; a pesar que algunas legislaciones han reconocido en sus textos normativos a los principios generales del Derecho como fuentes del mismo²¹. Es decir, contemporáneamente, desde una visión racionalista, se produce la “codificación principialista”, y a este fe-

19 Vid. ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, *Tres lecciones de Teoría del derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, España, 2000, p. 34.

20 Vid. JORDANO BAREA, Juan B., “La fuente primaria del Derecho (Glosa a una vieja disputa entre Castro y D’Ors)”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinadores J.M. González Porras y F.R. Méndez González, Volumen I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Editum, Universidad de Murcia, España, 2004, p. 2,548.

21 Esto sucede con la legislación Española, que en el artículo 1 del Código Civil ha establecido que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Véase la nueva edición del Real Decreto de España del 24 de julio de 1889.

nómeno no es ajena nuestra cultura jurídica-política, y tampoco nuestra técnica legislativa²². De tal forma que, el *constitucionalismo garantista* considera que los principios éticos-políticos son expresiones viejas del derecho natural que han sido positivizados, convertidos en principios jurídicos vinculantes para todos los titulares de funciones normativas²³.

Desde una concepción *filosófica-jurídica*, el núcleo del Derecho se encuentra en el vigor de los principios innatos del mismo, y no en la positivización de las normas jurídicas. Esos principios innatos son los hilos que descubren la existencia de un orden normativo supremo al escrito, aquel que va por delante de los textos normativos y que cuenta de la existencia de las normas para que los sujetos de derecho las conozcan. Resulta oportuno manifestar que, el legislador es mecánico y limitado, y en consecuencia, por momentos inconsciente e insensible; en cambio los principios del Derecho son flexibles y llenos de contenido, al alcance de todos los justiciables, no de unos cuantos legisladores, quienes sustentados en la idea de representación popular deciden que será Derecho (positivo) para esta época histórica.

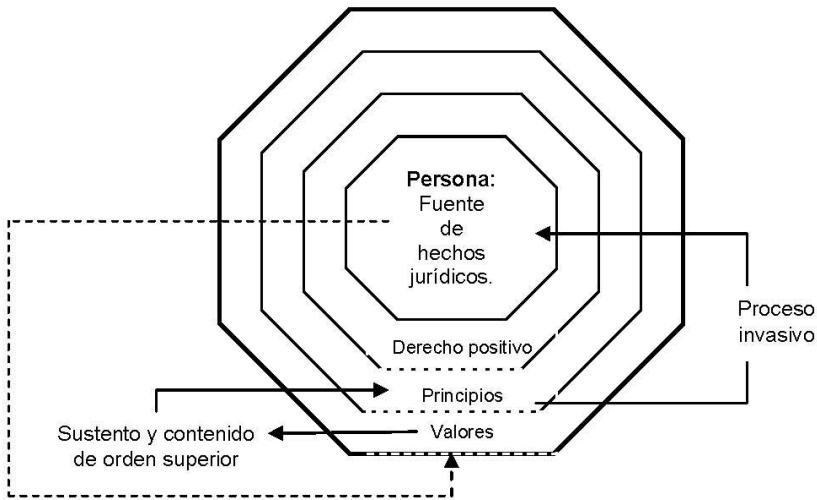
En la *concepción principialista del Derecho* no se interpreta a los principios como partículas “absolutas y sobrepuestas al todo”, sino como compuestos inteligibles y entrelazados que responden a una forma coherente y estable de la labor jurídica, como parte del quehacer de la sociedad. Efectivamente, *el Derecho es un sistema de principios dotados de justicia*; que no responde a intereses particulares, sino a valores de un conglomerado humano. Aclarado lo anterior, podemos concluir que, los principios no se aplican de forma absoluta, de ser así, con principios se vaciaría la ley, y ésta perdería su contenido y se desconocería toda idea de seguridad jurídica, y más aún, toda idea de Estado Constitucional/Social/Ambiental de Derecho. Esta es la razón de ser del principio de legalidad

22 El Código Procesal Civil y Mercantil (2010) es el más claro ejemplo de este fenómeno en El Salvador, en cuyo contenido general se “reconocen” algunos de los principios del Derecho Procesal, que forman parte, a su vez, de la amplia gama de principios del Derecho.

23 Vid. FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo...”, Ob. cit., p. 27. Se trata del *neoconstitucionalismo*, *constitucionalismo principialista* o *ius-constitucionalismo*, que el citado autor nomina.

por inversión (Art. 8 CN) como cláusula de cierre del Derecho positivo, mas no como cláusula de cierre del Derecho en sí.

Los principios generales del Derecho tienen la particularidad de ser *invasivos*, porque a pesar que están por encima del texto legislativo y aparentemente “en un orbe abstracto”, invaden el quehacer jurídico, llegando hasta el punto de ser el sustento de la jurisprudencia. Es decir, descienden perpendicularmente de lo abstracto a lo concreto en función de los valores imperantes.



La anterior figura demuestra que cuando un hecho rompe a la ley (Derecho positivo), ya sea por *anomia* o *antinomia*, por ejemplo, la membrana que divide a la ley con los principios de igual forma se rompe, y por lo tanto, invade a los hechos en función de los valores imperantes²⁴, valores que surgen de las mismas personas, pero consideradas no es su individualidad, como el supuesto que rompe a la ley, sino consideradas como un todo de la sociedad.

24 Estos valores variarán de acuerdo a la cultura del grupo. Por ejemplo, al hacer un estudio de las fuentes del Derecho Islámico, en los países que practican esta religión, se advierte que la Religión Islámica fue antes que el Estado, a diferencia del Cristianismo, que el Estado fue primero, quien posteriormente legitima a la Religión Cristiana. Para información al respecto véase LOSANO, Mario, “Las fuentes del Derecho Islámico”, en AA.VV., *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Coordinadores María del Carmen Barranco Avilés, Óscar Celador Angón y Félix Vacas Fernández, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 155-157.

Realmente es una especie de *apeiron jurídico*, porque todo regresa a sus orígenes y se renueva de una forma infinita. El Derecho se renueva, y a su vez, se descubre por sus destinatarios.

Entonces, Derecho no es solo el Derecho Positivo, a pesar que éste es el que se revela con mayor facilidad a sus destinatarios. El soporte del Derecho tal como lo conocemos son los principios del Derecho, y en consecuencia, los pilares del mundo jurídico se encuentran en un orden superior, que se revela a los sujetos de Derecho de una forma renovada en cada época histórica, con mayor o menor grado de estabilidad, según sea exigido por los interés que la sociedad pretenda proteger.

IV. Las obligaciones

4.1. Importancia de la teoría general de las obligaciones.

Para hacer referencia a las diferentes áreas de la realidad jurídica nos referimos a la idea de *plataformas jurídicas*²⁵. Ellas se construyen, entrelazan y transforman a partir de obligaciones. Ninguna *proposición jurídica* tiene vigor en la realidad si no es a partir de una *advertencia jurídica*, esto es, de una *consecuencia jurídica*. Los destinatarios de las normas las obedecen bajo el entendimiento de que su incumplimiento conlleva la realización de lo advertido por las mismas normas. Incluso, en la concepción *rousseauuniana*, que brinda una conjetura a la causa de la vida en sociedad bajo el imperio de una autoridad, la idea de *contrato social* implica el aviso de constreñir a los “otorgantes”, bajo los mecanismos estipulados a su cumplimiento.

Es la conducta humana, su resistencia y falibilidad, la que justifica la necesidad de las obligaciones. Las obligaciones sustentan la posibilidad

25 Una *plataforma jurídica* es cualquier campo económico, social, cultural, político, por ejemplo, cuya estructura se conforma y se rige por normas jurídicas.

de que se ejecute lo incierto. Por lo tanto, conocer las fuerzas que unen a las piezas del todo, y que permiten que las plataformas jurídicas funcionen de la mejor forma posible, es tan importante como conocer el todo. No se explica la unidad si no fraccionando cada uno de sus componentes. Se comprende que, desde el punto de vista social, económico, político y cultural, en una sociedad multiforme y dinámica como la de nuestros días, el Derecho de obligaciones y la teoría general que las explica, adquieren una importancia muy relevante, debido a que mediante obligaciones se desenvuelven la inmensa mayoría de las relaciones jurídicas, a través de las cuales cada individuo se desarrolla en la vida de su comunidad²⁶.

No existe la duda del protagonismo que tiene la teoría general de las obligaciones para las ciencias jurídicas, porque al hablar de ellas en sentido genérico, nos acercamos a sub-especies, según la naturaleza de las plataformas jurídicas sobre las cuales operan. Así, la teoría general de las obligaciones tiene una aproximación a las de carácter civil y mercantil, que regulan el tráfico jurídico entre personas privadas o públicas con ánimo de obtener lucro o no. Al mismo tiempo, se aproxima a las obligaciones que reglamentan los intereses de grupos sociales plenamente consolidados en una época y lugar determinado, como las obligaciones de patronos y trabajadores, de proveedores y consumidores, entre otros; y desde luego, se aproxima a las de orden familiar, sobre las cuales trata este artículo.

4.2. Concepto de obligación

Para no incurrir en apreciaciones desgastantes, a pesar de sus diferencias²⁷, se estima como equivalentes a los conceptos de obligación y

26 En **DIAZ PAIRO, A.**, *Teoría general de las obligaciones*, Vol. I, 2ª edición, La Habana, 1945, p. 1, citado por **ACEDO PENCO, Ángel**, *Teoría General de las Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 19.

27 Se ha considerado que el deber indica alguna cosa más imperiosa para la conciencia, y en cambio, la obligación indica alguna cosa más absoluta para la práctica. *Vid. BARCIA, Roque*, *Sinónimos Castellanos*, Universidad del Rosario, Colección Clásicos del Saber, Bogotá, 2010, p. 105. Así, se ha dicho que la obligación se impone por la ley; el deber viene de la conciencia. El hombre moral y religioso tiene deberes, y el hombre asociado, tiene obligaciones. No obstante lo anterior, jurídicamente los términos deber y obligación son equivalentes porque no tienen

deber. El concepto de obligación, independientemente de la causa, denota la necesidad de cumplir con una actividad en particular o de dejar de hacer una en especial, a efecto de procurar o impedir, concretizar una advertencia, que se traduce en una aprobación o en la adquisición de un beneficio, o en el modo de evitar un reproche.

Sin embargo, el concepto antes expuesto es demasiado genérico, ya que es aplicable a cualquier clase de obligación, motivo por el cual no es posible distinguir la línea divisoria entre las obligaciones jurídicas de las que no lo son; en ese sentido, definiremos que es una obligación jurídica, no sin antes indicar cuáles son las clases de obligaciones y de normas.

4.3. Cuádruple raíz del origen de las obligaciones

Las obligaciones son las vinculaciones de enunciados normativos, que implican una regulación de la actividad humana²⁸. Por ello, las obligaciones son derivaciones formales del contenido de la norma. Por su parte, la norma se ha definido como una regla de comportamiento. De esta manera, tradicionalmente, se han clasificado cuatro clases de normas, a saber: Morales, religiosas, sociales y jurídicas. A su vez, las obligaciones son de cuatro clases: Morales, religiosas, sociales (usos sociales) y jurídicas. Esta es la *cuádruple raíz* del origen de las obligaciones o del deber ser.

La *cuádruple raíz* del origen de las obligaciones o del *deber ser*, encuentra su fundamento y expresión, como se ha indicado, en las normas morales, religiosas, sociales y jurídicas²⁹; que importa diferenciarlas para efectos de estimar el carácter jurídico de una conducta y de su posible sanción legal. En

divergencias sustanciales. Por ello, parece más razonable la posición de quienes (Como H. Kelsen, H. Nawiasky, H. Hart...) prefieren utilizar como sinónimo los términos deber jurídico y obligación jurídica. Vid. MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *El deber jurídico*, Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho, número 14, Universidad de Murcia, 1993, p. 9.

28 Vid. MARTINEZ MARULANDA, Diego, *Fundamento...*, Ob. cit., p. 41.

29 Para el estudio de los diferentes caracteres de las normas religiosas, morales, sociales (usos sociales) y jurídicas, consúltese HOFFMAN ELIZALDE, Roberto, *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª edición, Universidad Iberoamericana, México D.F., 1998, pp. 15-26.

este artículo hablaremos concretamente de las normas jurídicas, caracterizadas, habitualmente, por ser *externas, bilaterales, heterónomas y coercibles*³⁰.

Contemporáneamente, la doctrina acepta una *tendencia de reformulación*, estimando que una norma es jurídica no por ser necesariamente *externa, bilateral, heterónoma y coercible*, sino porque pertenece a un *sistema jurídico* que sí lo es. Por ejemplo, la norma que establece la mayoría de edad en los distintos países no es una norma coercible, en tanto que su pretensión no es regular la conducta humana apelando a la fuerza; sin embargo, tal disposición se puede considerar una norma jurídica por cuanto pertenece a un sistema de normas que se denomina ordenamiento jurídico³¹, que sí es coercible. De esta manera, es correcto que, el carácter jurídico de una norma, y en consecuencia, la vinculación que produce para sus destinatarios – obligación jurídica -, se aprecie no en función de la norma aisladamente, sino como perteneciente al todo, esto es, al sistema jurídico que integra. Esta visión es compatible con la concepción principialista del Derecho, y además, más completa, porque no excluye la juridicidad de las normas en función de la operatividad individual de cada una de ellas, sino todo lo contrario.

Es importante destacar lo mencionado por su alto valor académico, al grado que ramas del conocimiento como la Filosofía del Derecho, se han preocupado por diferenciar las obligaciones jurídicas de las que no lo son. Además, porque las obligaciones jurídicas no siempre han existido, sino que

30 Vid. MARTINEZ MARULANDA, Diego, *Fundamento...*, Ob. cit., pp. 50-54. Inclusive, la norma – jurídica – se ha definido como un modelo de conducta humana, exterior, bilateral, imperativa y coercitiva que regula las acciones de los hombres con el fin de establecer un ordenamiento justo y organizado de la convivencia humana. Vid. PACHECO, Máximo, *Introducción al estudio del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 50, citado por SOTO GAMBOA, María de los Ángeles, *Nociones básicas de Derecho*, 2ª edición, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 2005, p. 17.

31 Se ha debatido si las normas del Derecho Internacional son un tipo de *normas sui-generis*, porque involucra un sistema de normas cuya estructura no encaja por completo con las normas jurídicas. Sin embargo, tal planteamiento no tiene lugar cuando se piensa más en la coherencia y contenido de la norma en relación con el sistema de normas al que integra, que en la coherencia y contenido de la norma vista aisladamente. Así, bastará que el sistema normativo contenga normas coercibles para que ese sistema se considere jurídico. Al respecto véase en MARTINEZ MARULANDA, Diego, *Fundamento...*, Ob. cit., pp. 54-56.

éstas surgieron, y se modifican, con la organización de las sociedades en el transcurso de la historia. De igual forma, han servido para proyectar el futuro de las relaciones humanas, según la cosmovisión del que interpreta la realidad. Así, en la visión marxista, las obligaciones jurídicas tenderían a desaparecer junto con el Derecho y el Estado, porque perderían su fundamento en virtud de la convivencia de las personas en comunidad.

Inclusive, es útil para comprender la sujeción del ser humano a órdenes superiores, como el hecho de que las normas religiosas son anteriores a las jurídicas. Al respecto, la *antropología jurídica*³² nos demuestra que, en la sociedad primitiva, toda norma de conducta se presenta bajo la forma consuetudinaria y de este modo la costumbre va pasando de algo que ha sido y es, a algo que “debe de ser”³³. Precisamente, el carácter obligatorio de una actividad surge por su repetitividad y conveniencia, hasta que se acepta por la comunidad que esa actividad tiene que ser estimada como un *deber ser*. Es claro, pues, que una conducta es vinculante, o sea, obligatoria, a partir de su necesidad, esto es, que por su repetitividad y aprobación la dota de estabilidad, permanencia y continuidad al grupo social. Pero aun así, esa conducta por la simple aceptación genérica no obtiene el carácter jurídico, sino hasta que la comunidad reconoce un orden objetivo superior y logra el cumplimiento de una conducta bajo los medios consensuados por ella misma. En adelante se hablará de obligaciones, haciendo referencia a las de tipo jurídico.

4.4. Etimología y definición de obligación jurídica.

Se ha venido aceptando por la doctrina que el termino obligación, en la época de la gestación del Derecho romano, se desprendía del antiguo verbo *obligare* que procede de las expresiones *ob* (alrededor) y *ligare* (atar), algo así como “atar

32 Consúltese de esta sub-disciplina en **KROTZ, Esteban**, *Antropología Jurídica: perspectivas socio-culturales en el estudio del derecho*, Colección Antropología Autores, Textos y Temas, Edición de **ESTEBAN KROTZ**, Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 2002.

33 Vid. **HOFFMAN ELIZALDE, Roberto**, *Introducción...*, Ob. cit., pp. 15-16.

alrededor”, y posteriormente, el sustantivo *obligatio*, sería ligadura o sujeción, tanto física como moral³⁴.

Definir los diferentes conceptos jurídicos, académicamente, es tan delicado y comprometido como definir qué es Derecho, en razón que la evolución de la sociedad es progresiva y apresurada, y en consecuencia, la evolución del Derecho de igual forma lo es, dejando un margen muy limitado de estabilidad para los intérpretes de la realidad jurídica. Y es que si los conceptos jurídicos no son acabados, las definiciones de los mismos tampoco lo son. Sin embargo, para efectos didácticos, es necesario recurrir a las definiciones.

En primer lugar debemos tener en cuenta que, una obligación jurídica va más allá de expresar la necesidad de cumplir con una actividad en particular o dejar de hacer una en especial, a efecto de procurar o impedir, concretizar una advertencia, que se traduce en una aprobación o en la adquisición de un beneficio, o en el modo de evitar un reproche. La obligación jurídica tiene un componente especial, que obedece al adjetivo que la acompaña.

La noción de obligación es la que dieron las institutas de Justiniano al decir: “*Juris vinculum quo necessitae adstrigimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”. Es un vínculo de derecho en virtud del cual una persona que se llama deudor está obligada para con otra, que se llama acreedor, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa³⁵. Sin embargo, erróneamente se ha sostenido que una obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa, en virtud de que, con dicha descripción se hace referencia a la *prestación*, que es el contenido inmediato de la obligación. Por esta razón se ha dicho que, la obligación es la relación jurídica (relación jurídica obligatoria), en virtud de la cual una persona, llamada deudor, tiene el deber jurídico de realizar una prestación a favor de otra persona, llamada acreedor, quien tiene el poder de exigirla³⁶.

34 Vid. ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría...*, Ob. cit., p. 20.

35 Vid. ROCHA ALVIRA, Antonio, *Lecciones sobre Derecho Civil. Obligaciones de Antonio Rocha Alvira. Revisado, actualizado y completado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas*, Colección memoria viva, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 17.

36 Vid. LOPEZ DIAZ, Elvira, *Iniciación al derecho*, Delta publicaciones, Madrid, 2006, p. 168.

Sin perjuicio de las anteriores aportaciones teóricas, y a fin de aproximarnos a la definición de obligación jurídica, sencillamente, podemos indicar que, *ésta es una exigencia necesaria de cumplir para obtener una aprobación o para evitar un reproche jurídicamente establecido*. Veamos los elementos de este enunciado.

a) Exigencia necesaria de cumplir (Supuesto de hecho o hipótesis jurídica).

La *exigencia necesaria de cumplir* es la descripción que el orden jurídico hace de la conducta que habilita la configuración de la *advertencia jurídica*. Es a lo que se ha llamado *supuesto de hecho* de la norma jurídica. Parece adecuado el uso de la expresión *exigencia necesaria de cumplir*, porque las normas jurídicas, en principio, pueden ser permisivas (como las que establecen facultades), descriptivas (como las que delimitan conceptos) e imperativas (como las que imponen obligaciones o prohibiciones). La exigencia necesaria de cumplir es un imperativo.

Entonces, la exigencia recae sobre el “debe” y el “no debe”, que son operadores deónticos o normativos, junto con el “puede”, que corresponden a las nociones de obligación, prohibición y permisión respectivamente³⁷. De tal manera que, los supuestos de hecho de las normas que imponen obligaciones, antes de que sean simples enunciados, son, particularmente, exigencias para obtener o evitar lo que se prevé.

b) Obtener una aprobación o para evitar un reproche (Advertencia jurídica).

La aprobación o el reproche es el premio por la realización o no de la exigencia necesaria de cumplir. Se trata de la advertencia jurídica, mejor conocida como consecuencia jurídica. En este artículo es preferible el uso del concepto de *advertencia jurídica* antes que el de consecuencia jurídica, porque en

Se da el nombre de obligación a todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación a favor de otra. Vid. CAMACHO CUBIDES, Jorge, *Obligaciones*, 5ª edición completada y actualizada con la colaboración de Juanita Cubides Delgado, Colección Profesores, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 33.

37 Vid. VON WRIGTH, Georg Henrik, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, Traducido por Ernesto Garzón Valdés, 2ª edición en español, cuaderno 33, Instituto de Investigaciones Filosófica, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1998, p. 9.

el sentido en que se expone la información, la idea de advertencia tiene mayor correspondencia con la de aprobación y reproche.

A pesar de lo discutible que esto puede ser, en el orden obligacional, si bien es cierto que formalmente una consecuencia de derecho es un hecho jurídico posterior como resultado de un hecho jurídico anterior; estructuralmente, no se logra evidenciar una verdadera consecuencia (en el sentido de alteración), sino más bien, la concretización de una advertencia que el destinatario de la norma debía conocer. Desde una dimensión eminentemente normativa, una proposición jurídica es un enunciado deóntico que permite, obliga o prohíbe; y ella es el depósito de advertencias, desde luego, de contenido jurídico. Una proposición jurídica no altera un orden establecido, no implica resultados nuevos, no trae efectos que cambien el sistema jurídico, sino que se limita a reconocer lo que previamente ha establecido, es decir, a consumar una advertencia pre-establecida. Los supuestos de hecho no sorprenden al sistema jurídico en el que se manifiestan porque de alguna forma siempre recibirán una calificación jurídica.

Además, no se debe confundir el *resultado real* con la consecuencia jurídica, porque configurado el supuesto de hecho (exigencia necesaria de cumplir) el *resultado real* puede no tener lugar, mientras que la consecuencia jurídica no. Por ejemplo, la consecuencia jurídica de un hecho punible es la punibilidad del autor, y no la ejecución real de la pena mientras “tenga validez” el mandato³⁸, que sería el resultado real que busca la norma por la comisión del hecho punible.

No obstante lo anterior, las ideas de supuesto de hecho y consecuencia jurídica son conceptos jurídicos fundamentales generalmente aceptados, los cuales no se pretende rebatir en este artículo, sino todo lo contrario. Por último, debemos indicar que, el supuesto de hecho pertenece al estado del ser, en cambio, la consecuencia jurídica, al estado del deber ser. Armonizar estos dos estados es el trabajo de los operadores del Derecho.

38 Las consecuencias jurídicas se producen *in concreto*, es decir, adquiere validez porque ha sido coordinada *in abstracto* por la proposición jurídica. Vid. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Editores, Barcelona, 1966, p. 166.

c) Jurídicamente establecida (Orden superior reconocido).

El ser humano en el devenir del tiempo ha reconocido órdenes superiores, entre ellos, un orden divino, uno moral, uno social y finalmente, un orden jurídico. Este último es el resultado de la organización social por medio de normas que aseguran la pacífica convivencia intersubjetiva, las cuales son exigibles por los medios establecidos por dicho orden. Lo exigido jurídicamente son las advertencias jurídicas, desde luego, siempre que se ha realizado la exigencia necesaria de cumplir. Es así que para *obtener una aprobación o para evitar un reproche*, la aprobación o el reproche debe existir (estar establecido) en el orden jurídico, así como también debe existir el medio para exigirlo. Es decir, lo jurídico es lo exigido por un pacto previo entre humanos.

Ahora bien, independientemente de cual sea el fundamento del orden jurídico, que básicamente se valida y legitima en el Derecho positivo o en el Derecho natural³⁹, siempre será un orden superior al cual se subordina el comportamiento humano; porque en un fundamento y en otro, se reconoce una autoridad superior ante quien se pueden exigir la concretización de las advertencias jurídicas y que tiene como finalidad a la justicia⁴⁰. Las advertencias jurídicas deben estar previamente establecidas por el orden jurídico, porque en última instancia se trata de la vigencia del principio de legalidad, como cláusula de cierre del orden jurídico y como garantía de la seguridad jurídica. Lo anterior sin perjuicio de la renovación del Derecho, tal como en principio se ha manifestado.

Únicamente en las obligaciones de índole jurídica, al margen de su procedencia, interviene el poder coactivo del Estado, para confirmar el contenido preciso de las mismas y, sobre todo, para evitar que queden sin compensación o

39 El orden jurídico deviene, para el Derecho positivo, del conjunto de normas jurídicas positivas; y para el Derecho natural, del conjunto de normas innatas al ser humano que reglamentan su propio actuar en sociedad, sin necesidad que sean racionalmente puestas por el ser humano.

40 Se ha considerado que la justicia es una nota distintiva del orden jurídico, que lo separa del orden de la moral vigente y de las convenciones sociales. *Vid. LARENZ, Karl, Metodología...*, Ob. cit., p. 159.

resarcimiento los perjuicios que se ocasionan a las personas o a los bienes como consecuencia de su incumplimiento⁴¹. El garante de las obligaciones jurídicas es el Estado, quien debe crear los mecanismos necesarios para llevarlas a su cumplimiento, sea él o no el obligado. Las obligaciones jurídicas dan estabilidad a las relaciones humanas, evitando un choque de culturas y de concepciones de la vida.

4.5. Concepto de Derecho de obligaciones.

El *Derecho de obligaciones* es la rama especializada de las ciencias jurídicas que tiene por objeto de estudio las obligaciones jurídicas, tomando en cuenta su ciclo vital, estructura, sistematización y expresión en la realidad jurídica. El Derecho de obligaciones constituye un sustento de las demás ciencias jurídicas porque aporta una teoría general acerca de su objeto de estudio y que es aplicable en lo pertinente a las diferentes áreas jurídicas⁴². De ahí la importancia práctica de esta rama del conocimiento como disciplina instructiva, que es imprescindible que sea del conocimiento de todos los operadores jurídicos.

Asimismo, de una forma clara y sencilla, se ha indicado que el Derecho de obligaciones es la parte del Derecho civil que trata de las relaciones de obligación⁴³. Se debe entender que una *relación de obligación* es la comunión entre sujetos de derecho que ha nacido vinculada a una de las fuentes de las obligaciones y que impone la necesidad de cumplir o abstenerse de realizar una conducta.

41 Vid. ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría...*, Ob. cit., pp. 19-20.

42 Se ha considerado que el Derecho de obligaciones es de carácter patrimonial, lo que no es discutible, siempre que no se asimile lo patrimonial a lo pecuniario, porque hay obligaciones, como las del Derecho de familia, que no tienen un componente económico, sino que pertenecen a un orden personal o extrapatrimonial, como los deberes del matrimonio, por ejemplo.

43 Confróntese LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y FRANCISCO RIVERO FERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. primero, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, p. 15, citado por ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría...*, Ob. cit., p. 20.

4.6. Clasificación de las obligaciones.

Las *categorías jurídicas* se pueden clasificar según la preferencia de quien lo haga. En esta ocasión se ha considerado adecuado tomar una clasificación ajena de las obligaciones⁴⁴, pero apropiada para los fines de este artículo, a la cual se le ha efectuado las aportaciones pertinentes. Conforme al CC, las obligaciones jurídicas se pueden clasificar:

En función del objeto

Por la naturaleza de la prestación (Art. 1309 CC)

Obligaciones de dar

De dar dinero

De hacer

De no hacer

Por la naturaleza del vínculo

Obligaciones alternativas (Art. 1370 CC)

Obligaciones facultativas (Art. 1376 CC)

Por la posibilidad de escindir la prestación

Obligación divisible (Art. 1395 CC)

Obligación indivisible (Art. 1395 CC)

Por la relevancia de la prestación

Obligación principal (Arts. 1343, 1406, 1536, 209 CC, entre otros)

Obligación accesoria (Arts. 2086, 2094 y 2255 CC)

En función del sujeto

Unipersonales

Pluripersonales

Por la responsabilidad en el pago

Conjuntas o mancomunadas (Art. 1382 inciso 1 CC)

Solidarias o in solidum (Art. 1382 inciso 2CC)

44 Esta clasificación corresponde a JULIAN, Emil Jalil. Véase al respecto en "El sistema...", Ob. cit., pp. 3 - 32.

En función de su exigibilidad

Por la posibilidad de ser perseguida en juicio

Obligaciones civiles (Art. 1341 inciso 2 CC)

Obligaciones meramente naturales (Art. 1341 inciso 3 CC)

Por la posibilidad de exigir su inmediato cumplimiento

Obligación pura y simple (Arts. 2090 CC)

Obligación condicionada (Art. 1344 – 1369 y 2090 CC).

V. El ciclo vital de las obligaciones

El Derecho se reproduce y sus apéndices de igual forma lo hacen. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Las obligaciones siguen la suerte del Derecho. El Derecho se actualiza segundo a segundo, y sus células caen y se renuevan. Por ello, cuando sus apéndices mueren no significa que él lo haga también, sino que como en los seres bióticos, sus células (obligaciones y derechos) mudan para que otras ocupen su lugar con mayor vigor.

El Derecho tiene su propio sistema con el que hace circular el tráfico jurídico, refleja una presión sistólica con los derechos y una presión diastólica con las obligaciones. Los derechos son ejercidos y las obligaciones exigidas, este el ritmo cardiaco con el que expresa su vitalidad. Por lo tanto, así como los seres bióticos de la naturaleza tienen su origen existencial que constituye el comienzo de su ciclo biológico, y un fin que se condice con la muerte natural, las obligaciones en general detentan la misma suerte⁴⁵. Es entre estos dos momentos que se concretiza el *ciclo vital de las obligaciones*. Se examinará entonces la vitalidad de las obligaciones.

5.1. El nacimiento obligacional.

En el mundo material nada surge de la nada, en el mundo jurídico, ninguna obligación surge de la nada. El nacimiento de una obligación jurídica

⁴⁵ Vid. JULIAN, Emil Jalil, "El sistema...", Ob. cit., p. 4.

está subordinado a un reconocimiento previo por el orden jurídico. Para que una obligación exista y sea legítima, se requiere de un *título* que describa su existencia y a través del cual se legitime. Ese título nos dice cuál es la *causa de la obligación*, o si se prefiere, la *causa eficiente que le da origen*.

5.1.1. Características y elementos de la obligación

Las notas características de la obligación, en general, son la relatividad (se exigen a personas determinadas), la existencia de un *vínculo jurídico* (relación jurídica), la *temporalidad* (tienen duración limitada en el tiempo) y su patrimonialidad (el crédito y la deuda se integran al patrimonio del acreedor y deudor respectivamente)⁴⁶. La obligación tiene un aspecto activo que se llama crédito, y un aspecto pasivo, que se llama débito⁴⁷. Las obligaciones jurídicas deben ser objetivas, racionales y necesarias.

Los elementos esenciales de la obligación son aquellos componentes que indefectiblemente deben estar presentes en el vínculo obligacional al tiempo de su formación⁴⁸. La obligación tiene una estructura lógica, opera bajo conexiones necesarias, ella cuenta con un elemento subjetivo (activo y pasivo), objetivo (prestación), jurídico (vínculo o relación de poder) y causal (motivo de la relación jurídica).

Al respecto, y en cuanto al elemento causal, debemos tener claro que no estamos hablando de la causa del contenido de la obligación (la prestación), sino de la causa de la obligación. La causa del contenido de la obligación difiere en su significado con lo que ahora exponemos; por ejemplo, se ha llegado a considerar que en los contratos bilaterales, el objeto de la obligación de uno de los contratantes es la causa de la obligación del otro. Por lo tanto, no nos referimos a la causa del contenido de la obligación, sino a la causa de la obligación en sí misma. Es decir, no nos referimos a la causa en el sentido de “por qué”, sino “en virtud de

46 Vid. ACEDO PENCO, Ángel, *Teoría...*, Ob. cit., pp. 23-24.

47 Vid. U. BARBERO, Omar, *Introducción al Derecho Privado*, Juris, Rosario, 2004, p. 191.

48 Ibidem, p. 191.

qué". Así, nos preguntamos de donde proviene la obligación de alimentos, y no por qué el padre tiene la obligación de asistir con alimentos a sus hijos. Para el primer caso, la respuesta puede ser que la obligación proviene de la ley o de la sentencia, y en el segundo caso, por la conexión filial que tiene el padre con el hijo y que se comprueba con la certificación de partida de nacimiento de este último.

5.1.2. La causa eficiente de la obligación: Causa mediata o inmediata

En obediencia al principio de legalidad, no existe obligación jurídica sin causa, es decir, que la haga derivar de algún hecho idóneo para producirla, conforme lo establece el ordenamiento jurídico. El artículo 8 CN, que reconoce el denominado *principio de legalidad por inversión*⁴⁹, desconoce las obligaciones nacidas al margen de la ley. La obligación jurídica siempre tendrá una causa, y para conocer cuál es ésta, se necesita de un título que nos la revele. El título expresa la causa.

La causa de la obligación puede ser mediata o inmediata. La *causa mediata* de la obligación es la ley, es decir, la norma jurídica. La *causa inmediata* es una fuente de las obligaciones, como el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito, las faltas, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho⁵⁰, entre otros. La obligación jurídica siempre tendrá su origen en las normas jurídicas o

49 Pero esta regla (cláusula de cierre del Derecho positivo), para que formalmente sea válida y coherente en un sistema de normas, requiere de otra norma que habilite lo que no está prohibido o prohíba lo que indeterminadamente está permitido; en razón de que el sistema de normas tiene como último soporte o filtro el contenido de los principios generales del Derecho. Desde una dimensión positiva, no es del todo cierto que los hechos se manifiestan siempre dentro de un sistema jurídico pleno y coherente, sino más bien, ésta es una presunción. Por ello, no es extraño que actos como el cambio de sexo de personas por transexualismo e intersexualismo, a pesar de no estar expresamente prohibido, tampoco se considere como expresamente permitido-habilitado, sino que para resolver este tipo de casos la jurisprudencia recurre a los principios generales del Derecho y a otras fuentes del Derecho, como a la jurisprudencia internacional y a la Doctrina, por ejemplo. Ahora bien, lo que el artículo 8 CN dispone es que, no se puede reprochar por lo que se hizo sin estar prohibido, ni premiar o reconocer lo que tampoco está permitido. De ahí el sustento del Derecho Penal, que no persigue conductas que no estén tipificadas por la norma jurídica.

50 Sobre el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho, consúltese BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen XIV, traducido por José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica R., Puebla, México, 1945, pp. 307-334.

en las fuentes de las obligaciones que dichas normas establecen. Fuera de éstas, la obligación pierde el carácter jurídico y deviene en obligación moral, religiosa o en uso social. La causa de la obligación siempre es la norma jurídica porque ésta es la que establece las fuentes de las obligaciones; inclusive, el artículo 1308 CC indica que la ley, en sí misma, es una de las causas de la obligación.

La clasificación entre causa mediata e inmediata de la obligación es para efectos académicos de sistematización y exposición de la información que ahora presentamos. Sin embargo, la diferencia entre causa mediata e inmediata de la obligación tiene efectos prácticos, porque cuando el hecho con incidencia jurídica rompe o no encaja en la hipótesis jurídica o supuesto de hecho, la consecuencia jurídica no se coordina o configura, razón por la que el sistema jurídico debe recurrir a *instancias jurídicas de auxilio*. En efecto, cuando la obligación deviene de una de las fuentes de la obligación diferente a la ley, se recurre en primer término a la misma ley (norma jurídica); y cuando la obligación deviene directamente de la ley, se recurre a las fuentes del Derecho, entre ellas, a los principios generales del Derecho. Existe, por lo tanto, un auxilio principialista de las obligaciones, que se convierte a su vez, en causa de las obligaciones jurídicas.

5.1.3. Causa principialista de la obligación jurídica

La causa principialista de las obligaciones viene a ser el génesis de las fuerzas del mundo jurídico. Impera en el mundo jurídico a una fuerza centrípeta que puede ser descrita así: *Valores/ principios como fuentes del Derecho/ la ley/ obligación jurídica*. Es como si en el mundo físico buscáramos las causas de las fuerzas que lo rigen y explican, como si tratáramos de conocer el origen del mundo. De igual forma, desde esta concepción, buscamos los restos de un *Big Bang jurídico*, no limitándonos únicamente a las normas codificadas, sino buscando también en los antecedentes de las fuerzas que dan eficacia a las relaciones humanas dentro del mundo jurídico, esto es, en los antecedentes más remotos de las obligaciones.

Antes se indicó que la causa de la obligación es la ley o norma jurídica, a lo que hemos llamado *causa mediata de la obligación*; pero tal enunciado no revela o *descubre* nada nuevo. Sin embargo, lo disputable históricamente y debatible aún en la actualidad, es que la ley no es el origen de las obligaciones en primera instancia, sino que el verdadero germen obligacional se encuentra en las fuentes del Derecho, particularmente en los principios generales del Derecho, quienes traducen (hacen comprensibles) los mensajes de los valores imperantes de la época histórica a los destinatarios del orden objetivo en el que existen. De ahí que, son los principios generales del Derecho los que *no solo revelan, sino que también provocan* el origen de las obligaciones jurídicas. La misma actividad legislativa está impregnada de valores.

No debemos olvidar que los principios generales del Derecho no tienen por objetivo *vaciar la ley*, es más, para que los mismos no desborden ni saturen el marco legal, han establecido su propio freno o contrapeso, a través de principios que sirven de soporte al reino de lo positivo. Con mucha razón esto es así, porque existen valores que son un refuerzo al mismo orden codificado, por ejemplo, el de seguridad jurídica, que se manifiesta contundentemente a través del principio de legalidad en sus diferentes dimensiones. No sería lógico que por aplicación de principios generales del Derecho se deje sin efecto lo que ellos mismos fundamentan. Por eso, se insiste, que aquellos se aplican en forma supletoria o auxiliar a la ley positiva. Esta es la doble función con la que operan, en principio, (1) como fundamentadores del orden jurídico, y luego, (2) en auxilio de la aplicación del Derecho.

5.1.4. Principialismo y fuentes del Derecho

No hay que confundir las fuentes de las obligaciones con las fuentes del Derecho. Las fuentes del Derecho han sido conceptualizadas de maneras muy variadas, han sido nominadas como fuentes del conocimiento, fuerzas creadoras, autoridades creadoras, fundamentos de validez y formas de manifestarse

de las normas⁵¹, entre otras. Sin embargo, sin ánimo de exponer un concepto acabado y en obediencia a la concepción jurídica empleada en la elaboración de este artículo, diremos que, *las fuentes del Derecho son las formas de revelarse o manifestarse del Derecho*. Como el Derecho, según se ha expuesto, únicamente se *descubre*, las fuentes del Derecho son las formas por medio de las cuales éste se revela a sus destinatarios.

En las fuentes del Derecho, concretamente en los valores, se encuentra el núcleo del mundo jurídico, o si se prefiere, son ellas los pilares o fundamentos en los que se sostiene éste. Es de vital importancia conocer las fuentes del Derecho para comprender la naturaleza de las relaciones humanas, para diferenciar las que se revisten de contenido jurídico, de las que no. Las fuentes del Derecho han sido tradicionalmente tratadas por los civilistas, no obstante que, en la actualidad debe considerarse ante todo como una cuestión fundamental del Derecho público⁵², y desde luego, del Derecho social, el cual exige una teoría general que lo descubra y lo explique.

Dentro de las fuentes del Derecho encontramos (1) los valores⁵³, y dentro de éstos, los valores jurídicos, (2) los principios generales del Derecho, y de una forma más precisa, los principios especiales de las diferentes áreas del Derechos, (3) la jurisprudencia o *juris prudence*, (4) la costumbre, (5) la ley, (6) los actos jurídicos y, desde luego, (7) la doctrina científica. Al respecto, y sin referirnos particularmente a cada una de ellas, debemos tener en cuenta que, entre todas las fuentes del Derecho “descubiertas”, los valores ocupan el primer lugar en la *escala de la abstracción jurídica*, son ellos los fundamentadores del orden jurídico, de ellos se desprenden cuáles son los bienes jurídicos protegibles por la sociedad histórica que los reconoce y los hechos jurídicamente reprochables.

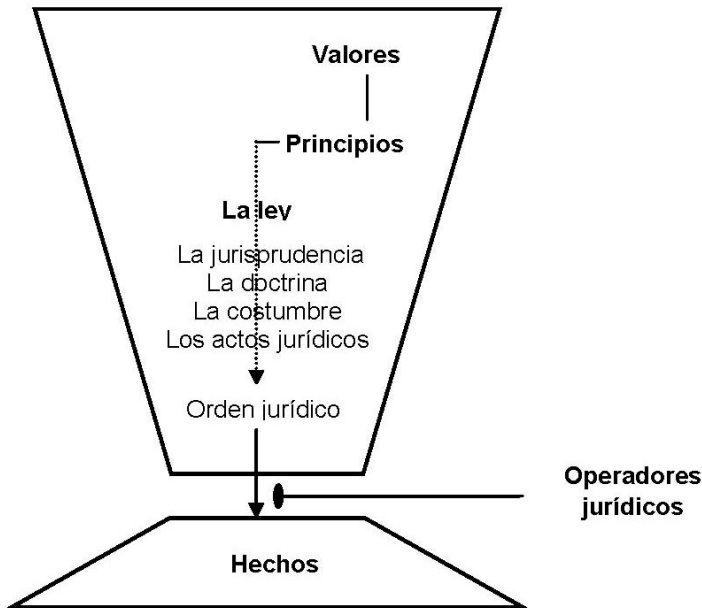
51 Siguiendo a LEGAZ y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1979, p. 509 citado por AGUÍLO REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 22.

52 Vid. GARCIA CUADRADO, Antonio M., *El ordenamiento...*, Ob. cit., p. 195.

53 El Derecho se aparece, oculta y reencarnan en los valores. Este es el existencialismo jurídico, el *Dasein del deber ser*.

Sin embargo, los valores por su alto nivel de abstracción requieren de un enlace con la realidad humana, y *esos enlaces son los principios generales del Derecho*. De tal manera que, la jurisprudencia, la ley, e inclusive, los actos jurídicos, en la escala de la abstracción se ubican ligeramente por debajo de los valores, por tal motivo están impregnados de la esencia, en mayor o menor medida, de los mismo valores⁵⁴, y desde luego, los casos *in concreto* que regulan, también lo están.

El siguiente trapecio “invertido” puede indicar lo antes expuesto.



Véase que es preferible el uso de un trapecio, antes que el de una pirámide invertida, porque el Derecho es un sistema infinito, que se renueva constante y progresivamente, sin encontrar un punto final.

54 La norma está constituida por valores sociales que la colectividad ha decidido proteger y regular, independientemente de su manera de presentarse. Vid. SOTO GAMBOA, María de los Ángeles, *Nociones...*, Ob. cit., p. 17.

5.1.5. La norma jurídica

Según se ha expuesto en este artículo, existen dos órdenes de realidades: un orden físico, con normas inalterables que se cumplen siempre inexorablemente (leyes de la naturaleza), y un orden ético, en el que las normas pueden ser incumplidas, pues se refieren al comportamiento del hombre, y éste es libre de cumplir o incumplir las normas. El orden ético está pues regido por un conjunto de normas, entre las que pueden clasificarse, según su naturaleza y finalidad, en normas morales, religiosas, jurídicas y los usos sociales⁵⁵.

Las normas jurídicas son aquellas reglas que regulan los comportamientos humanos libres que pueden ser judicialmente exigibles⁵⁶. Por ello, tal como antes se indicó, entre los aspectos que diferencian a las normas jurídicas de las que no lo son, se encuentra la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para exigir su cumplimiento, o sea, su coercibilidad.

No debemos obviar que el concepto de norma invoca una idea más amplia que el de ley-formal, porque la ley-formal, al igual que la costumbre y las decisiones jurisprudenciales, es una manifestación de la norma⁵⁷ jurídica. La norma jurídica en la dimensión de ley-formal encuentra su progenitura en el principio de legalidad. Este principio fundamenta la clausura de un sistema jurídico por medio de normas codificadas. Los racionalistas, precisamente, los positivistas, consideraron que era necesario indicar por medio de preceptos escritos, qué conductas humanas eran jurídicas y, por exclusión, cuáles no, sin perjuicio de una post-valoración jurídica. En efecto, el principio de legalidad, con fundamento en el valor de seguridad jurídica, procura dar estabilidad jurídica; pero el Derecho no se agota con lo positivo, sino que es una llave de cierre de las conductas más repetitivas y con relevancia jurídica.

55 Vid. GARCIA CUADRADO, Antonio M., *El ordenamiento...*, Ob. cit., p. 196.

56 *Ibidem*, p. 196.

57 Vid. SOTO GAMBOA, María de los Ángeles, *Nociones...*, Ob. cit., p. 17.

5.1.6. Principios y normas jurídicas

Las normas jurídicas son reflejo de valores y principios, son valías encarnadas en la realidad material de una sociedad. A diferencia de los principios, como antes se ha acotado, los valores son demasiado abstractos, requieren de un enlace con la realidad, y ese enlace, esa guía al mundo humano, son los principios generales del Derecho. Son éstos quienes establecen (traducen) qué normas deben de existir, cuáles deben derogarse y cuáles deben entenderse existentes, aun sin su previa codificación, esto es, superando a la misma actividad legislativa, o sea, sobreponiéndose al principio de legalidad de una manera racional. Por ello, hemos dicho que los principios cumplen con una función *fundamentadora o reveladora* del Derecho.

Además, los principios cumplen con una *función auxiliar* en la aplicación del Derecho, lo que involucra que extrañamente, a parte de la función fundamentadora, cumplen con una *función suspensiva* del Derecho; aparentemente esto es extraño, porque sin necesidad de suprimir la regla de conducta que fundamentan, únicamente la suspenden sobre un caso en concreto. La supresión completa de una norma o regla de conducta debe realizarse en obediencia al principio de legalidad, es decir, bajo el *orden principialista*, esto es, a través de la actividad legislativa o jurisprudencial, reservada en este último caso a los Tribunales que emiten sentencias con efectos *erga omnes* y de obligatorio cumplimiento para los tribunales inferiores. Por lo tanto, los principios generales del Derecho, al mismo tiempo que revelan el Derecho *in abstracto*, también lo revelan de la forma en que debe de manifestarse *in concreto*, sin importar que eso signifique la necesidad de restar la eficacia a una regla de conducta en un momento determinado sobre un caso en particular.

Las normas jurídicas, y en consecuencia, las obligaciones jurídicas, tienen una *causa principialista*. Esto es razonablemente correcto, por ello no es curioso que normas jurídicas se desobedezcan, incluso, por Tribunales, respeto a principios generales del Derecho, y desde luego, frente principios especiales

de las diferentes ramas del mismo. Con mucha razón una proposición jurídica pierde vigencia en un caso *in concreto* cuando colisiona con un principio del Derecho. De ahí que, un principio del Derecho, tiene el suficiente vigor para restar la eficacia a una norma jurídica en un caso en particular.

Casuística ilustrativa

Veamos un ejemplo en el que una norma codificada pierde vigor frente a los principios del Derecho. Para tal efecto citaremos y comentaremos el voto de la magistrada suplente que resuelve la discordia en el procedo de pérdida de la autoridad parental por abandono sin causa justificada, clasificado bajo la referencia 129-13-SA-F2, de la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, conocido en apelación. Los considerandos del referido voto son los siguientes:

El Código de Familia dispone en su artículo 206 que: La autoridad parental 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, y además, para que los representen y administren sus bienes.

Se comprende que, la autoridad parental involucra un cúmulo de facultades-deberes, una serie de relaciones reciprocas entre padres e hijos, en virtud de que, los deberes de los padre se convierten en facultades para los hijos, y aquello que se expresa como facultades para el padre, se constituye como un deber para el hijo, y más especialmente, frente al otro progenitor, quien debe respetar dichas prerrogativas, e inclusive, exigir las cuando se incumplan. Desde esta óptica, se debe estimar que el ejercicio de la autoridad parental no siempre es observable, no siempre se cumple, ya sea por actos intencionales e imputables a uno o ambos padres, o por actos no imputables a ellos, por alguna causa de justificación.

En el primer caso, cuando los padres de forma consciente e intencional incumplen con sus deberes paterno-filiales, la ley prevé, por las causas determi-

nadas en el artículo 240 CF, la pérdida de la autoridad parental, como sanción jurídica de orden familiar, lo que trae como resultado que los elementos de la autoridad parental (1) Cuidado personal, (2) Representación legal y (3) Administración de bienes del hijo o hija, no sean ejercidos por el padre que ha sido sancionado con pérdida de la autoridad parental. En el segundo caso, cuando configurándose el supuesto de hecho que concretiza la consecuencia jurídica (advertencia jurídica), el mismo no puede ser imputable al padre o madre a quien se pretende sancionar con la pérdida de la autoridad parental, por circunstancias ajenas a él o ella, que atenúan o excluyen su responsabilidad. Ahora bien, centrémonos en el primer caso, cuando la causa de pérdida de autoridad parental se ha comprobado, y que por lo tanto, se deberá obedecer el precepto establecido en el artículo 240 inciso 1 CF, que establece:

*El padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre **todos** sus hijos, por cualquiera de las causas siguientes:*

- 1ª) Cuando corrompieren a alguno de ellos o promovieren o facilitaren su corrupción;*
- 2ª) Cuando abandonaren a alguno de ellos sin causa justificada;*
- 3ª) Cuando incurrieren en alguna de las conductas indicadas en el artículo 164; y,*
- 4ª) Cuando fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijo.*

*La proposición jurídica claramente establece que, el padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre **todos, sus hijos (...)**. Al respecto, no se puede negar que ha sido práctica de la actividad judicial salvadoreña el interpretar textualmente la norma jurídica (interpretación histórico- exegética) dejando de lado toda interpretación conforme a la Constitución, al sistema coherente del ordenamiento jurídico y con un enfoque de derechos humanos, bajo un concepción principialista del Derecho.*

Por ello, bajo una interpretación literal se advierte fácilmente que, independientemente de la cantidad de hijos procreados por el progenitor sancionado con pérdida de la autoridad parental, los efectos de la sentencia de pérdida de la autoridad parental se extiende a todos ellos, es decir, se trata de una sentencia con efectos pluripersonales,

sin importar que se les garantice un juicio previo en el que todos los hijos sean oídos. En consecuencia, sin importar que sean hermanos bilaterales (Cuando proceden de los mismos padres), o hermanos unilaterales (cuando proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro), los efectos de la sentencia son extensivos a ellos.

Conforme a un enfoque de Derechos Humanos y bajo una interpretación conforme a la Constitución, en aquellos procesos en los que la causa de pérdida de la autoridad parental alcanza una gravedad que requiera que el hijo sea sustraído del ámbito de relación parental, por su eminente protección preventiva, para salvaguardar determinados bienes jurídicos o derechos fundamentales, la sentencia sí debe tener efectos pluripersonales, debe ser extensiva a todos los hijos del progenitor sancionado con pérdida de la autoridad parental, como cuando la pretensión de pérdida de la autoridad parental se motive por la causal cuarta del artículo 240 CF; caso contrario, los efectos de la sentencia deberían alcanzar solo a los hijos a favor de quienes se ha promovido el correspondiente proceso, y quienes han participado en el mismo, de no ser así, se vulneraría el derecho del hijo a emitir opinión, y más aún, el derecho de defensa del demandado y de los hijos que no participaron en el proceso, por afectar derechos fundamentales respecto de personas con las que mantiene relaciones de familia, sean estas efectivas o no. En ese sentido, cuando la pérdida de la autoridad parental se promueva por abandono sin causa justificada, no sería de justicia que los efectos de la sentencia se extiendan a todos los hijos del progenitor que incurrió en sanción por el supuesto del artículo 240 causal 2 CF; caso contrario, la sentencia sería excesiva, por alcanzar los intereses de hijos que no participaron en el respectivo proceso.

Se advierte entonces que, la interpretación hecha en la providencia judicial relacionada obedece a una *concepción principialista del Derecho*, porque la juez no se limita a ser la boca de la ley, sino que se remite a explorar y comprender el génesis del Derecho, para explicarlo y aplicarlo. La juzgadora, en el voto comentado, valoró el derecho de defensa y audiencia del demandado, su derecho a un proceso justo o juicio previo; el derecho del hijo a ser oído y tener relaciones filiales efectivas, a la unidad, integración y solidaridad familiar,

y desde luego, su interés superior, bajo equidad y justicia; y este conjunto de valores y principios, sustrajeron (*suspendieron*) el vigor de la norma codificada en el caso concreto, que establecía que la sentencia de pérdida de autoridad parental debía ser extensiva a todos los hijos del progenitor sancionado. Entonces, contundentemente podemos decir que, los principios pueden dejar sin efecto (*suspender*) a la norma jurídica en supuestos *in concreto*. De ahí que, el juzgador tiene la obligación de aplicar la norma jurídica (Art. 86 inciso 3, 172 y 235 CN), pero en coherencia a un sistema de Derecho lógico y justo, no mecánico e irracional.

Hasta el momento este artículo se ha referido a la causa de la obligación, pero resta referirse al título que expresa esa causa.

5.1.7. El título que expresa la causa de la obligación

El título no hace referencia directamente a la causa de la obligación, sino al instrumento que comprueba su existencia y a la forma de cómo se engendró. El título de la causa mediata es el texto jurídico, la norma jurídica en sí misma; el título de la causa inmediata, es el hecho o acto jurídico instrumentalizado que engendra la *exigencia necesaria de cumplir para obtener una aprobación o para evitar un reproche jurídicamente establecido*. La causa mediata tiene un título *en general*, la causa inmediata tiene un título *en particular*. En ese orden de ideas, la sentencia es el título que expresa la causa del delito, precisamente, el homicidio, el robo, el secuestro, por ejemplo, que engendró la responsabilidad penal a cargo del autor del ilícito; el contrato o convenio escrito, es el título del contrato de compraventa, de permuta, y desde luego, de otras convenciones que engendran obligaciones, como el convenio de divorcio, de alimentos, de capitulaciones matrimoniales, e inclusive, el mismo matrimonio, por ejemplo.

Así, la obligación del padre de aportar alimentos a favor del hijo tiene su fuente en la ley, particularmente en los artículos 33 CN y 247 y 248 CF. Sin embargo, cuando al padre se le impone la obligación de aportar alimentos a

favor del hijo, a través de un convenio de alimentos suscrito ante el Procurador General de la Republica (art. 263 CF) o por medio de sentencia ejecutoriada en un proceso de alimentos o de divorcio (arts. 247 y 111 inciso 1 CF), a pesar que la ley no deja de ser la causa mediata de la obligación, en este tipo de casos, es el convenio o la sentencia respectiva el título que expresa la *causa inmediata* de la obligación. Entonces, ya no se trata de una fuente genérica, como es la ley, sino que estamos en presencia de un título en particular, y que por lo tanto, cobra efectos de igual naturaleza. Lo mismo sucede con las obligaciones de régimen de visitas, cuidado personal y las derivadas de la unión matrimonial (el título de estas obligaciones es el instrumento en el que se formalizó el acto matrimonial).

Ahora bien, existen obligaciones exigibles que solo devienen por un título en particular, esto es, mediante un *causa inmediata*, como la obligación del tutor de cuidar del pupilo y de administrar sus bienes, salvo la obligación de los parientes que son llamados a ejercer la tutela legítima del pupilo (Art. 291 CF), en respeto al principio de *solidaridad familiar*; pero en todo caso, se requiere de la sentencia correspondiente para exigirles a los mismos que cumplan con sus obligaciones como guardadores. Por lo tanto, es este punto el que no debemos perder de vista, porque no podemos reclamar el cumplimiento de obligaciones genéricas no exigibles, es decir, obligaciones que parten de una declaración judicial previa, como las obligaciones derivadas de la declaratoria judicial de unión no matrimonial o las que surgen a raíz del decreto de divorcio, como el pago de pensión compensatoria, por mencionar una.

El título tiene efectos prácticos. Mientras la norma positiva-vigente (título de la causa mediata) impone la obligación de dar alimentos a los padres, dicha obligación es genérica, pues no se cuenta con un plazo para establecer su vencimiento y, en consecuencia, para ejecutar su cobro; a diferencia de la sentencia (título de la causa inmediata), que impone fechas de pago y la cuantía en concepto de alimentos a pagar, permitiendo calcular una cantidad líquida y un plazo de cobro. Por lo tanto, por un lado habilita la ejecución del título

mediante la acción de cobro a favor del alimentario, y de otro lado, la acción de prescripción a favor del alimentante, que son los temas que importa señalar en este artículo.

Se debate si el título de la obligación es autónomo a la relación subyacente que lo motiva, tal como sucede en materia mercantil con los títulos valores. Por ejemplo, ¿se puede ejecutar una sentencia de alimentos cuando la paternidad o maternidad del alimentante fue impugnada respecto del alimentario? o ¿se puede ejecutar la sentencia de divorcio – considerándose que se dictó sobre la base de que el demandado era de paradero ignorado - en cuanto al pago de pensión compensatoria, cuando el matrimonio por el que se impuso se declaró nulo? En el primer caso se ha considerado que la sentencia es un acto de autoridad que debe ser obedecido por seguridad jurídica, por lo tanto, si bien es cierto que dicha obligación quedó sin fundamento a partir del momento en que se impugnó el vínculo filial, también es cierto que dicha sentencia produce efectos mientras no cesen los mismos mediante los mecanismos legales⁵⁸. Es decir, en materia de familia se ha estimado que a pesar de tratarse de relaciones personales, el título es autónomo a la relación subyacente que lo motiva, pues tiene validez mientras no se declare lo contrario y en consecuencia, produce plenos efectos.

5.2. La vida obligacional

Luego de exponer cuál es el origen de una obligación jurídica, conviene indicar que posteriormente a su nacimiento, la misma pasará por un proceso regular que finalizará o se renovará con el cumplimiento de la misma, según la obligación sea de cumplimiento periódico o no. La obligación tiene vida propia,

58 Es complicado resolver tal situación porque el proceso de cesación de obligaciones de alimentos no prevé esta causal (Art. 270 CF) y, por el *principio de impugnación objetiva*, no se configura plenamente el recurso de revisión de sentencias, a pesar que debería ser procedente. Caso contrario, por justicia, la obligación ilegítima debería ser desobedecida, y de condenarse al obligado por tal comportamiento, éste debería auxiliarse del correspondiente recurso constitucional.

y así, se enfrentará a un desarrollo de orden legal, atravesando por una serie de etapas de acuerdo a su naturaleza, según lo determine la ley, y sobre todo, la voluntad de su titular. Sin embargo, como todo proceso que se puede desviar de su cauce normal, la obligación jurídica puede seguir un proceso irregular, que la hará extinguirse de una forma que en principio no se previó.

El nacimiento de una obligación está sujeto a condiciones, bajo pena de que el orden jurídico la deseche bajo una especie de *selección natural*, porque las obligaciones que contravienen el orden jurídico se desconocen bajo los mecanismos establecidos, como sucede con los actos que engendran obligaciones sobre los cuales pesa un vicio de nulidad. Entonces, el nacimiento de una obligación no es tan sencillo como se puede creer, sino todo lo contrario, y es de suma importancia porque en él se marca la esperanza de vida que aquella tendrá. La vida de una obligación puede estar cargada de tantos sucesos como el titular de ella lo permita.

Durante su vida, la obligación puede sufrir cambios en su estructura o elementos (sujeto, objeto, vínculo jurídico y causa) y a la vez puede enfrentarse a situaciones propias de la vida obligacional (como el pago parcial, la mora y el interés legal), pero que no son esenciales o propias de su curso vital, porque se tratan de circunstancias contingentes o incidentales. Por ejemplo, en cuanto al cambio en su estructura, la obligación puede mutar en una obligación natural (pierde vigor el vínculo jurídico), subrogarse, legal o convencionalmente (cambia el elemento subjetivo), inclusive, suspenderse (por caso fortuito o fuerza mayor), entre otros aspectos, sin que eso signifique la muerte o extinción de la obligación por su eficaz cumplimiento.

En cuanto a las circunstancias contingentes con las cuales la obligación se puede acompañar, podemos mencionar que la obligación puede caucionarse, mediante garantías reales o personales, o a su vez, asistirse de *cláusulas penales*, del uso de *arras* o del pago de intereses convencionales. Realmente hablamos de una forma de *reproducción obligacional*, porque la causa de la caución se encuentra

en la obligación principal para la cual se constituye, esto es, que la obligación accesoria se deriva de la principal. Hagamos referencia a algunos aspectos de la vida obligacional que interesa exponerlos en este artículo.

5.2.1. Obligación natural, moral o de conciencia.

De las relaciones entre los miembros de una sociedad en las cuales alguien proporciona a otro una ventaja o le satisface una necesidad, una prestación, solo algunas de éstas, las obligaciones jurídicas, llegan a ser respaldadas directamente por la organización jurídico-política de la sociedad que confiere plena eficacia y validez a la actuación legítima del sujeto, poniendo su poder al servicio del acreedor⁵⁹, con el fin de que obtenga la satisfacción de sus intereses⁶⁰. Recordemos, pues, que las obligaciones jurídicas, según su posibilidad de ser perseguidas en juicio, se clasifican en obligaciones civiles y meramente naturales o simplemente naturales.

Conforme al artículo 1341 CC, *las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho de exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.*

En principio, todas las obligaciones se presumen que son civiles, salvo aquellas que la ley establece que no lo son. La obligación civil permite que ante su eventual incumplimiento se demande su ejecución ante la autoridad pública, quien está en la obligación de activar los mecanismos legales para que se cumpla con la misma o se indemnice por su incumplimiento. Por su parte, las obligaciones meramente naturales o simplemente naturales, a pesar que por el derecho de acceso a la justicia, de petición y respuesta, se pueden exigir en

59 Poco se ha hecho uso del término *acreedor* por ser un concepto de Derecho Privado, alejado del Derecho de Familia, aunque realmente el acreedor lo es tanto en Derecho Público como en el Derecho Social, a pesar que el fundamento del crédito es totalmente diferente.

60 Vid. MEDINA PABON, Juan Enrique, *Derecho Civil: Aproximación al Derecho. Derecho de Personas*. 2ª edición, Colección Lecciones de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2010, p. 333.

juicio, la ley no habilita el auxilio del Estado a favor del peticionante; es decir, el Estado no debe de activar su aparato para lograr el cumplimiento de la obligación desobedecida o para resarcir por su incumplimiento, caso contrario, la acción sería ilegal y la resolución sería objeto de impugnación. Por lo tanto, una obligación natural no habilita acción alguna para exigir su cumplimiento, es decir, no lleva aparejada ejecución. En efecto, el cumplimiento de una obligación natural depende de la voluntad del deudor, pero una vez cumplida por éste, no se puede exigir la devolución (repetir es la palabra técnica) y el acreedor está legitimado para retener el interés satisfecho⁶¹. De ahí que se les llamen obligaciones *naturales, morales*⁶² o *de conciencia*, porque su cumplimiento queda al arbitrio del deudor u obligado⁶³.

Las obligaciones naturales que nuestra legislación reconoce, según el artículo 1341 CC, son:

- 1º *Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad;*
- 2º *Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;*
- 3º *Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida;*
- 4º *Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.*

El listado que recoge el citado artículo es tasado, taxativo o cerrado. Las obligaciones naturales lo son por (1) causas innatas a su nacimiento o por (2) causas sobrevenidas. Así, las obligaciones naturales relacionadas en los ordinales 1º y 3º del artículo 1341 CC, lo son por causas innatas a ellas, en virtud

61 *Ibidem*, p. 333.

62 Las obligaciones naturales vienen a ser un tipo intermedio entre el deber moral y la obligación jurídica. Vid. *Ibidem*, p. 334.

63 La obligación puede presentar un carácter moral o de conciencia, cuyo efecto principal reposa en que aquello que haya sido entregado en cumplimiento del mencionado deber es irrepetible. Vid. **JULIAN, Emil Jalil**, "El sistema...", Ob. cit., p. 7.

de que nacieron con un vicio que no les permitió constituirse de acuerdo al orden jurídico establecido. Es como si existiera una especie de *selección natural en el mundo jurídico*, que desecha aquellas creaciones jurídicas imperfectas. En cambio las obligaciones naturales relacionadas en los ordinales 2º y 4º, nacieron perfectamente, pero en su desarrollo legal, en su vida obligacional, fueron afectadas por un vicio que les sustrajo el vigor para ser perseguidas en juicio. Esta es la razón por la que se les ha llamado *obligaciones abortadas*, porque siendo civiles, perdieron la posibilidad de ser reclamadas en juicio, mutando en obligaciones naturales.

Las obligaciones naturales, en comparación a las civiles, tienen sus notas distintivas, entre las que podemos mencionar:

- a. *No habilitan acción judicial: La principal característica de las obligaciones naturales es que no habilitan acción judicial en contra del deudor, ni para reclamar el cumplimiento de la obligación, ni para exigir el resarcimiento por su incumplimiento. En base al derecho de acceso a la justicia, de petición y respuesta, el acreedor tiene el derecho de formular la petición a la entidad jurisdiccional, mas ésta no debe de acceder a la misma; sin que el rechazo de la acción intentada, en base a la obligación natural, extinga la misma, según lo plantea el artículo 1342 CC.*
- b. *Admiten caución: A pesar que el vigor del vínculo jurídico ha sido desconocido por el Estado, la ley permite que las obligaciones naturales sean caucionadas, mediante garantías reales o personales, siempre que el que constituye la caución, tenga conocimiento, al momento de constituirla, de las circunstancias que hacen devenir en obligación natural a la obligación que asegura, según lo dispone el artículo 1343 CC. La ley respeta la autonomía de la voluntad de los particulares y permite que sus relaciones estén en función de la fluidez del tráfico jurídico. Ahora bien, se debate si la acción judicial puede ser intentada contra el fiador, el deudor prendario o hipotecario, de una obligación natural, quienes se constituyeron como tales teniendo conocimiento de que aseguraban una obligación natural. En primer momento se considera que no, porque las obligaciones accesorias siguen la suerte de la principal, y en razón de que, el tercero no debe responder por lo que el deudor principal*

no estaba obligado. En otro momento se considera que sí, porque la ley lo habilita, sobre la base del consentimiento del que rinde la caución, esto es, de que su propia voluntad se sobrepone a la obligación natural, caso contrario no tendría sentido que aseguren el cumplimiento de una obligación que ellos mismos no reconocen. Es decir, el fiador, el deudor prendario o hipotecario, reconocen el vigor civil de una obligación que es natural. De tal manera que parece acertada esta tesis, sobre la base de que el deudor natural también lo consienta, para efectos de subrogación. En efecto, la caución de las obligaciones naturales se valida sobre la base del consentimiento del que constituye la caución y del titular del débito.

- c. Permiten retener lo pagado, cuando se hizo de forma voluntaria: Una segunda característica esencial de las obligaciones naturales es que, lo que se paga en concepto de ellas no puede repetirse. El deudor natural no puede alegar el pago de lo no debido, cuando ya ha efectuado el pago de forma voluntaria. El acreedor natural tiene el derecho de mantener en su patrimonio y disponer de lo que se ha pagado en concepto de una obligación natural, inclusive, con respaldo de la autoridad pública. Como se comprende, la ejecución de las obligaciones naturales se valida sobre la base del consentimiento del titular del débito.*
- d. Indirectamente opera como excepción (Es una consecuencia procesal): Procesalmente, las obligaciones naturales indirectamente desestiman la pretensión incoada en contra el deudor, porque de acreditarse los hechos por los cuales una obligación civil deviene en obligación natural, la pretensión que se fundamenta sobre ellas, debe ser rechazada, sin perjuicio que el deudor la reconozca. Las obligaciones son naturales por configurarse la causa que les da tal adjetivo, sin que exista declaración judicial previa que la estime como tal. Por ello, en el mismo proceso en el que se ventila la pretensión de pago, se puede acreditar el motivo por el cual la obligación civil deviene en natural. Es decir, que una obligación sea natural es el efecto, y la excepción es la causa que produce ese efecto. Por ejemplo, la excepción es la prescripción, y el efecto de comprobarse esa excepción, es que se deriva una obligación natural que desestima, por lo tanto, la pretensión.*

El juez estará en la obligación de reconocer de oficio la existencia de la obligación natural, cuando la causa por la que lo es no se lo impida. Sin embargo, las causas que producen las obligaciones naturales que en este artículo importa señalar, deben ser alegadas a instancia de parte. Así, la causal tercera del artículo 1341 CC, debe ser alegada y acreditada por el deudor, vedando al juez la posibilidad de estimarla de oficio. La misma suerte corre la causal primera del referido artículo. Ambas causales se refieren a la prescripción y a la nulidad relativa respectivamente, que proceden a instancia de parte. Con la causal segunda del mismo artículo ocurre lo contrario, porque la falta de solemnidades es una causa de nulidad absoluta, que conforme a los artículos 1552 y 1553 CC, el juez debe declararla de oficio.

5.2.2. La sanción o caución contractual: La cláusula penal.

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones. El contrato es un convenio entre sujetos de derecho mediante el cual se imponen el cumplimiento de obligaciones unilaterales o recíprocas entre sí. En los contratos predomina la autonomía de la voluntad de los particulares, siempre que no contravengan el orden jurídico establecido. Entonces, los límites de las obligaciones adquiridas por los contratantes son tan flexibles como la voluntad de los mismos lo sea, siempre que dicha flexibilidad no desborde el marco legal sobre el cual se pacta.

Sobre la base de lo comentado, se debate si los particulares, teniendo en cuenta que en sus relaciones privadas prevalece la autonomía de la voluntad, pueden estipular sanciones entre sí por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas. Al respecto, un sector de la Doctrina ha llegado a considerar que no es posible que los particulares acuerden entre sí sanciones, sino únicamente los mecanismos para garantizar el patrimonio comprometido en sus relaciones contractuales⁶⁴. Otro lado de la Doctrina estima que, tratándose de relaciones privadas sí pueden hacerlo, siempre que la ley no les prohíba tal situación,

64 Inclusive, en algunas legislaciones está prohibida, como sucede en el Código Belga. Detrás de esta realidad parece latir la idea de que es inadecuado que los particulares puedan pactar una multa o sanción distinta de la pura indemnización de los daños y perjuicios. Vid. **DIAZ ALABART, Silvia**, *La cláusula penal*, Editorial Reus, Madrid, 2011, p. 40.

porque la actividad sancionadora que es propia de la autoridad pública, es por omisión avalada a favor de los particulares. Sin embargo, en el orden positivo y por seguridad jurídica, para que una conducta sea respaldada por la autoridad pública se requiere de una norma que lo habilite (artículos 86 inciso 3 y 235 CN), no bastando únicamente con la inexistencia de una norma que lo prohíba (artículo 8 CN). Por ello, en principio no es admisible que los particulares acuerden la imposición de sanciones entre sí.

Sobre este punto, se ha discutido si es posible que una institución de Derecho civil, como es la cláusula penal, se incorpore en instituciones propias del Derecho de familia; es decir, que figuras jurídicas que han nacido bajo la filosofía de proteger y resarcir un derecho de crédito, en el que prevalece el interés particular, por motivos lucrativos o no, tenga lugar en relaciones jurídicas de interés social y que están lejos de buscar obtener un interés lucrativo; pues más bien, buscan garantizar la continuidad del grupo familiar y el desarrollo integral y progresivo (bio-psico-social) de sus miembros.

Por lo tanto, comentemos brevemente qué es la *cláusula penal* en las relaciones contractuales, para efectos de estimar su legalidad cuando se incorpore en instrumentos (causa inmediata de la obligación) que fijan el pago de alimentos, de cuota alimenticia especial o de pensión compensatoria.

Generalidades: Concepto, clases y naturaleza jurídica.

Conforme al Art. 1406 CC *la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución.*

El objeto de la cláusula penal es el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación en especie que pueda ser objeto de obligación jurídica, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero⁶⁵, según se haya acordado por los contratantes.

⁶⁵ La cláusula penal se destina a favor del acreedor, aunque puede destinarse a favor de un tercero. Ver más características en *ibídem*, pp. 40- 41.

Nuestro CC reconoce la existencia de una cláusula penal (1) *compensatoria* y (2) *moratoria*, según se aplique por la no ejecución de la obligación o por el retardo de su cumplimiento, teniendo la misma, por lo tanto, una finalidad *represiva* y *preventiva*. Realmente, al margen de su aprobación, tiene una función preventiva y una represiva o sancionadora, más no garantista, como luego se expondrá. Y es que existiendo el incumplimiento o el retraso de la obligación, la *advertencia jurídica* tiene lugar; esta es, que se activa la posibilidad de exigir la segunda obligación, que no tiene por objeto satisfacer la obligación principal directamente, sino más bien, reprimir y resarcir el incumpliendo o el retardo de la misma.

La cláusula penal es de origen contractual, por lo tanto se rige bajo esas reglas. La cláusula penal es un elemento accesorio de los contratos, puede estar presente o no en los mismos. Por tal carácter, la cláusula penal debe pactarse expresamente. Ella siempre es accesorio, sigue la suerte de la obligación principal. Para un sector de la Doctrina su naturaleza jurídica es la de ser una *caución* y no una garantía⁶⁶, porque es una *obligación duplicada* a cargo del mismo deudor, que no tiene mayores posibilidades de asegurar la satisfacción del acreedor que la que tiene la obligación principal⁶⁷. Otra parte de la Doctrina considera a la cláusula penal como una *garantía* propiamente, porque constriñe al deudor, bajo amenaza de cargos de contenido patrimonial, a cumplir con la obligación adquirida. Sin embargo, la cláusula penal reviste de caracteres parecidos a la *caución juratoria* (que no es garantía estrictamente), porque un mismo obligado no puede garantizarse asimismo, teniendo en cuenta que es titular, por regla general, únicamente, de un patrimonio.

Situación diferente se presenta cuando la cláusula penal se impone a cargo de un tercero, porque entra en juego un nuevo patrimonio, y por lo tanto, sí estamos en presencia de una verdadera garantía; diferenciándose de la fianza, en que quién se obliga a pagar la pena (cumplir con la cláusula penal) no asume

66 Se ha indicado que entre caución y garantía hay una relación de género a especie.

67 Vid. *ibidem*, p. 59.

la obligación íntegra del deudor, sino solo la de pagar la pena estipulada, ya sea por incumplimiento (compensatoria) o por retardo (moratoria). La cláusula penal a cargo de un tercero se configura como una garantía de carácter personal. No así las *arras*, las cuales se tipifican como una garantía real⁶⁸. En todo caso, no es una garantía de la integridad de la deuda, salvo que la cláusula penal abarque el total de la misma.

Doctrinariamente hay mucho que comentar, mas no es el objeto del presente trabajo, pues no se pretende agotar el tema, sino ilustrar lo necesario para considerar los puntos a tratar en este artículo. Lo que sí precisa considerar es si la cláusula penal, que opera sobre relaciones de crédito, es compatible o no con las relaciones de asistencia familiar, teniendo en cuenta las diferencias entre una y otra.

Relaciones de crédito	Relaciones de asistencia familiar
Operan al margen del parentesco	Procuran la unidad familiar y la estabilidad del grupo social
La finalidad es de carácter patrimonial	Su finalidad es la continuidad del grupo familiar (extrapatrimonial)
El objetivo es particular	El objetivo es colectivo-familiar
Existe una protección egoísta del patrimonio	Existe una protección solidaria del grupo familiar
El legislador no interviene activamente	El legislador interviene activamente
Habilitan sanción penal	Habilitan sanción penal

No existe disposición normativa que establezca que la *cláusula penal* es una institución reservada a los contratos civiles o mercantiles. Sin embargo, sobre la base del orden jurídico-familiar, en principio, no parece aceptable que se busque una actividad lucrativa en contra del deudor, por parte del titular del derecho de crédito. Por ejemplo, parecería discutible la imposición de una cláusula penal al padre que incumple con sus obligaciones alimenticias

68 En MELICH-ORSINI, José, *Teoría General del contrato*, 4ª edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, p. 561 a 585 citado por MORALES HERNANDEZ, Alfredo, *Garantías mercantiles*, Editorial Texto C.A., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 74.

periódicas, o en el pago de la pensión alimenticia especial, no obstante que, son situaciones que no están alejadas de la realidad. Así, en un convenio de Divorcio los solicitantes establecían, junto con el pago de cuota de alimentos y de la base de actualización anual de la misma (artículo 108 cláusula 2ª CF), que el alimentante debía cancelar el diez por ciento de la cuota de alimentos por no efectuar el correspondiente pago en la fecha acordada, más la correspondiente cuota de alimentos. Tal sanción moratoria había sido insertada bajo la forma de cláusula penal. Sin embargo, dicha cláusula no fue homologada en las diligencias de Divorcio por mutuo consentimiento, por considerarse excesiva a cargo del alimentante. Además, dicha cláusula no tenía correspondencia con la finalidad que permean los principios del Derecho de Familia.

Lo mismo sucede con los *intereses legales* que se pretendan por el no pago de la cuota de alimentos, los cuales no procederían porque no obedecen a la finalidad de asistencia familiar que procuran dar los alimentos. No obstante lo anterior, no se puede negar que no está prohibido la admisión de este tipo de estipulaciones en convenios que disponen de obligaciones familiares; sin embargo, en base a la naturaleza de las relaciones de crédito y de asistencia familiar, la cláusula penal sería admisible en aquellas obligaciones cuyo contenido es eminentemente de crédito, como la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio o el pago de pensión compensatoria, y no en las relaciones de asistencia familiar, como el pago de alimentos y de cuota alimenticia especial. Caso contrario, se desnaturalizaría la finalidad de las relaciones de asistencia familiar, y se diera lugar al *mercantilismo* de las mismas. No debemos olvidar que las obligaciones jurídicas deben ser racionales, objetivas y necesarias; y que están en función de los valores históricos y, concretamente, de los principio reproducidos en un conglomerado humano. Esos principios, en materia de asistencia familiar, no se coordinan con la idea crédito con la cual se impregna la cláusula penal.

5.3. La defunción obligacional

La naturaleza puede conceder largos periodos de tiempo, pero no un tiempo indefinido. El mundo jurídico opera bajo la misma lógica, de ahí el fundamento de la prescripción y la caducidad, tal como luego veremos. Hemos dicho que, el Derecho como un organismo vivo cambia sus células, muda sus elementos y se actualiza en el tiempo, y las personas *descubrimos*, en la medida que se revela, sus cambios progresivos. Desde esa perspectiva, la obligación jurídica nace con el sino o fortuna de la muerte. La obligación se extingue como parte de un todo que pervive aun después de ella.

Nada es eterno en el mundo físico, todo está en constante cambio y sujeto a un final. De la misma manera, en el mundo jurídico, las instituciones jurídicas sufren alteraciones, y sobre todo, se extinguen, ya sea por la intervención de los sujetos de derecho (actos jurídicos) o por la acción de fenómenos naturales (hechos jurídicos), como es el efecto del devenir del tiempo. Esta suerte sigue la obligación jurídica que desde su nacimiento ha sido condenada a muerte. Ahora bien, la muerte de una obligación es más precisa que su nacimiento, porque en cuanto a éste, la ley es muy amplia, señalando diversas formas de cómo puede engendrarse una obligación, a diferencia de la muerte de las mismas, porque la ley ha sido más rigurosa, indicando de forma cuidadosa los modos por los cuales se extinguen.

Modos de extinguir las obligaciones

El CC salvadoreño reglamenta la extinción de las obligaciones en el Título XIV del Libro IV, concretamente en el artículo 1438.

La existencia de la obligación debe registrarse, desde su nacimiento hasta su muerte. Esto obedece al *principio de instrumentalidad del acto*. La muerte de la obligación estará determinada por el motivo y condiciones de su fallecimiento, esto es, por el modo de extinguir la obligación que operó en ella. Los modos de extinguir las obligaciones son los hechos o actos a los que la ley atribuye el valor

de hacer cesar los efectos de la obligación⁶⁹. Se dice que una obligación se ha extinguido cuando en virtud de una determinada actuación ha sido cancelada definitivamente⁷⁰.

Las obligaciones se pueden extinguir por completo o en parte. Se extingue por completo cuando el objeto de la obligación fue satisfecho íntegramente, inhabilitando al acreedor para exigir el cobro de lo que se le debía. En parte, cuando el acreedor fue satisfecho parcialmente respecto del crédito que tiene a su favor, quedándole a salvo la acción de cobro del remanente o residuo adeudado.

Las obligaciones pueden extinguirse de una manera directa o indirecta⁷¹. En el primer caso, la obligación es satisfecha o cancelada llanamente. En el segundo caso, desaparece la obligación por extinguirse el vigor del instrumento (título) que da vida a la obligación, como cuando se declara nulo el contrato. En este caso no se entiende satisfecha la obligación, ni real ni ficticiamente. Las formas de extinción directa son el pago, la novación-delegación, remisión de deuda, compensación, confusión y prescripción.

Sin ánimo de explicar cada uno de los modos de extinguir las obligaciones que reconoce el artículo 1438 CC, haremos referencia de forma sucinta a algunos de ellos, a efecto de hacer algunas consideraciones en relación a las obligaciones familiares.

5.3.1. Resciliación

Resciliación o mutuo disenso es el acto mediante el cual los contratantes de común acuerdo deciden dar por cumplida la obligación estipulada por los mismos. La resciliación puede ser considerada como el pacto contractual mediante el cual se deja sin efecto la obligación engendrada, por considerarse que la misma ha sido satisfecha, aun sin que ésta haya sido realmente ejecutada.

69 Vid. RAMOS PAZOS, Rene, *De las obligaciones*, Colección manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 319.

70 Vid. ESPINOSA, José María y Enrique GOMEZ, *Lecciones de Derecho Romano*, coordinadores Lucía Bernard y Gabriel Buigues, Espacio Europeo de Educación Superior, Universitat de Valencia, 2011, p. 146.

71 En BONNECASE, Julien, *Elementos...*, Ob. cit., p. 451.

El inciso 1 del artículo 1438 CC, dispone que:

Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por cumplida.

La proposición jurídica citada es la base legal de la resciliación, en ella se encuentra el germen de la idea de que, *los contratos como se hacen se deshacen*. Esto es correcto, porque los hechos se hacen, en cambio el Derecho se actualiza y se descubre. La autonomía de la voluntad, así como dispone para crear, dispone para dejar sin efecto lo creado. La resciliación actúa bajo una ficción legal, porque se entiende satisfecho aquello con lo que realmente no se cumplió. La resciliación es en sí misma una forma de *auto-componer* futuras controversias y, realmente, es una forma privativa de la justicia⁷².

Únicamente se puede disponer de lo que es propio, de aquello de lo cual se es titular o autor, no de lo que deviene impuesto. Por ello, debemos manifestar que, particularmente en el Derecho de familia, hay obligaciones impuestas por la ley y que tienen la característica de ser indisponibles por los particulares, en consecuencia, no pueden dejarse sin efecto de común acuerdo por los mismos. Así, los derechos que no corresponden al campo de la autonomía de la voluntad están sustraídos del libre albedrío de los sujetos de derecho, son derechos y obligaciones indisponibles, motivo por el cual no opera la resciliación sobre los mismos. Las obligaciones de por sí son indisponibles, pero en materia de familia, lo son incluso por los titulares del crédito de las mismas.

Esto es importante porque hay obligaciones que surgen no por la autonomía de la voluntad, sino por la voluntad del constituyente, de un segundo poder constituyente, y en muchas ocasiones, por mandatos de autoridad pública. Desde esta perspectiva, ningún particular sobrepasará la voluntad soberana de la ley (Art. 1 CC), dejando sin efecto de común acuerdo los deberes que la misma instituye. Por ejemplo, el deber de aportar alimentos, impuesto por

⁷² Privativa porque los justiciables a instancia propia convienen en dar por solucionada una situación que posteriormente podría llegar a ser objeto de judicialización.

convenio de alimentos o por sentencia definitiva, no puede dejarse sin efecto de común acuerdo por el alimentante y el alimentario, sino que se requiere de la autorización del Estado. Por tal motivo, para modificar o dejar sin efecto la sentencia dictada en un proceso de alimentos, es necesario sustanciar el proceso de modificación de sentencia (Art. 83 LPRFM) o de cesación de obligaciones de alimentos (Art. 270 CF).

5.3.2. El pago

La solución o pago efectivo es la forma normal de extinción de las obligaciones por cumplimiento de las mismas. De ahí que, el Título XIV del Código Civil se denomina “De los modos de extinguirse las obligaciones y *primeramente de la solución o pago efectivo*”. Los romanos llamaron a esta forma de cumplimiento *solutio*⁷³, de ahí la procedencia de su nombre. El pago lleva aparejada la liberación del deudor en relación al vínculo obligatorio, extinguiéndose su responsabilidad y la de sus garantes, cuando los hubiera.

El pago es la satisfacción de cualquier clase de prestación, no solo la entrega de dinero, como de ordinario se entiende. Por lo tanto, paga aquel que entrega una cosa como aquel que realiza o se abstiene de un hecho⁷⁴. Por eso se ha indicado de forma sencilla y clara que, el pago, en el sentido técnico del término, es el cumplimiento de la prestación, objeto de la obligación⁷⁵. Pagar es cumplir exactamente con lo que se debe. El pago está en correspondencia con una necesidad, generalmente de contenido patrimonial, y esta necesidad se satisface por el objeto del pago.

Discurrir en la importancia de esta figura jurídica es esencial para el Derecho de familia, porque es de los modos de extinguir las obligaciones con mayor frecuencia en las relaciones familiares. En la práctica forense, sobre todo en el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, se presenta el fenómeno

73 Vid. ESPINOSA, José María y Enrique GOMEZ, *Lecciones...*, Ob. cit., pp. 146-147.

74 Vid. U. BARBERO, Omar, *Introducción...*, Ob. cit., p. 247.

75 Al respecto en BONNECASE, Julien, *Elementos...*, Ob. cit., p. 452.

del pago en especie, aun cuando el título de la obligación impone el pago en dinero a cargo del alimentante. Esto lleva a que en la fase de liquidación en el procedimiento de ejecución forzosa (Art. 170 LPRFM) o en las diligencias de adecuación de modalidades (Art. 175 LPRFM), se discuta si el pago en especie puede ser deducible del líquido adeudado por el alimentante o no, cuando el título de la obligación impone el pago de una cosa particular, que generalmente se trata de dinero. Al respecto, los Tribunales con mucha razón no lo admiten, porque el título que expresa la causa de la obligación describe cómo la obligación se engendró, y en consecuencia, cómo ésta debe perfeccionarse en su desarrollo legal (indica lugar, modo, tiempo, entre otros aspectos, de cómo se realizará el pago).

No obstante lo anterior, se ha sostenido que la única forma de que pueda introducirse el pago en especie en la liquidación, es que el alimentario o su representante legal consientan en hacerlo. Opera, de este modo, la *dación en pago*. Ahora bien, esto es aplicable únicamente respecto de las obligaciones exigibles, esto es, respecto de las que ha transcurrido el plazo para que sean cumplidas, sin que el obligado lo haya hecho; no para las que aún están por cumplirse, porque el título (de los derechos-obligaciones indisponibles), tal como antes se indicó, no puede ser modificado por la autonomía de la voluntad. Sobre todo porque el legislador es significativamente proteccionista en materia de niñez y adolescencia.

Otro aspecto a considerar es que, el pago puede hacerse, independientemente del deudor, por todas las personas interesadas, como los codeudores y los fiadores, y también por cualquier otra persona (artículo 1443 CC), salvo que la obligación se haya engendrado en consideración a la calidad del obligado. Por lo tanto, vale la pena indicar que el pago, como todo acto jurídico, expresa un *ánimo* y un *hecho*, el ánimo refleja, o presume, la disposición positiva del deudor de cumplir con la obligación; y el hecho, es la materialización del ánimo que provoca la satisfacción del acreedor. Ahora bien, la finalidad que permean los principios del Derecho de familia van más allá de provocar una satisfacción

material en el acreedor, porque la unidad y continuidad familiar exigen la satisfacción de intereses extrapatrimoniales, que solo son satisfechos por el ánimo de cumplir con la obligación (sentimiento de asistencia familiar). Por ello, hay obligaciones que se perfeccionan exclusivamente por sujetos determinados, sin que la obligación nazca en consideración a la calidad de los mismos; y a pesar que la obligación es cumplida por un tercero, no libera al deudor por completo de su responsabilidad. Podemos citar una serie de casos en el que el obligado pretende acorazarse en el pago que un tercero realizó en favor del acreedor y en defecto del obligado, pero que no desvincula a este último de su responsabilidad afectiva (*ánimo*), como cuando el pago de alimentos es efectuado por los abuelos paternos, queriendo el padre justificar su actuar en tal situación. Este tipo de casos ocurre con cierta frecuencia en los procesos de pérdida de autoridad parental por abandono sin causa justificada, cuando el padre alega, como defensa a la pretensión de la parte demandante, que su hijo en ningún momento ha quedado abandonado, en virtud de que su padre o madre (abuelos) ha cubierto las necesidades de su hijo (nieto).

5.3.3. La compensación y la confusión.

Otra de las formas de extinguir las obligaciones es la *compensación*. Esta tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda⁷⁶. Por ello, siendo deudora una de la otra, se extinguen con fuerza de pago las dos deudas, hasta el monto de la menor, quedando el residuo de la deuda mayor pendiente de pago a favor del titular del crédito de la misma. La compensación puede resultar de la propia ley que supone la existencia de dos deudas de diferente origen en que el acreedor de una es deudor de la otra y viceversa. Esas deudas deben ser exigibles, líquidas, homogéneas, fungibles y *disponibles*⁷⁷.

76 Así en JULIAN, Emil Jalil, "El sistema...", Ob. cit., p. 10.

77 Vid. BARBERO, Omar, *Introducción...*, Ob. cit., pp. 256-257.

La compensación puede ser opuesta como *excepción* en juicio, como una forma de cancelar, total o parcialmente, la deuda que se reclama, siempre que el objeto de la obligación lo permita. Es sobre esto que debemos volver a considerar el carácter indisponible de los derechos y obligaciones familiares, en razón que no se pueden compensar obligaciones que son invaluable, porque no se estimaría la equivalencia de ellas. Este es el motivo por el cual las obligaciones que admiten compensación deben ser exigibles, líquidas, homogéneas y fungibles, y desde luego, disponibles.

Ahora bien, hay situaciones que la ley toma como equivalentes, sin que estemos en presencia de compensación, como cuando un cónyuge no trabaja pero por encargarse del cuidado de los hijos, tal actividad se considera como una contribución equivalente a la proporción económica con la que el otro cónyuge contribuye para los gastos de familia (Art. 37 CF). Asimismo, para que la compensación tenga lugar, debe efectuarse, únicamente, por los titulares del crédito. Por ejemplo, la madre (ex-cónyuge) no puede compensar el crédito producido por el no pago de alimentos a favor del hijo con el débito de pensión compensatoria que tiene que cancelar a favor del padre (ex-cónyuge), porque los titulares del derecho de alimentos (hijo) y de pensión compensatoria (ex-cónyuge), son personas distintas.

Finalmente indicaremos que, la obligación jurídica se extingue por *confusión*, que tiene lugar cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio, quedando la obligación extinguida, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión⁷⁸. La confusión es un hecho jurídico extintivo de la obligación, la cual se liquida por reunirse en una misma persona la calidad de acreedor y deudor. Esto obedece a que nadie puede deberse a sí mismo, o con mayor precisión, un mismo patrimonio no puede estar comprometido con él mismo, porque se trataría de una contradicción.

78 Consúltese JULIAN, Emil Jalil, "El sistema...", Ob. cit., p. 10.

La confusión se puede operar por sucesión a título universal (herencia) o a título singular, generalmente por causa de muerte. En el primer caso, porque el acreedor es heredero del deudor, o porque el deudor heredera al acreedor o, porque al fallecer el acreedor y el deudor un tercero los hereda a ambos. En todo caso, si la herencia se acepta con beneficio de inventario no opera la confusión, porque los patrimonios conservan su individualidad⁷⁹. Un caso muy práctico sucede cuando el padre es deudor alimentario de su hijo, y al fallecer el primero, el hijo acepta la herencia de su padre, confundándose por tal hecho el crédito y el débito en el hijo, respecto de los alimentos adeudados.

Conclusión

Hemos hecho una breve referencia a la concepción principialista del Derecho y al ciclo vital de las obligaciones con el fin de sentar una posición doctrinaria al respecto. En consecuencia, a manera de conclusión, podemos puntualizar en lo siguiente:

Derecho no es solo el Derecho positivo. El Derecho es el orden axio-normativo que rige la conducta humana. De ahí que, el Derecho es un conjunto de principios dotados de justicia, que traducen, a los sujetos de derecho, los valores imperantes en una época y comunidad determinada; motivo por el cual, el Derecho escrito se interpreta bajo el orden principialista.

Los principios generales del Derecho son las guías que interconectan el orden ético-ideal con el orden real, esto es, buscan adecuar el mundo del deber ser con el del ser. Los principios del Derecho son el lenguaje comprensible de los valores, que justifican la repetitividad de una conducta en una sociedad históricamente establecida.

79 Vid. **BARBERO, Omar**, *Introducción...*, Ob. cit., pp. 257-258. Situación parecida sucede con la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) en materia mercantil (Arts. 600 y siguientes CCOM.). Puede verse sobre la EIRL en **DÍAZ MARTÍNEZ, Rutilio Antonio**, "Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal" en **AA.VV.**, *Ventana Jurídica*, N°. 6, Año III, Vol. 2, Julio-Diciembre, 2005, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, pp. 113-127.

Los principios del Derecho cumplen con una función creadora y una función suspensiva. La función creadora está referida a la fundación de normas jurídicas (justifican las leyes) y a la fundamentación de las soluciones jurídicas (providencias judiciales). Con la función suspensiva, los principios del Derecho tienen el suficiente vigor para dejar sin efecto (*suspender*) a la norma jurídica en supuestos *in concreto*, cuando la norma no se coordina con el sentido general del orden principialista.

En la concepción principialista del Derecho, el principio de seguridad jurídica es el soporte del Derecho positivo, que exige que los principios del Derecho se apliquen de forma subsidiaria, supletoria o alternativa a la norma jurídica (ley formal); caso contrario, por aplicación arbitraria y desmedida de ellos, se vaciaría la ley. En consecuencia, el cumplimiento de las obligaciones jurídicas se verifica bajo las exigencias de los principios generales del Derecho, quienes indican que una obligación jurídica es legítima en la medida que se coordina con el sistema de valores vigentes.