

ALGUNAS CONSIDERACIONES JURIDICAS SOBRE PATERNIDAD EN EL SALVADOR

I. Consideraciones generales.

Cualquier enfoque jurídico sobre un problema determinado no debe olvidar que el derecho es intrínsecamente social, que vive y se nutre en la historia concreta de los pueblos para realizar su función reguladora de la acción de los hombres en una sociedad específica. También es necesario comprender que un derecho **concreto** tiene su razón de ser, su validez y eficacia en función de determinantes y condicionantes económicos, políticos y sociales. En consecuencia, el derecho como ciencia y desde el punto de vista lógico-formal tiene principios universalmente válidos, pero su existencia y aplicación varía en el espacio, de acuerdo con factores económicos estructurales que conforman los intereses hegemónicos de ciertas clases y grupos que participan del bloque en el poder. Precisamente por esos factores el derecho romano, el derecho medieval y el derecho capitalista representan expresiones de diferentes sociedades con distintos modos de producción; aun en nuestra época, no es lo mismo analizar un derecho capitalista en un marco europeo que en uno latinoamericano. Lo genérico y abstracto se encarna de manera particular, con sus propias peculiaridades, en la historia de los diversos pueblos.

Por eso el derecho ha sido factor de conservación en algunas situaciones y en otras ha servido como factor de cambio. Unas veces han prevalecido los valores de seguridad y en otras los de justicia, en cuya opción han intervenido concepciones estáticas o dinámicas del derecho, dependiendo del tipo de estructuración de una sociedad y de los intereses preponderantes que han asumido la representación nacional e impulsado un específico proyecto de desarrollo nacional. Así vemos cómo Europa tuvo su etapa jurídica dinámica y la historia, la política y el derecho marcharon por un mismo rumbo. Después de la codificación napoleónica, el viejo continente ha pasado un largo período de descanso jurídico, con un derecho que preserva las conquistas del liberalismo y del capitalismo.

George Ripert, el gran jurista francés, destaca este aspecto cuando, al referirse al derecho capitalista de la burguesía europea, afirma que "es fácil reconocer la fuerza victoriosa que ha impuesto cada una de las leyes. El capitalismo industrial y financiero ha creado una legislación que le ha permitido afirmar su poder"¹; lo que, en frase de André Cos-

1) Ripert, Georges, "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", Editorial EJEA, Buenos Aires, 1950.

te, significa que "todo sistema legal es el producto de las relaciones de poder y dominación existentes en la sociedad"². Ese es el momento estático del derecho; ya los cambios jurídicos se produjeron y, logrados ellos, el derecho se vuelve conservador. Una idea de justicia, propia de las necesidades e intereses de una o más clases dominantes en una época determinada, exigen el cambio y luego el ordenamiento jurídico busca su estabilidad.

La teoría de la dependencia, en su formulación económica, política, social y cultural, puede explicar puntos importantes de nuestro desarrollo y del papel que ha desempeñado el derecho. El Salvador desde que nació formalmente a la vida independiente se vinculó a los centros hegemónicos donde se desarrollaba con pujanza el capitalismo. Desde un principio se trató de una vinculación de dependencia estructural; nuestra relación colonial con España nos había impuesto pautas propicias para que el desarrollo salvadoreño y latinoamericano se realizara "hacia afuera", hacia las metrópolis capitalistas. Economía agro-exportadora dependiente que no podía generar un desarrollo propio, sino satisfacer fundamentalmente los intereses económicos de los países centrales; de este modo, mientras éstos impulsaban su desarrollo industrial, nosotros, en una relación de intercambio desigual, les proveíamos de materias primas y productos agrícolas. Formas políticas y jurídicas democrático-liberales acuñadas por la burguesía europea, que sí había realizado una revolución industrial, fueron impostadas en nuestro medio, con una economía agraria y una herencia colonial, que articulaban entonces una estructura y formación social pre-capitalista. Y modelos culturales foráneos, con pretensión "universalista", lo que es contrario a un auténtico producto cultural, concurren para darle un falso sentido nacional a un Estado que nació y se consolidó atrapado en las redes de la dependencia.

De ese modo, al igual que el liberalismo y el sistema capitalista se aprovecharon de los esquemas jurídicos romanistas, adaptándolos o reformándolos en su propio interés, el derecho latinoamericano y salvadoreño se apropiaron del derecho europeo de corte napoleónico, liberal y burgués, adaptándolo y corrigiéndolo al servicio de las fuerzas sociales hegemónicas que surgieron. En esas condiciones de dependencia, con una estructura económica y social distinta, ni el liberalismo ni la burguesía nacional, ni la revolución industrial ni el capitalismo pudieron desarrollarse del mismo modo ni al mismo ritmo.

Por esas causas, hemos tenido en el país la coexistencia de dos derechos, operando para un tipo de desarrollo capitalista dependiente, en una peculiar formación social que se define en base a un modo de producción dominante. Han funcionado regulaciones jurídicas escritas para afirmar y consolidar una estructura de tenencia de la tierra de carácter capitalista, que posibilita el desarrollo de la economía agro-exportadora; y, al mismo tiempo, se han mantenido regímenes jurídicos no escritos ni codificados de carácter pre-capitalista, en el nivel de economía de subsistencia, como los terrajes, colonatos, aparcerías.

También por ello, hemos tenido un derecho escrito que se aplica para unos y no tiene eficacia para otros. Sabido es que el derecho penal, por ejemplo, es un instrumental legal sancionador que, en la prác-

2) Citado por Ripert, op. cit.

tica, se refiere casi exclusivamente a las clases desposeídas en sentido económico, político, social y cultural. Por otra parte, tenemos regulaciones jurídicas con un marcado sentido patrimonialista, tales como la patria potestad, la tutela, la curatela, la herencia, que se aplican solamente a una minoría que encuadra en los supuestos jurídicos; y como esas mismas instituciones más que a personas protegen patrimonios, la hipótesis normativa no cubre a la gran mayoría de salvadoreños.

Esta perspectiva nos permite comprender que el derecho no desempeña un papel mágico, sino que tiene limitaciones estructurales y sus posibilidades esenciales le son dadas por la naturaleza de la formación social específica que existe en el país y por las transformaciones que ella pueda tener.

II. Régimen de familia y paternidad.

El régimen jurídico familiar salvadoreño cabe en el marco teórico que hemos expuesto arriba. Nuestro derecho de familia es de estirpe romanista y con una concepción europea burguesa. Por consiguiente, ese derecho ha funcionado formalmente del mismo modo que en Europa, pero materialmente ha tenido una aplicación y eficacia propias, *sui generis*, puesto que se ha encarnado en una sociedad marcadamente distinta. Instituciones como el matrimonio, el divorcio, la tutela, la curatela, la patria potestad, como lo mencionábamos anteriormente, están en los Códigos y son invocados sólo por clases y sectores sociales minoritarios que tienen patrones de vida, económicos y culturales, parecidos a los que goza la mayoría de los habitantes de los países desarrollados. En ese ámbito, tiene sentido hablar de paternidad responsable y de medios legales para promoverla, así como para prevenir y sancionar la paternidad irresponsable.

Pero la familia obrera y campesina, si es que existen, ¿tienen las mismas características que la familia burguesa salvadoreña? No creemos eficaz un mismo tipo de regulación jurídica a grupos y clases sociales completamente diferentes, donde el matrimonio, el divorcio, la tutela, la curatela, la patria potestad, contienen hipótesis normativas con supuestos que no se dan en la realidad. El matrimonio, el divorcio, son todavía flores exóticas para la mayoría de los salvadoreños; la tutela, la curatela, la patria potestad, no parecen cubrir a personas que carecen de empleo y de estabilidad psicológica, que migran de un lugar a otro dependiendo de la época de las cosechas; en fin, que ven en los hijos un instrumento de trabajo para apoyar la precaria economía familiar o que buscan un mayor número de hijos porque consideran que la mitad de ellos posiblemente morirán antes de los cinco años víctimas de las enfermedades gastrointestinales.

Más bien pareciera que nuestro derecho de familia no ha sido corregido fundamentalmente por conveniencia e impotencia. Lo primero, porque para el desarrollo y consolidación de las clases hegemónicas que participan del bloque en el poder, es útil y necesario, que existan condiciones económicas, sociales, políticas y culturales que marginen a las grandes mayorías de su participación en esos campos. Habrá menores posibilidades de que les disputen el poder político y económico; y el desarrollo capitalista dependiente les requiere disponer de una fuerza de trabajo barata.

Por otro lado, reformas legales fundamentales al régimen jurídico familiar y a la paternidad, en el actual contexto estructural, serán en gran medida impotentes para alcanzar los fines que se propongan. Quedarán escritas en los Códigos, pero sin posibilidades prácticas de aplicación. Serán nuevas flores exóticas para la mayoría de los salvadoreños, mientras no se realicen transformaciones estructurales que comiencen a alterar las actuales relaciones de producción. Una economía al servicio del hombre no se produce por decreto legal; requiere cambiar sustancialmente un sistema donde la mayoría de los hombres están al servicio de una economía que beneficia primordialmente a una minoría poderosa.

III. El problema de la paternidad.

Circunscritos ahora al papel que puede desempeñar el derecho en fomentar la paternidad responsable e impedir la paternidad irresponsable, se nos impone un dilema. ¿Esperamos que se realicen las transformaciones estructurales que posibiliten una transformación familiar favorable a una paternidad responsable; o es posible que las reformas parciales sirvan para viabilizar la transformación del todo? Optamos por lo último, porque creemos que, así como cualquier cambio social tiende a provocar otro, así las reformas legales a nivel micro tienden a provocar cambios en la sociedad, que repercuten a su vez sobre el núcleo familiar, en una relación constante de mutua implicación.

Entonces, lo importante es descubrir cuáles son los cambios legales en el régimen jurídico familiar, que tengan posibilidad de alguna eficacia relativa. Es preciso no caer en la ingenuidad ni en el voluntarismo; debemos conocer las limitaciones y condicionamientos que existen, pues sólo así pueden surgir reformas que se encarnen en la realidad para ir transformando. Pero, para transformar una realidad, es fundamental conocerla científicamente, esto es, descubrir la causalidad histórica que nos ha llevado al subdesarrollo, la dependencia y la marginalidad. El derecho ha contribuido importantemente a la institucionalización política de la estructura socio-económica que tiene el país; lo que necesitamos explicarnos es cómo y cuál ha sido la manera concreta y específica que ha asumido, invocando una justicia abstracta que siempre encarna y defiende intereses concretos.

El mismo concepto de paternidad responsable, en su dimensión jurídica, contiene en la realidad dos tipos opuestos de legalidad; una al servicio de explotadores y otra al de los explotados. El único denominador común consiste en la aceptación del fenómeno social, enjuiciado negativamente, de que la población infantil salvadoreña, en un 70%, no tiene padre responsable, ni siquiera en términos legales y mucho menos en su dimensión moral.

Por consiguiente, la primera tarea del jurista no es la de reformar una "legalidad" escrita para seguir manteniendo una concepción de la paternidad en función de la estructura de explotación, sino la de explicitar una filosofía del derecho que fundamente una nueva sistematización jurídica sobre familia y paternidad, en términos de una sociedad binomial.

No se trata, entonces, de consagrar derechos y deberes formales para el padre, ni de imponerle sanciones que no se podrán hacer efecti-

vas o introducirán nuevos elementos de explotación; sino que el derecho debe dar su aporte para la creación de condiciones objetivas y estímulos que posibiliten que el padre y la madre puedan sentirse llamados a cumplir su vocación natural en el seno familiar. Algo semejante de lo que ocurre en la esfera del derecho penal; tenemos un sistema injusto que lanza a grandes mayorías al círculo vicioso de la miseria: desempleo, desnutrición, analfabetismo, vagancia, criminalidad; y después de ello, el sistema castiga a quienes se colocan al margen de una ley. Es decir, la sociedad los margina de la vida económica, social, política y cultural, pero a la hora de las sanciones los considera integrados y no marginados en esa sociedad.

Las leyes serán el instrumento necesario para institucionalizar un nuevo tipo de estructuración económica y social; pero ellas no van a generar empleos ni guarderías infantiles ni facilidades médicas y educativas en viviendas decentes.

Por eso, en las actuales circunstancias, sin reformas que modifiquen sustancialmente el modo de vida de los salvadoreños, los efectos de una nueva legislación familiar y regulación de la paternidad responsable son bien limitados. En todo caso, queda claro para nosotros que el aparato jurídico no puede trabajar aisladamente, sino que requiere la concurrencia de medidas económicas, sociales, políticas, culturales y también administrativas.

Si no se quiere modificar estructuralmente al país, entonces bien vale la pena paliar la situación, centrando la atención en ayudar a las madres de ese 70% de hijos ilegítimos, a fin de que puedan cumplir mínimamente con las obligaciones paternas y maternas para con sus hijos.

Proponemos algunas orientaciones generales para un nuevo derecho de familia salvadoreña, siempre en el entendido de que, aun las regulaciones jurídicas más depuradas y sofisticadas, tendrán ninguna o muy poca eficacia dentro del contexto estructural presente. El derecho será, en ese caso, una formulación idealista sin posibilidades de realización; un derecho abstracto, desencarnado, ahistórico y, por consiguiente, producto de invernadero.

La Constitución Política es un buen ejemplo; tiene realmente 25 años de existencia formal, pero los postulados sociales que expresa apenas se han realizado, porque los derechos sirven cada vez más y mejor a las minorías y la estructura impide el acceso a ellos de las grandes mayorías.

El derecho familiar salvadoreño y la paternidad responsable deben tener una visión más amplia y humana, rebasando el aspecto patrimonial. En consecuencia, nuevas regulaciones jurídicas deben conceder mayores poderes y facultades de intervención a los organismos gubernamentales encargados de proteger a los menores, incapaces y necesitados. Si bien el Estado generalmente decide intervenir supletoriamente, en este campo, a falta de los padres o responsables de esos menores e incapaces, en El Salvador la supletoridad constituye la regla general y no la excepción, debido a la inexistencia de una familia nuclearmente constituida.

La patria potestad, según Somarriva Undurraga, "no es un poder

absoluto, su ejercicio está controlado por la autoridad social y se la comprende como un conjunto de deberes más que de derechos, de responsabilidades más que de poderes, lo que se traduce en decir que ella esté establecida no en interés del padre sino del hijo"³. No se conciben ya reglas rígidas y absolutas sobre las facultades del padre y madre sobre el hijo y del tutor y curador sobre el incapaz.

El mayor desarrollo de la personalidad, así como la necesidad en que se encuentra la mayoría de los menores de edad de trabajar en un mundo que se urbaniza e industrializa, exige establecer limitaciones a la patria potestad, con un superior grado de libertad para los menores y con una creciente participación del Ministerio Público para intervenir en ausencia de los padres.

La investigación y determinación de la paternidad ilegítima por los medios científicos es una necesidad para contribuir un tanto a resolver el problema de la paternidad irresponsable. Esta medida es de eficacia relativa por razones económicas y sociales y, además está condicionada por una estructura que no protege a la mujer. La sociología y la psicología nos enseñan que la necesidad de amparo económico y psicológico obliga muchas veces a que la mujer campesina y obrera acepte al nuevo hombre que se le presenta después de haber sido abandonada por otro, con las consecuencias de una nueva prole. Por eso, concurrentemente con la investigación de la paternidad, la legislación debe abandonar su acentuado formalismo y facilitar los trámites matrimoniales para una población pobre, analfabeta o con poca educación formal. Esas consideraciones han servido para que algunas legislaciones establezcan para ciertos funcionarios la obligación de hacer visitas periódicas dentro de sus jurisdicciones, con el objeto de procurar que los que hacen vida marital contraigan matrimonio, con procedimientos breves y sencillos.

Por otra parte, conociendo la realidad social salvadoreña, donde la filiación ilegítima es abrumadoramente mayoritaria, la legislación debe otorgar a los hijos ilegítimos derechos con relación al padre, incluidos el de reclamar alimentos y derechos hereditarios, aunque sea en proporción inferior a la de los hijos legítimos, el derecho de alimentos requiere ampliar su contenido económico, centrándose más en la protección moral y en las exigencias educativas.

3) Conferencia del profesor Manuel Somarriva Undurruga, "Nuevas orientaciones del derecho de familia", publicada en *Las actuales orientaciones del derecho*, Editorial Nascimento, Chile, 1942.