

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SECCION DE CIENCIAS JURIDICAS**



TRABAJO DE GRADO:

**CRITERIOS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA PARA OTORGAR EL CUIDADO PERSONAL DEL
HIJO O HIJA EN LA SEPARACIÓN DE LOS PADRES EN LA ZONA ORIENTAL 2010-
2015**

PRESENTADO POR:

DIEGO DE JESUS GUEVARA ECHEGOYEN

ASAEL GONZALEZ RAMIREZ

MONICA GABRIELA LUNA DE AMAYA

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

DOCENTE DIRECTOR:

LIC. FERNANDO PINEDA PASTOR

**CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL, FEBRERO DE 2016
SAN MIGUEL EL SALVADOR CENTROAMÉRICA**

AUTORIDADES

LIC. LUIS ARGUETA ANTILLÓN

RECTOR INTERINO

PENDIENTE DE ELECCIÓN

VICERRECTOR ACADEMICO

DRA. ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA

SECRETARIA GENERAL INTERINA

LIC. NORA BEATRIZ MELÉNDEZ

FISCAL GENERAL INTERINA

ING. CARLOS ARMANDO VILLALTA

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES

LIC. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA

DECANO

LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ

VICE-DECANO

LIC. JORGE ALBERTO ORTEZ HERNÁNDEZ

SECRETARIO

MTRA. ELBA MARGARITA BERRÍOS CASTILLO

DIRECTORA GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

**DEPARTAMENTO DE
JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
AUTORIDADES**

**LIC. CARLOS ALEXANDER DÍAZ
LIC. ENRIQUE ANTONIO ARGUETA NOLASCO
JEFE EN FUNCIONES DEL DEPARTAMENTO**

**DR. ADOLFO MENDOZA VÁSQUEZ
COORDINADOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACIÓN DEL
DEPARTAMENTO**

**LIC. FERNANDO PINEDA PASTOR
DOCENTE ASESOR**

**LIC. FERNANDO PINEDA PASTOR
ASESOR DE METODOLOGÍA**

TRIBUNAL CALIFICADOR

LICENCIADO FERNANDO PINEDA PASTOR

DOCENTE ASESOR

LICENCIADA IRMA DE LA PAZ RIVERA VALENCIA

TRIBUNAL CALIFICADOR

LICENCIADO CARLOS ARMANDO SARAVIA

TRIBUNAL CALIFICADOR

AGRADECIMIENTOS

Quiero dedicar esta tesis y este estudio logrado a Dios Todopoderoso quien me dio la capacidad y habilidad para ayudarme a concretar mi primer logro; agradecer con tanto amor a mis padres Ingrid Echegoyèn y Amado Guevara, quienes me dieron la vida, mi educación, y su apoyo incondicional para salir adelante a pesar de todos mis obstáculos, he logrado todo esto gracias a Dios y a mis padres; agradecer a mi tío Iván Echegoyen por su colaboración mostrada y ayuda hacia mi profesión, agradecerle a la vida otorgada por mi Dios, por darme inteligencia y sabiduría para poder seguir cosechando más triunfos y salir adelante, creador de la hermosa naturaleza que me dio inspiración, meditación y mejor pensamiento para con la vida; gracias a todos ustedes y a mis seres queridos, en honor a Ti Señor y a mi familia.

Br. Diego de Jesús Guevara Echegoyen

AGRADECIMIENTOS

Durante toda mi vida estudiantil, había proyectado mi mente a este momento cumbre, de tal manera que supe atesorar en mi mente y corazón, gratitud para con quienes han tenido una importancia en mi formación tanto académica como social y es por eso que en este pequeño, pero especial espacio quiero dedicarles unas palabras.

A Dios Todo poderoso y a su amado hijo Jesucristo, pues su gracia nunca me ha faltado y su gracia no ha sido en vano, su mano santa y poderosa ha guiado mi vida a pesar de lo adversa que pueda ser cualquier situación, guardándome de peligros, incluso de los que me son ocultos, dándome la capacidad, la sabiduría y la fortaleza, para poder llegar a este trascendental momento de mi vida. Gloria al señor, hoy puedo decir “Hasta aquí me ayudo Jehová”.

A mi amada madre Juana Gloria Ramírez de González, para quien no existen palabras con las cuales pueda expresar mi amor y gratitud por su cariño, ternura, esfuerzo y sacrificio, quien me ha brindado un amor etéreo y sin condiciones, quien ha estado a mi lado todos los días de mi vida, esa dulce compañía con la cual pude contar durante todos los días y que hasta este día se mantiene como uno de los pilares fundamentales de quien es la persona en la que me he convertido, como dije no existen las palabras para poder expresar en tan pocas líneas toda mi gratitud, Por esto y por mucho más, ¡GRACIAS MADRE!.

A mi padre Medardo Emilio González Lovo, que durante toda su vida ha luchado, sin importar las circunstancias que la vida le presente, siempre ha hecho todo lo posible y lo imposible por el bienestar de su familia, trabajador, esforzado, honesto, dedicado y adjetivos faltarían en el mundo para describir su valor, mi héroe, mi ejemplo, mi padre. Te amo y te amare toda mi vida.

A mi amado Maestro “Doctor Honoris Causa Samuel Joaquín Flores”, “a quien oraba en la noche, a quien velaba por mí, a quien desde pequeño su mano he visto en mí” quien durante cincuenta hermosos años impartiese amor en este mundo, amor del cual disfrute durante veinticuatro años de vida y en los cuales fui feliz de una manera tan inefable, guiándome con sabiduría y exhortación amorosa, comprendiendo que un mejor cristiano es un mejor ciudadano y por eso dedico estas pequeñas líneas, pues a Él le debo, gran parte de lo que soy.

A mi ejemplar Maestro Naasón Joaquín García, a quien le reconozco como mi padre en la fe, quien cuida de mí y me da su amor, ¡amor, oh cuan sublime amor! Hay en mi alma gratitud, no sé qué decir para poderle agradecer, quiero hacer mil cosas gratas para usted, gracias Apóstol de Dios por su oración constante, por esta paz sin igual, por su inmensa bondad por esta fe que engendro y

hace crecer, a día de hoy culmino mi carrera profesional esperando ser de servicio y utilidad a mi comunidad.

A mis hermanos Gerson Emilio González Ramírez y Medardo Abisai González Ramírez y mis hermanas Keila Ismeray González Ramírez y Trisa Betsabe González Ramírez, quienes siempre me han apoyado he impulsado a terminar mis estudios, quienes me mostraron lo difícil que puede ser la vida, la cual no se detiene a esperarnos y mucho más sin una preparación académica, que estuvieron allí para recibirme en sus hogares, para compartirme sus alimentos, quienes me abrieron las puertas con el único fin de facilitarme el camino.

A Lissette Castro Oliva quien me ha apoyado incondicionalmente y me ha alentado de manera tenaz a cumplir mis metas y objetivos y quien me ha acompañado tanto en momentos alegres como en momentos apesadumbrados durante mi carrera académica.

A mis docentes académicos, pues bien es sabido que durante nuestra vida son muchas las personas que están al frente de nuestros salones de clases, pero dentro de esta amplio grupo siempre hay personas que se ganan un lugar especial por su dedicación y esfuerzo por transmitir de la mejor manera posible aquellos conocimientos para las futuras generaciones y quiero brindarles la honra que merecen mencionando cada uno de los nombres de estas distinguidas personas: Prof. José de Jesús Batres Hernández, Prof. José Gilmar Guzmán Medina, Profa. Nora Celina Sandoval Moreira, Profa. Norma Canales de Majano.

A nuestro asesor de metodología y contenido, Lic. Fernando Pineda Pastor por habernos impartido sus conocimientos a lo largo de este proyecto, pues nos supo instruir para poder llegar a un excelente termino con nuestro trabajo de grado.

A mis compañeros de tesis **Mónica Gabriela Luna Turcios y Diego de Jesús Guevara Echevoyen,** con quienes hemos compartido muchas horas de trabajo mostrando una actitud siempre positiva y con una diligencia admirable para poder finalizar de manera satisfactoria este trabajo investigativo.

A mis compañeros **Jonatan Naun Díaz Campos y José Roberto Ortez Bonilla,** por ser buenos compañeros durante el tiempo de estudio universitario.

“Mi profesión al servicio de mi comunidad”

“Doctor Honoris Causa, Samuel Joaquín Flores”

Asael González Ramírez

Agradecimientos.

A **DIOS** por haberme acompañado, guiado e iluminado a lo largo de mi carrera y por brindarme una vida llena de aprendizajes y sobre todo felicidad.

A **MIS PADRES** por ser parte importante en mi vida, por su apoyo y amor incondicional, además por ser mi mejor ejemplo a seguir.

A **MI HIJO** por ser el motor y la bendición más grande que me inspira a seguir adelante.

A **MIS HERMANOS** por ser un ejemplo de desarrollo profesional y por estar para mí en todo momento.

A **MIS AMIGOS Y DEMAS FAMILIA** porque de una u otra manera me han apoyado y han hecho mi carrera universitaria más amena.

A **MI ASESOR DE TESIS Lic. Fernando Pineda Pastor** gracias por compartir su conocimiento. Su orientación, observación y llamados de atención, me sirvieron no solo para realizar una excelente investigación, también me servirán para desempeñarme de forma ejemplar en mi vida profesional.

A **MIS COMPAÑEROS DE TESIS** por su cooperación en la elaboración de este proyecto investigativo.

GABRIELA LUNA

INDICE.

RESUMEN.....	PÁG 1
Palabras clave.....	1

CAPITULO I

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	2
1.1.1 Situación Problemática.....	2
1.1.2 Antecedentes del Problema.....	4
1.1.3. Enunciado del Problema.....	8
1.2 Justificación de la investigación.....	8
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.....	10
1.3.1. Objetivo General.....	10
1.3.2 Objetivo Específico.....	10

CAPITULO II

2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.....	12
2.1.1 Evolución de la patria potestad.....	12
2.1.2 La familia en la historia de la legislación salvadoreña.....	12
2.2. Naturaleza jurídica de la autoridad parental.....	17
2.2.1 La autoridad parental como poder de los padres.....	17
2.2.2 La Autoridad Parental como institución.....	18
2.2.3 La Autoridad Parental como facultad natural.....	19
2.2.4 La Autoridad Parental como función de los padres.....	20
2.3 Teorías que sustentan la concesión de la custodia.....	22
2.3.1 “Teoría de los años tiernos:.....	21
2.3.2 Teoría del interés superior del niño o niña.....	21

2.3.3 Teoría de la custodia compartida.....	21
2.3.4 Teoría de la presunción del dador de cuidados básicos.....	21
2.3.5 Teoría de la dualidad paterna o dual responsabilidad.....	21
2.4 Características de la autoridad parental.....	23
2.4.1 Cuidado Personal.....	23
2.4.2 contenido del cuidado personal.....	24
2.4.3 El cuidado personal como manifestación de la autoridad parental.....	25
2.4.3.1 Crianza.....	26
2.4.3.2 Deber de Convivencia.....	28
2.4.3.3 Formación Moral y Religiosa.....	29
2.4.3.4 Educación.....	31
2.4.3.5 Corrección y Orientación.....	32
2.4.3.6 Relaciones y Trato.....	35
2.4.3.7 Asistencia.....	36
2.4.3.8 Cuidado personal regulado en el código de familia.....	38
2.4.3.9 Otros aspectos del cuidado personal regulados por el código de familia.....	39
2.5 La responsabilidad de los padres y la custodia de los hijos en el derecho comparado...40	
2.5.1 La responsabilidad parental en las Constituciones Centroamericanas y Tratados Internacionales.....	40
2.5.2 La custodia de los hijos: regulación normativa en Centroamérica.	42
2.6 MARCO DE REFERENCIA.....	47
2.6.1. Elementos de la crianza.....	48
2.6.2 Criterios aplicados para el otorgamiento del cuidado personal.....	49
2.6.2.1 Elementos y criterios a valorar al conferir el cuidado personal de los hijos.....	49

2.6.2.2	Criterios jurisprudenciales a valorar al conferir el cuidado personal de un hijo.....	55
2.6.3	Consecuencias jurídicas del otorgamiento del cuidado personal.....	56
2.6.3.1	Cuidado Alimenticio de Ambos Padres.....	56
2.6.3.2	Relaciones y Trato.....	57
2.6.3.3	Representación Legal del Hijo.....	57
2.6.3.4	Administración de los Bienes del Hijo.....	57
2.6.3.5	Medidas de Protección.....	58
2.7.	MARCO CONCEPTUAL.....	58
2.8	MARCO JURIDICO.....	62
2.8.1	Constitución de la República de El Salvador.....	62
2.8.2	Código de Familia.....	65
2.8.3	Derecho internacional respecto al cuidado personal de los hijos.....	69
2.8.3.1	Declaración universal de los derechos del niño.....	69
2.8.3.2	Convención americana sobre los derechos humanos y protocolo adicional a la convención americana sobre los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.....	71
2.8.3.3	Convención sobre los Derechos del Niño.....	72
2.8.4	Jurisprudencia Salvadoreña relativa al cuidado personal de los hijos.....	76
 CAPITULO III		
3.1	SISTEMA DE HIPOTESIS.....	80
3.1.1	Hipótesis Generales.....	80
3.1.2	Hipótesis Específicas.....	81

3.2 Operacionalizacion de las hipótesis.....	82
--	----

CAPITULO IV

4.1 DISEÑO METODOLOGICO.....	87
4.1.1 Método, Técnicas E Instrumento.....	87
4.1.2 Método.....	87
4.1.3Técnica.....	88
4.1.3.1 Técnica de campo.....	88
4.2 INSTRUMENTO DE APLICACIÓN.....	89
4.2.1Cuestionario para informantes claves.....	89
4.2.2 procedimiento para la realización de entrevistas.....	89
4.3 TIPO DE MUESTREO.....	90

CAPITULO V

5.1 PRESENTACION DE RESULTADOS	91
5.2 POBLACIONAL.....	107

CAPITULO VI

6.1 CONCLUSIONES.....	118
6.2 RECOMENDACIONES.....	120

CAPITULO VII

7.1 REFERENCIAS.....	122
7.1.1 Bibliografía Real.....	122
7.1.2 Bibliografía Virtual.....	125

7.1.3 Bibliografía de Campo	125
7.1 ANEXOS.....	126

RESUMEN. Objetivo la investigación consistirá en analizar y dar a conocer cuáles son los criterios que valoran los jueces al momento de establecer el cuidado personal de los hijos, ya sea al padre o a la madre cuando se encuentran en un proceso de separación, “esto para hacer de los hijos personas equilibradas en los aspectos físico, intelectual, emocional y afectivo tomando en consideración las pautas más relevantes del cuidado personal dentro de las cuales tenemos la crianza, convivencia, formación moral y la educación”¹ y dicha investigación sirva de referencia por medio de la proposición de reformas legales al código de familia que incorporen algunos criterios jurisprudenciales utilizados por los jueces al momento de emitir una resolución o la creación de nuevas leyes en las cuales se establezca un proceso marcado y que facilite innovaciones en el ámbito del cuidado personal como por ejemplo el reconocimiento legal de la custodia compartida, reformas que en el ámbito social traen un provecho a la población recordando que protegiendo a la familia se beneficia indirectamente a la sociedad, pues la primera es la base de la segunda. **La metodología** a utilizar estará basada en el método científico aunado al método analítico que nos darán una perspectiva amplia para fomentar el análisis de las diferentes normativas pertenecientes al marco jurídico, en el ámbito nacional como internacional que abordan el estudio de la situación problemática partiendo del análisis de la relación práctica teórica que nacerá de las diferentes teorías conocidas y de aquella teoría que sirva como guía en la investigación, así como también el método de síntesis el cual tendrá su utilidad en la elaboración de las conclusiones y recomendaciones que se aporten al final de la investigación, se hará uso del método comparativo para fomentar el estudio de las disposiciones legales contenidas, dando así la pauta para establecer las similitudes y diferencias entre dichas disposiciones sobre la problemática objeto de estudio. **Los resultados** que se esperan en la investigación estarán destinados a servir en función social como apoyo en el tema del otorgamiento del cuidado personal de los hijos para que de esta forma se definan bases o lineamientos en cuanto a este tipo de situaciones jurídicas, que vengán siempre a velar por el interés superior del niño niña o adolescente, ya que es vital para el futuro del país garantizar a cada niño niña y adolescente una vida digna y desarrollo pleno, partiendo de la familia como base fundamental de la sociedad.

PALABRAS CLAVE: Criterios Judiciales, Criterios Jurisprudenciales, Cuidado Personal del niño niña y adolescente, Código de Familia, Declaración de los Derechos del Niño, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Separación de los Padres, Bien Superior del Niño.

¹ Documento base y exposición de motivos del Código de Familia, Tomo II, Primera Edición 1994, págs. 651.

CAPITULO I

1.1 Planteamiento del Problema

1.1.1 Situación Problemática

En la investigación se pretende examinar la eficacia de aplicación de los criterios establecidos por la ley de familia que regulan el otorgamiento del cuidado personal de los hijos cuando ha sido disuelto el vínculo matrimonial, según el artículo 216 inciso 3° del código de familia; y aquellos conflictos de intereses entre la separación de los padres en el ámbito del cuidado personal de los hijos que en el presente serán denominados: niños niñas y adolescentes resumiéndolo con NNA.

Dicha investigación realizada se enmarca en el contexto de la tan común desintegración familiar y de las irresponsabilidades que muchas veces genera el divorcio y que a manera muy particular desencadena injusticias no solo de índole moral para los hijos sino también socioeconómicas, ya que debido a esa disolución los hijos producto de un matrimonio no tienen la oportunidad de gozar plenamente de sus derechos fundamentales contemplados en la Constitución de la República de El Salvador.

En cuanto al contexto de una familia funcional, la regulación que ofrece el código de familia respecto al cuidado personal de los hijos esta atribuido por la ley a ambos padres, siendo en ese caso cuando los padres aún siguen en matrimonio; pero en nuestro caso en concreto el estudio será sobre el cuidado personal del hijo o hija antes después o durante la separación de los padres, existen criterios esenciales para determinar el cuidado, el deber y el derecho del padre o madre de cuidar, criar y educar a sus hijos y acompañarlos en su desarrollo hasta la madurez, función que es atribuida a los padres y un derecho de los hijos.

Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos ya sea por separación o divorcio, la indisolubilidad de la paternidad y la maternidad exigen medidas cuidadosas que garanticen en lo posible el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores aunque estos estén separados; el interés de los niños niñas y adolescentes exige también que se garantice la máxima estabilidad y continuidad en su crianza, convivencia, educación,

formación moral y religiosa, pues estos derechos deben de continuar cumpliéndose en un contexto de crisis familiar, separación entre los progenitores, y todos aquellos problemas que han llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común junto a sus hijos.

El Derecho de Familia debe en su razón de ser y en la medida de lo posible, garantizar a los niños niñas y adolescentes involucrados involuntariamente en este tipo de crisis familiares la educación, salud, crianza y dignidad de vida, ya que son aspectos vinculados directamente con el cuidado personal, siendo todas estas medidas algunas escritas y otras pendientes en realizar aportaciones para dar iniciativas tendientes a reformas a la Ley de Familia respecto al cuidado personal y los criterios o elementos a valorar para su otorgamiento, todo ello girando en torno al principio del interés superior del niño, niña o adolescente.

Debe garantizarse la crianza y la estabilidad de vida que requieren para el desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez, mediante presupuestos fundamentales basados en el marco jurídico salvadoreño, en el código de familia del cual podemos mencionar específicamente el artículo 216 inc. 3° y en algunos de los criterios judiciales utilizados por los jueces como por ejemplo ingresos de los padres, la idoneidad o la afectividad de los hijos, la disponibilidad de cuidarlos, entre otros; pero que estos criterios a la vez no se encuentran plasmados de manera taxativa en el Código de Familia, y al no estar escritos y tasados no se genera una seguridad jurídica ya que muchos criterios a valorar por los juzgadores de familia en diversas ocasiones no son acordes a la realidad de las familias salvadoreñas al momento de otorgar el cuidado personal de los niños, niñas y a adolescentes, pero no basta solo con ello, si no que el aporte social a dar se manifestara en el sentido de proponer reformas tendientes a incorporar todos aquellos criterios y elementos tanto de los jueces de familia así como aquellos dados por parte de los magistrados de familia incorporándolos al Código de Familia para una funcionalidad de acorde a la realidad de las situaciones familiares en nuestro país.

Por lo cual se afirma que estos criterios o supuestos juegan un papel muy importante en la legislación salvadoreña y que en la presente investigación explicaremos, dado que sirven como parámetro o directrices para los jueces al momento de tomar una decisión en cuanto al cuidado personal, ya que quien tiene el cuidado personal del hijo acarrea también

el deber de criarlo, educarlo, y solventar sus necesidades, y la obligación de no impedir la relación y trato con el progenitor que no lo tenga en su cuidado, estando este último en la obligación de dar los alimentos necesarios al niño, niña o adolescente para su normal desarrollo; todos estos aspectos son analizados por el juez al momento de realizar un juicio de valor relacionando la capacidad e idoneidad de los padres y el bien superior del niño, niña o adolescente, es decir lo que sea más beneficioso de acuerdo a sus deseos y necesidades.

El propósito ha sido investigar la aplicación de las normas parámetro establecidos por la ley, los no establecidos y aquellos criterios utilizados por los jueces de familia cuando resuelve sobre a quién se le otorgara el cuidado personal de los hijos al momento de la separación de los padres, así como también se estudiara la situación en la que se encuentran los hijos de acuerdo al trabajo que realiza el equipo multidisciplinario de los juzgados de familia, pues en cierta forma aunque no es vinculante para el juez, si tiene importancia dicho análisis al momento de decidir sobre el cuidado personal ya que el juez de familia puede apoyarse para tomar la decisión que sea más favorable al infante pues esto marcará un cambio en el desarrollo del niño y en el ámbito social de la familia, siendo esta la base fundamental de la sociedad, por ende de manera directa o indirecta causará un cambio en el entorno social y familiar del niño, niña y adolescente.

1.1.2 Antecedentes del problema.

La familia a lo largo de la historia ha sido y es considerada como la base de la sociedad.

“Los cambios en la estructura familiar continúan dándose y siguen incidiendo en el derecho, debido a esto, se hará a continuación una breve reseña de la evolución que ha tenido la familia en El Salvador, partiendo del Código Civil de 1860, el cual fue creado por una disposición emanada de la Constitución de 1824, y que se vio mayormente influenciado por el Código Civil chileno, en el cual se establecían dos tipos de matrimonio: el religioso y el civil, para las personas que no profesaban la fé católica, declaraba a sus hijos ilegítimos, tratando de proveer por lo menos a su subsistencia, y, se permitía el divorcio relativo es

decir aquel que releva de la obligación de convivencia, pero mantenía subsistente el vínculo matrimonial”²

“Luego se dieron una serie de reformas que aparentemente vendría a generar un cambio pero que en realidad nunca se hicieron efectivos como ejemplo de esto la Constitución de 1939 en la cual se innova al imponer al estado la obligación de crear leyes y disposiciones de protección y mejoría familiar y su reforma en 1944 con la inclusión del principio de igualdad de los hijos, como anteriormente se mencionó, no se hicieron efectivas. No es sino hasta 1950 que se logran innovaciones de importancia, un ejemplo claro fue proclamar que el matrimonio es el fundamento legal de la familia y elevando a rango de principio constitucional la igualdad de los cónyuges”³

Esto fue dando la pauta hasta llegar la Constitución de 1983 en la cual se incluye la protección constitucional de la familia contemplada en el capítulo II, Sección Primera, en el Régimen de Derechos Sociales de la Constitución, artículo 32 al 36, donde se establece que es la base fundamental e la sociedad y que tendrá la protección del Estado para lograr su integración, estableciendo la igualdad como principio informador de los derechos que consagra a favor de la familia.

Esto nos lleva hasta la creación del Código de Familia que entro en vigencia en octubre de 1994, el cual regula y desarrolla la normativa constitucional y adecua la legislación interna a los tratados internacionales.

En dicho código se establece el régimen jurídico de la familia, de los hijos y de las personas adultos mayores, y cuenta con verbos rectores tales como: la unidad de la familia, la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de los derechos de los hijos, la protección integral de los menores de edad y demás incapaces, de las personas adultos mayores y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar.

Pero a pesar de todos los esfuerzos por mantener la unidad de la familia, siempre existen situaciones adversas que generan un cambio transcendental en la estructura de las familias

² CALDERON BUTRIAGO, Anita. Manual de Derecho de Familia. Editorial Printed in El Salvador. Primera Edición. El Salvador, 1994, págs. 73

³ Ibidem.

salvadoreñas, y nos referimos al divorcio del cual se expondrá un más amplio contexto en el marco histórico, pues de momento nos limitaremos al tiempo de 1994 en adelante.

Con la entrada en vigencia del código de familia, se inició la nueva temática del divorcio en nuestro país, con la novedad de que la instituciones del divorcio ya no se regulo por el código civil, sino que paso a formar parte del Código de Familia; lo encontramos ubicado en el Capítulo II, en los artículos 104 al 126, dentro del cual continua subsistiendo la disolución del matrimonio a través del divorcio y por la muerte de uno de los cónyuges, para el divorcio que es la institución que nos ocupa en este apartado, el artículo 106 del referido código establece que el divorcio solo podrá decretarse por los siguientes motivos:

1. Por mutuo consentimiento de los cónyuges: en este divorcio no hay contención pero el artículo 108 del código de familia establece una serie de requisitos y reza de la siguiente manera: .- Los cónyuges que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, deberán suscribir un convenio, que contendrá por lo menos las siguientes cláusulas:
 - 1a) La determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado personal quedarán los hijos sujetos a autoridad parental; y el régimen de visitas, comunicación y estadía que hubieren acordado, para que el padre o madre que no viva al lado de sus hijos, se relacione con los mismos;
 - 2a) Determinación del cónyuge por cuenta de quien deberán ser alimentados los hijos; o expresión de la proporción con que contribuirá cada uno de los cónyuges para dicha finalidad; con indicación de las bases de actualización de la cuantía de los alimentos y de las garantías reales o personales ofrecidas para su pago;
 - 3a) Determinación de la pensión alimenticia especial que se debe prestar cuando proceda;
 - 4a) Expresión del cónyuge a quien corresponderá el uso de la vivienda y bienes muebles en uso familiar; y
 - 5a) Fijación de las bases para la liquidación del patrimonio conyugal cuando exista régimen económico de comunidad o para la liquidación de las ganancias o determinación de la pensión compensatoria, en su caso.

2. Por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos. En este caso puede suceder que ambos acuerden una separación mutua, de lo contrario el Código de Familia en el artículo 108 establece para los divorcios contenciosos; En los casos de divorcio contencioso, cuando hubiere hijos sometidos a autoridad parental, los cónyuges acordarán a quien de ellos corresponderá el cuidado personal de los hijos, por cuenta de quien serán alimentados o la cuantía con que para ello contribuirá cada uno, así como el régimen de visitas, comunicación y estadía de los hijos. Tales acuerdos serán manifestados al juez en audiencia común que señalará al efecto; de no mediar acuerdo entre los cónyuges o ser éste atentatorio al interés de los hijos, el juez decidirá en la sentencia de conformidad a lo establecido en los artículos 216 y 217 de este Código. La sentencia de divorcio dispondrá además que la o el cónyuge al que se le hubiere confiado el cuidado personal de las y los hijos, le corresponderá el uso de la vivienda familiar, aun cuando el derecho de habitación no se hubiere constituido previamente; así como sobre el uso de los bienes muebles destinados al servicio de la familia, en el caso de que la vivienda destinada para uso familiar estuviese gravada, en la misma sentencia la o el juez podrá determinar la obligación del pago de las deudas, buscando en todo caso el bienestar de las y los hijos y la o el cónyuge bajo cuyo cuidado personal se confiaren, en defecto de vivienda, se dispondrá en dicha sentencia a favor de la o el cónyuge en mención, de una cuota para vivienda. Si el divorcio se decretare por el motivo tercero del artículo 106 y los hechos que hicieron intolerable la vida en común entre los cónyuges, constituyeren causa de pérdida o suspensión de la autoridad parental, en la sentencia de divorcio el juez decretará dicha pérdida o suspensión.
3. Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges: Este según el ordinal 3º del artículo 106 del Código de Familia, se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave semejante. En el caso del ordinal anterior el divorcio podrá ser solicitado sólo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaren el motivo.

Es de estas situaciones de las que surge la necesidad de decidir sobre el cuidado personal de los NNA.

1.1.3 Enunciado del problema

1. ¿De qué manera se sustentan en la praxis judicial los criterios argumentados por los juzgadores de familia para decidir, en un caso concreto, otorgar o no el cuidado personal de los Niños, Niñas y Adolescentes ante la separación de los padres?
2. ¿Cuál es el grado de eficiencia que tienen los juzgados de familia, en relación a los parámetros o criterios valorados por el juez al momento de la separación de los cónyuges, para garantizar un pleno desarrollo y vida digna del niño, niña o adolescente?

1.2 Justificación de la investigación

La investigación tiene su fundamento en un principio de Derecho de Familia, el cual ha surgido en las últimas décadas y que tiene como objetivo primordial garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes; dicho principio es constituido por el interés superior del niño el cual mencionaremos: La representación Legal, Cuidado Personal, y los criterios que son utilizados por los jueces para asegurar y proteger a los mismos, convirtiéndose así en el eje central de la investigación.

Observando que dicho principio es exclusivo del Derecho de Familia, podemos afirmar que su aplicabilidad se adecua según las circunstancias ambientales, sociales y culturales que el Estado brinde a la niñez del país y es aquí donde entra en juego el segundo aspecto fundamental en nuestra investigación, y nos referimos al estudio de los criterios judiciales, pues estos son necesarios para garantizar una mejor condición de vida para los mismos y si dichos criterios son efectivos y garantizan una mejor calidad en el desarrollo de sus vidas a los niños niñas y adolescentes.

Sin embargo, atendiendo a la dignidad del ser humano, la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, trajo consigo un compromiso político y jurídico encaminado hacia la construcción de nuevas condiciones de vida para la niñez salvadoreña por lo que regula aspectos más importantes sobre los derechos humanos de la niñez y asimismo reconoce los derechos civiles, económicos, sociales y culturales que son indispensables a la niñez para su supervivencia y desarrollo integral, además trae consigo un compromiso político y jurídico encaminado hacia la construcción de nuevas condiciones de vida para la niñez salvadoreña y para el caso en concreto en el Código de Familia también se establece que son los padres los obligados a la crianza esmerada de sus hijos, a proporcionarles un hogar estable con las condiciones adecuadas y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad, por lo cual debe existir una correlación entre los criterios judiciales y el marco jurídico mencionado.

En el salvador existen muchas normativas que tienen como objetivo primordial salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes pero es de vital importancia mencionar también que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia viene por así decirlo, a asegurar el cumplimiento de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes; los cuales por diversos motivos se han visto violentados.

De igual manera el interés de esta investigación surge por aquellos efectos tanto positivos como negativos que pueda generar la decisión que toman los jueces al momento de otorgar el cuidado personal, pues el hijo es quien se ve afectado directamente y es en el que se producen cambio de actitud y personalidad derivados de esta coyuntura por la cual atraviesa la familia y que se ve afectada de forma directa, y como sabemos que la familia es la base de la sociedad, esta última se ve afectada tanto directa o indirectamente por aquella decisión tomada por el juzgador, por lo cual denotamos la importancia que tienen este tipo de situaciones en la sociedad.

Por lo anterior, se concluye que es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias tanto legislativas, administrativas y sociales apropiadas para satisfacer las necesidades de

los niños, niñas y adolescentes; además de velar por el cumplimiento pronto y eficaz de estas medidas o políticas que sirvan como parámetro, debido a que existen en su mayoría casos en los cuales la realidad teórica es completamente distinta a la realidad práctica, por lo tanto el Estado debe ser garante a los niños, niñas y adolescentes en cuanto a la ejecución de dichas medidas, y en ese aspecto toma importancia esta investigación con la cual se estudiara el accionar del Estado en este tipo de circunstancias y en base esto podrá llegarse a una conclusión sobre qué tan insigne es el compromiso y que tanta trascendencia o magnitud figura este asunto en la orientación, regímenes y políticas del Estado.

1.3 Objetivos.

1.3.1 Generales:

1. Identificar si existe o no la sustentabilidad en los criterios judiciales, argumentados por los juzgadores de familia para decidir el otorgamiento del cuidado personal ante la separación de los padres
2. Explicar la configuración de los conflictos familiares en contraste con los múltiples aspectos involucrados que suscitan en la separación de los cónyuges o convivientes; y proveer de información sobre los derechos y deberes de los padres respecto de los hijos.

1.3.2 Específicos:

1. Señalar y proponer en la medida de lo posible ciertas reformas y medidas tendientes a regular de mejor manera los criterios establecidos por la legislación para otorgar el cuidado personal del niño, niña o adolescente.
2. Identificar la efectividad de los criterios judiciales tomados en cuenta al momento de decretar el cuidado personal del niño, niña y adolescente a su padre o madre.

3. Demostrar a través de la investigación si las actuaciones judiciales de los juzgadores de familia basadas en los criterios ya establecidos en el Código de Familia van encaminadas en el sentido que estas mantengan una consonancia con el interés superior del niño y la realidad de las familias Salvadoreñas en la actualidad.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes históricos

2.1.1 Evolución de la patria potestad

Como es de conocimiento que nuestro derecho civil emana del derecho romano y la figura jurídica objeto de estudio de esta investigación no estaba reconocida en la antigüedad, lo que si se podrá argumentar es que estaba implícita en aquella organización familiar de la época romana fundada en el Páter-Familias, en este tipo de organización quien tenía todos los derechos sobre los demás miembros de la familia al grado de considerarle dueño de los bienes que poseían, era el hombre.

El **páter familias** era el ciudadano independiente, homo sui iuris, bajo cuyo control estaban todos los bienes y todas las personas que pertenecían a la casa. Es la persona física que tenía atribuida la plena capacidad jurídica para obrar según su voluntad, sui iuris, y ejercer la patria potestad, la manus, la dominica potestas y el mancipium, sobre los hijos y resto de personas que estaban sujetos a la voluntad, sobre la mujer casada, los esclavos y otros hombres.

Analizando las facultades de El Páter Familias se contemplan vestigios del cuidado personal implícitos en la patria potestad, se menciona por el motivo que era el hombre el encargado de la familia, aunque en la práctica no se diera ni un solo acto de lo que actualmente entendemos por cuidado personal debido que sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de roma, e incluso condenarlos a muerte. El páter era dueño de todos los bienes que el hijo adquiriría con un poder absoluto y dictatorial.

La patria potestad arranca desde el Derecho Romano, pero es una de las instituciones más evolucionadas del Derecho de Familia contemporáneo, aun cuando esa evolución ha sido lenta a través del tiempo. Su historia constituye en conjunto, un proceso de debilitamiento de la autoridad parental, ahora se concibe no como una institución en beneficio del padre, sino como una obligación o mejor, como un conjunto de deberes y derechos establecidos en beneficio de los hijos.

En el derecho antiguo la patria potestad significo un privilegio, una facultad o, más que eso, un poder a favor del padre que la ejercía y en casi todas las legislaciones, particularmente en la romana, revestía un carácter despótico y entrañaba un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ellas. Era una potestad vitalicia que no la extinguía ni la mayoría de edad, ni el matrimonio, privativa del varón **sui juris** y ciudadano romano.

En Roma, y por el carácter singular de su organización familiar, la patria potestad se ejercía no solamente sobre los hijos, sino sobre cuantas personas constituían la familia, fuesen menores o mayores de edad y ya perteneciesen a ella por los vínculos de la sangre, civiles del matrimonio o por adopción. Solo el **paterfamilias** era el señor de todos. Ciertamente, el derecho pretoriano en esto, como en otros aspectos, suavizo y modifico la institución; pero el carácter riguroso de ella solo se transformó en mayor medida por la influencia del cristianismo y del derecho germánico.

La Revolución Francesa en el Decreto de 28 de agosto de 1792, abolió la patria potestad en las regiones sujetas al denominado “derecho escrito”, tal como se le concebía por la influencia secular del Derecho Romano; y suprimió muchas facultades del poder paterno, singularmente el usufructo legal.

El código de Napoleón de 1804, a pesar de afirmar que la patria potestad constituía una protección a favor del hijo, consagro los poderes del padre, atribuyéndole multitud de derechos y estableciendo a su favor y en su defecto, en beneficio de la madre, el derecho de usufructo legal, creyendo compensar con este, los deberes de cuidado y administración que les corresponde a los titulares de esa potestad.

En las naciones del norte de Europa, la patria potestad se atenuó por la tradición germánica, caracterizándose aquella como una función de protección y ayuda a los hijos menores de edad.

En síntesis la patria potestad se origina en el Derecho Romano; Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido solo por el ascendiente varón de más edad, se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podría rechazarla si así le convenía.

En efecto la niñez y la adultez han tenido tratamientos diferentes desde tiempos remotos lamentablemente para la niñez ese tratamiento se orientaba más a la superioridad de la especie adulta, situación que era muy similar en el derecho español que al igual que el Derecho Romano definen a la patria potestad como el poder y señorío de los padres sobre los hijos, este poder constituía una línea de reverencias y sujeción de castigo que ejercía el padre sobre el hijo. Según el antiguo Derecho Español este poder de cuidado se extendía a los nietos y demás descendientes en línea recta, cuando la descendencia fuera legítima.

Con el paso del tiempo y la influencia del cristianismo a través de los años fue variando el contenido de la legislación y de la institución de la patria potestad, el padre ya no era visto como un amo y señor, pues le fueron facultando derechos y exigiéndosele deberes que tenía que cumplir respecto de sus hijos, dando un giro en la situación en la cual el padre ejercía un cierto señorío sobre sus hijos permitiendo a estos últimos garantías o defensas que les permitían pedir judicialmente el cumplimiento de estas obligaciones y es así que se contempla esa transformación que se fue gestando dando paso a poder pensar en una figura jurídica más definida y que podían comenzar a pensarse como cuidado personal y en ese avance histórico comenzamos a posicionarnos tiempo espacio en la realidad salvadoreña.

Como ya fue mencionado anteriormente la familia a lo largo de la historia ha sido y es considerada como la base de la sociedad, es visto como aquel núcleo primario y por lo tanto se le considera anterior y superior al Estado por aquella relación directa, personal y cotidiana, lo que nos permite la comprensión del rol que desempeña el individuo en las diversas etapas históricas y que continua desempeñando contemporáneamente.

En el actual Derecho de Familia la patria potestad ha evolucionado radicalmente, transformándose de un poder absoluto eminentemente privado, establecido en beneficio del padre, en una función tuitiva de carácter social y casi público, en beneficio de los hijos menores de edad, sometida al control de autoridades estatales, para garantizar los derechos de estos respecto de sus personas y bienes, y ahora con el nombre de Autoridad Parental.

La doctrina reitera que las orientaciones modernas más significativas en la institución que se comentan son: a) la patria potestad es una función de los padres; b) se admite la fiscalización del ejercicio de la autoridad paterna, entendiéndose que el Estado tiene el

derecho y el deber de vigilar como cumplen los padres las obligaciones que dicha autoridad les impone. Así, “el juez puede intervenir en determinados casos en la patria potestad, para salvaguardar el interés del hijo; c) la patria potestad debe ser ejercida en forma conjunta por los progenitores.”⁴

En la redacción del Código Civil salvadoreño en 1860, la patria potestad se enmarcaba en perfiles romanistas y patriarcales, como coincidentes con la realidad del tiempo en que este código se puso en vigor. La potestad correspondía al padre y se negaba absolutamente a la madre. Como ya se dijo, esta institución experimento una lenta y vacilante evolución y no fue sino hasta el año 1972 que se introdujeron notables modificaciones al régimen anterior. Ante todo, ya no se trató de un poder exclusivo del padre sino compartido con la madre si los hijos eran legítimos; y si los hijos eran naturales, se le concedió la patria potestad al padre que voluntariamente los había reconocido, pero solo en defecto de la madre ilegítima.

2.1.2 La familia en la historia de la legislación Salvadoreña

La Constitución Política de la república de Centroamérica de 1921, es la primera que incorpora “Derechos Sociales”, pocos años después de las constituciones de México y Weimar, lo que contribuyo como una normativa avanzada y produjo una influencia positiva en el “Derecho Constitucional de la región Centroamericana, estableciendo la protección a la maternidad y a la niñez desvalida, la garantía de la investigación de la paternidad, la tutela de los intereses de los hijos nacidos fuera del matrimonio en sus derechos, la protección del matrimonio y de la familia como base fundamental de la sociedad y la protección y organización del patrimonio familiar con base en la institución del bien de familia.”⁵

Para el año de 1860 se crea el Código Civil, en esta época el derecho de familia se ubica dentro del derecho civil, este cuerpo de leyes se fue fundamentando en el tiempo, derogando disposiciones que dejaban en desventaja jurídica a la mujer en las relaciones

⁴ Messineo, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo III, Buenos Aires, Edición Jurídicas Europa-América, 1957, Pág. 136

⁵ CALDERON DE BUITRAGO, Anita, Manual de Derecho de Familia, Editorial Printed in El Salvador, Primera Edición, El Salvador, 1994, Págs. 73

patrimoniales y conyugales, se logró la eliminación de separaciones discriminatorias entre los hijos, se dio la separación total de la iglesia y el Estado.

En la Constitución de 1939, que es la primera Constitución de nuestro país, y que contiene derechos sociales, manteniendo algunos de los anteriores e innovando al imponer al Estado la obligación de crear leyes y disposiciones de protección y mejoría familiar, y el fomento del matrimonio como actividad estatal. En 1994, se le hizo una reforma a esta Constitución, incluyendo el principio de igualdad de los hijos, pero nunca se hizo efectivo.

En la constitución de 1945, el título en que se incorporan las leyes pertinentes a la familia es similar al de la Constitución anterior, con la diferencia de que se incluyen dos cambios fundamentales: el primero, es que se aclara que el mejoramiento que procuraría el Estado para la familia sería de orden moral, físico, económico, intelectual y social.

Entonces se llega a la constitución del 1950 en la cual se proclama que el matrimonio es el fundamento legal de la familia, elevando a rango constitucional la igualdad entre los cónyuges, además de constitucionalizar nuevamente el principio de igualdad de los hijos y dando lugar por primera vez a los hijos adoptivos, también de establecer una norma que venga a frenar y proteger a la familia ante aquellos tratos discriminatorios y estigmatizante prohibiendo consignar en las actas del registro civil la naturaleza de la filiación en las partidas de nacimiento y por último constitucionalizar la libre investigación de la paternidad.

Con la constitución de 1983 encontramos una familia constitucionalmente protegida y a la cual se le confiere el título de base de la sociedad y obliga al Estado a protegerla para que esta logre su integración

Como punto de partida mencionaremos que antes de la vigencia del Código de Familia en 1994 el cuidado personal del hijo o hija se tramitaba en proceso civil en un juicio ordinario y se denominaba juicio de custodia, en ese entonces si el demandado no comparecía al proceso se le declaraba rebelde, situación que fue superada, pues como sabemos según el artículo 92 de la Ley Procesal de Familia no existe la rebeldía en los procesos de familia, de

igual forma cuando no se conocía el paradero del demandado se nombraba a un procurador ad-litem, figura jurídica que en la actualidad es inoperante debido a que en el proceso de familia, aquel ausente del cual se desconoce su paradero se le notifica por medio de edictos publicados tres veces en un diario de circulación nacional.

Pero todo esto se generaba en el ambiente de unos juzgados de lo civil saturados, por lo cual estaba siempre la amenaza latente de cometer un error en la decisión de otorgar el cuidado personal de un niño o niña a su padre o madre, situación que a partir de la entrada en vigencia del Código de Familia se ha superado y con el transcurrir del tiempo este proceso se ha especializado gracias a juzgados de familia y con ayuda de los equipos multidisciplinarios a un proceso especial el cual está dedicado a ventilar este tipo de pretensiones.

2.2. Naturaleza jurídica de la autoridad parental

Existen varias teorías que tratan con las cuales se busca fundamentar y explicar la naturaleza jurídica de la Autoridad Parental.

2.2.1 La autoridad parental como poder de los padres

Existen varios tratadistas que se inclinan hacia esta teoría como EDUARDO ZANNONI, quien establece que “no son simples derechos subjetivos, organizados sobre la base del interés individual del titular del derecho, sino ante derechos-deberes, que se confieren a los titulares de la Autoridad Parental, padre y madre, atendiendo al interés tanto de ellos como del niño o niña sujeto a Autoridad Parental. Se trata además de un poder reconocido por la ley como una forma de obtener el cumplimiento del deber, las relaciones del poder paterno o materno que se generen hacia el hijo no están situadas en planos de igualdad; es decir los padres tienen la obligación de ejercer los deberes que la ley les ha impuesto, en atención al interés del hijo de una forma personal e indelegable”.⁶

El tratadista colombiano LUIS JOSSERAND, se orienta hacia esta teoría al afirmar que “la Autoridad Paterna está conformada por poderes conjuntos, de los padres que les permiten

⁶ Zannoni, Eduardo. “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”, 1994, Pág. 424

cumplir deberes de criar, educar y orientar a los hijos y se reducen fundamentalmente al poder de representar a los hijos menores de edad en todos los actos jurídicos que a ellos conciernen, con ciertas limitaciones, al administrar y gozar del usufructo de los bienes que estos posean”.⁷

Las tratadistas argentinas CECILIA GROSMAN Y SILVIA MESTERMAN, afirman: “Los padres tienen el deber de criar y educar a sus hijos, en beneficio de ellos, quienes requieren de una adecuada formación para convertirse en adultos sanos e integrados socialmente”.⁸

Los tratadistas mencionados coinciden en que el poder que los padres ejercen sobre sus hijos son reconocidos por la ley, por lo que se vuelve una obligación, además deberán tomar en cuenta no solo sus intereses de padre, sino que deberán tomar en cuenta que es lo más beneficioso para el hijo o hija sujeto a su cuidado, es decir que este poder-deber, será ejercido de una forma conjunta para que el hijo en el futuro sea una persona socialmente estable. Al estar reconocido por la ley, es una garantía para él, de esta forma el padre o los padres no pueden evadir la responsabilidad que tienen de brindarle todo lo necesario para que se desarrolle sanamente, de no realizarse este deber debidamente ocasiona una sanción.

2.2.2 La autoridad parental como institución

Para GALINDO GARFIAS, “la Autoridad Parental es una institución establecida por el Derecho, con la finalidad de dar asistencia y protección a los menores de edad no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él o de hijos adoptivos; por su parte el tratadista RUIZ PEÑA, se inclina también en esta teoría y afirma “La ley, la disciplina, de sus preceptos y de la variedad de sus disposiciones se descubre la armonía de la institución, necesaria para la cohesión del grupo familiar”.⁹

La Mexicana SARA MONTERO DUHALT, está de acuerdo con esta corriente y afirma

⁷ León Jaramillo, Gustavo, “DERECHO DE FAMILIA Y DE MENORES”, 1991, Pág. 155

⁸ Grosman - Mesterman, “MALTRATO AL MENOR”, 1992, Págs. 90-92.

⁹ Calderón de Buitrago, Anita y Otros, “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”, 1995, Pág. 592.

que “es una 'institución derivada de la filiación y que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga o impone a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad”.¹⁰

Los mencionados tratadistas afirman que la Autoridad Parental es necesaria para que exista la unión del grupo familiar, o para que se desarrolle de una forma permanente y constante, que tenga como finalidad principal la protección de los hijos menores de edad. Lo ven como tal, por ser una institución del Derecho de Familia que ha sufrido transformaciones, a través de la evolución del derecho y de la sociedad, para convertirse en uno de los derechos fundamentales que propician la unión familiar, que va orientada a la protección, corrección, asistencia y orientación de los hijos, para que estos se desarrollen en un ambiente saludable.

2.2.3 La autoridad parental como facultad natural

El Jurista Argentino JULIO LÓPEZ DEL CARRIL, manifiesta que la “Patria Potestad es un derecho natural, que descansa en el último sustratum, con una posición exclusivamente biológica, ya que constituye uno de los atributos objetivos y subjetivos de la maternidad y de la paternidad, que tienen preexistencia en todo tiempo a lo jurídico. Afirma además, que cualquiera que sea su concepción y concepto es anterior a la existencia de la juridicidad, por esto que cuando el hombre no había elaborado el derecho tenía plena conciencia que debía gobernar y conducir la vida de sus hijos hasta que estos se transformen en hombres o mujeres”.¹¹

León XIII, estableció “La Patria Potestad es de tal naturaleza, que es la vida misma de los hombres, los hijos no entran a formar parte de la sociedad civil por ellos mismos, sino a través de la familia de la cual ha nacido”. Afirmó además “La ley, no puede conceder lo que los padres tienen por imperio de la naturaleza o por voluntad de Dios, de tal manera que la ley no puede conceder lo que ella no tiene, y es el poder de procrear, por lo cual no puede conceder lo que no tiene. La ley no puede crear la Patria Potestad, pues simplemente

¹⁰ Duhalt. Sara, “DERECHO DE FAMILIA”, 1990, Pág. 339.

¹¹ López del Carril, Julio, “PATRIA POTESTAD, TUTELA Y CURATELA”, 1993, Pág. 9.

la califica. Es el vínculo biológico el único creador, pues son el padre y la madre quienes dan la vida al hijo, pero jamás la ley, esta simplemente califica el vínculo jurídico”.¹²

Como lo explica el tratadista y León XIII, la familia o unión familiar es anterior al derecho, ya que aún en la época primitiva se tenía un vínculo familiar, no bien organizado como actualmente se posee, pero de cierta manera ya existía ese vínculo, que fue reconocido hasta que el hombre comienza a hacer uso de su raciocinio, es decir cuando crea el derecho, el cual reconoce la autoridad que los padres tienen sobre sus hijos (padre o madre), y el deber de respeto y obediencia que los hijos le deben a sus padres.

La Autoridad Parental se orienta al reconocimiento de una facultad natural del procreador que se ejerce mientras los hijos necesitan protección.

Si bien esta teoría, es bastante clara, al explicar que el poder que los padres tienen sobre sus hijos le es concedida por un poder divino, se hace necesario que exista un reconocimiento en la ley para que pueda ser de obligatorio cumplimiento por parte de los mismos, y que además sea una ventaja del hijo frente a los padres a los abusos que estos puedan cometer en contra del mismo, ya que antiguamente el padre tenía un poder absoluto sobre el hijo, lo que se suaviza con la aparición de la normativa familiar, que le quita ese poder absoluto y lo establece más humanitario y en planos de igualdad, entre padres e hijos.

2.2.4 La autoridad parental como función de los padres

De acuerdo a la moderna concepción del Derecho de Familia, la autoridad parental se identifica como una función de los padres ejercida para la protección del hijo, y que no necesita imposición de ley.

El jurista LUIS VÁZQUEZ, afirma que es “una función social, ejercida por ambos

¹² López del Carril, Julio, “PATRIA POTESTAD, TUTELA Y CURATELA”, 1993, Págs. 11-13.

progenitores, como facultades y deberes que la ley les otorga e impone. En un plano de igualdad para ambos y siempre en interés del hijo”.¹³

En esta teoría se orienta el Código de Familia, ya que concatena deberes, obligaciones y derechos de los padres, con el objetivo de promover la formación integral del hijo. Se trata de la autoridad que ejercen los padres sobre sus hijos, lo que consiste en regirlos, protegerlos, educarlos, administrar sus bienes y corregirlos en forma moderada, lo cual significa que la autoridad que tienen los padres está limitada, es decir no pueden abusar de ella, porque tanto los padres y los hijos se deben respeto mutuo.

Los hijos como miembros del grupo familiar tienen derechos, como consecuencia la función de los padres respecto de estos, es lograr un desarrollo armonioso de su personalidad para que se conviertan en adultos responsables, en sí para que sean útiles a la familia y por consiguiente a la sociedad.

En conclusión tomaremos como base que para definir la naturaleza jurídica de la autoridad parental, hay diversas teorías que definen la autoridad parental como: poder de los padres, institución, facultad natural, función de los padres. Sin mayores consideraciones sobre las primeras tres, diremos sobre la última que se concibe como función de los padres, que es la que se adhiere a nuestra legislación, la cual se define como: “Función que los padres ejercen para la protección del hijo siendo función propia de la maternidad y paternidad y no necesita imposición de ley”¹⁴

2.3 Teorías que sustentan la concesión de la custodia

2.3.1 Teoría de los años tiernos: La base de esta teoría radica en el hecho de considerar que la mujer, como madre, por su proceso de socialización ha adquirido mejores habilidades para realizar la función de cuidado de los hijos e hijas, y que esa situación la hace estar mejor capacitada que el hombre. Sobre todo se defiende, a partir de esta teoría, la

¹³ Vásquez López, Luis, “FORMULARIO PRÁCTICO DE FAMILIA”, 1994, Pág. 152.

¹⁴ BONILLA de AVELAR, Enma Dinorah, y otros, Manual de derecho de familia, Ob. Cit. Pág. 592

circunstancia de que el niño o niña, en sus primeros años necesita más de los cuidados de la madre, y por eso es que se le prefiere.

2.3.2 Teoría del interés superior del niño o niña: Esta teoría parte del hecho que el interés superior de la persona menor de edad, debe ser el parámetro a tomar en cuenta para atribuir dicha función a los progenitores o progenitoras, por lo que antes de su atribución deben de ser tomados en cuenta las necesidades deseos de los niños y niñas e igualmente las capacidades del padre y de la madre para ejercer dicha función de cuidado.

2.3.3 Teoría de la custodia compartida: En esta teoría se destacan aspectos importantes como es el hecho de que tanto el padre como la madre conjuntamente son importantes en el desarrollo de la niñez y que por tanto ambos deben tomar parte en las decisiones que conciernen a sus hijos e hijas en las responsabilidades de cuidado y crianza que ellos requieren.

2.3.4 Teoría de la presunción del dador de cuidados básicos: Esta teoría parte del principio de continuidad, propio de la psicología que explica que la estabilidad de la persona menor de edad se ve mejor garantizada al mantener el vínculo afectivo con aquel progenitor más cercano a su vida, proponiendo que la custodia de los hijos e hijas debe concederse al padre o a la madre que más vínculos afectivos haya creado con sus hijos e hijas.

2.3.5 Teoría de la dualidad paterna o dual responsabilidad: Esta teoría es semejante a la de la custodia compartida, en el sentido que la custodia de los hijos e hijas es concedida a ambos padres pero a diferencia de la compartida, esta es proporcional es decir se otorgarán en mayor medida dicha función a aquella progenitor/a que mayor responsabilidad y dedicación demostró en el cuidado de sus hijos o hijas durante la convivencia y antes de la separación o divorcio. Esto obviamente requerirá de una actividad probatoria para su demostración”¹⁵

¹⁵ ALVARADO BONILLA Daniel, Derecho de Familia Centro Americano, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2010. Pág. 213-215

2.4. Características de la autoridad parental.

“Entre las características de la autoridad parental encontramos las siguientes:

- A. Es intransferible: Se convierte en una relación de carácter personal, la cual no puede transmitirse a otra persona, esta no puede ser objeto de comercio ni puede ser transferida o cederse a otra persona de forma onerosa o gratuita. El Estado es quien determina las personas que deberán ejercerla y en qué orden debe ser asumida, aunque se reconoce que los padres pueden delegar a un tercero, derechos derivados de dicha institución.

- B. Es imprescriptible: la autoridad parental no se extingue por la prescripción, no se puede extinguir por el paso de los años, quien se vea obligado a desempeñarla y siendo así no lo hace, no por ello perderá su obligación ni su derecho para ejercerla. Sin embargo el no ejercicio sin causa o el ejercicio inadecuado puede sancionarse suspendiendo o privando a los padres del ejercicio de la autoridad parental; por otra parte el que sin ser padre o madre, protege y representa de hecho a un niño, no adquiere por el transcurso del tiempo la autoridad parental sobre el mismo, ello corresponde a quienes la ley señala: los padres y nadie más, siguiendo el orden que la propia ley señala siendo estos ambos progenitores o uno de ellos por falta o imposibilidad de otro, y en el caso extremo de que ninguna pueda ya sea por muerte o enfermedad grave de ambos padres el juez confiara temporalmente su cuidado a cualesquiera de sus abuelos y en el caso que no fuera posible recurrirá a una entidad especializada.

- C. Es irrenunciable: no puede ser objeto de abandono, ni delegación, por ser de interés público, siendo los padres quienes se vean obligados en primer lugar, a ejercer la obligación que la autoridad parental conlleva y es impuesta por la ley, teniendo su fundamento en el artículo 5 del código de familia “*Art. 5.- Los derechos establecidos por este Código son irrenunciables, salvo las excepciones legales, y los deberes que impone, indelegables; cualquier declaración en*

*contrario se tendrá por no escrita.*¹⁶ A esta disposición se le puede relacionar directamente el artículo 12 del Código Civil, basando esta relación en el interés superior del niño.

- D. Es de interés Social: El Estado tiene injerencia en la formación del NNA, por esto, debe establecer los lineamientos y obligaciones de los padres para con sus hijos, aquellos límites que puedan existir en el ejercicio de la autoridad parental y los fines y políticas que busca tal autoridad, y que funcionarios intervendrán a fin de que el NNA llegue a convertirse en un individuo de provecho para su entorno que es la sociedad, contribuyendo a fortalecer las bases de un Estado de Derecho.
- E. Temporal: termina por cualquiera de estos tres motivos: Mayoría de edad del hijo, Por la muerte de los padres y por declaratoria judicial, artículo 241 del código de familia.¹⁷

2.4.1 Cuidado personal

El cuidado personal como parte del contenido de la Autoridad Parental, en el aspecto personal, se concreta en ese trato íntimo de protección y cuidado que los padres han de dar a sus hijos, para hacer de ellos personas equilibradas en los aspectos físico, intelectual, emocional y afectivo.

Las pautas más relevantes del cuidado personal son: la crianza, la convivencia, la formación moral y religiosa, la educación y corrección, las relaciones y el trato y la asistencia, las que se explican a continuación:

¹⁶ CODIGO DE FAMILIA, D.L. N°677, D.O. N°231, TOMO 321, Título Preliminar.

¹⁷ BONILLA de AVERLAR, Emma Dinorah y otros, Manual de Derecho De Familia, Editorial Printed in El Salvador. Primera Edición. El Salvador, 1994.

2.4.2 Contenido del cuidado personal

El conjunto de derechos y deberes que implica el cuidado personal, con una multitud de aspectos que ofrece la vida, como el ofrecer a sus hijos un hogar estable, alimentos adecuados, y el proveerles de todo lo necesario para el normal desarrollo de su personalidad; No se agota el deber de los padres en la satisfacción de las necesidades materiales, sino que alcanza al cumplimiento de deberes de índole espiritual, como lo son el cuidado personal, la crianza, el deber de convivencia con sus hijos, la formación moral y religiosa, y asegurar su educación de acuerdo con sus posibilidades, y que todo ello conlleva al cuidado que implica para evitar riesgos y peligros de índole material, psíquica o espiritual. Todo esto no solo implica la existencia de acciones destinadas al efectivo cumplimiento de los deberes de los padres, sino también se ve acompañado de previsiones referidas a la suspensión o pérdida del ejercicio de la autoridad parental.

Es por ello que podemos afirmar que la generalidad del contenido de la autoridad parental abarca el amplio aspecto de conductas que la ley espera de los padres para el cumplimiento de los derechos y deberes que la ley otorga a ambos.

2.4.3 El cuidado personal como manifestación de la autoridad parental

Es en el cuidado personal donde se regula el trato íntimo de cuidado y protección, que los padres han de dar a los hijos para desarrollar en los hijos los aspectos indispensables para su normal desarrollo y formación.

Es una de las manifestaciones de la autoridad parental, la cual comprende la representación legal y administración de los bienes del hijo.

Se encuentra desarrollado en el libro tercero capítulo II del código de familia, y en el aspecto personal se refiere al trato íntimo de cuidado y protección, que los padres han de dar a los hijos para desarrollar en ellos aspectos indispensables, para su formación tanto física, intelectual, emocional y afectiva.

Dentro del núcleo familiar, los miembros tiene delimitados cuales son los derechos y los deberes de cada uno de ellos, así como las relaciones entre padres e hijos; a los padres se les asigna la relación del cuidado y mantenimiento de la familia, algunas de las obligaciones son de carácter puramente patrimonial, podemos mencionar por ejemplo aquellos gastos de la familia según el artículo 38, relacionado con el artículo 119 inciso 2do. Ambas disposiciones del código de familia.

Además de esto, existen derechos cuales su contenido no es de índole meramente patrimonial, para este caso el cuidado personal contiene un aspecto que comprende el tratamiento del NNA como individuo que tiene derecho a la satisfacción de una serie de necesidades meramente materiales, intelectuales y emocionales, que vendrán a ser satisfechas por ambos padres a través del cuidado personal, el cual es definido en los siguientes términos

“El cuidado personal es el contenido de la autoridad parental en el aspecto personal, se concreta en el trato íntimo de protección y cuidado que los padres han de dar a sus hijos, para hacer de ellos personas equilibradas en los aspectos físico, intelectual, emocional y afectivo”¹⁸.

Los aspectos más importantes en cuanto al cuidado personal son:

2.4.3.1 Crianza

Art. 211. “El padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad hasta que cumplan la mayoría de edad. En la función de cuidado debe tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo.

Si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio. El padre y la madre, estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción”.

¹⁸ Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Familia, Tomo II, CORELESAL, San Salvador. Pág. 651.

Este deber de los padres se justifica porque el niño al nacer, trae una serie de tendencias innatas que lo mueven hacia la integración y el crecimiento. Los cuidados tanto maternos como paternos, y el ambiente en el que se desarrollen son necesarios para fortalecer o crear la personalidad que ha de tener el niño, niña o adolescente.

“Lo constitutivo de la crianza es el conjunto de necesidades biológicas que son satisfechas en íntima relación entre el niño y sus progenitores, en esa relación de dependencia en que se encuentra el niño, en los primeros años de su existencia, va afirmando su propia personalidad con el auxilio de los padres”.¹⁹

Al respecto el jurista argentino JULIO LÓPEZ DEL CARRIL, escribe “A partir del nacimiento se produce el deber de crianza, para cuyo desarrollo los padres deben proveer al pequeño hijo de la adecuada vestimenta, manutención, asistencia médica y los requerimientos higiénicos, y siempre deben prodigar afecto”.²⁰

Para el autor es de importancia el cuidado del feto y de su madre como portadora de aquel, ya que se les debe prestar asistencia médica antes, durante y después del parto.

El cuidado y la crianza de los hijos corresponde a ambos padres conjuntamente, pero por cuestiones culturales, en muchos casos se le delega esta responsabilidad a la madre y por tanto es ella quién trabaja y cuida a los hijos, sufragando completamente los gastos que ocasionan, no existiendo para ello retribución para esta doble función de padre y madre.

2.4.3.2 Deber de convivencia

Art. 212. “El hijo bajo autoridad parental deberá vivir en compañía de su padre y madre o

¹⁹ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO DE FAMILIA”, 1996, Pág. 652.

²⁰ López del Carril, Julio, “PATRIA POTESTAD, TUTELA Y CURATELA”, 1993, Pág. 34.

con aquel de ellos que lo tenga bajo su cuidado personal. No puede, sin su permiso dejar el hogar y si lo hiciere podrán los padres hacerlo volver usando el procedimiento establecido en la ley, si fuere necesario.

Lo anterior es aplicable en el caso en que el cuidado personal del hijo haya sido confiado por los padres o el Juez, a otra persona”.

El deber de la convivencia es el medio para cumplir con la función que la autoridad Parental impone, y para ello es necesario que los hijos estén al lado de sus padres, es decir, en su compañía, en el hogar familiar.

La convivencia requiere por parte de los padres el resguardo físico de los hijos, además de convivir con ellos, todos los demás elementos de la autoridad parental son cumplidos a través de la convivencia, como parte indispensable para el ejercicio de las restantes funciones paternas de formación moral y religiosa, corrección y asistencia.

La convivencia trae consigo el compartir en familia, el formar al niño, los padres tiene una dirección general sobre la persona del hijo, quien queda obligado a vivir con ellos, y no deben de abandonarla sin el permiso de los mismos, si así lo hicieren, los padres pueden hacer uso de su autoridad para hacerlos regresar.

Pero se puede dar el caso de los padres que abandonan a sus hijos sin causa justificada, lo que conlleva a la pérdida de la autoridad parental, además de incurrir en el delito de abandono y desamparo de la persona regulado y sancionado en el Art. 199 Cd.Pnal., el cual establece “El que teniendo deber legal de velar por un menor de dieciocho años o a una persona incapaz de proveerse por sí misma, los abandonare poniendo en peligro sus vidas o integridad personal, o los colocale en situaciones de desamparo, será sancionado con prisión de uno a tres años”.

De igual manera se sancionará a aquellas personas que indujeren a un niño o niña a abandonar la casa de sus padres, en este caso se configurara para dicha persona el delito de inducción al abandono, regulado en el Art. 203 Cd.Pnal., el cual establece “El que indujere a un menor de dieciocho años a abandonar la casa de sus padres, tutores o encargados del Cuidado Personal, será sancionado con prisión de seis meses a un año”.

2.4.3.3 Formación moral y religiosa

Art. 213. “El padre y la madre dirigirán la formación de sus hijos dentro de los cánones de moralidad, solidaridad humana y respeto a sus semejantes; fomentarán en ellos la unidad de la familia y su responsabilidad como hijos, futuros padres y ciudadanos.

La formación religiosa de los hijos será decidida por ambos padres”.

La familia es la principal transmisora de los valores, de las pautas de comportamiento, de las tradiciones, hábitos, usos y creencias sociales, a esta se le atribuye un importante papel en la preparación del individuo para su inserción en la vida social. Los padres deben enseñarles a sus hijos las normas morales, para que a través de ellas orienten su conducta, que distingan entre lo bueno y lo malo.

En la formación moral, la ejemplaridad de los padres será factor determinante de la futura conducta del hijo. De la solidez de los principios morales practicados por los padres y transmitidos a los hijos, dependerá la buena formación moral de estos.

Los padres tienen una gran responsabilidad, pues es deber de ellos el moldear el carácter de los hijos, inculcándoles las normas éticas básicas, puesto que la conducta de los padres y

demás adultos que con ellos conviven, representa el modelo a seguir por los niños, niñas y adolescentes.

Los padres deben fomentar en sus hijos la unidad de la familia y la responsabilidad, de esto dependerá en gran medida que los hijos no se salgan del margen de los cánones de conducta, para que en un futuro sean buenos padres y ciudadanos.

“La doctrina actual del Derecho de Familia, así como del Derecho de Menores, considera que el deber de formación religiosa lo tienen los padres respecto de sus hijos, hasta que ellos estén en aptitud de poder tener sus propias convicciones.

Generalmente se fija la edad de catorce años en la que se considera que el hijo tiene por sí libertad de conciencia. El precepto citado establece que la formación moral y religiosa de los hijos será decidida por ambos padres, conforme a los dictados de su conciencia, lo que sugiere que serán ellos los que dirán el momento que les platicarán sobre religión”.²¹

Al niño, niña o adolescente se le debe de guiar y orientar en el ejercicio del derecho de profesar su propia religión, y no debe ser imperativo de los padres el decidir dicha formación religiosa. Los padres deben de orientar en la religión a sus hijos en sus primeros años de vida, indistintamente de sus creencias religiosas, para cultivar en ellos verdaderos sentimientos de amor a sus semejantes inculcándoles buenos principios fundamentados en la fe. Además porque es un derecho que la Constitución le reconoce a toda persona, en su Art. 25 Cn., el cual establece que “se garantizará el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público”.

²¹ Calderón de Buitrago, Anita, “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”. 1995. Pág. 607.

2.4.3.4 Educación

Art. 214. “Es deber del padre y de la madre educar y formar integralmente a sus hijos, facilitarles el acceso al sistema educativo y orientarles en la elección de una profesión u oficio.

Si el hijo adoleciera de deficiencia física o mental, deberán los padres procurarle educación especial y si fuere discapacitado o minusválido, procurarle además su rehabilitación. En todo caso, velarán por su bienestar, aun cuando hubiere alcanzado la mayoría de edad. Si la deficiencia física o mental le impidiere valerse por sí mismo.

Cuando en el hijo menor de edad exista causa de incapacidad y se prevea razonablemente que continuará después de alcanzar su mayoría de edad, antes de que la cumpla, los padres deberán solicitar la declaratoria correspondiente, para los efectos previstos en este Código”.

La educación comprende dos aspectos, primero la que es inculcada en el hogar, la instrucción dada el seno familiar, y la segunda la que es impartida en los centros de estudio autorizados para tal efecto.

El jurista argentino AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO, escribe: “la educación es un deber, que se toma en sentido amplio de deber y derecho de ocuparse de la formación física, capacidad y aptitudes, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al niño o niña y a la sociedad”.²²

Uno de los fines del Estado es la Educación, es por eso que en el Art. 35 Cn., se establece que el Estado garantizará el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la educación, y uno de los objetos de esta es lograr el desarrollo integral de la personalidad en su dimensión

²² Belluscio, Augusto César, “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”, 1993, Pág. 300.

espiritual, moral y social. Además se establece el derecho preferente de los padres de escoger la educación de sus hijos y es deber del Estado el promover la formación de centros de educación especial, Art. 55 Cn.

Art. 56 Cn. establece que “la educación parvulario, básica y especial será gratuita, siempre y cuando sea impartida por el Estado”.

Un aspecto novedoso de la legislación familiar es el deber de los padres de procurar a los hijos que adolezcan de deficiencias físicas o mentales, una educación especial, con la finalidad que se integran a la comunidad como seres útiles y no se conviertan en una carga para la familia, la sociedad y el Estado. Esto mismo vale para los hijos en discapacidades o minusvalías, aunque en estos dos casos la obligación va más allá de la simple educación, pues la finalidad es procurar la rehabilitación de ellos. En todo caso, como deber de los padres se regula el de velar siempre por el bienestar de los hijos aunque estos hayan cumplido la mayoría de edad, pero para cumplir con este deber deben de solicitar la declaratoria judicial de incapacidad del hijo, para que se les prorrogue la autoridad parental, de acuerdo a lo establecido en el Art. 245 Inc. 3° C.F.

2.4.3.5 Corrección y orientación

Art. 215. “Es deber del padre y de la madre corregir adecuadamente y moderadamente a sus hijos y auxiliarse, en caso necesario de profesionales especializados o de los servicios de orientación psicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de niños, niñas y adolescentes o de la familia.

En caso de que la conducta del hijo no pudiese ser corregida por los medios indicados, el padre o la madre podrán solicitar al Juez que provea medidas tutelares, quien para decidir, ordenará los estudios técnicos del grupo familiar que estime convenientes”.

En el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia se entiende por corrección “las medidas que deben ser tomadas por los padres en ejercicio de la autoridad parental o por los órganos del Estado en su caso, en cumplimiento de los deberes de guarda y educación, con la finalidad de reencauzar la conducta del hijo o hija para su adecuada formación, ello significa que el deber de corrección puede ser ejercido directamente por los progenitores o indirectamente por los órganos del Estado, a requerimiento de los mismos padres”.²³

En la nueva normativa, se da un cambio sustancial del derecho de corrección, ya que en el Código Civil de 1860, se establecía en el Art. 244 C.C., como derecho de los padres la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos. En el Código de Familia se regula el derecho de corrección pero con la diferencia que el legislador ya no utiliza la expresión de castigar, sino sólo de corregir adecuadamente y moderadamente al hijo, pues los padres deben de respetar la integridad física y moral del hijo, a efecto de que su personalidad se desarrolle adecuadamente y no sufra de traumas psicológicos que afecten su normal desarrollo bio-psico-social.

La corrección no debe ser con excesiva severidad ni abuso de la misma, porque de ser así, es causa de suspensión de la autoridad parental, en base al artículo 241 literal 1° del Código de Familia, haciendo referencia a las causas de suspensión de la autoridad parental siendo esta el maltratar habitualmente al hijo o permitir que otro lo haga, y que además, incurriría en el delito de abuso del derecho de corrección, regulado y sancionado en el Art. 204 del Código Penal, el cual establece “El que en ejercicio del derecho de corrección de un hijo, abusare de tal derecho, en evidente perjuicio material o moral de dicho menor, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

Igual sanción se aplicará a cualquier persona, que con abuso de los medios de corrección,

²³ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, “DOCUMENTO BASE Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE FAMILIA”, 1996, Pág. 657.

causare perjuicio a un menor que se hallare sometido a su autoridad, educación, cuidado o vigilancia o que se encontrare bajo su dirección con motivos de su profesión u oficio”.

El legislador en el Código de Familia en el Art. 215 previo dos medios para la corrección de los hijos:

1- Acudir a los servicios profesionales especializados como psicólogos, siquiátras, siempre y cuando la capacidad económica de los padres lo permita.

2- Solicitar los servicios de orientación psicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de niños y niñas o de familia.

Esta opción se estableció para que los padres carentes de recursos económicos puedan acudir con sus hijos y así beneficiarse con tales servicios. Finalmente se prevé una corrección a cargo del Estado, cuando la conducta del hijo no pueda ser enmendada por los medios anteriores. En tal caso, “la intervención del Juez se hace necesaria y a través de medidas protectoras y educativas se procurará reencauzar la conducta de los hijos.”²⁴

El maltrato físico es una de las formas de corrección más utilizadas por los padres de familia en El Salvador, sobre todo en las zonas rurales, porque se sostiene la idea de que si no se les aplica este tipo de corrección sus hijos pueden tomar la decisión de incorporarse a las maras o ser delincuentes juveniles. Con relación a la zona urbana quizá sobresale el maltrato verbal y/o psicológico, aunque esto no excluye del maltrato físico; debe aclararse, que en estos casos el maltrato es visto como un derecho legítimo de corrección, no obstante, puede inculcarse principios y normas a los hijos sin llegar al maltrato, de ahí que, corregir no implica castigar, mucho menos maltratar.

²⁴ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE FAMILIA”, 1996, Pág. 657.

“El deber de obediencia significa que el hijo cumpla las ordenes lícitas dadas por los padres en el ejercicio de sus facultades. Poder y obediencia se auto restringen en función del interés superior del niño, niña o adolescente, es decir que el niño debe obediencia para que dicha protección por parte de los padres tenga lugar, este acatamiento está sujeto a que el mandato no exceda en su misión de amparo o de formación”.²⁵

En base a la Conferencia sobre el Derecho de Familia, organizada por el Consejo de Europa en 1977 en Viena, se establecen las siguientes recomendaciones sobre la materia:

1.- La Autoridad Parental debe ser ejercida de modo que se respete la personalidad y el bienestar del hijo.

2.- Para algunas decisiones importantes, los padres deben contar con el parecer del hijo o hija, capaz de discernimiento, en tanto que para otras es conveniente intentar su conformidad.

3.- El derecho-deber de educación debe ejercerse teniendo en cuenta las aptitudes, disposiciones y vocación del hijo, antes de adoptar medidas esenciales en este aspecto, es necesario escuchar al niño o niña y obtener, en lo posible, su acuerdo.

4.- El mayor de 14 años tiene la posibilidad de acudir al Juez, cuando no acepte una medida específica de los padres, en particular si se refiere a su formación y carrera profesional.

En resumen se puede decir que la falta de orientación a los padres para erradicar los patrones culturales, el bajo nivel educativo y la precaria situación económica por la que atraviesa la sociedad en este país son factores que influyen en la inadecuada aplicación del deber de corrección de los hijos, además de la falta de concientización de la población para denunciar los abusos del derecho de corrección que cometen los padres de familia con sus

²⁵ Grossman, Cecilia “MALTRATO AL MENOR”, 1992, Pág. 13.

hijos menores de edad, o en su caso, los maestros, familiares y/o los encargados del cuidado del niño, niña o adolescente.

2.4.3.6 Relaciones y trato

Art. 217. “El padre y la madre, aunque no convivieren con su hijo, deberán mantener con él las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad. Cuando sea necesario, el Juez podrá regular el tiempo, modo y lugar que para ello se requiera.

Quien tuviere el cuidado personal del hijo no podrá impedir tales relaciones y trato, a no ser que a criterio del Juez se estimen contrarias al interés del niño. Si no lo fueren el Juez tomara las medidas que mejor protejan tal interés.

También tiene derecho de comunicación con el hijo los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud Física y mental del niño, niña o adolescente”.

El propósito de este artículo es orientar a los padres para que no adopten aptitudes posesivas respecto del hijo, en caso de rompimiento conyugal o separación, y también corregir la conducta irresponsable del padre o la madre que se olvida del hijo cuando no se logra para sí su cuidado. Aunque los padres no vivan, junto al hijo, deben mantener relaciones afectuosas y el trato personal, ya que con el desmembramiento del grupo familiar y la ausencia de uno de los padres produce en el hijo o hija, problemas emocionales como: inseguridad, frustraciones y otras deficiencias emocionales, que en muchas ocasiones son insalvables e incurables para el niño

Como lo menciona la memoria del VII Congreso Mundial sobre Derechos de Familia,

celebrado en San Salvador en el año de 1992: El efecto emocional de la separación de los progenitores sobre sus hijos depende de su edad y su etapa de desarrollo, es así que entre los nueve y doce años temen el abandono y sienten coraje, desarrollando pseudo-madurez y sienten el dolor de los padres. De trece a dieciocho años, el hijo no entiende, ni acepta el punto de vista de los padres y se retira de estos. Entiende que el padre no es digno de respeto y lo convierten en objeto de su ira. En esta etapa los niños participan más en actividades sociales, estudian fuera del hogar y son propensos a hacer juicios absolutos.

Los hijos producto de una separación presentan problemas emocionales tales como dificultades para concentrarse en los estudios, problemas de sueño, uso de drogas, aislamiento, dependencia y dificultades económicas.

Es razonable pensar que ambos padres, en ocasión de la separación, pretendan obtener la compañía de su hijos para gozar y disfrutar de su cariño y atención y a la vez, reciprocarse en la misma dimensión con cariño, compañía y seguridad para ellos, aunque ambos padres deseen la custodia de los hijos se produce la frustración, se toman más tensas y violentas relaciones entre las partes causando traumas emocionales que afectan a todos, especialmente a los hijos menores edad.

2.4.3.7 Asistencia

El Art. 218, establece la obligación que tienen los padres de asistir moral y económicamente a sus hijos sujetos a autoridad parental, que se hallaren involucrados en procesos de menores o penales y suministrar los gastos que requiera su asistencia legal, pero cuando careciere de recursos podrán gestionar la asistencia legal que proporciona el Estado; pero más que una asistencia legal, lo que el hijo requiere es la asistencia y el apoyo, que pueda recibir de sus padres.

2.4.3.8 Cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes regulado en el código de familia.

Las relaciones paterno-filiales representan uno de los aspectos más relevantes de la vida en familia; considerada por la doctrina como una de las instituciones más relevantes del Derecho de Familia, es por ello que el Código de Familia las regula en el Libro Tercero.

La denominación paterno-filiales pareciera circunscribir su radio de acción a las relaciones entre padres e hijos, sin embargo tiene alcances mayores, pues en tales relaciones participan y se benefician, en general, todos los miembros de la familia: el padre, la madre, los hijos, ascendientes y hermanos; aunque el Código en los preceptos que conforman este Libro, pareciera que le da mayor importancia a la normativa referente a la autoridad parental, la que está regida por el principio del interés superior del niño.

“Pero la autoridad parental no agota el contenido de las relaciones paterno-filiales, ya que pueden existir situaciones en las que siendo los hijos menores de edad y necesitando por ello de cuidados especiales, no estén sujetos a la referida autoridad. Tampoco se puede afirmar que concluida la autoridad parental por causas legales cese toda relación paterno-filial. Por el contrario, esta perdurará mientras existan los sujetos que participen en esta relación. Lo anterior permite señalar los posibles tipos de relaciones paterno-filiales, normados en la Legislación de Familia:

1° Las relaciones entre el padre, la madre y los hijos sujetos a autoridad parental;

2° Las relaciones entre el padre, la madre y los hijos menores de edad no sujetos a autoridad parental.

3° Las relaciones entre padre, madre e hijos mayores de edad; y

4º Las relaciones entre los distintos miembros de la familia (ascendiente, descendiente y colateral).

De todos estos tipos, el de mayor énfasis es el señalado primeramente.”²⁶

2.4.3.9 Otros aspectos del cuidado personal regulados por el código de familia.

Como consecuencia de los deberes antes señalados, el Código ha regulado otras situaciones, que por su importancia, tiene consideración; tal es el caso del desamparo del hijo por razones ajenas a la voluntad de los titulares de la autoridad parental, por lo que el Art. 219 Código de Familia, establece “En caso de muerte, enfermedad grave de los padres o cuando por cualquier otra causa el hijo quedare en desamparo, el Juez con la urgencia del caso confiará temporalmente su cuidado a cualesquiera de sus abuelos y si ello no fuere posible, recurrirá a una entidad especializada.

El Juez en la elección de la persona preferirá a los consanguíneos de grado más próximo y en especial a los ascendientes, tomando en cuenta el interés superior del hijo”.

En este Artículo establece que el Juez en este tipo de casos confiará el cuidado personal del hijo o hija a otras personas, prefiriendo a los consanguíneos de grado más próximo, y como última medida el internamiento del hijo en un centro de protección, como sería el caso del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, por ser la Institución en atención de niños, niñas y adolescentes por excelencia en El Salvador.

En el Art. 220 se hace referencia al suministro de alimentos que terceras persona hubieren hecho a favor del hijo ausente del hogar, lo que se busca con este precepto es que el hijo

²⁶ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, “DOCUMENTO BASE Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO DE FAMILIA”, 1996, Pág. 629.

que se halle en esta condición tenga la asistencia que requiera, sin esperar una autorización previa por parte de sus padres, la que de acuerdo al Código de Familia se presume.

Quienes le hubieren proporcionado los alimentos al hijo, deberán avisarlo a los padres o al que tuviere el cuidado personal del hijo, e incluso al Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares, en su caso, para el reintegro de dichos suministros.

Las dos últimas disposiciones de este Capítulo son de carácter general; el Art. 221 se refiere a los gastos ocasionados por los padres en el cumplimiento de los deberes que contempla el Código de Familia en este Capítulo. Se le atribuye a ese deber económico a ambos padres en proporción a sus recursos y, en defecto de ellos o cuando los bienes de los padres fueren insuficientes, la obligación se traslada a los abuelos.

El Art. 222, se refiere a las sanciones que pueden imponérseles a los padres que dejen de cumplir los deberes inherentes a la autoridad parental o abusaren en su ejercicio del derecho de corrección. Tales sanciones pueden ser de tipo penal o familiar, de las sanciones de tipo penal se hizo referencia en el apartado Número 2.1.5, de este Capítulo; en cuanto a la sanción familiar o moral a los padres, pierden el ejercicio de la autoridad parental.

Estos se encuentran relacionados entre sí buscando un fin en común, el cual es, el pleno desarrollo del NNA.

2.5 La responsabilidad de los padres y la custodia de los hijos en el derecho comparado.

2.5.1 La responsabilidad parental en las Constituciones Centroamericanas y Tratados Internacionales.

“En Costa Rica, la Constitución en sus arts. 51 al 55 regula los aspectos referidos a la familia. Establece un régimen general de protección para las personas menores de edad,

cuya primacía la detenta el Estado, y, subsidiariamente el padre y la madre. Esto se puede plantear de esa manera, tomando en consideración que la responsabilidad parental, en una perspectiva de derechos humanos, busca ante todo satisfacer las exigencias que demanda el desarrollo de las personas menores de edad, independientemente de quien sea la persona, o personas, que asuman esa función parental.

Podemos decir que la Constitución Costarricense, en una lectura con visión de derechos humanos, está estructurada en la idea de considerar la responsabilidad parental no ya como un exclusivo ámbito del padre y de la madre sino de una visión mucho más amplia que considera que dicha función de cuidado y atención de las personas menores de edad puede ejercerse por otras personas o instituciones, pues la finalidad siempre será la misma: el interés superior de la niñez.

En el salvador la lectura es diferente. Si bien en los Arts. 32 al 36 de la Constitución se regula todo lo referente a la familia, a diferencia de Costa Rica, se refiere a la ley secundaria, de manera específica, como la que regulara lo que específico para las personas menores de edad, como hijos. Diremos que en la Constitución salvadoreña la persona menor de edad se visualiza en una doble perspectiva: 1. Como persona, sujeto de derecho y obligaciones, y 2. Como hijo o hija, parte de una familia, así desde el artículo 2 de la constitución se habla de los derechos de las personas en general, y persona menor de edad esta en esa consideración y posteriormente ya en lo atinente a la familia, a partir del art.32 de la constitución, dispone que la responsabilidad en la crianza y cuidado de los hijos e hijas les corresponde al padre y a la madre.

Sin embargo, creo que la conclusión es la misma: la responsabilidad en el cuidado de las personas menores de edad corresponde al Estado, en primer lugar, al padre y a la madre, como familia, en segundo lugar. Eso lo concluimos tomando en cuenta que la función de cuidado de los hijos es hijas no es absoluta, se puede perder o suspender, en caso de no cumplirse, y es ahí donde el estado asume la responsabilidad de otorgar dicha función a otras personas o instituciones. Esa idea se refuerza con la lectura de los artículos 34 y 35 de la Constitución que establece un sistema de protección integral para la persona menor de edad, en general, con independencia de quien sea la persona encargada del cuidado de la misma.

El estado otorga al padre y a la madre dicha función, ósea es el que la detenta, para luego delegarla en personas concretas pero ello no debe significar que es un atributo exclusivo del padre y de la madre, más bien es al contrario: el estado interviene cuando dicha función que el a delegado no se cumple. A partir de esa idea, la significación de la responsabilidad parental nos parece que es la misma en ambos países, o al menos se puede fundamentar de esa manera.

En Guatemala la Constitución al igual que en El Salvador, regula la situación de los menores de edad en dos planos: como persona, y como hijo o hija perteneciente a una familia. Del art. 1 al 46 regula los derechos fundamentales generales de que son susceptibles las personas, y del art. 47 al 56 lo referente a la familia. Con especial énfasis los arts. 51, 54 y 55 disponen de un sistema de protección integral para la persona menor de edad, penalizando incluso desde la constitución, la negativa a aportar alimentos.

Finalmente Honduras, en su Constitución, también se adscribe a la misma lógica, regulando a partir del Art. 59 al 110 lo referente a los derechos fundamentales que toda persona goza, incluidas, entendemos las personas menores de edad, y a partir del Art. 111 al 126 lo que se refiere a la familia. Es importante señalar que, Honduras dispone, desde la Constitución, de un sistema de protección integral de las personas menores de edad mucho más detallado, pues del Art. 121 al 126 se regula la amplitud que conlleva ese régimen de protección.

Podemos concluir, con algunas diferencias, que en general, las constituciones centroamericanas adoptan una doble visión respecto de las personas menores de edad: se les visualiza, en primer término, como personas, y en segundo término, como hijos e hijas miembros de familia. En el caso de El Salvador, Honduras y Guatemala, la estructuración de las normas constitucionales lo revelan con claridad. En el caso de Costa Rica, si bien es diferente, pues el contenido de sus normas respecto a la segunda visión de la persona menor de edad es más limitado, la idea que se fortalece es que el menor de edad debe gozar de protección estatal reforzada, y con ello que la responsabilidad parental tiene una significación que sobrepasa su visión tradicional.

La convención sobre los derechos de la niñez estructura en sus 54 artículos todo un sistema de protección integral para los niños, las niñas y adolescentes. La lógica de la convención,

planteada en el Art. 3, es que en la tarea de cuidado y protección intervienen varios actores: tribunales, órganos administrativos, órganos legislativos, padres, tutores u otras personas que sean sus responsables. Es decir, no solo son los padres y madres los responsables de una persona menor de edad, pueden, y de hecho intervienen otras personas e instituciones.

De igual manera, encontramos que, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos claramente, en los Arts. 23 y 24, se deslinda lo que constituyen los derechos y deberes del hombre y de la mujer como pareja, de lo que concierne a sus hijos e hijas, a los cuales bajo el genérico masculino “niño”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus Arts. 17.4 y 5, como el 19 de la misma manera deslinda lo referente a los derechos de hombres y mujeres en relación de pareja, respecto de los derechos de sus hijos e hijas, considerados como niños y niñas, los cuales deben respetar además la familia, la sociedad y el Estado”²⁷.

2.5.2 La custodia de los hijos: regulación normativa en Centroamérica.

“Uno de los aspectos que más discusión, y cantidad de trabajo, ocupa en los estrados judiciales es la custodia de las personas menores de edad. La custodia de los hijos e hijas es uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad parental. En Centroamérica sólo Costa Rica, El Salvador y Honduras cuentan con un Código de Familia independiente, en el que se regulan los aspectos atinentes a la responsabilidad parental. Nicaragua y Guatemala lo siguen haciendo desde el Código Civil con todas las desventajas que ello conlleva (una visión de la familia ya superada en el caso de Nicaragua).

En El Salvador el título 2 del libro tercero del Código de familia recoge lo relativo a la autoridad parental específicamente en los artículos 111, 112, 116 y 117 se regula lo atinente al régimen de la guarda y custodia. Los criterios para el desempeño de esta función son la crianza con esmero la estabilidad en el hogar los alimentos adecuados y en general las provisiones necesarias para el normal desarrollo de la personalidad de los hijos e hijas se

²⁷ ALVARADO BONILLA Daniel, Derecho de Familia Centro Americano, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2010. Pág. 197-202.

agrega un elemento fundamental que robustece la tesis de que la responsabilidad parental no es un ámbito exclusivo del padre y de la madre como es el hecho que en la función de crianza la ley prevé el tomar en cuenta las capacidades aptitudes e inclinaciones del hijo en cuanto a criterios a tomar en cuenta en caso de conflicto entre el padre y la madre para el desarrollo de esta función de guarda ocurrido el código plantea dos opciones 1. El acuerdo entre el padre y la madre y 2. La decisión judicial tanto el acuerdo voluntario como la decisión judicial pueden tener como destinatario una tercera persona la razón es que siempre debe buscarse el interés superior del hijo y de la hija y si una tercera persona puede cumplir la función se le prefiere a ella.

En el caso de Honduras se regula la responsabilidad parental a partir del artículo 185 del Código de familia el artículo 186 es el que establece que la guarda y el cuidado de los hijos e hijas es un elemento de responsabilidad parental. A diferencia de El Salvador y al igual que Costa Rica no se dan reglas para que se desarrolle de la función de guarda y cuidado o los aspectos que ello conlleva sino que solamente se dan pautas para los casos de conflicto entre el padre y madre al igual que en El Salvador las posibilidades que establecen los artículos 193 y 194 son 1. Acuerdo amistoso entre el padre y la madre y 2. Decisión judicial no se contempla en este país al menos normativamente la posibilidad de otorgar la guarda y cuidado a una tercera persona. Sobre el régimen de relación y trato de los hijos e hijas con el padre o madre no custodia los artículos 195 y 196 hablan de la comunicación escrita y verbal regulada, y no se refiere a la responsabilidad de que el padre o madre no custodia puedan compartir físicamente con sus hijos e hijas es un escenario diferente, aunque se puede deducir que la comunicación verbal lo implica.

Nicaragua regula lo referente a la responsabilidad parental en el código civil como es de esperar se habla aun de "patria potestad" en el sentido tradicional y con el contenido que se caracterizó a este instituto en la antigüedad en efecto a partir del artículo 244 se habla de la responsabilidad parental y es el padre el principal obligado a ejercerla y sólo subsidiariamente lo hará la madre; aún, existiendo conflicto entre los intereses del padre y los de sus hijos e hijas no se preferirá a la madre sino que se nombrará a un curador especial.

En el caso de Guatemala, es similar al de Nicaragua en cuanto a que la regulación de los asuntos de familia se hace desde el código civil pero con diferencias sustanciales a partir del artículo 252 se regula lo relativo a la responsabilidad parental disponiéndose como regla general el ejercicio conjunto de la misma entre el padre y la madre. Considera dentro de los elementos de la responsabilidad parental la guarda o cuidado no diseñando las reglas precisas como si se hace en El Salvador, según veíamos antes sobre lo que conlleva esa función de guarda o cuidado. Aunque a decir verdad, como sucede en Costa Rica y Nicaragua, no es que haya un capítulo específico o artículos sobre cada elemento de la responsabilidad parental sino más bien se habla genéricamente de responsabilidad parental sin entrar en detalles en el caso de Guatemala es similar al de Nicaragua en cuanto a que La regulación de los asuntos de familia se hace desde el código civil pero con diferencias sustanciales a partir del artículo 252 se regule lo relativo a la responsabilidad parental disponiéndose como regla general el ejercicio conjunto de la misma entre el padre y la madre considera dentro de los elementos de la responsabilidad parental la guarda o cuidado no diseñado las reglas precisas como si se hace en El Salvador según veíamos antes sobre lo que conlleva esa función de Word o cuidado Aunque a decir verdad Como sucede en Costa Rica y Nicaragua no es que haya un capítulo específico o artículos sobre cada elemento de la responsabilidad parental, sino más bien se habla genéricamente de responsabilidad parental sin entrar en detalles en cada uno de los aspectos que esto conlleva.

Es importante destacar las diferencias de regulación sobre la responsabilidad parental, con especial énfasis en la guarda y cuidado de los hijos e hijas. Comenzando por Nicaragua y Guatemala dada la identidad en cuanto a la fuente de regulación que es el código civil, como a pesar de contar con una misma fuente normativa sus regulaciones son totalmente distintas.

Nicaragua aún está regulando este tema en base teorías ya superadas en las que se solía atribuirse al hombre el título de jefe de familia con las ulteriores consecuencias que ello implicaba como es el hecho de la exclusión o discriminación de la mujer, en el carácter de madre y de hija. Esto es así, pues como decíamos antes, en los casos de conflicto, en

Nicaragua la mujer ejerce la responsabilidad parental sobre las hijas y el hombre sobre los hijos hay una doble discriminación como madre y como hija. En cambio, en Guatemala la responsabilidad parental es de ejercicio conjunto por regla general y de ejercicio individual en caso que el padre o la madre se hayan separado o divorciado.

Tanto Honduras como Nicaragua, expresamente prevén una prerrogativa a favor de la madre para ostentar la guarda o cuidado de los hijos sobre todo cuando están en edades tempranas desde la teoría de género ellos se interpreta como un factor de subordinación y discriminación de la mujer, pues se le refuerza la idea de que el cuidado de los hijos como parte de las tareas de un hogar es de su competencia exclusiva, relevando al hombre de dicho papel, tanto dándole la voz decisoria en aspectos de representación.

Todos los países Centroamericanos a excepción de El Salvador regulan de forma genérica lo referido a la responsabilidad parental, incluido la custodia y guardia de los hijos e hijas, sin ahondar en los aspectos específicos que deben orientar esta última función, la cual, a excepción de El Salvador es exclusiva del padre y de la madre. Solo en el Salvador, en el caso de la custodia se habla de la posibilidad de una tercera persona que es una regulación que comulga mejor con la idea moderna de responsabilidad parental.

Concluimos que en Costa Rica la guarda o cuidado de los hijos e hijas es un elemento de responsabilidad parental que no tiene un desarrollo normativo acerca de las reglas que se seguirán para su ejercicio, concesión y desarrollo. Tampoco parece nada referente al mal llamado "régimen de visitas" como elemento que se desprende del ejercicio de la guarda cuidado, con lo que entendemos que su construcción se hace en el nivel jurisprudencial”²⁸

²⁸ ALVARADO BONILLA Daniel, Derecho de Familia Centro Americano, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2010. Pág. 202-205.

2.6 Marco conceptual.

Para la orientación de esta investigación se tomara en cuenta una de las teorías que sustentan la concesión de la custodia, mencionadas anteriormente, dicha base de esta investigación será la **Teoría del interés superior del niño**, esta teoría parte del hecho que el interés superior del niño, debe ser el parámetro a tomar en cuenta para atribuir dicha función a los progenitores, por lo que antes de atribuir dicha función deben ser tomados en cuenta las necesidades y deseos de los niños y niñas e igualmente las capacidades del padre y de la madre para ejercer dicha función de cuidado

Para significar que el contenido de la autoridad parental se concreta en ese trato íntimo de protección y cuidado que los padres han de dar a sus hijos; para hacer de ellos personas equilibradas en los aspectos físicos, intelectual, emocional y afectivo.

CRIANZA: Se entiende la acción o efecto de engendrar, cuidar y alimentar. Es una obligación natural que los padres tienen con respecto a los hijos como resultado de las relaciones paterno filiales y que la ley ha reglamentado para asegurar su cumplimiento.

Del concepto expuesto la obligación de crianza comprende 3 aspectos:

- 1- Engendrar: desde el momento de la concepción del ser humano, los padres tienen una responsabilidad con el producto de esa concepción, la madre debe cuidar por todos los medios el embarazo.

La ley protege la vida del que está por nacer, el juez en consecuencia, tomara a petición de cualquier persona o de oficio todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligró su vida.

- 2- Cuidado: en la época de la minoría de edad los padres están obligados a proteger contra los peligros de todo tipo que puedan ocasionar un perjuicio en el desarrollo

normal del hijo, es evitar que el niño, niña o adolescente sufra innecesariamente cuando por su corta edad no es capaz de evitar el peligro, el aspecto de la crianza de los hijos constituye propiamente la obligación de guarda y debe entenderse en ella el proporcionar al niño, niña o adolescente un lugar adecuado y seguro para su crecimiento.

- 3- Alimentos: el aspecto de la crianza es esencial al desarrollo del ser humano y no es más que la obligación que los padres tienen de proporcionar al hijo alimento que su organismo necesite para su normal desarrollo.

2.6.1 Elementos de la crianza:

- 1- Deberes de los padres: Inician desde la concepción hasta la mayoría de edad, procurándoles vivienda, alimento, educación, salud, afecto y cariño.
- 2- Facultad: Es que los padres de común acuerdo deciden sobre la forma de criar y educar a sus hijos.
- 3- Protección: Es el acto por el cual los padres “aseguran a sus hijos un bienestar de acuerdo a sus posibilidades, el cual implica evitar riesgos y peligros de índole material, psíquica o espiritual; que son determinados para el efectivo cumplimiento de los deberes paternos, de ser incumplidos dichos deberes tienen como consecuencia la privación de la autoridad parental o la pérdida de su ejercicio.

2.6.2 Criterios aplicados para el otorgamiento del cuidado personal.

Existen casos en la realidad salvadoreña en que el vínculo de familia entre los padres se rompe ya habiendo hijos en común, es por ello que el Código de familia regula esa situación sosteniendo que en los casos en que los padres no hicieron vida en común, se separaren o divorciaren, el cuidado personal de los hijos lo tendrá cualquiera de ellos según lo acordaren, pero de no mediar acuerdo entre los padres o ser este acuerdo atentatorio al interés superior del hijo, es el Juez de Familia quien conferirá al padre o a la madre que garantice su bienestar, tomando en cuenta su edad y las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económicas hacia sus hijos al darse una ruptura de la vida en común de los padres, ya sea por separación o divorcio entre ellos.

2.6.2.1 Elementos y criterios a valorar al conferir el cuidado personal de los hijos.

Antes de establecer cuales son aquellos criterios valorados por los juzgadores de familia al momento de conferir el cuidado personal de los hijos primero definiremos a que nos referimos con criterios judiciales y criterios jurisprudenciales y lo plantearemos de la siguiente manera:

- **CRITERIO:**

El termino **criterio** tiene su origen en un vocablo griego que significa **juzgar**. El criterio es el **juicio** o **discernimiento** de una persona, en este caso el Juzgador. El criterio por lo tanto, es una especie de condición subjetiva que permite concretar una elección, ya que se trata en definitiva aquello que sustenta un juicio de valor realizado por el Juzgador.

- **CRITERIOS JUDICIALES:**

La palabra criterio implica juzgar, alude en principio a la función judicial; los jueces realizan dicha función de acuerdo a valoraciones objetivas y subjetivas en determinada situación y son aquellas pautas normativas lógicas que le permiten al juzgador tomar decisiones coherentes o emitir opiniones razonadas.

- **CRITERIOS JURISPRUDENCIALES:**

Los criterios jurisprudenciales son las decisiones del más alto tribunal de un país o un tribunal de segunda instancia que al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica aplicada a diferentes situaciones con el mismo sentido y aspecto de lo resuelto. Y a la vez también se convierte en criterio cuando varios jueces por separado concluyen en un mismo asunto y es por ello que se toman los criterios jurisprudenciales como el conjunto de fallos firmes y uniformes de los tribunales o juzgadores sobre determinadas situaciones que tienen relación entre sí, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, sin embargo no están en obligación, los juzgadores de familia de someterse a valorar y decidir de igual forma en un caso similar por la circunstancia que exista un precedente jurisprudencial.

Ya habiendo hecho esta separación, se pasa a plasmar cuales son aquellos elementos y criterios a valorar al conferir el cuidado personal de los hijos:

- a) **Ingreso de los padres:** Los jueces y un miembro del Equipo Multidisciplinario al respecto son los que manifiestan que los ingresos que obtienen los padres se comprueban a través de constancias de salarios, planillas del Seguro Social, Declaraciones de Renta, IVA, Informes Laborales a través de la trabajadora social se realiza un estudio socioeconómico. Por otra parte la Procuraduría afirma que los ingresos que obtienen los padres se comprueba dependiendo del tipo de trabajo que tenga el demandado así se establecen los ingresos cuando tienen un empleo fijo y devenga un salario estable , se libra un oficio al lugar de trabajo y se solicita la constancia de sueldo, en el caso que tenga su propio negocio desde un radio técnico hasta un profesional o sea cuando no tiene un empleo fijo se realiza un estudio socioeconómico y la trabajadora social establece los ingresos de este.

- b) **Bienes de los padres:** Los jueces de familia, sobre la importancia, que tiene los bienes de los padres, al respecto manifiestan que para los cónyuges les sirve para pedir una pensión compensatoria y el factor económico es determinante en los casos en que se otorga el cuidado personal a los padres, ya que se le brinda de esta manera y garantiza en cierta medida, el desarrollo físico, educativo y profesional de los hijos siempre y cuando el padre o la madre que tengan mejores posibilidades económicas,

posea una conducta moral y notoria excelente. En ocasiones el padre y la madre con mayores ingresos económicos, no es apto para que se le conceda el cuidado personal del hijo solicitado, pero si se le asigna una cantidad proporcional a sus ingresos económicos a fin de que se cumpla con el derecho de alimentos de sus hijos.

Por su parte la Procuraduría General de la República en el área de familia cubre varios aspectos, uno de ellos es la capacidad y conducta económico, social y moral de ambos padres. Se considera que lo económico es un factor bien determinante para garantizar en cierta medida, un mejor desarrollo tanto físico, educativo y profesional de los hijos, también es de gran importancia que el padre o la madre a quien se le va otorgar el cuidado personal posean una conducta moral y notoria, excelente, ya que si bien es cierto que no tienen mayores ingresos económicos pero siempre de alguna manera se le asigna una cantidad que vaya de acuerdo a sus ingresos económicos, con la finalidad de que se cumplan unos de los derechos más importantes que emana de las relaciones de familia como lo es el de alimentos.

A la vez algunos Jueces de Familia consideran que el desempleo no es un factor determinante para privar al padre o a la madre del cuidado personal de un hijo, porque al encontrarse este desempleado tiene más tiempo para dedicarle, quedando obligado el que tenga ingresos, o el que cuente con una situación económica favorable para correr con los gastos del cuidado personal.

- c) **Afectividad de los hijos:** el aspecto afectivo de los hijos en este estudio es muy importante en la relación padre e hijos y viceversa el ser humano necesita sentirse protegido, amado para el desarrollo normal de su personalidad, es entonces que se toma en cuenta este criterio de la afectividad de los hijos hacia su padre o madre, sobre quien tiene inclinación el hijo, sobre quien se apoya más el hijo; ese criterio es muy tomado en cuenta por los Jueces de Familia al entrar en presencia con el hijo y sus padres.

La afectividad es la necesidad que tenemos los seres humanos de establecer vínculos con otras personas. Un clima afectivo adecuado constituye un factor de

protección ante posibles conductas de riesgo. Asimismo, una adecuada expresión de los afectos a lo largo del desarrollo evolutivo de los hijos, incide en otros factores de carácter individual, favorece el desarrollo saludable del auto concepto, la autoestima, la aceptación personal, la seguridad en sí mismo, etc. Por lo tanto, la expresión de afecto en la familia es fundamental. Al principio, cuando los hijos son pequeños y se relacionan a través de las sensaciones que perciben, las herramientas a utilizar son el contacto físico, la voz, la cercanía, etc. Más adelante, cuando aprenden a hablar, los mensajes de valoración y cariño han de estar presentes. De esta forma se les transmitirá la seguridad afectiva que permitirá un desarrollo madurativo correcto.

Por su parte el equipo multidisciplinario considera que el aspecto afectivo de los hijos es uno de los aspectos fundamentales del grado de integración con las personas responsables o que estén por asumir una responsabilidad se toma muy en cuenta, las relaciones afectivas cuando se trata de los niños, generalmente depende como se haya observado y conocido la dinámica familiar porque muchas veces no es afecto lo que parece si no coacción o confusión, la forma de verificación si existe afecto entre el padre y el hijo es una manera muy natural porque así se determinara si es afecto o coacción la que hay entre el adulto y el niño y de ese resultado dar a la persona que ellos creen conveniente es capaz del cuidado personal.

d) La idoneidad: para los jueces de familia la persona más idónea para el cuidado personal es aquella que de acuerdo a una investigación psicosocial reúna las mejores condiciones de vida para los niños. El Juez de Familia otorgara el cuidado personal al padre o madre que reúna las condiciones de idoneidad al entrar en contacto con los padres al analizarlos y aplicar la sana critica. Este estudio es realizado por el equipo multidisciplinario de un marco de referencia para visualizar la afinidad de los hijos a los padres y viceversa en inclusive con otros miembros de la familia y en todos los casos se escuchan a los niños para no obligarlos a estar con el padre no deseado.

e) **El progenitor que mejor garantice su bienestar y circunstancias de diversas índoles:**

Índole moral: La moral forma parte de la vida concreta al interior de la familia ya que trata de la práctica real de las personas que se expresan por costumbres, hábitos y valores aceptados por la sociedad, que al ser estos correctos en el actuar de los padres hacia sus hijos los convierte en padres aptos para otorgarle el cuidado personal.

Índole afectiva: el Juez de familia al otorgar el cuidado a uno de los padres le interesa las relaciones afectivas de los hijos hacia sus padres y viceversa y que estas relaciones afectivas no afecten el desarrollo psíquico y moral del niño, niña o adolescente.

Índole familiar: este criterio se toma en cuenta para determinar el entorno familiar en que se rodea el hijo, es decir si el hijo y los familiares de sus padres presentan buena relación entre ellos.

Índole ambiental: siempre se tomara la decisión que garantice el interés superior del niño a través de su bienestar, seguridad y protección, y de todas aquellas circunstancias que lo rodean en su entorno del diario vivir.

Índole económica: es un criterio relevante a tomar él cuenta para otorgar el cuidado personal ya que al juez le interesa velar por el principio superior del niño, pero no siempre el padre o madre que tenga mejores condiciones económicas es el más indicado para cuidar al hijo, ya que estos en algún momento pueden descuidar las demás índoles por solo cumplir la índole económica.

f) **El padre o madre que este en mejores condiciones de proporcionar un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad:** estos criterios deben de ser analizados en unidad, pero tampoco será argumento suficiente de que el padre ofrece mejor nivel de vida hacia su hijo que su madre, ya que para otorgar el cuidado personal estas circunstancias deben ser valoradas de forma integral con otros aspectos, puede

resultar en el estudio técnico de que uno de los padres ofrece mejor nivel y condición de vida, pero este no es elemento concluyente ya que, la madre o padre aunque residan en vivienda humilde, esta cuenta con las condiciones mínimas que satisfacen el derecho de habitación y vivienda de los hijos, los alimentos adecuados para su correcto desarrollo alimenticio y el desarrollo de su personalidad en el aspecto moral, físico, y psicológico.

- g) El padre o madre que no impida las relaciones de trato con el progenitor que no ejerza su cuidado:** este criterio es importante a valorar por los jueces ya que al padre o a la madre que se le otorgue el cuidado personal este no debe impedir la relación paterno filial de su hijo respecto de su padre, ya que se puede dar el caso en que de una u otra forma el padre o madre que tenga su cuidado obstaculice que el hijo se relacione con su otro progenitor, haciendo evidente la alineación del hijo solo respecto a uno de los padres; conociéndose eso como **Síndrome de Alienación Parental**, lo que significa que ha existido una influencia negativa por parte de uno de los progenitores con el objeto principal de que el hijo destruya el vínculo filial con su otro progenitor llegando al grado de odiarlo o despreciarlo utilizando diversas tácticas y acciones para denigrar al otro progenitor impidiendo su relación (art. 217.)
- h) La opinión del niño:** este criterio es muy tomado en cuenta por los Jueces de Familia ya que los niños tienen, como los adultos, el derecho de tener una opinión, expresarla y reunirse para compartir su punto de vista respecto de una situación en la que él se encuentre involucrado, la opinión del niño significa para el Juez que él es libre de tener una opinión o un juicio, de acuerdo a sus emociones, capacidades reflexivas y conocimientos. Los niños tienen el derecho a tener una opinión diferente a la de sus padres. Tomando en cuenta su edad, así como su grado de madurez y discernimiento, los niños tienen derecho a que su opinión sea tomada en cuenta teniendo como base el artículo 351 numeral 9 del Código de Familia respecto a los derechos fundamentales del niño.

i) Criterio relativo a la importancia que reviste la edad de los niños y niñas para decidir el cuidado personal de los mismos a favor de uno de los progenitores:

Este criterio hace referencia a que los niños de corta edad, es preferible no separarlos de la madre, siendo un ejemplo claro cuando estos se encuentran en el periodo de lactancia, en este caso generalmente se vuelve necesario que permanezcan al lado de la madre, ya que esta circunstancia constituye un derecho fundamental del niño.

Debe considerarse que los informes de los equipos multidisciplinarios no es vinculante para el Juez, porque no está obligado a resolver o fallar respecto a lo que diga el informe, el Juez de Familia lo toma en consideración, y lo valora en conjunto con todos los elementos probatorios presentados por los padres, por lo que es en base a la sana crítica es que el Juez dicta su resolución.

2.6.2.2 Criterios jurisprudenciales a valorar al conferir el cuidado personal de un hijo.

Criterio de la No Separación de los Hermanos o Principio de Unidad Filial:

“Este criterio hace referencia a mantener la unidad de los hermanos cuando estos no son hijos únicos, si bien los hermanos han permanecido desde su nacimiento juntos y al darse la ruptura del vínculo matrimonial estos desean permanecer juntos, existe un lazo de hermandad bastante fuerte entre ellos, lo que sin duda es un elemento y criterio que influye en la decisión del Juzgador, ya que debe considerarse este criterio o principio de unidad filial: que procura que los hermanos permanezcan juntos, a excepción de que existan circunstancias de índole moral que puedan determinar su concesión a otro progenitor, aun contra el deseo de los hijos, pues no siempre lo que el hijo desea es lo más conveniente para su desarrollo integral.”²⁹

Mantenimiento del Status Quo (Arraigo):

²⁹ Cam. Familia. S.S. veinte de diciembre de 2005, Ref. 110-A-2004

Este criterio implica el lugar donde el niño o niña ha desarrollado su vida y ha establecido lazos interpersonales, la Cámara de Familia comparte dicho criterio referente al status quo, ya que cuando los hijos han estado exclusivamente al cuidado de uno de los progenitores durante algún tiempo, se encuentran acomodados a las costumbres y a la rutina del hogar donde viven y generalmente han establecido estrechos lazos con las personas que los cuidan directamente, por lo que resulta perjudicial sustraerlos del ámbito en el que han permanecido, no obstante lo anterior, si en el proceso se prueba que las condiciones socio-familiares o afectivas en las que se encuentran los hijos no son propicias o incluso son perjudiciales para el normal desarrollo de estos, debe conferirse el cuidado personal al otro progenitor o a un tercero, considerando siempre el interés superior del niño.

El elemento que resulta determinante es el arraigo o apego del hijo con respecto a uno de los progenitores, ya que puede haber sido este quien asumió su cuidado desde corta edad, y esto implicó un fuerte vínculo en su relación padre e hijo, y separar al hijo del cuidado de su progenitor que lo ha cuidado desde siempre cuando este ya se encuentra adaptado a la dinámica familiar de dicho progenitor, es atentatorio al desarrollo psíquico del niño y por tanto a su interés superior, y de conferirse al otro progenitor en quien no consta que el hijo se encuentra adaptado, por lo que no puede soslayar la circunstancia que el niño está plenamente integrado al hogar del primer progenitor.

2.6.3 Consecuencias jurídicas del otorgamiento del cuidado personal.

2.6.3.1 Cuidado Alimenticio de Ambos Padres

El otorgamiento del cuidado personal de un NNA, conlleva entre otros deberes, el establecimiento de la cuantía de alimentos con que los padres contribuirán para la mantención del hijo, y que para los efectos de la asignación del monto de la cuantía de la cuota alimenticia se tomara en cuenta:

- La capacidad económica de los padres
- Su condición personal
- Las respectivas obligaciones familiares y las necesidades del hijo

Para efectos de comprobar la capacidad económica de los padres se usa básicamente la prueba instrumental, la cual puede consistir en: constancias de salarios de los padres, recibos de colegio de los hijos, recetas médicas, y toda clase de documentos que respalden los gastos que normalmente se realizan para proporcionar un nivel de vida digno del niño.

2.6.3.2 Relaciones y Trato

Este es un deber y derecho del padre o madre que no ejerce el cuidado personal del hijo, y que tiene la finalidad de contribuir al normal desarrollo de la personalidad del NNA. En los procesos de cuidado personal, debido a la falta de acuerdo entre los padres es el Juez quien regula el tiempo, modo y lugar que se requiera para que se den estas relaciones y trato. Para establecer dichas condiciones se toma en cuenta: las conclusiones y recomendaciones que hacen los equipos multidisciplinarios en sus informes técnicos.

Dichas relaciones y trato se podrán impedir únicamente, cuando a criterio del Juez de Familia se estimen contrarios al interés del niño; en ningún otro caso se podrá impedir. Siempre que no resulte perjudicial a la salud física y mental del hijo, tendrán derecho de comunicación los abuelos, parientes y cualquier persona que muestre interés legítimo siempre que no sea perjudicial para el NNA.

2.6.3.3 Representación Legal del Hijo

Al finalizar el proceso de cuidado personal de los hijos, EL Juez mediante la sentencia resuelve a cuál de los padres otorgara el cuidado personal del hijo o hijos. La representación legal del niño será ejercida por el padre que obtenga sentencia a su favor, velando por la conservación o defensa de los bienes que los hijos hubieren concebido.

2.6.3.4 Administración de los Bienes del Hijo

Esta figura tiene íntima relación con la representación del hijo, ya que al padre o madre al cual se le otorga el cuidado personal, tendrá la administración de los bienes obtenidos a cualquier título por parte del niño o niña, en ese sentido los padres y nadie más son los que están facultados para administrar y cuidar los bienes de los hijos que estén bajo su autoridad parental.

2.6.3.5 Medidas de Protección

En los procesos de cuidado personal podrán decretarse medidas de protección para evitar hechos o actos que puedan producir un daño en el normal desarrollo de la personalidad del NNA, siendo algunos de ellos: la obligación de la abstención de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio o amenazante que genere perjuicio físico o psíquico a cualquier miembro de la familia, la exclusión del hogar al infractor, la prohibición de la disposición de los bienes de todo el grupo familiar entre otros, y que tales medidas de protección pueden decretarse al admitir la demanda, previa entrevista con el psicólogo del tribunal, quien determinara la necesidad de someter a los padres a programas de asistencia, orientación y apoyo socio familiar.

2.7 Marco conceptual

Es el intento de caracterizar todos aquellos elementos que intervienen en el proceso de investigación, a través de la revisión de publicaciones de varios autores y teorías en las cuales se busca poder encontrar aquellas definiciones, conceptos y líneas para enmarcar la investigación e interpretar los resultados y las conclusiones que se alcanzan.

Padre: hace referencia a la cualidad de padre o progenitor masculino de un hijo, el ser vivo de sexo masculino que ha tenido descendencia directa.

Madre: en el contexto biológico, es aquel ser vivo de sexo femenino que ha tenido descendencia directa de la cual ha procreado hijos.

Hijo: es un ser humano el cual ha nacido por procreación de sus padres.

Familia: es un grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.

Filiación: es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres.

Relación paterna filial: consiste en la relación existente entre dos o más personas derivada de su respectiva situación en la familia y es una relación de derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos.

Cuidado personal: es el deber de los padres de criar a sus hijos proporcionándoles un hogar estable, alimentos, y proveer de todo lo necesario para el desarrollo de la personalidad de sus hijos.

Autoridad parental: es el conjunto de facultades y deberes que la ley otorga e impone a los padres sobre sus hijos, para que los protejan, eduquen, asistan, y preparen para la vida.

Bienes de los hijos: son todos aquellos objetos, bienes, que han sido adquiridos por los hijos ya sea a título de donación, herencia o legado.

Progenitor: es el individuo cuya reproducción provoca la transmisión de una herencia genética.

Niñez: es un término amplio aplicado a los seres humanos que se encuentran en fases de desarrollo comprendidas entre el nacimiento y la adolescencia o pubertad.

Adolescencia: es un periodo en el desarrollo biológico, psicológico, sexual y social inmediatamente posterior a la niñez y en que comienza la pubertad. Es el periodo entre la pubertad y la edad adulta.

Tutela: es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad para la protección y cuidado de su persona, bienes, y para representarla legalmente.

Crianza: es la acción de promover y brindar soporte a la actividad física, la actividad emocional, desarrollo social e intelectual de un niño o niña desde su infancia hasta su edad adulta.

Hogar: se usa para designar a un lugar donde un individuo o grupo habita, creando en ellos la sensación de seguridad y calma.

Alimentos: es cualquier sustancia normalmente ingerida por los seres vivos con fines nutricionales y psicológicos.

Hijo incapaz: es aquel hijo de familia que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad por tanto carece de capacidad legal para valerse por sí mismo.

Instante de la concepción: es alguien que comienza a ser persona, un ser humano vivo desde la concepción.

Deber de convivencia: es el derecho de los hijos de vivir en compañía de su padre o madre bajo su cuidado personal.

Formación moral y cívica: Es el conjunto de normas, capacidades y actitudes necesarias para que los hijos puedan vivir en sociedad para la convivencia y la paz dentro de los cánones de la moralidad, solidaridad y respeto a sus semejantes.

Formación religiosa: es un intento de construir un conocimiento espiritual en el mundo y el vínculo vital con Dios y con toda la vida en todos ámbitos y aspectos de la vida.

Educación de los hijos: es aquel deber del padre y de la madre de educar y formar integralmente a sus hijos, facilitarles el acceso al sistema educativo y orientarles en la elección de una profesión u oficio.

Corrección de los hijos: es aquel deber del padre y de la madre de corregir adecuada y moderadamente a sus hijos para una educación prospera en su comportamiento en la sociedad.

Orientación de los hijos: es la orientación de la persona hacia la vida -sus proyectos y valores-, con la orientación profesional, que es nada más que la elección de la continuación de sus estudios después del colegio con el fin de estar preparado para desempeñarse laboralmente.

Grupo familiar: es el conjunto de personas unidas o no por vínculos de sangre que comparten los gastos necesarios para su sustento.

Abuelos: es el apodo con el que los [hijos](#) designan al [padre](#) y la [madre](#) de sus padres, siendo respectivamente llamados abuelo y abuela los cuales también tienen derecho de convivencia para con sus sobrinos.

Tío: respecto de una persona es el hermano o hermana de su padre o madre.

Hermanos: es una [persona](#) que con respecto a otra tiene los mismos padres, o solamente el mismo [padre](#) o la misma [madre](#).

Vida en común: es todo lo que engloba diferentes formas de entender la unión de personas forman un [vínculo](#) que hace compartir estrechamente la [vida](#) a todos sus miembros.

Separación de padres: es cuando se ha roto el vínculo de unión que había entre los padres ya sea por el divorcio o de hecho, en la cual uno de ellos debe optar por el cuidado del hijo.

Divorcio: es la disolución del vínculo matrimonial decretada por un juez.

Interés superior del niño: es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.

Índole moral: es la manera natural de ser o de comportarse correctamente con las demás personas atendiendo los principios de la ética y moral.

Índole familiar: es el carácter propio de cada individuo que integra la familia incluyendo su comportamiento para con los demás integrantes.

Edad: tiempo transcurrido a partir del nacimiento de una persona.

Convivencia: la acción de convivir, vivir en compañía de otro u otros, vinculado a la coexistencia pacífica y armoniosa de grupos humanos en un mismo espacio.

Relaciones afectivas: Es el sentimiento amoroso que se siente por otras personas y el placer de tener cerca a la persona, tocarla, y otras acciones que resultan estimulantes para quien recibe y da afectividad.

Trato personal: puede entenderse al trato como la forma de comunicarse o de establecer un vínculo con otra persona o con un grupo de sujetos.

Parientes:

Se aplica a la persona que tiene parentesco de consanguinidad o por vínculo matrimonial con otra persona

2.8 MARCO JURIDICO

2.8.1 Constitución de la República de El Salvador

Se toma en cuenta y en primer lugar, por ser la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, es decir que no puede existir una ley superior a ella y menos que la contrarié, porque sería inconstitucional. Hablar de la Constitución como norma jurídica suprema, equivale a otorgarle a toda la Constitución eficacia directa.

La primacía constitucional significa, ser la primera ley de todo el ordenamiento jurídico, es la primera norma que debe ser tomada en cuenta por todos los operadores jurídicos (juez y tribunal) para resolver las controversias concretamente. En su parte dogmática encontramos principios, garantías, y derechos individuales, que son indispensables a la hora de tratar la temática en relación a los criterios judiciales para el otorgamiento del cuidado personal del niño, niña o adolescente en la zona oriental de la República de El salvador, durante el periodo de 2010 a 2015

En esencia se analizara la protección constitucional a la familia tomando como fundamento la parte dogmática de la constitución, es decir se estudiarán los artículos 32 al 36 estos referentes a los derechos sociales en el área de familia.

Se justifica el análisis y uso de las diferentes normativas que están contempladas en el marco jurídico de la legislación salvadoreña en desde la perspectiva del tema objeto de

estudio, dentro de los cuales citaremos la Constitución de la República de El Salvador de forma más específica en su artículo 32, pues es acá donde tiene su nacimiento jurídico el cuidado personal, dicho artículo se encuentra en el capítulo II y su primer inciso reza de la siguiente manera:

“la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictara la legislación necesaria y creara los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”.³⁰

De esta lectura se logra rescatar que al interior de la familia debe existir integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico, que son los ejes fundamentales en los cuales va orientado el otorgamiento del cuidado personal de los hijos, pues se contempla como una garantía constitucional en favor de los mismos que toma un peso concreto y específico en el artículo 34 de la constitución el cual nos dice:

*“Todo menor tiene derecho vivir en condiciones familiares y ambientales, que le permitan su desarrollo integral para lo cual tendrá la protección del estado”*³¹

Y es con la relación de estos artículos que encontramos una base constitucional que da paso a la creación de leyes y políticas encaminadas al desarrollo integral de los hijos, base fundamental en los criterios valorados por los jueces al momento de decidir en cuanto al otorgamiento del cuidado personal.

También será objeto de estudio la constitución de la República en cuanto a aquellas *“relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas”*³² y es que tan importantes son dichas relaciones que en si se vuelve uno de los parámetros direccionales en la decisión tomada por el juzgador.

³⁰ Constitución de la República, Sección segunda, Capítulo II, artículo 32 D.O. No 234, Tomo 281, El Salvador 1983

³¹ Constitución de la República, Sección segunda, Capítulo II, artículo 34 D.O. No 234, Tomo 281, El Salvador 1983

³² Constitución de la República, Sección segunda, Capítulo II, artículo 33 D.O. No 234, Tomo 281, El Salvador 1983

Con respecto al ordenamiento jurídico secundario, se apoyara la investigación en el Código de Familia, pues este desarrolla de manera más profunda y específica aquellas disposiciones que el legislador plasmo en la constitución en vista del desarrollo integral de los hijos, que goza de una vinculación directa con el otorgamiento del cuidado personal; puesto que dicho código se desarrolla entorno a principios rectores entre los cuales se encuentran algunos que son primordiales en esta investigación como, “*La unidad de la familia y La protección integral de los menores*”.³³ Que van encaminados siempre a garantizar el bien superior del niño, además de esto el código de familia es la ley en la que principalmente se encuentra el régimen jurídico de la familia y regula las relaciones entre sus miembros y de estos con la sociedad y el estado

Es por eso que se vuelve importante para esta investigación el estudio del otorgamiento del cuidado personal a la luz del código de Familia.

Además del código de familia será objeto de estudio en una forma muy específica la ley de la Procuraduría General de la República, pues jurídicamente se le atribuye “*la defensa de la familia, de las personas e de los menores, incapaces y adultos mayores*”³⁴ desde el punto de vista del grado de intervención que pueda tener legalmente.

En cuanto al marco jurídico externo o internacional se esbozara la Declaración de los Derechos del niño y la Convención Sobre los Derechos del Niño de la cual son participes en consenso de numerosos países frente al desarrollo de los niños, políticas respecto a la niñez y la protección de las violaciones a sus derechos fundamentales y las relaciones entre Sociedad y estado teniendo como referencia a la familia como fundamento de la sociedad.

Y estos instrumentos cobran importancia para la investigación amen de realizar un análisis comparativo con la legislación interna, de manera que si se encontrase alguna deficiencia o que en la práctica no se de una protección efectiva, pueda esto subsanarse con el derecho externo, ya que este gira entorno a principios fundamentales como la no discriminación, el interés superior del niño, el desarrollo integral, y la vida digna entre otros principios que de manera muy singular vienen a garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, recordando que "No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el

³³ Código de familia, Título Preliminar, Artículo 4.

³⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; Título I; Capítulo Único; Artículo 3

desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".

2.8.2 Código de Familia.

El capítulo II del libro tercero del código de familia, se denomina "cuidado personal" para significar que el contenido de la autoridad parental en el aspecto personal se concreta en ese trato íntimo, de protección y cuidado que los padres han de dar a sus hijos, para hacer de ellos personas equilibradas en los aspectos físicos, intelectual, emocional y afectivo.

LA CRIANZA Y EDUCACIÓN forma parte del conjunto de derechos y deberes que conforman el cuidado personal que es posible a través de la convivencia entre hijos y padres, presupuesto indispensable para el ejercicio de las restantes funciones paternas de formación moral y religiosa, corrección y asistencia.

El deber de crianza implica la obligación de los padres de proporcionar a sus hijos un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad. Este deber se justifica por las necesidades biológicas que deben satisfacerse a los hijos, en atención a la natural relación de dependencia con respecto a sus padres, para lograr su desarrollo bio-psicosocial.

El Art. 211.- Código de Familia establece que el padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad. En la función de cuidado debe tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo. Si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio. El padre y la madre estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción.

¿Para qué sirve este derecho? Para establecer quien tiene el cuidado personal de su hijo es quien tiene el deber de criarlo y educarlo, lo que en la práctica importa decisiones en el ámbito de la salud, tratamientos médicos, elección y permisos en el colegio, elección de la religión para educar al niño, etc. Además, quien tiene el cuidado personal de un niño tiene también la patria potestad.

La investigación se fundamenta en el código de familia, por cuanto el mismo código establece en el preámbulo y específicamente tomando en cuenta el Romano I *“Que el artículo 32 de la Constitución de la República, reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad e impone el deber de dictar la legislación necesaria para su protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.”*

Así mismo, en el romano IV establece *“Que es conveniente regular especialmente en la materia familiar, la referente a menores y a las personas adultas mayores, con la salvedad del régimen jurídico especial de los menores a que se refiere el artículo 35 de la Constitución de la República.”* Y terminando de analizar específicamente en el *“Título iii deberes del estado, sistema nacional de protección a la familia, al menor y personas adultas mayores.”*³⁵

Artículos 211 al 217 estos en relación a la CRIANZA, DEBER DE CONVIVENCIA, FORMACION MORAL Y RELIGIOSA, EDUCACION, CORRECCION Y ORIENTACION, ACUERDOS SOBRE EL CUIDADO PERSONAL, RELACIONES Y TRATO.

“CAPITULO II CUIDADO PERSONAL”

Crianza Art. 211.- El padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad. En la función de cuidado debe tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo. Cuando se tratare de hijas e hijos con discapacidad y éstos alcancen la mayoría de

³⁵ CODIGO DE FAMILIA, D.L. N°677, D.O. N°231, TOMO 321, *“Título iii deberes del estado, sistema nacional de protección a la familia, al menor y personas adultas mayores.”*

edad, continuarán gozando del derecho de alimentos necesarios acorde a su condición, siempre que dicha capacidad especial, sea acreditada ante la autoridad legal competente. Si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio. El padre y la madre, estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción.

Deber de convivencia Art. 212.- El hijo bajo autoridad parental deberá vivir en compañía de su padre y madre o con aquél de ellos que lo tenga bajo su cuidado personal. No puede, sin su permiso dejar el hogar y si lo hiciere podrán los padres hacerlo volver usando el procedimiento establecido en la ley, si fuere necesario. Lo anterior es aplicable al caso en que el cuidado personal del hijo haya sido confiado por los padres o el juez, a otra persona.

Formación moral y religiosa Art. 213.- El padre y la madre dirigirán la formación de sus hijos dentro de los cánones de moralidad, solidaridad humana y respeto a sus semejantes; fomentarán en ellos la unidad de la familia y su responsabilidad como hijos, futuros padres y ciudadanos. La formación religiosa de los hijos será decidida por ambos padres.

Educación Art. 214.- Es deber del padre y de la madre educar y formar integralmente a sus hijos, facilitarles el acceso al sistema educativo y orientarles en la elección de una profesión u oficio. Si el hijo adoleciera de deficiencia física o mental, deberán los padres procurarle educación especial y si fuere discapacitado o minusválido, procurarle además, su rehabilitación. En todo caso, velarán por su bienestar, aun cuando hubiere alcanzado la mayoría de edad. Si la deficiencia física o mental le impidiere valerse por sí mismo. Cuando en el hijo niño, niña o adolescente exista causa de incapacidad y se prevea razonablemente que continuará después de alcanzar su mayoría de edad, antes de que la cumpla, los padres deberán solicitar la declaratoria correspondiente, para los efectos previstos en este Código.

Corrección y orientación Art. 215.- Es deber del padre y de la madre corregir adecuada y moderadamente a su hijos y auxiliarse, en caso necesario, de profesionales especializados o de los servicios de orientación sicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de menores o de la familia. En caso que la conducta del hijo no pudiese ser corregida por los medios indicados, el padre o la madre podrán solicitar al juez que provea medidas tutelares, quien para decidir, ordenará los estudios técnicos del grupo familiar que estime convenientes.

Acuerdos sobre el cuidado personal Art. 216.- El padre y la madre deberán cuidar de sus hijos. No obstante, en situaciones de suma urgencia podrán, de común acuerdo, confiar tal cuidado mientras dure la misma a persona de su confianza, sin que por tal razón desatiendan sus deberes paternos; esta facultad la tiene también el padre o la madre que ejerza exclusivamente el cuidado personal del hijo. Cuando los padres no hicieren vida en común, se separaren o divorciaren, el cuidado personal de los hijos lo tendrá cualquiera de ellos, según lo acordaren. De no mediar acuerdo entre los padres o ser éste atentatorio al interés del hijo, el juez confiará su cuidado personal al padre o madre que mejor garantice su bienestar, tomando en cuenta su edad y las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica que concurran en cada caso. Se oirá al hijo si fuere mayor de doce años y, en todo caso, al Procurador General de la República, quien fundamentará su opinión en estudios técnicos. Si ninguno de los padres fuere apto para cuidar al hijo, podrá el juez confiarlo a otra persona aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo. Siempre que la o el juez confíe el cuidado personal de la o el hijo, fijará la cuantía de los alimentos con que los padres deberán contribuir, de acuerdo a sus respectivas posibilidades; así mismo, establecerá que a la o el cónyuge al que se le hubiere confiado el cuidado personal de las y los hijos, le corresponderá el uso de la vivienda familiar de conformidad con el artículo 46 de la presente ley.

Relaciones y trato Art. 217.- El padre y la madre, aunque no convivieren con su hijo, deberán mantener con él las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad. Cuando sea necesario, el juez podrá regular el tiempo, modo y lugar que para ello se requiera. Quien tuviere el cuidado personal del hijo no podrá

impedir tales relaciones y trato, a no ser que a criterio del juez se estimaren contrarios al interés del hijo. Si no lo fueren el juez tomará las medidas que mejor protejan tal interés. También tienen derecho de comunicación con el hijo los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del niño, niña o adolescente.

Asistencia Art. 218.- Los padres deben asistir moral y económicamente a sus hijos sujetos a autoridad parental, que se hallaren involucrados en procesos de menores o penales y suministrar los gastos que requiera su asistencia legal.”³⁶

2.8.3 Derecho internacional respecto al cuidado personal de los hijos

2.8.3.1 Declaración universal de los derechos del niño

El Principio 2, establece que el niño debe gozar de protección especial y tener acceso a oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, moral, menta, espiritual y socialmente en forma saludable y en condiciones de libertad y respeto a su dignidad, esto se debe de garantizar por medio de la ley o por cualquier otro medio que sea posible.

El Principio 6, establece que para lograr un desarrollo integral de la personalidad del niño, este necesita amor y comprensión, por lo que siempre que sea necesario debe crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, y en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo en casos excepcionales declarados judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre.

“Principio 2 El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en

³⁶ Art. 211-218, Libro Tercero, Capitulo II CODIGO DE FAMILIA, D.L. N°677, D.O. N°231, TOMO 321, El Salvador, 1993.

condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”³⁷

“Principio 6 El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”³⁸

El Principio 7: establece que el niño tiene derecho a recibir educación, la que será gratuita y obligatoria por lo menos en el nivel básico. La responsabilidad de garantizar la educación y orientación, corresponde en primer lugar a los padres, quienes en el cumplimiento de esta obligación deben tener como principio rector el interés superior del niño. La educación del niño debe favorecer su cultura general y permitirle desarrollar sus aptitudes y juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social para ser un miembro útil a la sociedad, para ello es necesario que el niño disfrute de juegos y recreaciones orientados hacia los fines que persigue la educación.

“Principio 7: El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.”³⁹

³⁷ Principio 2, Declaración Universal de los Derechos del niño, ONU Doc. A/4354, New York, 1959

³⁸ Principio 6, Declaración Universal de los Derechos del niño, ONU Doc. A/4354, New York, 1959

³⁹ Principio 7, Declaración Universal de los Derechos del niño, ONU Doc. A/4354, New York, 1959

2.8.3.2 Convención americana sobre los derechos humanos y protocolo adicional a la convención americana sobre los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales

Los Artículos 12 y 13 de estos tratados respectivamente, regulan el derecho de los padres a escoger la educación formal, moral y religiosa de sus hijos, los cuales establecen que debe tenerse siempre en cuenta como principio rector el Interés Superior del Niño.

“Artículo 12. Libertad de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.⁴⁰

“Artículo 13 derecho a la educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la

⁴⁰ Art. 12, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José Costa Rica, SERIE SOBRE TRATADOS, OEA, NO. 36 San José, 1969.

amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

- a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.”⁴¹

2.8.3.3 Convención sobre los derechos del niño.

Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, suscrita por el Gobierno salvadoreño el 26 de enero de 1990 y ratificada en todas sus partes por la Asamblea Legislativa el 27 de abril de ese mismo año.

⁴¹ Art. 13, PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR", SERIE SOBRE TRATADOS, OEA, NO. 69, San Salvador, 1988

Artículo 2 inciso segundo “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”⁴²

Artículo 3 inciso segundo “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”⁴³

El Artículo 18.1 contempla la obligación de los Estados a garantizar el que en primer lugar corresponde a los padres o, en su caso a los representantes legales la posibilidad de la crianza y el desarrollo del niño.

El Artículo 27 en el Párrafo Uno, se reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para garantizar su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En el Párrafo Dos, se establece que corresponde a los padres o personas encargadas del niño primordialmente, la responsabilidad de proporcionar las condiciones de vida adecuadas para el desarrollo del niño, dentro de sus posibilidades y medios económicos.

El Artículo 9 del Párrafo Uno, establece la obligación de los Estados partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo en los casos excepcionales en los que judicialmente se determine que es necesaria dicha separación para garantizar el cumplimiento del interés superior del niño.

El Párrafo Dos, reconoce tanto al padre como a la madre iguales oportunidades para participar y manifestar sus opiniones en cualquiera de los procedimientos sobre el cuidado personal de sus hijos.

El Párrafo Tres, reconoce el derecho del niño de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de modo regular cuando este separado de uno o ambos padres; se exceptúa este derecho cuando ello es contrario al interés superior del niño.

Para concluir se puede afirmar que la figura del cuidado personal de los NNA, tiene la finalidad de garantizar el desarrollo del niño en forma integral, por ello tiene como

⁴²Art. 2, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006

⁴³ Art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006

principio rector el interés superior del niño; y que dicho principio deben de cumplirlo todas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales jurisdiccionales, las autoridades administrativas, los órganos legislativos, en todas las medidas que tomen y tenga relación con el cuidado personal de los NNA.

Artículo 9

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”⁴⁴

⁴⁴ Art. 9, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006

Artículo 18

1. “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”⁴⁵.

Artículo 27

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la

⁴⁵ Art. 18, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006

adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”⁴⁶

2.8.4 Jurisprudencia Salvadoreña relativa al cuidado personal de los hijos.

“Como se sabe, de conformidad a los Art. 211, inciso 2º, 214 inciso 1º y 344 C.F., los padres están obligados a la crianza esmerada de sus hijos, a proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados, proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad, teniendo en cuenta en todo momento las capacidades, aptitudes e inclinaciones de los hijos, obligación que comienza desde la concepción misma y finaliza hasta que éstos hayan llegado a los dieciocho años, concluyan sus estudios o adquieran una profesión u oficio”.

(Cam.Fam. S.S., veinticinco de febrero de dos mil cinco. Ref. 53- A-2004) ver anexo 3

“Así hemos señalado en precedentes anteriores que los criterios legales para conferir el cuidado de un niño(a) son: (1) el progenitor que mejor garantice su bienestar, edad, circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica, Art. 216 C.F.; (2) el padre o madre que esté en mejores condiciones de proporcionar un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad. Art. 211 C.F.; (3) aquel (lla) que no impida las relaciones de trato con el progenitor que no ejerza su cuidado. Art. 217 C.F.; (4) la opinión del menor, Art. 351 N° 9 C.F., 7 lit. j) L.Pr.F., 3 C.D.N... Por vía jurisprudencial se han introducido otros criterios entre éstos la no separación de los hermanos, el mantenimiento del status quo (arraigo) que implica el lugar donde el menor ha desarrollado su vida y ha establecido lazos interpersonales”.

(Cám.Fam.S.S, siete de marzo de dos mil siete, Ref. 127-A- 2006) ver anexo 4

“Cuidado Personal, en esta clase de procesos debe tomarse en cuenta los presupuestos legales del Art. 216 C.F. como son el de confiar el cuidado personal al padre o madre que mejor garantice el bienestar del hijo y considerar su edad, circunstancias de

⁴⁶ Art. 27, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006

índole afectiva, moral, familiar, ambiental y económica, así como garantizar las relaciones afectivas y el trato personal con el progenitor que no convive con el hijo, tal como lo dispone el Art. 217 C.F, que favorezcan al normal desarrollo de su personalidad; pero cuando los padres no hacen vida en común y no existe acuerdo sobre el cuidado personal de los hijos menores de edad, corresponde al juez de familia decidir cuál de los padres ejercerá su cuidado, confiriéndole al progenitor que mejor garantice su bienestar, debiendo fijar cuota alimenticia con la que los padres deben contribuir de acuerdo a sus respectivas posibilidades, es decir que en estos casos debe tomarse en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, anteponiéndolo a los de sus progenitores, lo que implica todo aquello que favorezca al normal desarrollo físico, moral, ambiental, psicológico y social de los niñas y niños en base al Art. 12LEPINA”

(Juzgado de Familia, La Unión ref. 007-211-15) ver anexo 5

El ambiente en que se desenvuelve *** no es el indicado para un sano desarrollo de dicha menor, ya que el actual compañero de vida de su madre ***, ha generado por su hábito alcohólico una situación inconveniente, debido a su conducta violenta, lo que a criterio de esta Cámara, es altamente perjudicial para el mejor desarrollo bio-psicosocial de la niña *** y teniendo la posibilidad de convivir con su padre, quien demuestra vocación de cuidarla; lo más beneficioso en este momento es que resida con él. (...) Debemos agregar que existe la idea que los niños están mejor cuidados con la madre, dada la mayor sensibilidad hacia los hijos, sin embargo ello no siempre es así, por lo que esta idea tiende a cambiar paulatinamente en el imaginario social, pues también los padres pueden ser sensibles hacia ellos. Que aún y cuando a la madre no le sean imputables las condiciones adversas para el óptimo desarrollo de su hija, sí se ha de considerar comparativamente el entorno familiar del padre que solicita su cuidado.

(Cam.Fam. S.S. veintinueve de agosto de dos mil cinco. Ref. 151- A-2004) ver anexo 6

“Tampoco es suficiente el argumento, de que el padre es quien puede ofrecer un mejor nivel de vida a su hija, ya que el desarrollo de un menor debe ser valorado de forma integral y si bien el aspecto económico es un elemento relevante; esto queda subsanado con la cuota alimenticia a favor de la menor; respecto a las condiciones de vida que ofrece la

vivienda de la madre con respecto a la del padre, se evidencia del estudio social que la vivienda del Sr. ***, ofrece mejores condiciones, pero tampoco este es un elemento concluyente ya que la madre aunque reside en una vivienda humilde, esta cuenta con las condiciones mínimas que satisfacen el derecho de habitación y vivienda de la menor”.

(Cam.Fam. S.S. veintiuno de junio de dos mil cinco. Ref. 90-A- 2004) ver anexo 7

“De esta forma se puede afirmar del estudio del proceso que durante la tramitación del mismo, ha quedado por demás evidenciado que la señora ***, no ha propiciado en ningún momento el acercamiento, entre el padre y el hijo, lo que ha generado como se detallará más adelante grave perturbación en la conducta del niño, resentimiento en el padre y obstinación permanente de la madre, para evitar el cumplimiento del régimen.(...) La madre insistentemente, por sí y por medio de sus apoderadas desde la misma contestación de la demanda, ha sostenido que no se opone a la relación de su hijo con su padre, y en varias actas o informes de los Agentes de la Policía Nacional Civil, ha señalado que es éste (el niño) quien no quiere relacionarse con el padre y en otras ocasiones, que es por las actividades que el niño ya tiene programadas; incluso se menciona que el menor ha sufrido violencia y malos tratos de parte de su padre, ver fs. ... vto., sin embargo no se ha exteriorizado ninguna actuación de parte de la madre que coadyuve mínimamente a que el régimen se cumpla, por el contrario acepta sin ninguna discusión ni cuestionamiento el supuesto comportamiento propio del niño y expresa que debe protegerlo, en el sentido de aceptar lo que el niño desea que es precisamente el no relacionarse con el padre, sin visualizar el derecho que le corresponde a relacionarse con éste, ni los efectos negativos de ese comportamiento para el mismo niño, advirtiéndose de su conducta que es ella misma quien no desea que se dé esa relación, anteponiendo sus propios conflictos e intereses interpersonales a los de su hijo, omitiendo realizar acciones tendientes a encauzar adecuadamente las emociones, conductas y actitudes en la relación paterno filial. (...) es necesario recalcar la obligación de la madre, Sra. ***, así como sus demás parientes (abuelos maternos), no sólo en permitir sino de propiciar y contribuir a las relaciones de su hijo con su padre y demás parientes paternos. Es decir que la madre no podrá negar dicha relación a menos que demuestre que ello representa un grave riesgo para la integridad del niño, lo cual hasta el momento no se ha demostrado”.

(Cám.Fam.S.S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82- A-2006) ver anexo 8

“Por otra parte, es importante mencionar que en las entrevistas realizadas por el Tribunal a quo a los menores, han dejado entrever -principalmente el mayor de ellos *****- que prefieren continuar viviendo con su padre, quien en otro aspecto, es el principal proveedor para cubrir las necesidades de sus hijos, agregándose además en el estudio, que en alguna medida por el tiempo que convivieron con éste se han estrechado los lazos afectivos entre el padre y sus expresados hijos”.

(Cam.Fam. S.S., veinticinco de febrero de dos mil cinco. Ref. 53- A-2004) ver anexo 3

“Esta Cámara comparte dicho criterio, (referente al statu quo) pues la experiencia enseña que cuando los menores han estado exclusivamente al cuidado de uno de los progenitores durante algún tiempo, se encuentran acomodados a las costumbres y a la rutina del hogar donde viven y generalmente han establecido estrechos lazos con las personas que los cuidan directamente, por lo que resulta perjudicial sustraerlos del ámbito en el que han permanecido. No obstante lo anterior, si en el proceso se prueba que las condiciones socio-familiares o afectivas en las que se encuentran los niños no son propicias o incluso son perjudiciales para el normal desarrollo de éstos, debe conferirse el cuidado al otro progenitor o a un tercero, considerando siempre el interés superior del menor”.

(Cam.Fam. S.S. seis de abril de dos mil cinco. Ref. 105-A- 2004) ver anexo 9

“Si bien las menores *** y *** han permanecido la mayor parte del tiempo al lado del padre y desean permanecer con él, de tal suerte que el arraigo de ellas hacia su progenitor es bastante fuerte, lo que sin duda es un elemento que influye en la decisión del juzgador (a), también debe considerarse el principio de unidad filial que procura que los hermanos (as) permanezcan juntos; aunado a las circunstancias de índole moral que puedan determinar su concesión al otro progenitor, aún contra el deseo de los hijos, pues no siempre lo que el hijo (a) desea es lo más conveniente para su desarrollo integral.(...) Al respecto, estimamos que la conducta de la madre, motivo por el cual también se decretó el divorcio, es un acto de decisión personal que da lugar al divorcio, pero que no ha colocado en situación de riesgo o peligro a sus hijas por las circunstancias en que el hecho ocurre, y ha sido el padre quien puso en conocimiento de tales hechos a sus hijas, quienes si bien es

cierto tienen derecho a saber los motivos de la separación de sus progenitores, su conocimiento sobre esos hechos ha de hacerse de tal forma que les afecte lo menos posible, pues los cónyuges no deben transmitir a sus hijos sus diferencias, frustraciones y propios conflictos, que es lo que ha ocurrido en la especie; de otro tanto, se considera que la infidelidad de uno de los cónyuges no es determinante para descalificarlo para ejercer el cuidado si éste ha desempeñado en buena forma su rol de padre o madre.(...) No se discute en ningún momento que el señor *** sea un buen padre, ya que sus mismas hijas manifiestan estar muy bien a su lado y desean permanecer con él, pero por lo antes dicho consideramos que no es el más idóneo para el cuidado de las niñas, aún y cuando su conducta no haya incidido de forma negativa directamente en sus hijas, pues consideramos que existen indicios de conductas impropias en su relación con los pacientes que incluso les ha afectado en su dignidad humana; así como también la eventual ingesta de bebidas embriagantes y su descuido respecto del acceso de sus hijas a la pornografía.

(Cam.Fam. S.S. veinte de diciembre de dos mil cinco. Ref. 110- A-2004) ver anexo 10

CAPITULO III

3.1 SISTEMA DE HIPOTESIS

3.1.1 Hipótesis generales

Hipótesis general 1: Los criterios judiciales argumentados por los juzgadores de familia para otorgar el cuidado personal son adecuadamente sustentados; no obstante, existen situaciones en donde estos actúan bajo la figura de la discrecionalidad, permitiendo así situaciones en las que deben considerarse parámetros insoslayables en un caso concreto y dichos parámetros no son tomados en cuenta.

Hipótesis general 2: La separación de los cónyuges o convivientes es producto de conflictos familiares que pueden ser originados por diferentes tipos de problemas los cuales pudieron prevenirse con antelación; sin embargo, uno de los principales es que existe una desinformación o una falta de conciencia social sobre los derechos y deberes tanto de los padres como de los NNA en la convivencia familiar.

3.1.2 hipótesis específicas

Hipótesis específica 1:

Las reformas legales tendientes a estandarizar los criterios configurados actualmente por el legislador, se plantean como de una imperiosa necesidad; sin embargo, las condiciones de la realidad actual, no permiten aplicarlas debido a la falta de una política estatal, vinculante y a largo plazo basada en leyes, directrices y circulares administrativas que hasta el momento se encuentran ausentes.

Hipótesis específica 2:

Los criterios argumentados por los juzgadores de familia son efectivos en la realidad al momento de otorgar el cuidado personal; no obstante en la práctica estos se desnaturalizan debido a la tendencia en el comportamiento de los padres después de separados, pues algunos optan por no obedecer las decisiones de los juzgadores y al no darse este cumplimiento los criterios argumentados por los juzgadores de familia pierden su efectividad.

Hipótesis específica 3:

La actividad judicial en los juzgadores de familia, se caracteriza ante todo por buscar, en el otorgamiento del cuidado personal, el interés superior del niño, niña o adolescente; no obstante, algunos juzgadores, al momento de tomar estas decisiones, dicha actividad no se ve reflejada por la tendencia de algunos jueces de ignorar los estudios especializados al momento de tomar su resolución y darle vigilancia para que se ejecute lo juzgado después de la sentencia, y por lo tanto no se cumple el interés superior del niño como eje transversal de manera íntegra.

1.2 Operacionalización de las hipótesis

OBJETIVO GENERAL 1: Identificar si existe o no la sustentabilidad en los criterios judiciales, argumentados por los juzgadores de familia para decidir el otorgamiento del cuidado personal ante la separación de los padres			
HIPOTESIS GENERAL 1: Los criterios judiciales argumentados por los juzgadores de familia para otorgar el cuidado personal son adecuadamente sustentados; no obstante, existen situaciones en donde estos actúan bajo la figura de la discrecionalidad, permitiendo así situaciones en las que deben considerarse parámetros insoslayables en un caso concreto y dichos parámetros no son tomados en cuenta.			
VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
Los criterios judiciales argumentados por los juzgadores de familia para otorgar el cuidado personal son adecuadamente sustentados	Criterios judiciales Juzgadores de familia. Cuidado personal	Sin embargo existen situaciones en donde estos actúan bajo la figura de la discrecionalidad que el cargo les permite dejando de lado parámetros insoslayables que debieron considerarse en un caso concreto.	Discrecionalidad Cargo Parámetros Insoslayables Caso Concreto

OBJETIVO GENERAL 2: Explicar la configuración de los conflictos familiares en contraste con los múltiples aspectos involucrados que suscitan en la separación de los cónyuges o convivientes; y proveer de información sobre los derechos y deberes de los padres respecto de los hijos.

HIPOTESIS GENERAL 2: La separación de los cónyuges o convivientes es producto de conflictos familiares que pueden ser originados por diferentes tipos de problemas los cuales pudieron prevenirse con antelación; sin embargo, uno de los principales es que existe una desinformación o una falta de conciencia social sobre los derechos y deberes tanto de los padres como de los niños niñas y adolescentes en la convivencia familiar

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
La separación de los cónyuges o convivientes son productos de conflictos familiares que se originan por problemas multicausales que pudieron prevenirse en tiempo.	Separación Cónyuges Convivientes Conflictos familiares Problemas Multicausales	Sin embargo, existe una desinformación o se perfilan una falta de conciencia social sobre los derechos y deberes tanto de los padres como de los NNA en la convivencia familiar.	Desinformación Conciencia Social Derechos y Deberes Convivencia Familiar

OBJETIVO ESPECIFICO 1: Señalar y proponer en la medida de lo posible ciertas reformas y medidas tendientes a regular de mejor manera los criterios establecidos por la legislación para otorgar el cuidado personal del niño niña o adolescente.

HIPOTESIS ESPECÍFICA 1: Las reformas legales tendientes a estandarizar los criterios configurados actualmente por el legislador, se plantean como de una imperiosa necesidad; sin embargo, debido a las condiciones de la realidad actual, no permiten aplicarlas debido a la falta de una política estatal, vinculante y a largo plazo basada en leyes, directrices y circulares administrativas que hasta el momento se encuentran ausentes.

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
Las reformas legales tendientes a estandarizar los criterios configurados actualmente por el legislador, se plantean como de una imperiosa necesidad	Reformas Legales. Estandarizar. Criterios. Legislador. Imperiosa Necesidad.	Sin embargo, debido a las condiciones de la realidad actual, no permiten aplicarlas debido a la falta de una política estatal, vinculante y a largo plazo basada en leyes, directrices y circulares administrativas que hasta el momento se encuentran ausentes.	Condiciones Realidad Actual Aplicación Política Estatal Leyes Directrices Circulares Ausentes

OBJETIVO ESPECIFICO 2: Identificar la efectividad de los criterios judiciales tomados en cuenta al momento de decretar el cuidado personal del niño, niña o adolescente a su padre o madre.

HIPOTESIS ESPECÍFICA 2: Los criterios argumentados por los juzgadores de familia son efectivos en la realidad al momento de otorgar el cuidado personal; no obstante en la práctica estos se desnaturalizan debido a la tendencia en el comportamiento de los padres después de separados, pues algunos optan por no obedecer las decisiones de los juzgadores y al no darse este cumplimiento los criterios argumentados por los juzgadores de familia pierden su efectividad.

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
Los criterios argumentados por los juzgadores de familia son efectivos en la realidad al momento de otorgar el cuidado personal.	Criterios. Juzgadores Efectividad. Cuidado personal	no obstante en la práctica estos se desnaturalizan debido a la tendencia en el comportamiento de los padres después de separados	Practica Desnaturalización Comportamiento Padres

OBJETIVO ESPECIFICO 3: Demostrar a través de la investigación si las actuaciones judiciales de los juzgadores de familia basadas en los criterios ya establecidos en el Código de van encaminadas en el sentido que estas mantengan una consonancia con el interés superior del niño y la realidad de las familias Salvadoreñas en la actualidad.

HIPOTESIS ESPECÍFICA 3: La actividad judicial en los juzgadores de familia, se caracteriza ante todo por buscar, en el otorgamiento del cuidado personal, el interés superior del niño, niña o adolescente; no obstante, algunos juzgadores, al momento de tomar estas decisiones, dicha actividad no se ve reflejada por la tendencia de algunos jueces de ignorar los estudios

especializados al momento de tomar su resolución y darle vigilancia para que se ejecute lo juzgado después de la sentencia, y por lo tanto no se cumple el interés superior del niño como eje transversal de manera íntegra.

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
La actividad judicial en los juzgadores de familia, se caracteriza ante todo por buscar, en el otorgamiento del cuidado personal, el interés superior del NNA	Actividad Judicial Juzgadores de familia Cuidado Personal Interés Superior NNA	No obstante, algunos juzgadores, al momento de tomar estas decisiones, dicha actividad no se ve reflejada por la tendencia de algunos jueces de ignorar los estudios especializados al momento de tomar su resolución y darle vigilancia para que se ejecute lo juzgado después de la sentencia, y por lo tanto no se cumple el interés superior del niño como eje transversal de manera íntegra.	Toma de decisiones Juzgadores. Criterios Importantes. Reflejar la búsqueda del interés superior del niño. Decisión. Integridad de Principio.

CAPITULO IV

4.1 DISEÑO METODOLOGICO.

4.1.1 Método, técnicas e instrumento

En la investigación el método y técnica a utilizar es el **Método Hipotético Deductivo**, que tiene varios pasos esenciales como la observación del fenómeno a estudiar, la creación de una hipótesis para explicar dicho fenómeno, deducción de consecuencias o proposiciones más elementales que la propia hipótesis, y verificación o comprobación de la verdad de los enunciados deducidos comparándolos con la experiencia y la realidad social de una familia funcional o disfuncional respecto del cuidado personal de los hijos en el objeto de estudio de la investigación.

Se hará uso de la técnica de la observación para combinar la reflexión racional con la observación de hechos repetitivos de fenómenos comparables, y que se extrae la deducción de las leyes generales que se refieren a la materia de derecho de familia en cuanto al cuidado personal

4.1.2 Método.

El método a utilizar será el **método hipotético deductivo**, utilizando como componente la investigación del método dialectico, por consiguiente, es el procedimiento o camino que sigue el investigador para hacer de su actividad una práctica científica. El método hipotético-deductivo tiene varios pasos esenciales: observación del fenómeno a estudiar, creación de una hipótesis para explicar dicho fenómeno, deducción de consecuencias o proposiciones más elementales que la propia hipótesis, y verificación o comprobación de la verdad de los enunciados deducidos comparándolos con la experiencia.

Respecto a su componente como método dialectico significa que se hará una investigación del tema específico como “*Criterios Judiciales y Jurisprudenciales en la Legislación Salvadoreña para Otorgar el Cuidado Personal del Hijo o Hija en la Separación de los Padres*” mediante el examen crítico de las percepciones y teorías, mediante el intercambio

de proposiciones y contra-proposiciones, resolviendo la contradicción a través de la formulación de una síntesis final.

4.1.3 Técnica.

4.1.3.1 Técnica de campo

La técnica de campo a utilizar en la investigación es haciendo uso de la observación, en la cual se establece una relación concreta e intensiva entre la investigación y el hecho social sobre a quién correspondería el cuidado personal del niño desde la perspectiva de los criterios tomados en cuenta para otorgarla así como también la cual se hará retomada de la realidad social que infiere específicamente en la situación familiar dada sobre la separación de los padres que a la vez resultan ser los actores sociales de los que se obtienen datos que luego se sintetizan para desarrollar la investigación haciendo énfasis al problema objeto de estudio.

Así como también utilizando como base entrevistas, guías de entrevistas semi-estructurada para aquellas personas especialistas y con experiencia en materia de familia y en específico al tema de El Cuidado Personal de los Hijos en la Separación de los Padres, entre ellos Lic. Juan Leonel Villalobos Echevoyen, Procurador auxiliar en el área de Familia de la ciudad de La Unión, Licda. Maritza del Carmen Santos Menjivar, Jueza primero de familia de la ciudad de San Miguel, Lic. Saúl Alberto Zuniga Cruz, Juez segundo de familia de la ciudad de San Miguel y Lic. Jorge Alberto Urquia Álvarez, secretario del juzgado primero de familia de la ciudad de San Miguel así como los padres de familia y personas afines o comunes que son integrantes de familias para hacer énfasis al tema sobre a quién otorgar el cuidado personal de los hijos.

4.2 Instrumento de aplicación

El instrumento a utilizar en la investigación será el cuestionario como apoyo a la técnica de campo de la observación para que permita recabar la información sobre los diferentes Criterios Judiciales y Jurisprudenciales tomados en cuenta sobre el tema del Otorgamiento del Cuidado personal del Hijo o Hija en la Separación de los Padres en el caso sobre a quién otorgar el cuidado personal ya sea tanto a la madre o al padre y excepcionalmente como resaltaremos en la investigación a los abuelos y consanguíneos del grado más próximo, para esto se utilizara dos modelos de cuestionarios los cuales serán clasificados en:

4.2.1 Cuestionario para informantes claves.

Serán realizados a personas que son especialistas sobre el área que se está investigando refiriéndonos a este como “*Criterios Judiciales y Jurisprudenciales en la Legislación Salvadoreña para Otorgar el Cuidado Personal del Hijo o Hija en la Separación de los Padres*” y un **Cuestionario para recolección muestral**, este será el que se le pasara a la población común que si bien es cierto puede conocer al respecto sobre la problemática a investigar, no llega a la categoría de especialista.

Dichos cuestionarios estarán estructurados con preguntas cerradas y abiertas dependiendo del caso, con el propósito de obtener la información necesaria que será sometida al análisis para lograr determinar la problemática planteada y sus posibles criterios, soluciones y recomendaciones al respecto.

4.2.2 procedimiento para la realización de entrevistas.

Se planea realizar las entrevistas en las fechas que oscilan entre el 25 de junio y el 30 de julio de 2015. No se tiene una fecha exacta para efectuarlas debido a que las personas entrevistadas son funcionarios y estaremos sujetos a la fecha y hora que ellos indiquen.

Por otra parte, para efectos de encontrar contacto con los eventuales entrevistados, se enviará una solicitud formal a su lugar de labores y de acuerdo al art. 18 de la Constitución, en el que indica el derecho de petición y respuesta, se solicitará una audiencia con ellos explicando el motivo, la temática a abordar y la fecha y hora en que puede recibir al equipo

de trabajo. Dicha solicitud se firmará por los miembros del equipo de trabajo de graduación y por el docente asesor de contenido.

4.3 Tipo de muestreo

El tipo de muestra a utilizar es el **muestreo no probabilístico**; que es aquél para el que no se puede calcular la probabilidad de extracción de una determinada muestra. Por tal motivo, se busca seleccionar a individuos que tienen un conocimiento profundo del tema bajo estudio y se considera que la información aportada por esas personas es vital para la toma de decisiones. Y que dentro de esos individuos se encuentran los padres de familia, especialistas en el área de derecho de familia, jueces de familia, entre otros.

CAPITULO V

5.1. PRESENTACION DE RESULTADOS

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
TEMA: CRITERIOS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA PARA OTORGAR EL CUIDADO
PERSONAL DEL HIJO O HIJA EN LA SEPARACION DE LOS PADRES EN
LA ZONA ORIENTAL 2010-2015.

Licenciado Jorge Alberto Urquia Álvarez

Secretario del Juzgado Primero de Familia

¿Cuáles son los criterios que se toman en cuenta al momento de otorgar el cuidado personal de los hijos?

Si el padre o madre garantiza de manera más adecuada alimentos adecuados y proporcionarle el desarrollo integral en el ámbito educativo, moral, religioso etc.

¿Considera usted que la opinión del hijo incide en la decisión del juez para otorgar el cuidado personal?

La opinión del hijo o hija debe ser escuchada por el juez, sin embargo esta opinión debe considerarse tomando en valoración el interés superior del niño lo que va relacionado por aquello que garantice su bienestar y desarrollo evolutivo.

¿Puede el padre o la madre que ha perdido el cuidado personal, recuperarlo?

Puede recuperarlo mediante una modificación de la sentencia demostrando el cambio de las condiciones que generaron el primer fallo. Es diferente cuando se ha perdido en su totalidad la autoridad parental.

¿Puede el padre que no obtuvo el cuidado personal pedir la modificación de la sentencia? si puede modificarse en relación al artículo 83 de la Ley Procesal de Familia.

¿Existe la custodia compartida? ¿Cuál es su opinión sobre ello?

Doctrinariamente existe la custodia compartida, sin embargo taxativamente el código de familia no la regula pero mediante integración de la norma legal podría valorarse en interés al niño, niña y adolescente

¿Considera que es indispensable aplicar el principio de interés superior del niño para emitir una resolución judicial?

Es imperativo y de obligatorio cumplimiento valorar el interés superior del niño niña o adolescente en las resoluciones judiciales, artículo 1 LEPINA y Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño

A parte de los aspectos que menciona el Código de Familia en cuanto al cuidado personal, ¿existen otros que son tomados en cuenta para emitir una resolución?

Además de los parámetros consignados en el Código de Familia debe tomarse lo consignado en el artículo 21 LEPINA para garantizar un nivel de vida digno y adecuado.

Análisis de la entrevista 1.

Secretario del Juzgado Primero de Familia

Lic. Jorge Alberto Urquia Álvarez

Podemos decir, en base a la entrevista realizada al Licenciado Jorge Alberto Urquia Álvarez, Secretario del Juzgado Primero de Familia de la Ciudad de San Miguel, que todo proceso encaminado al cuidado personal del niño, niña o adolescente, se le concederá al padre o madre que sea más idóneo para otorgar bienestar al niño, todo ello mediante una resolución judicial con los medios proporcionados por el equipo multidisciplinario, siempre apegado a Derecho, y en el caso que un padre o madre con se encuentre satisfecho con dicha resolución puede perfectamente solicitar la modificación de la sentencia, puesto que es un proceso que no causa cosa juzgada tal como lo establece el artículo 83 de la Ley Procesal de Familia

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
TEMA: CRITERIOS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA PARA OTORGAR EL CUIDADO
PERSONAL DEL HIJO O HIJA EN LA SEPARACION DE LOS PADRES EN
LA ZONA ORIENTAL 2010-2015.

Licenciada Maritza del Carmen Santos Menjivar
Jueza Primero de Familia, San Miguel

¿Cuáles son los criterios que se toman en cuenta al momento de otorgar el cuidado personal de los hijos?

Lo que en mi caso toma en cuenta para otorgar un cuidado personal expresamente lo que dice el artículo 216 del Código de familia el padre que reúne o la madre que reúna las condiciones de idoneidad para cuidar del hijo y en estas condiciones va la parte afectiva, la parte económica, el entorno social de ese niño, el apego que el niño tenga ya sea con la madre o con el padre, ósea hay un conjunto de elementos que se toman en cuenta para otorgar el cuidado personal y en el caso de que desafortunadamente ninguno de los dos padres es idóneo se resuelve con el menos peor de los dos.

¿Considera usted que la opinión del hijo incide en la decisión del juez para otorgar el cuidado personal?

en cuanto si la opinión del hijo incide en el juez, esta opinión sí lo tomamos en cuenta pero también allí depende de la edad, sea un niño de 4 o 5 años difícilmente nos va a dar una opinión que verdaderamente pueda beneficiar o influenciar como para que se dé una resolución en ese sentido, entre teoría y práctica hay mucha diferencia porque también

muchas veces el niño o la niña está tremendamente influenciado por la persona con la que está, entonces uno tiene que aprender a distinguir eso porque el niño de entrada dice me quiero ir con mi mamá y ni siquiera hemos preguntado, eso no se los demás juzgadores, pero yo eso es lo que menos pregunto, yo platico con ellos de todo, pero lo que no les pregunto es con quién quiere estar; por lo de la alienación parental normalmente un niño que está con uno y con el otro progenitor, él ya trae la respuesta que me va a dar, entonces no es lo que uno debe preguntarle a un niño que se supone que con una edad que no tiene discernimiento y madurez ese es el punto en que hay que saber distinguir el hecho de oír a un niño, de tomar su opinión, pero también aprender a distinguir que no esté influenciado.

¿Puede el padre o la madre que ha perdido el cuidado personal, recuperarlo?

Cuando uno de los padres a perdido el cuidado personal es posible que éste pueda recuperarlo cuando dicen a perdido no lo entiendo mucho pero creo que se refiere a cuando ha sido otorgado el otro puede solicitar que se le otorga a favor de él siempre y cuando reúna las condiciones.

¿Puede el padre que no obtuvo el cuidado personal pedir la modificación de la sentencia?

Puede pedir una modificación de la sentencia perfectamente puede el cuidado personal son de las sentencias que por no causar estado en cualquier momento se pueden modificar y se supone que se modifican para mejorar la condición que tiene el niño niña o adolescente.

¿Existe la custodia compartida? ¿Cuál es su opinión sobre ello?

yo creo que el cuidado personal o en conflicto de cuidados personales, creo que tenemos poca madurez como para tratar la problemática de los hijos, entonces como no se tiene suficiente madurez para entender que la prioridad tiene que ser el niño o la niña y que buscar lo menos difícil para ellos; entonces los padres no son maduros para eso y para darles una custodia compartida yo hasta el momento no he tenido ninguna y no he tenido ninguna porque supongo yo que ustedes conocen que en esa custodia de llenar ciertos requisitos para poderla otorgar, de esa manera donde vive el uno, donde vive el otro, la cercanía, el cómo es la relación, qué tan saludable es para el niño, que no identifiquen un lugar como su hogar, que perfectamente puede pasar tres días con uno y tres o cuatro días con el otro progenitor y que eso no le afecte a él; probablemente funciona en Costa Rica en otro país y que lo apliquen, no tendría ningún problema en aplicarlo sí efectivamente ese papá y esa mamá cumplieran esos requisitos que sea el mejor bienestar para el niño, niña o adolescente.

¿Considera que es indispensable aplicar el principio de interés superior del niño para emitir una resolución judicial?

Es indispensable aplicar el principio del interés superior del niño, yo creo que eso no requiere mayor explicación, eso es nuestra obligación queramos o no queramos, creo que cada uno de los que damos una resolución lo primero que debe pensar es que favorece al niño, porque aquí no es como muchos podrán creer que por ser mujer se lo va a dar a la mujer, o porque este hombre tiene dinero se lo va a dar a él, no; nuestra obligación es ver con quien quedara el niño, el que mejor le garantiza su bienestar eso es lo justo para ese niño.

A parte de los aspectos que menciona el Código de Familia en cuanto al cuidado personal, ¿existen otros que son tomados en cuenta para emitir una resolución?

Aparte de los criterios que están en el artículo 216 del Código de Familia, si hay otros criterios que se toman en cuenta, lo que pasa es que si lo manejan como criterio nosotros en mi caso; siempre tengo como prioridad en ocasiones que los hermanos crezcan juntos, si lo ven ustedes como otro criterio probablemente si se toma en cuenta nosotros vamos desde el punto de vista de ello de lo importante que es para la formación de estos hermanitos crecer juntos.

Análisis de la entrevista 2.

Jueza Primero De Familia, San Miguel

Lic. Maritza Del Carmen Santos Menjivar

Los criterios tomados en cuenta para el otorgamiento del cuidado personal tomados en cuenta en por la jueza del juzgado primero de familia de la ciudad de san miguel son aquellos establecidos en el artículo 216 del código de familia quien los considera como la parte efectiva el entorno, social y el cumplimiento de las condiciones de idoneidad para cuidar del hijo y que en el caso que ninguno de los dos cumpliera estas condiciones la decisión se inclina por “el menos peor” como lo dijese literalmente, en la toma de estas decisiones existen otros rubros que para la jueza no son considerados como criterios haciendo referencia a la filiación o no separación de los hermanos y de la importancia de que estos puedan crecer juntos, en cuanto a la opinión de los hijos, para la señora jueza, esta tiene una gran importancia, pero, existen varios aspectos a tomar en cuenta, primeramente se toma en cuenta la edad del niño pues efectivamente un niño de 4 o cinco años no emitirá una opinión con uso de razón por lo tanto debe poder hacerse una diferencia en cuanto a dicha intervención, que esta sea una opinión emitida con sinceridad o si está implícita la alienación parental y verse tremendamente influenciado por la persona con quien vive. En cuanto a la modificación de la sentencia en la cual se otorgue el cuidado personal, claramente recordamos que este tipo de procesos judiciales no causa estado y en cualquier momento se pueden modificar siempre y cuando sea de beneficio para el niño. En relación

a la custodia compartida, tajantemente expreso que nunca se ha visto en dicha situación pues considera que para esto se necesitan una serie de requisitos los cuales a su criterio están lejos de cumplirse por la falta de madurez que existe en los padres por lo tanto no dictado ninguna sentencia en la cual se otorgue una custodia compartida pero que, si se diera el caso en el que los padres llenaran los requisitos necesarios, no vería ningún problema en otorgarla.

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
TEMA: CRITERIOS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA PARA OTORGAR EL CUIDADO
PERSONAL DEL HIJO O HIJA EN LA SEPARACION DE LOS PADRES EN
LA ZONA ORIENTAL 2010-2015.

Licenciado Saúl Alberto Zuniga Cruz

Juez Del Juzgado Segundo De Familia, San Miguel

¿Cuáles son los criterios que se toman en cuenta al momento de otorgar el cuidado personal de los hijos?

Para nosotros los criterios a tomar en cuenta para otorgar el cuidado personal de los hijos, en principio es lo que establece el artículo 216 inciso tercero del Código de Familia, esos son los criterios, el padre o madre que mejor garantice el bienestar del hijo tomando en cuenta diversas circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica, eso es lo básico, lo legal y lo estándar para otorgar un cuidado personal; el progenitor que mejor garantice su bienestar , ese es el famoso interés superior del niño, niña o adolescente, el cual fue tomado del derecho anglosajón, solo que ellos lo ven como mejor interés y nosotros como mejor bienestar.

A este articulo 216 del Código de Familia le insumamos el artículo 12 de la Ley Especial para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia haciendo referencia que al interpretar la norma siempre buscara el interés superior del niño, niña o Adolescente; sobre este tema se parte de la idea desde el abordaje de los NNA se habla de una visión adultista y una visión de interés superior del niño, el abordaje es que ¿cuál de los intereses se protegerá? El adulto tiene visión, tiene un interés, pero ese bienestar del adulto se debe analizar si estará acorde con el bienestar del niño de ahí se parte el análisis, ya que el interés del adulto no siempre es lo que más le beneficia al niño o pueda ser que le perjudique, el cuidado personal tiene que girar en aquello que le beneficie al NNA, aunque en algunos casos los intereses coinciden pero no siempre; se parte desde esas dos visiones

la adultista y la de interés superior, por tanto todo lo atinente a la decisión de otorgar un cuidado personal se hará en base a la Convención de los Derechos del Niño, la Ley Especial para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y el Código de Familia, de ahí se formula la visión del interés superior del niño, se debe analizar si ese padre o madre tiene y posee esas condiciones para darle ese bienestar integral al niño, una situación es lo que el adulto quiera otra es lo que más le beneficie al NNA. El artículo 216 del Código de Familia habla también a tomar en cuenta la edad del niño, ya que un niño o niña de dos años de edad requiere de más cuidados y atención, ese es un elemento importante a valorar, buscar el bien del niño tomando en cuenta su edad. Hay otros criterios que ya la jurisprudencia los ha dado como lo es la no separación de los hermanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que al decidir sobre cuidado personal hay que apartarse de los estereotipos y buscar lo objetivo de la situación, lo objetivo y lo más beneficioso para el niño, dejar de lado las concepciones y estereotipos para ser objetivos de la situación, no en lo que se piensa o se cree, y en caso de que ninguno de los padres sea idóneo se procederá en base al artículo 130 de la Ley Procesal de Familia tomando medidas provisionales, confiando provisionalmente el cuidado a un tercero, y como última instancia la institucionalización.

¿Considera usted que la opinión del hijo incide en la decisión del juez para otorgar el cuidado personal?

En base al artículo 94 de la Ley Especial para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se toma en cuenta, él es una persona que tiene derechos, y se le recibirá la opinión al niño cuando tenga la edad para hacerlo y se le debe de tomar en cuenta porque es uno de los derechos de los niños y niñas los cuales son sujetos de derechos es decir son personas, se dejan de ver como objetos, pero a la vez se analiza la opinión del niño por que existe en muchos casos que detrás de ello este una alineación parental, el famoso síndrome de alienación parental que consiste en influenciar al NNA por uno de los padres o cuidadores, ya que quienes los cuidan no siempre son los padres, pueden ser los abuelos quienes los induzcan a decir algo, y ello puede ir en contra del interés superior del NNA.

¿Puede el padre o la madre que ha perdido el cuidado personal, recuperarlo?

Si, el artículo 83 del Código Procesal de Familia establece que esa situación no causa cosa juzgada, en cualquier momento puede.-

¿Puede el padre que no obtuvo el cuidado personal pedir la modificación de la sentencia?

Igualmente puede el padre o madre que no se le otorgo el cuidado personal a su favor pedir la modificación de la sentencia, igual se puede proceder en base al artículo 83 del Código Procesal de Familia.

¿Existe la custodia compartida? ¿Cuál es su opinión sobre ello?

Nosotros la hemos derivado de la Convención de Los Derechos del Niño y del artículo 12 de la Ley de Familia, pero no es porque exista una disposición que diga que si se puede, sino que como juzgadores lo hemos derivado, el problema del cuidado personal es que el padre o madre que no se le concedió el cuidado personal piensa que esta derrotado, los padres lo ven como ganar o perder; pero lo que sucede es que al progenitor que le den el cuidado personal tiene derecho a compartirlo, el proceso de familia tiene una característica especial ya que no es ganar o perder lo que se busca, sino el mejor bienestar del grupo familiar, el Derecho de Familia es diferente ya que lo que se discute y sus decisiones son en razón a la familia, el bienestar para los hijos sean estos NNA.

¿Considera que es indispensable aplicar el principio de interés superior del niño para emitir una resolución judicial?

Yo creo que la respuesta es obvia, que el interés superior del NNA es el faro a buscar a la hora de tomar decisiones. Es imperativo y de obligatorio cumplimiento valorar el interés superior del niño niña o adolescente en las resoluciones judiciales, artículo 1 LEPINA y Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño

A parte de los aspectos que menciona el Código de Familia en cuanto al cuidado personal, ¿existen otros que son tomados en cuenta para emitir una resolución?

Se habla de los criterios de la jurisprudencia, de las cámaras de familia, como el criterio de la no separación de los hermanos o principio de unidad filial que procura que los hermanos permanezcan juntos, el status quo, haciendo referencia a mantener las condiciones que el niño o niña ha mantenido ya que se encuentran acomodados a las costumbres y rutinas del hogar donde viven, y que generalmente han establecido estrechos lazos. Hay otros tipos de decisiones del juzgador como es ver lo objetivo de la situación dejar de lado los estereotipos y creencias, dejar de lado las concepciones y ver lo objetivo, buscar el bienestar del NNA; en conclusión el cuidado personal se acompaña con las relaciones y trato y cuota alimenticia, ya que la ley ya lo establece diciendo que quien no tenga el cuidado personal del hijo o hija tiene derecho a mantener las relaciones y trato y cuota alimenticia y el otro a no impedirla. Además de los parámetros consignados en el Código de Familia debe tomarse lo consignado en el artículo 21 LEPINA para garantizar un nivel de vida digno y adecuado.

Análisis de la entrevista 3

Juez Del Juzgado Segundo De Familia, San Miguel

Lic. Saúl Alberto Zuniga Cruz

Las Anteriores preguntas y respuestas versan sobre la materia de cuidado personal con una relación directa y singular sobre la familia, con la finalidad de examinar y determinar cuáles son los criterios de atribución que consideran los Jueces de Familia a la hora de entregar a uno u otro progenitor el cuidado personal de los hijos, cuáles son los criterios de determinación del régimen de relación directa y regular, cuáles son las problemáticas que a la hora de resolver estos conflictos enfrentan los jueces, analizar la participación de los diferentes individuos afectados por la crisis familiar tanto el padre como la madre y familiares cercanos, entre otros objetivos, todo ello bajo el prisma de los principios del derecho de familia y el interés superior del niño. A partir de estas respuestas comprobar si la aplicación de la normativa vigente se condiciona con la realidad Salvadoreña y permite que en la práctica, las crisis familiares sean resueltas por los jueces de la manera más adecuada a las necesidades de cada familia estableciendo diferentes criterios a tomar en cuenta. Para lograr tal cometido se realizó un análisis de las diferentes preguntas y sus respuestas emanadas de los conocedores del derecho de familia y juzgados de familia de nuestro país, con el objeto de obtener una visión generalizada de los razonamientos jurídicos utilizado por nuestros jueces, concluyendo, a partir de las respuestas analizadas, que es necesario realizar reformas legislativas respecto a las materias de cuidado personal, respecto a los criterios a tomar en cuenta por los jueces a la hora de otorgar un cuidado personal ya que no se encuentran taxativamente regulados en el Código de Familia, por lo que los jueces a la hora de juzgar lo hacen tomando como base algunos parámetros establecidos en el artículo 216 inciso tercero del Código de Familia y más que todo en base a la sana crítica y los principios del interés superior del niño, para que las resoluciones de los conflictos de familia se adecuen a la realidad social imperante en nuestro país y, especialmente, sean las más acertadas a las necesidades de cada familia.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
TEMA: CRITERIOS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA PARA OTORGAR EL CUIDADO
PERSONAL DEL HIJO O HIJA EN LA SEPARACION DE LOS PADRES EN
LA ZONA ORIENTAL 2010-2015.

Licenciado Juan Leonel Villalobos Echegoyen

Procurador Auxiliar De Familia, Sede La Unión

¿Cuáles son los criterios que se toman en cuenta al momento de otorgar el cuidado personal de los hijos?

La idoneidad de los padres, como por ejemplo que los padres tengan la disponibilidad de cuidar a sus hijos, que no adolezcan de ninguna discapacidad y que no tengan algún tipo de vicio progresivo, ya que si bien es cierto en los hogares hay un progenitor que reclama los hijos ya sea por romper con el vínculo matrimonial, el padre o madre tendrán el derecho de obtener el cuidado personal de los hijos siempre que reúna los requisitos para otorgárselo, en caso que ninguno de los padres sea idóneo se buscara el familiar más próximo podre tener el acogimiento, y si no existe ningún familiar, se buscara un hogar sustituto, que en caso extremo seria institucionalizarlo en lugares como el ISNA, pero en conclusión los parámetros para otorgar el cuidado personal es demostrar la idoneidad del padre de cuidar de sus hijos, y la disponibilidad de cuidarlos y protegerlos, es de tomar en cuenta que la capacidad económica ayuda un poco ya sea de un padre o de otro, el hecho de que un padre tenga mayor capacidad económica para mantener a su hijo no significa que el otro progenitor que le desfavorece no sea idóneo o que no lo pueda cuidar, ya que no siempre el que tiene el mejor trabajo es el que lo puede cuidar mejor, ya que el otro progenitor podrá tener toda la disponibilidad para cuidarlo. En el transcurso del proceso se dan otras situaciones como lo es la edad progresiva del niño, niña o adolescente, el juez puede tomar como criterio también la opinión del niño siempre y cuando mediante un estudio realizado

por el equipo multidisciplinario demuestre en su informe que este niño o niña no se encuentra influenciado por alguno de los padres.

¿Considera usted que la opinión del hijo incide en la decisión del juez para otorgar el cuidado personal?

Considero que si incide de acuerdo a la capacidad progresiva de sus facultades tal como lo establece la LEPINA, aunque puede suceder que el niño este influenciado por uno de los padres y para ello existe un equipo multidisciplinario en cada juzgado de familia, donde el juez analiza de acuerdo el estudio realizado por el psicólogo si este niño o niña está siendo influenciado por alguno de los padres.

¿Puede el padre o la madre que ha perdido el cuidado personal, recuperarlo?

si puede recuperarlo, en el caso concreto que ya se ha dictado una sentencia y se le otorga el cuidado personal a uno de los padres, se podrá hacer una modificación de la sentencia, es un nuevo juicio pero se va a modificar lo que ya está, y eso cuando el niño, niña o adolescente se encuentra en riesgo con el padre que se le ha otorgado o si han surgido nuevos cambios en el cuidado personal por uno de los padres, como por ejemplo puede darse el caso que el padre quede incapaz totalmente, o que viaje a los Estados Unidos, la madre podrá tener el cuidado personal pero en forma material, entonces se podrá pedir la modificación de la sentencia por dichos hechos para que la madre pueda obtener el cuidado personal de manera formal por medio de la modificación de la sentencia.

¿Puede el padre que no obtuvo el cuidado personal pedir la modificación de la sentencia?

si puede pedir la modificación de la sentencia, en base al artículo 83 del Código Procesal de Familia ya que este tipo de sentencias como lo es el cuidado personal de los hijos no causa cosa juzgada y las cuales podrán modificarse de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Código de Familia y Código Procesal de Familia

¿Existe la custodia compartida? ¿Cuál es su opinión sobre ello?

puede existir dependiendo la edad del niño siempre y cuando no se interrumpan los estudios, ya que pueden tenerlo tres días un padre y tres días la madre, aunque en el código de familia no está regulado, pero si existe la custodia compartida en aquellos casos que no

se afectare por ejemplo los estudios del niño, niña o adolescente, que existiera un régimen de visitas para los padres regulado en base a las relaciones y trato, pero todo ello es a criterio del juez si otorga de esa manera la custodia compartida dependiendo su sana crítica y los informes por parte de los equipos multidisciplinarios.

¿Considera que es indispensable aplicar el principio de interés superior del niño para emitir una resolución judicial?

Si es indispensable porque en la actualidad el niño, niña o adolescente ya no es objeto sino sujeto de derechos al cual se le deben garantizar todos sus derechos, así como también lo ha establecido la Convención Internacional de Niño del artículo 5 en adelante, antes de tomar una decisión el juez debe aplicar el principio del interés superior del niño en base al artículo 12 de la LEPINA.

A parte de los aspectos que menciona el Código de Familia en cuanto al cuidado personal, ¿existen otros que son tomados en cuenta para emitir una resolución?

Si se pueden aplicar diferentes criterios aparte de los ya establecidos depende la calidad del juez para analizar determinadas situaciones del cuidado personal en base a la sana crítica, otros tipos de criterios son que si existen precedentes de otras instituciones tales como el CONNA a, el juzgado especializado de la niñez y adolescencia (JENA), precedentes tales como que en esas instituciones se realizan estudios por parte de los trabajadores sociales, psicólogos, ya que si el niño se ha encontrado en una situación riesgosa con uno de los padres, el juzgador toma como parámetro la opinión y los estudios realizados por dichas instituciones como precedente para otorgar un cuidado personal ya sea de forma provisional o definitiva.

Análisis de la entrevista 4

Procurador Auxiliar De Familia, Sede La Unión

Lic. Juan Leonel Villalobos Echegoyén

Cuando el cuidado personal es otorgado a uno de los padres por el juez, debemos entender que uno de los padres se opone a que el cuidado sea detentado por el otro progenitor, por tanto pueden existir diversas facultades a la hora de otorgar el cuidado personal, ya que el

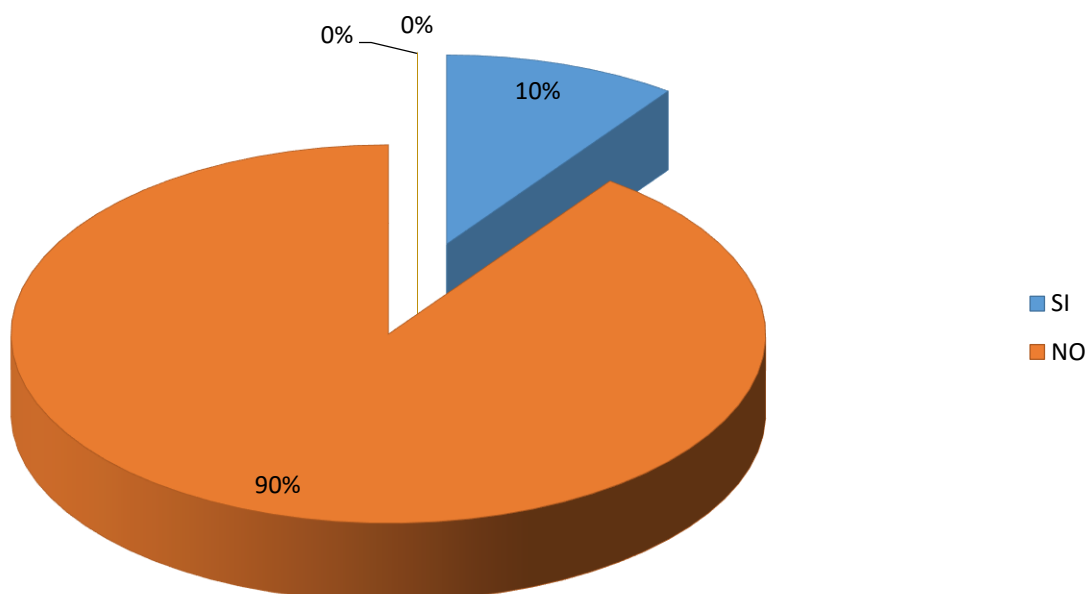
juez debe analizar a ambos padres si cada quien cumple con los requisitos como la idoneidad, la disponibilidad de cuidarlo y darle afectividad, así como también aquellas circunstancias de índole moral, económica, ambiental, familiar y afectiva para con sus hijos y todo ello sólo ayudaría a fomentar la corresponsabilidad de los padres. Por otro lado, distinto sería si ambos padres solicitaran al juez la posibilidad de compartir el cuidado personal mediante una decisión consensuada entre ellos, ya que la relación fuera de conflictos entre los progenitores contribuye a la buena comunicación que éstos tengan con sus hijos y propende claramente a la estabilidad emocional de estos y a su interés superior.

En resumen nuestra legislación debe contribuir a generar las condiciones que permitan proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, entendiendo está en un sentido amplio, que padres e hijos puedan desenvolverse de la forma más normal luego de una separación, y que si bien el cuidado personal compartido es una herramienta que permite fortalecer el cuidado sobre los hijos y a la vez la corresponsabilidad entre los padres, y aunque no se les haya otorgado el cuidado personal de forma compartida, de igual forma el padre desfavorecido tiene el derecho y el deber de contribuir con el cuidado personal de sus hijos, teniendo el derecho de tener relación directa con sus hijos por medio de las relaciones y trato y que a la vez tiene el deber de contribuir con una cuota alimenticia para sus hijos correspondiendo ello al interés superior del niño, niña o adolescente.

5.2 Poblacional

En esta investigación, la población a la cual se le tomaran datos en las encuestas y entrevistas, y que de las cuales saldrán beneficiadas con la presente investigación respecto nuevos conocimientos en relación al otorgamiento del cuidado personal de los hijos en la separación de los padres, es la población de padres de familia de la ciudad de San Miguel, departamento de San Miguel, y en los juzgados de familia del mismo departamento.

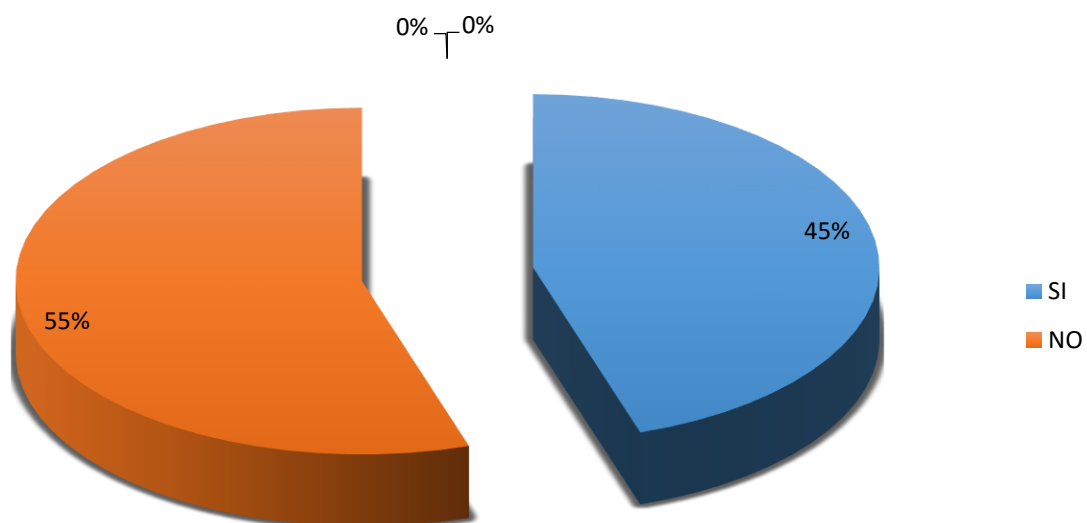
¿Se ha visto relacionado alguna vez con un proceso judicial de Divorcio o separacion de conyuges en el cual hubiesen hijos de por medio?



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	10	10%
NO	90	90%
TOTAL	100	100%

Análisis: En consonancia con los datos, el noventa por ciento de la población encuestada nunca se ha visto relacionada en un proceso judicial de divorcio o separación de los cónyuges en el cual hubiesen hijos de por medio

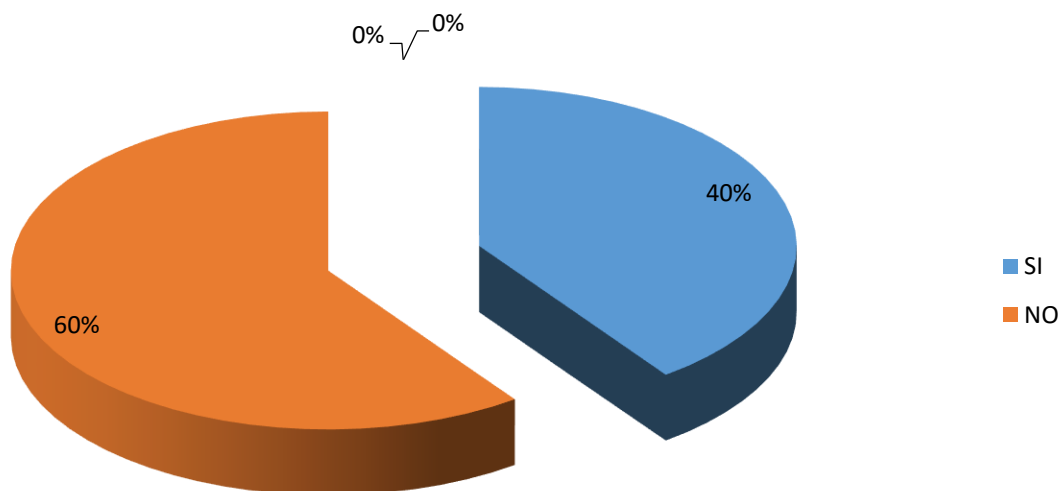
¿Conoce usted la totalidad de derechos y deberes tanto de los padres, como de los niños, niñas y adolescentes en la convivencia familiar?



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	45	45%
NO	55	55%
TOTAL	100	100%

De acuerdo con la encuesta realizada a la población, existe una desinformación o falta de conciencia social sobre los derechos y deberes tanto de los padres como de los hijos en la convivencia familiar, propiciando así conflictos familiares que pueden desencadenar en la separación de los cónyuges.

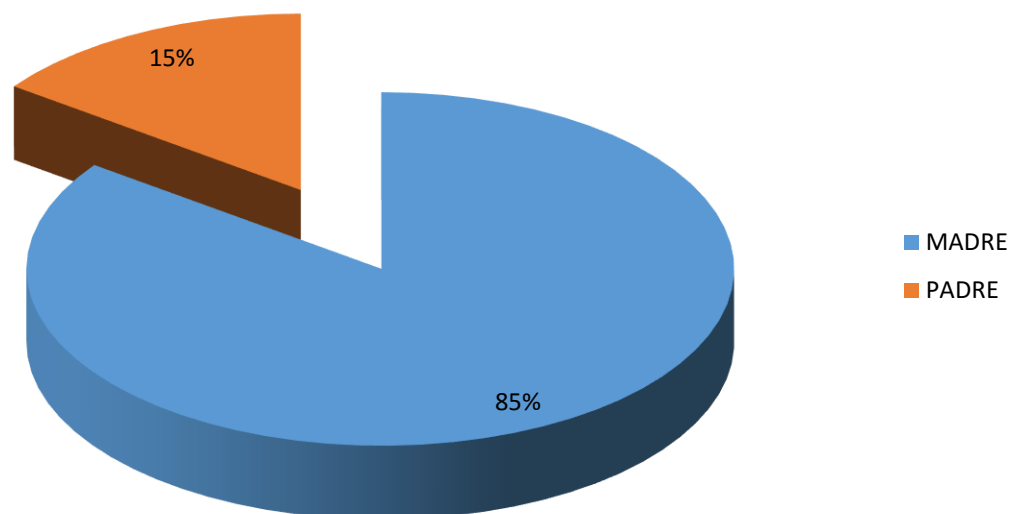
¿Conoce usted cuales son criterios que toman en cuenta los jueces de familia para determinar el otorgamiento del cuidado personal de los hijos?



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	40	40%
NO	60	60%
TOTAL	100	100%

En relación a los resultados obtenidos por medio del instrumento que se aplicó a la población, se logra observar que el sesenta por ciento de esta no tiene conocimiento de aquellos criterios que son tomados en cuentas por los juzgadores de familia al momento de otorgar el cuidado personal de los hijos, situación que puede venir a afectar en cierta manera los intereses de alguna de las partes intervinientes del proceso.

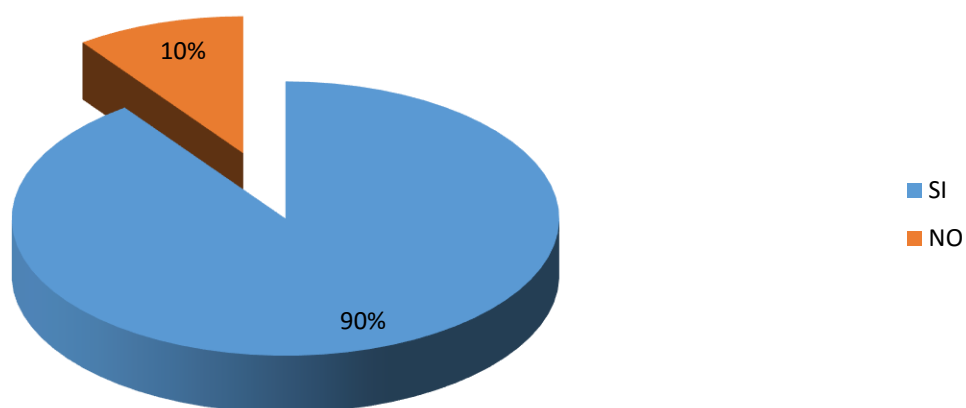
¿Cual de los conyuges le parece mas idoneo para ejercer el cuidado personal de los hijos?



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
MADRE	85	85%
PADRE	15	15%
TOTAL	100	100%

En esta interrogante, el ochenta y cinco por ciento de la población considero que aquella persona más indicada para ejercer el cuidado personal de los hijos era la madre argumentando cuidado, tiempo, dedicación y abnegación por parte de ella.

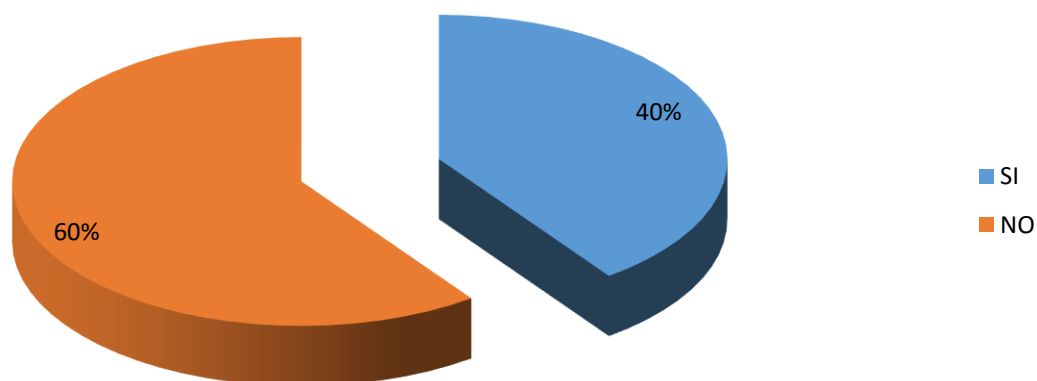
¿Cree usted que además de los padres, puede haber un tercero con mayor idoneidad o capacidad para ejercer el cuidado personal de un niño, niña o adolescente?



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	90	90%
NO	10	10%
TOTAL	100	100%

En esta interrogante el mayor porcentaje que es el noventa por ciento de la población considera que pueden existir otras personas además de los padres que son idóneos para ejercer el cuidado personal del niño, niña o adolescente y que le garanticen de mejor manera los derechos a estos.

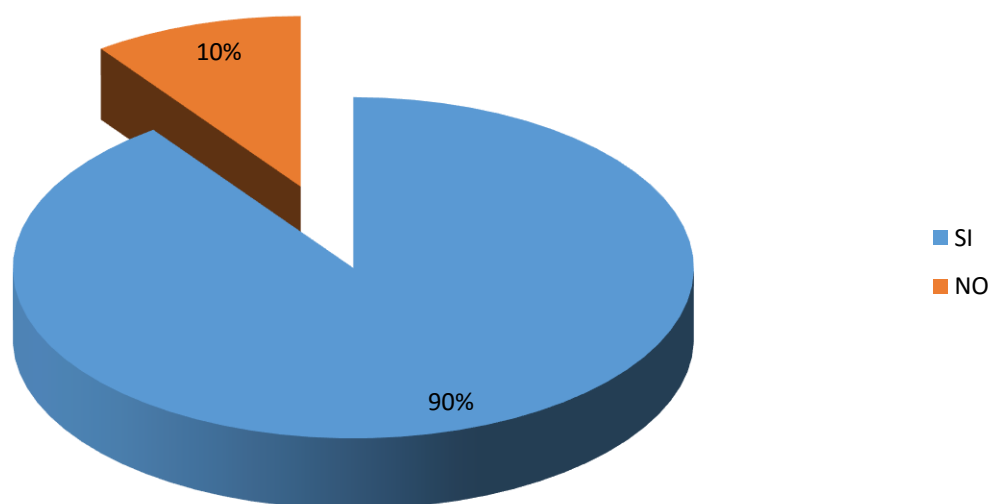
¿Considera usted que una persona homosexual puede ejercer de manera íntegra y cumplida el cuidado personal de un niño, niña o adolescente?.



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	40	40%
NO	60	60%
TOTAL	100	100%

De acuerdo a la encuesta realizada, la población en un sesenta por ciento considera que una persona homosexual no puede ejercer de manera íntegra y cumplida el cuidado personal de un niño, niña o adolescente, algo aún más llamativo es que aluden, que una persona homosexual no puede ejercer dicho cuidado ya que los niños crecerán con muchos prejuicios, sin darse cuenta que esta afirmación es un prejuicio en sí.

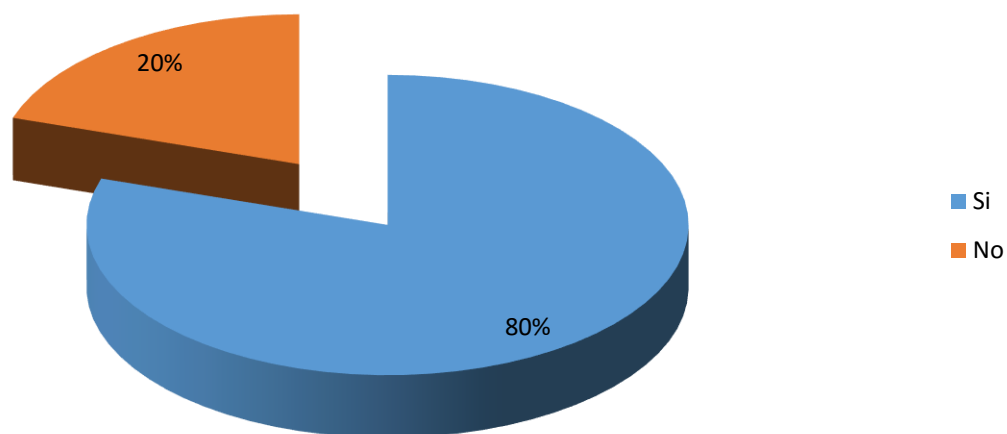
¿Considera usted que el desempleo afecta directamente en la decisión de los jueces de familia al momento de otorgar el cuidado personal del niño niña o adolescente?



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	90	90%
NO	10	10%
TOTAL	100	100%

En correlación al sondeo realizado, la población considera que el desempleo es un factor que debe de tomar en cuenta el juzgador al momento de emitir una resolución, puesto que una persona desempleada no garantiza las necesidades básicas de los niños, niñas y adolescentes.

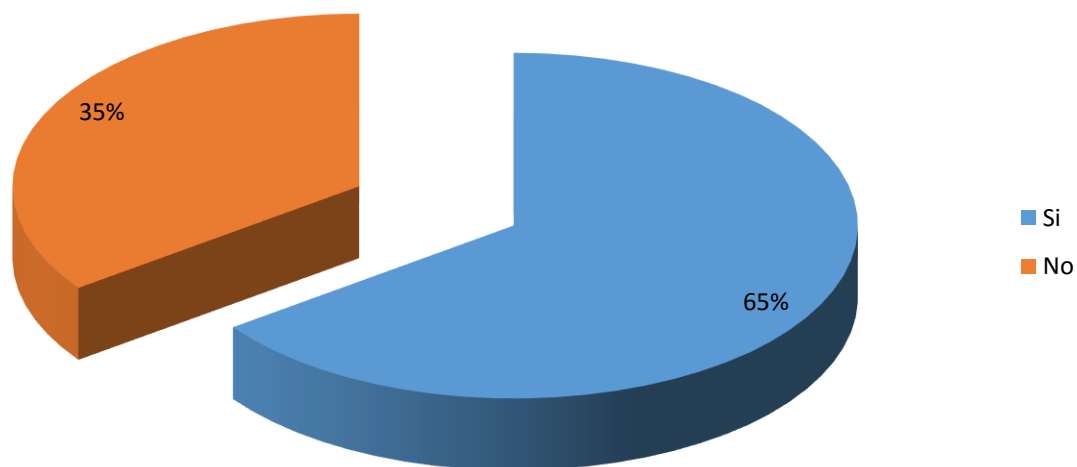
¿En caso de que usted se viese involucrado en una situación con respecto a las preguntas anteriores, conoce las entidades encargadas de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes?.



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	80	80%
NO	20	20%
TOTAL	100	100%

En la realidad actual y según la encuesta realizada, la población en un ochenta por ciento si conoce cuales son aquellas entidades correspondientes a las cuales puede acudir en caso de ser parte en un proceso de cuidado personal.

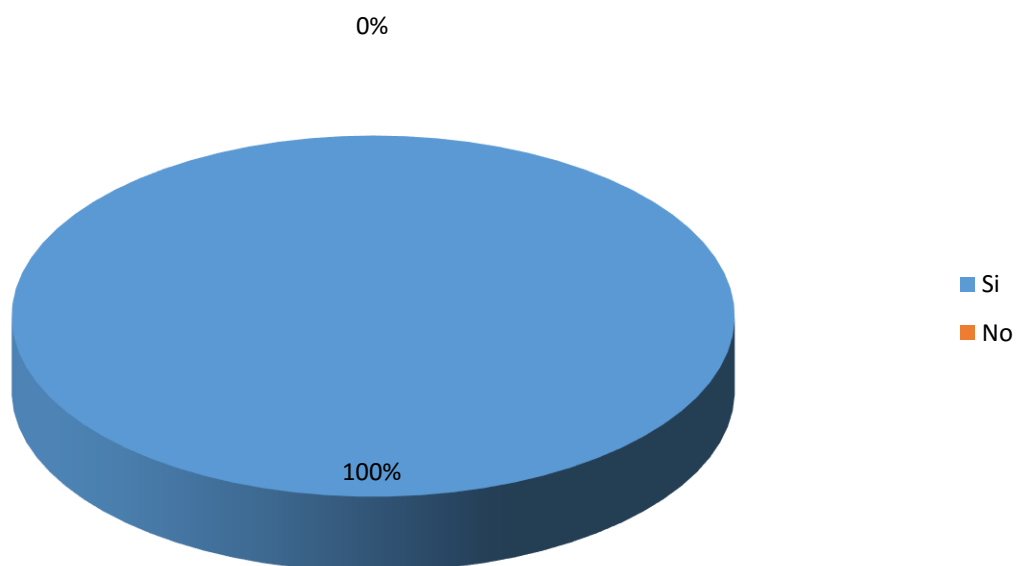
¿Si usted fuese parte en un proceso judicial relacionado al cuidado personal de sus hijos aceptaría la resolución emitida por un juez aun cuando esta no fuese favorable a su persona?.



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	65	65%
NO	35	35%
TOTAL	100	100%

El mayor porcentaje de la población encuestada, considera que al no resultar favorable la resolución judicial la aceptarían, lo que demuestra cierto grado de madurez en las personas y que es un punto muy importante en el desarrollo psico-social del niño, niña o adolescente que se ve envuelto en un proceso de este tipo, pues recordamos que lo principal es la búsqueda del bien superior del niño.

¿Si a usted como padre de familia se le denegara la custodia de sus hijos, continuaria apoyandolos economicamente?.



Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	100	100%
NO	0	0%
TOTAL	100	100%

Dentro de la población encuestada, a pesar de no resultarles favorable la decisión judicial a uno de ellos consideran que es de su responsabilidad apoyar económicamente a sus hijos y resultado de esto, el cien por ciento de la población encuestada dijo que aunque se les denegara la custodia de sus hijos ellos continuarían apoyándolos no solo económicamente sino también moralmente.

CAPITULO VI

6.1 CONCLUSIONES.

En El Salvador, es a partir de Octubre de 1994, cuando entro en vigencia la Legislación Familiar en donde se dan cambios que reflejan un equilibrio dentro de la sociedad, estableciendo los criterios para otorgar el cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes; El cuidado personal, siempre se otorgara a la persona que cumpla y reúna las condiciones favorables para el niño, y que le ofrezca un ambiente sano. Aparejado a esto, se deben cumplir con los aspectos más importantes como: La educación, cuidado, crianza, protección, afecto y cariño de los padres tal como se establece en el Código de Familia, se tiene muy claro que el factor afectivo en relación a los hijos y padres, el cual en caso de terceras personas es un factor muy importante a la hora de fallar y en consecuencia aunque no es factor indispensable o principal, pero si determinante para garantizar de alguna manera el desarrollo físico y emocional que todo niño, niña o adolescente tiene derecho respecto de sus alimentantes, como lo es el factor económico.

Asimismo el cuidado personal y la representación legal de los niños, están a cargo de los jueces de Familia, a través de cada una de las bases legales que han sido creadas por nuestros legisladores con miras a satisfacer las necesidades y proteger de manera especial a los niños, niñas y adolescentes en aquellos casos en que los padres no se ponen de acuerdo quién de ellos va a cuidar de los hijos, o si el juez considera que ninguno de estos es apto de ejercer su cuidado, porque no cumple con los requisitos para poder brindar al hijo la seguridad y protección que los juzgadores buscan dentro de cada proceso tomando en consideración el principio de interés superior del niño y estudiado el caso concreto en base a la sana critica al momento de emitir una resolución.

Se llega a la conclusión, después de un análisis exhaustivo de la investigación que el eje trasversal tomado en cuenta por los juzgadores de familia al momento de tomar una decisión sobre el otorgamiento del cuidado personal siempre será el interés superior del niño, pues su función es basada en esta visión, la cual riñe directamente con la visión adultista, pues lo que se busca es el beneficio del niño niña o adolecente.

De igual manera se afirma, con base en las entrevistas realizadas a los juzgadores de familia, que los criterios judiciales argumentados por estos, para otorgar el cuidado personal son adecuadamente sustentados, pero sin embargo, efectivamente existen situaciones en las cuales el juzgador de familia puede verse rebasado por el cansancio aunado al abarrotamiento de la función judicial y es en este tipo de situaciones donde se llegan a dejar de lado parámetros fundamentales al momento de tomar una dedición sobre el tipo de proceso objeto de estudio.

También se puede afirmar que existe una evidente desinformación o una falta de conciencia social sobre los derechos y deberes tanto de los padres como de los niños niñas y adolescentes en la convivencia familiar, situación que viene a generar problemas en el núcleo familiar y que es una de las principales fuentes de problemas intrafamiliares, que vienen a desencadenar en la separación de los cónyuges o convivientes generado así situaciones anómalas para los hijos, cuando así es el caso.

Asimismo se puede ratificar que, si bien es cierto, la jurisprudencia ha logrado suplir, algunas lagunas de ley que existen en materia de familia, es absolutamente necesaria que estas lagunas sean subsanadas de manera positiva por medio de la reforma y creación de leyes, las cuales establezcan de manera íntegra los criterios introducidos al ámbito jurídico por medio de la jurisprudencia.

Igualmente se sostiene, que en algunas de las ocasiones las decisiones que son tomadas por lo juzgadores no son acatadas por uno o ambos cónyuges que son parte del proceso, y no solamente por aquel a quien no se le ha sido otorgado el cuidado personal de el o los hijos, sino que inclusive, existen ocasiones en las cuales, la parte a la cual ha sido conferido el cuidado personal llega a incumplir con dicha decisión, obstaculizando las relaciones y trato que debe tener el hijo o hija con su padre o madre, cual sea el caso y que por la débil o carente vigilancia por parte de las instituciones estatales y del mismo juzgado, se ven desnaturalizados los criterios valorados por el juez y el fin con el cual se tomó la decisión, que es el Interés Superior del Niño.

6.2 RECOMENDACIONES

Al Estado.

Si bien es cierto que la legislación actual está en función de los derechos e intereses de la familia, es responsabilidad del Estado velar por que las mismas se hagan efectivas y que sean cubiertos todos los vacíos existentes en la Legislación de Familia, así como también que toda nueva ley o reforma relacionada, sea destinada a regir a los niños, niñas o adolescentes con esa misma finalidad, por lo tanto, es el estado quien debe crear políticas de país, vinculantes y a largo plazo basada en leyes, directrices y circulares administrativas por medio de las cuales se le pueda dar un seguimiento riguroso a la actividad judicial en aras de hacer efectivo el interés superior de todo niño.

A los juzgadores de familia

Consideramos que el Juez debería de involucrar de forma más activa los estudios realizados por el equipo multidisciplinario y así poder formarse una idea más objetiva de la situación de los cónyuges; además hacer una inspección efectiva y sobre todo interesada, en todos los casos , sobre los cuales haya sido tomada una decisión de otorgamiento del cuidado personal de un niño niña o adolescente, para poder garantizar efectivamente y que se cumpla a cabalidad la decisión que ha sido tomada para garantizar el interés superior del niño, dado que en la práctica esta finalidad se desnaturalizan, debido a la tendencia en el comportamiento de los padres después de separados, ya que algunos optan por no obedecer las decisiones de los juzgadores y al no darse este cumplimiento, los criterios argumentados por los juzgadores de familia pierden su efectividad.

Recomendamos, que en aquellos casos en que la madre o el padre incurran en delitos que menoscaben la integridad tanto física como mental de los hijos, el Juez declare la pérdida total de la Autoridad Parental sobre todos los hijos, cuando así fuese el caso, aunque dicha agresión hubiese sido cometida en uno solo de ellos.

A la Asamblea Legislativa

Recomendamos que se legisle en materia de familia, con la modificación del artículo 216, inciso tercero en su texto “De no mediar acuerdo entre los padres o de ser este

atentatorio al interés del hijo, el juez confiara su cuidado al padre o madre que mejor garantice su bienestar, tomando en cuenta su bienestar y las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica que concurran en cada caso. Se oirá al hijo si fuere mayor de doce años y en todo caso al Procurador General de la República quien fundamentara su opinión en los estudios técnicos” sugiriendo que se agreguen criterios que de manera jurisprudencial son tomados en cuenta como son la no separación de los hermanos, el mantenimiento del status quo, siendo establecido de la siguiente manera: “De no mediar acuerdo entre los padres o de ser este atentatorio al interés del hijo, el juez confiara su cuidado al padre o madre que mejor garantice su bienestar, tomando en cuenta su bienestar y las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica que concurran en cada caso, además del principio de unidad filial y el mantenimiento del status quo. Se oirá al hijo si fuere mayor de doce años y en todo caso al Procurador General de la República quien fundamentara su opinión en los estudios técnicos.

De igual manera, con base en el estudio realizado, podemos destacar los beneficiosos efectos que produce la custodia compartida en las relaciones de padres e hijos; la cual no se encuentra taxativamente establecida en la legislación salvadoreña por lo que recomendamos hacer una reforma a la misma para que esta sea introducida y se establezca de manera literal.

A la población en general.

Que cada persona perteneciente a la sociedad tenga la diligencia y preocupación para educarse en sentido de los derechos y obligaciones que como individuos pertenecientes a un núcleo familiar debemos cumplir y velar por su cumplimiento, pues a través del estudio realizado, se logró percibir un alto grado de desinformación y de mala información en la población, por lo tanto es menester la educación de la sociedad.

CAPITULO VII.

7.1 REFERENCIAS.

7.1.1 Bibliografía real.

1. Documento base y exposición de motivos del Código de Familia, Tomo II, Primera Edición 1994, págs. 651.
2. CALDERON BUTRIAGO, Anita. Manual de Derecho de Familia. Editorial Printed in El Salvador. Primera Edición. El Salvador, 1994, págs. 73
3. Ibidem.
4. Messineo, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo III, Buenos Aires, Edición Jurídicas Europa-América, 1957, Pág. 136
5. CALDERON DE BUITRAGO, Anita, Manual de Derecho de Familia, Editorial Printed in El Salvador, Primera Edición, El Salvador, 1994, Págs. 73
6. Zannoni, Eduardo. “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”, 1994, Pág. 424
7. León Jaramillo, Gustavo, “DERECHO DE FAMILIA Y DE MENORES”, 1991, Pág. 155
8. Grosman - Mesterman, “MALTRATO AL MENOR”, 1992, Págs. 90-92.
9. Calderón de Buitrago, Anita y Otros, “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”, 1995, Pág. 592.
10. Duhalt. Sara, “DERECHO DE FAMILIA”, 1990, Pág. 339.
11. López del Carril, Julio, “PATRIA POTESTAD, TUTELA Y CURATELA”, 1993, Pág. 9.
12. López del Carril, Julio, “PATRIA POTESTAD, TUTELA Y CURATELA”, 1993, Págs. 11-13.
13. Vásquez López, Luis, “FORMULARIO PRÁCTICO DE FAMILIA”, 1994, Pág. 152.
14. BONILLA de AVELAR, Enma Dinorah, y otros, Manual de derecho de familia, Ob. Cit. Pág. 592
15. ALVARADO BONILLA Daniel, Derecho de Familia Centro Americano, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2010. Pág. 213-215
16. CODIGO DE FAMILIA, D.L. N°677, D.O. N°231, TOMO 321, Título Preliminar.

17. BONILLA de AVERLAR, Emma Dinorah y otros, Manual de Derecho De Familia, Editorial Printed in El Salvador. Primera Edición. El Salvador, 1994.
18. Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Familia, Tomo II, CORELESAL, San Salvador. Pág. 651.
19. Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO DE FAMILIA”, 1996, Pág. 652.
20. López del Carril, Julio, “PATRIA POTESTAD, TUTELA Y CURATELA”, 1993, Pág. 34.
21. Calderón de Buitrago, Anita, “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”. 1995. Pág. 607.
22. Belluscio, Augusto César, “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA”, 1993, Pág. 300.
23. Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, “DOCUMENTO BASE Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE FAMILIA”, 1996, Pág. 657
24. Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE FAMILIA”, 1996, Pág. 657.
25. Grossman, Cecilia “MALTRATO AL MENOR”, 1992, Pág. 13.
26. Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, “DOCUMENTO BASE Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO DE FAMILIA”, 1996, Pág. 629.
27. ALVARADO BONILLA Daniel, Derecho de Familia Centro Americano, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2010. Pág. 197-202.
28. ALVARADO BONILLA Daniel, Derecho de Familia Centro Americano, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2010. Pág. 202-205.
29. Constitución de la República, Sección segunda, Capítulo II, artículo 32 D.O. No 234, Tomo 281, El Salvador 1983
30. Constitución de la República, Sección segunda, Capítulo II, artículo 34 D.O. No 234, Tomo 281, El Salvador 1983
31. Constitución de la República, Sección segunda, Capítulo II, artículo 33 D.O. No 234, Tomo 281, El Salvador 1983
32. Código de familia, Título Preliminar, Artículo 4.

33. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; Título I; Capítulo Único; Artículo 3
34. CODIGO DE FAMILIA, D.L. N°677, D.O. N°231, TOMO 321, *“Título iii deberes del estado, sistema nacional de protección a la familia, al menor y personas adultas mayores.”*
35. Art. 211-218, Libro Tercero, Capítulo II CODIGO DE FAMILIA, D.L. N°677, D.O. N°231, TOMO 321, El Salvador, 1993.
36. Principio 2, Declaración Universal de los Derechos del niño, ONU Doc. A/4354, New York, 1959
37. Principio 6, Declaración Universal de los Derechos del niño, ONU Doc. A/4354, New York, 1959
38. Principio 7, Declaración Universal de los Derechos del niño, ONU Doc. A/4354, New York, 1959
39. Art. 12, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San José Costa Rica, SERIE SOBRE TRATADOS, OEA, NO. 36 San José, 1969.
40. Art. 13, PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR", SERIE SOBRE TRATADOS, OEA, NO. 69, San Salvador, 1988
41. Art. 2, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006
42. Art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006
43. Art. 9, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006
44. Art. 18, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006
45. Art. 27, Convención sobre los Derechos del Niño, Imprenta Nuevo Siglo, Madrid, 2006

7.1.2 Bibliografía virtual.

http://es.wikipedia.org/wiki/Pater_familias#cite_note-1

7.1.3 De campo

- Lic. Juan Leonel Villalobos Echegoyén, Procurador auxiliar en el área de Familia de la ciudad de La Unión.
- Licda. Maritza del Carmen Santos Menjivar, Jueza Primero de Familia de la ciudad de San Miguel.
- Lic. Jorge Alberto Urquia Álvarez, secretario del juzgado Primero de Familia de la ciudad de San Miguel.
- Lic. Saúl Alberto Zuniga Cruz, Juez Segundo de Familia de la ciudad de San Miguel

7.2 Anexos

ANEXO 1

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
TEMA: CRITERIOS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA PARA OTORGAR EL CUIDADO
PERSONAL DEL HIJO O HIJA EN LA SEPARACION DE LOS PADRES EN
LA ZONA ORIENTAL 2010-2015.

Cuestionario a informantes claves.

¿Cuáles son los criterios que se toman en cuenta al momento de otorgar el cuidado personal de los hijos?

¿Considera usted que la opinión del hijo incide en la decisión del juez para otorgar el cuidado personal?

¿Puede el padre o la madre que ha perdido el cuidado personal, recuperarlo?

¿Puede el padre que no obtuvo el cuidado personal pedir la modificación de la sentencia?

¿Existe la custodia compartida? ¿Cuál es su opinión sobre ello?

¿Considera que es indispensable aplicar el principio de interés superior del niño para emitir una resolución judicial?

A parte de los aspectos que menciona el Código de Familia en cuanto al cuidado personal, ¿existen otros que son tomados en cuenta para emitir una resolución?

ANEXO 2

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
TEMA: CRITERIOS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIALES EN LA
LEGISLACION SALVADOREÑA PARA OTORGAR EL CUIDADO
PERSONAL DEL HIJO O HIJA EN LA SEPARACION DE LOS PADRES EN
LA ZONA ORIENTAL 2010-2015.

Cuestionario para ciudadanos.

1. ¿se ha visto relacionado alguna vez con un proceso judicial de divorcio o separación de cónyuges en el cual hubiesen hijos de por medio?
SI NO

2. ¿Conoce usted la totalidad de derechos y deberes tanto de los padres como de los niños niñas y adolescentes en la convivencia familiar?
SI NO

3. ¿Conoce usted cuales son los criterios que toman en cuenta los jueces de familia para determinar el otorgamiento del cuidado personal de los hijos?
SI NO

4. ¿Cuál de los cónyuges le parece más idóneo para ejercer el cuidado personal de los hijos?
MADRE PADRE

5. ¿Cree usted que además de los padres, puede haber un tercero con mayor idoneidad o capacidad para ejercer el cuidado personal de un niño, niña o Adolescente?

SI NO

6. ¿Considera Usted que una persona homosexual puede ejercer de manera íntegra y cumplida el cuidado personal de un niño, niña o Adolescente?

SI NO

7. ¿Considera usted que el desempleo afecta directamente en la decisión del juez de familia al momento de otorgar el cuidado personal del niño niña o adolescente?

SI NO

8. En caso de que usted se viese involucrado en una situación con respecto a las preguntas anteriores, ¿conoce las entidades encargadas de velar por los derechos de los niños niñas y adolescentes?

9. SI NO

10. Si usted fuese parte en un proceso judicial relacionado al cuidado personal de sus hijos aceptaría la resolución emitida por un juez aun cuando esta no fuese favorable a su persona.

11. SI NO

12. Si a usted como padre de familia se le denegara la custodia de sus hijos ¿continuaría apoyándolos económicamente?

13. SI NO

ANEXO 3**Cuadro Resumen de Sentencia de Apelación 53-A-2004, sobre MODIFICACIÓN DE SENTENCIA DE DIVORCIO.**

Tribunal:	Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador
Referencia:	53-A-2004.
Tipo de Proceso:	Proceso de apelación contra MODIFICACIÓN DE SENTENCIA DE DIVORCIO.
Demandante:	(...) representado por: Licenciado EDWIN FLORES MARTINEZ
Demandado:	(...) representada por: Lic. PABLO GABRIEL BUITRAGO CALDERON
Disposiciones Aplicadas:	<ul style="list-style-type: none"> a. Art. 32, 33, 34, 35 CN b. Arts. 4, 206, 211, 216, 217, 247, 248, 254, 344, 346, 350, 351 C. F c. 83 82, 83, 160, 161, 218 L.Pr.F. d. 427 y 428 C.Pr.C e. Arts. 3 y 9, de la Convención sobre los Derechos del Niño
Líneas y Criterios Jurisprudenciales:	<p>A. Como se sabe, de conformidad a los Art. 211, inciso 2º, 214 inciso 1º y 344 C.F., los padres están obligados a la crianza esmerada de sus hijos, a proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados, proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad, teniendo en cuenta en todo momento las capacidades, aptitudes e inclinaciones de los hijos, obligación que comienza desde la concepción misma y finaliza hasta que éstos hayan llegado a los dieciocho años, concluyan sus estudios o adquieran una profesión u oficio.</p> <p>B. Esta Cámara ha sostenido, en consonancia con lo previsto en el</p>

	<p>Derecho Internacional y la Constitución de la República. Art. 34 Cn; 3 y 9 de la Convención de Derechos del Niño y 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que los criterios legales a considerar para conferir dicho cuidado son: 1) El padre o madre que mejor garantice el bienestar de los menores; 2) La edad de los niños (as); 3) Las circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica del entorno hogareño en el que se pretende mantener a los niños (as); 4) La opinión de los menores, valorada mediante los estudios técnicos o el contacto que el Juez hubiere tenido con ellos. 5) Mantenimiento del statu quo. La doctrina y la jurisprudencia enseñan que no es conveniente separar a los menores del entorno familiar donde han permanecido por mucho tiempo, es decir, que no es conveniente desarraigarlos de su residencia de origen, a menos que hubiesen pruebas de que corren algún riesgo, ya sea físico, moral o social; 6) Que durante el período de lactancia los menores preferentemente deben estar al lado de la madre; 7) El principio de unidad filial, para que los niños(as) que sean hermanos entre sí permanezcan juntos.</p> <p>C. Por otra parte, es importante mencionar que en las entrevistas realizadas por el Tribunal a quo a los menores, han dejado entrever -principalmente el mayor de ellos - que prefieren continuar viviendo con su padre, quien en otro aspecto, es el principal proveedor para cubrir las necesidades de sus hijos, agregándose además en el estudio, que en alguna medida por el tiempo que convivieron con éste se han estrechado los lazos afectivos entre el padre y sus expresados hijos.</p>
--	---

ANEXO 4**Cuadro Resumen de Sentencia de Apelación 127-A-2006, sobre MODIFICACION DE LA SENTENCIA en lo referente al ejercicio del cuidado personal de los hijos.**

Tribunal:	Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador
Referencia:	127-A-2006.
Tipo de Proceso:	Proceso de apelación contra MODIFICACION DE LA SENTENCIA en lo referente al ejercicio del cuidado personal de los hijos.
Demandante:	(...) representado por: Licenciado ANGEL SAMUEL TORRES ROJAS
Demandado:	(...) representada por: Licenciada ANA RUTH PEREZ VALLE
Disposiciones Aplicadas:	<ul style="list-style-type: none"> a. Arts. 112, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 346, 350, 351 C.F. b. Arts. 7, 9, 52, 53, 56, 82 lits. c), d), 83, 93, 122, Art. 130 lit. J) 147, 149, 151, 156, 160, 161 L.Pr.F. c. Art. 321 C.Pr.C d. Art. 3 C.D.N. e. Art. 24 inc. 2° L.O.J.
Líneas y Criterios Jurisprudenciales:	<p>A. Los criterios legales para conferir el cuidado de un niño(a) son: (1) el progenitor que mejor garantice su bienestar, edad, circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica, Art. 216 C.F.; (2) el padre o madre que esté en mejores condiciones de proporcionar un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad. Art. 211 C.F.; (3) aquel (lla) que no impida las relaciones de trato con el progenitor que no ejerza su cuidado. Art. 217 C.F.; (4) la opinión del menor, Art. 351 N° 9 C.F., 7 lit. j) L.Pr.F., 3 C.D.N... Por vía jurisprudencial se han introducido otros criterios entre éstos la</p>

	<p>no separación de los hermanos, el mantenimiento del status quo (arraigo) que implica el lugar donde el menor ha desarrollado su vida y ha establecido lazos interpersonales</p> <p>B. para modificar sentencias es necesario que hayan variado las circunstancias bajo las cuales fue dictada, no exigiéndose un "cambio sustancial" de las circunstancias, pero sí razonable; por ello en cada caso deberá analizarse dicha razonabilidad. Tampoco se establece el límite de veces en que se puede pedir la modificación, por lo que cada caso podrá ser reexaminado cuantas veces concurren dichas circunstancias.</p> <p>C. Para el caso particular de cuidado personal, es preciso analizar dicha razonabilidad desde la óptica de los criterios sustentados para conferir un cuidado personal; es decir, se deberá acreditar no sólo la variación de las circunstancias, sino también la idoneidad del cambio del cuidado solicitado, en relación al interés y conveniencia de los niños(as).</p>
--	---

ANEXO 5**Cuadro Resumen de Sentencia Ref.007-211-15, sobre los criterios para otorgar el cuidado personal.**

Tribunal:	Juzgado de Familia, La Unión
Referencia:	007-211-15
Tipo de Proceso:	Proceso de Cuidado Personal
Demandante:	Saúl Ernesto Bonilla Gómez.
Demandado:	Sandra Yamileth Menjivar.
Disposiciones Aplicadas:	<ul style="list-style-type: none"> a. Arts. 32, 33, 34 y 36 de la Cn. b. Arts. 216 inc 3°, 217 Código de Familia c. Art. 12 LEPINA
Líneas y Criterios Jurisprudenciales:	<ul style="list-style-type: none"> A. en esta clase de procesos se deberá tomar en cuenta los presupuestos legales como son el de confiar el cuidado personal al padre que mejor garantice el bienestar del hijo y considerar su edad, circunstancias de índole afectiva, moral, familiar, ambiental y económica. B. garantizar las relaciones afectivas y el trato personal con el progenitor que no convive con el hijo, el arraigo de los niños en un entorno adecuado, que favorezcan al normal desarrollo de su personalidad; C. A la vez debiendo fijar la cuantía de los alimentos con que los padres deberán contribuir, de acuerdo a sus respectivas posibilidad

ANEXO 6**Cuadro Resumen de Sentencia de Apelación 151-A-2004, sobre el Cuidado Personal de los hijos.**

Tribunal:	Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador
Referencia:	151-A-2004
Tipo de Proceso:	Proceso de apelación contra sentencia DE CUIDADO PERSONAL.
Demandante:	(...) representada por: Licda. NUBIA GLORIA HERNÁNDEZ DE ORELLANA
Demandado:	(...) representado por: Lic. PABLO GABRIEL BUITRAGO CALDERÓN
Disposiciones Aplicadas:	<ul style="list-style-type: none"> a. Arts. 4, 206, 211, 212, 206, 216, 219 247 y 248 C. F b. Arts. 7 lit. j, 16, 82, 83 y 177 L. Pr. F c. Arts. 9, 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño
Líneas y Criterios Jurisprudenciales:	<p>A. A fin de decidir, el principio primordial a considerar, es "el Interés Superior del menor", que significa todo aquello que favorezca el desarrollo físico, psicológico, moral y social del niño, lo que se consigue mediante el efectivo cumplimiento de los derechos de niños (as), otros principios que deben analizarse, pues contribuyen a esos logros, son: a) El progenitor que por sus condiciones personales garantice mejor el bienestar de los niños; b) La edad de los menores, ya que no es conveniente separar a niños muy pequeños de la madre, salvo circunstancias excepcionales; c) Las condiciones de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica del entorno hogareño en el que se pretende mantener a los menores; d) El principio de unidad filial que procura que los hermanos permanezcan juntos; e) La opinión del menor</p>

	<p>escuchada directamente por el juez en virtud del principio de inmediación, o evaluada a través de los estudios multidisciplinarios, en el caso que los niños sean pequeños.</p> <p>B. También cabe señalar el criterio doctrinario que sostiene que a falta de acuerdos entre los padres sobre el cuidado personal de los hijos, resulta aconsejable el mantenimiento del "statu quo" existente al tiempo de la promoción de la demanda, especialmente si de hecho uno de los cónyuges o compañero de vida o progenitor viene cuidando de los niños por un tiempo prolongado, salvo que esa situación haya sido creada por el engaño o la violencia de uno de los padres, o sea perjudicial para los menores.</p> <p>C. Como es sabido, el cuidado personal es un elemento de la autoridad parental. Se concreta en ese trato íntimo de protección y asistencia que los padres han de dar a sus hijos, para hacer de ellos personas equilibradas en los aspectos físico, intelectual, emocional y afectivo.</p>
--	--

ANEXO 7**Cuadro Resumen de Sentencia 90 – A - 2004, sobre PROCESO DE GUARDA Y CUIDADO PERSONAL**

Tribunal:	Cámara de Familia de la Sección del Centro.
Referencia:	90 – A - 2004
Tipo de Proceso:	Recurso de Apelación
Demandante:	(...) Representado por Lic. DOUGLAS OVIDIO AMAYA AMAYA
Demandado:	(...) Representada por Licda. MELVA ELIZABETH LAZO GIRON,
Disposiciones Aplicadas:	A. Arts. 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 351 N° 8 y 9 C.F. B. 3, 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño
Líneas y Criterios Jurisprudenciales:	A. En el proceso, se ha comprobado que ambos padres son capaces de ejercer eficazmente sus respectivos roles y que prodigan amor a su hija; sin embargo, desde su nacimiento ha sido atendida y cuidada por su madre, también se ha constatado que el padre no se ha desatendido de las necesidades de su hija, pero se ha referido en la demanda que en caso de que el cuidado de su hija le sea conferido, será la abuela paterna quien se encargará del cuidado de aquella, lo que en sí mismo no lo descalificaría para asumir dicho cuidado, ya que cuando los progenitores trabajan fuera del hogar, son los parientes o empleados domésticos quienes coadyuvan al cuidado de los hijos B. Consideramos que en el sub-judice no se ha acreditado

	<p>que la madre no brinde los cuidados apropiados a su hija ni de manera fehaciente la falta de medidas higiénicas, por lo que no es conveniente separarla del cuidado de aquella, sobre todo si consideramos que a pesar de sus limitantes económicas la niña goza de un desarrollo normal para su edad, tal como lo afirmó la psicóloga.</p> <p>C. Tampoco es suficiente el argumento, de que el padre es quien puede ofrecer un mejor nivel de vida a su hija, ya que el desarrollo de un menor debe ser valorado de forma integral y si bien el aspecto económico es un elemento relevante; esto queda subsanado con la cuota alimenticia a favor de la menor; respecto a las condiciones de vida que ofrece la vivienda de la madre con respecto a la del padre, se evidencia del estudio social que la vivienda del Señor ofrece mejores condiciones, pero tampoco este es un elemento concluyente ya que la madre aunque reside en una vivienda humilde, esta cuenta con las condiciones mínimas que satisfacen el derecho de habitación y vivienda de la menor.</p>
--	---

ANEXO 8**Cuadro Resumen de Sentencia de Apelación 82-A-2006, sobre el PROCESO DE MODIFICACIÓN DE SENTENCIA, DE CUIDADO PERSONAL**

Tribunal:	Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador
Referencia:	82-A-2006.
Tipo de Proceso:	Proceso de apelación contra MODIFICACION DE LA SENTENCIA DE CUIDADO PERSONAL.
Demandante:	(...) representados por: Dra. ANA ARACELY HENRIQUEZ DOMINGUEZ
Demandado:	(...) Representada por Licenciada NANCY VERONICA RAMIREZ GARCIA
Disposiciones Aplicadas:	<ul style="list-style-type: none"> a. Arts. 35 y 36 Cn b. 203, 205, 211, 216, 217, 241, 350, 351 C. F c. 3 lits. b), y e), 7 lits. a) y b), 147, 148 y 156, 160 y 161 L. Pr. F. d. 9 Inc. 3°, de la Convención Sobre los Derechos del Niño
Líneas y Criterios Jurisprudenciales:	<p>A. Según la doctrina –pues la ley no lo define-, el régimen de comunicación, trato y estadía consiste en el derecho de mantener una comunicación adecuada con el progenitor con quien el hijo no convive. En otros términos, el padre o madre que no conviva con el hijo(a), tiene derecho a mantener una adecuada comunicación con éste así como con aquellas personas que demuestren un interés legítimo, en este caso la abuela del niño.</p> <p>B. En ese mismo orden, el Art. 9 Inc. 3°, de la Convención Sobre los Derechos del Niño, expresa, que el niño(a) que esté separado de uno o ambos progenitores tiene derecho a mantener relaciones</p>

	<p>personales y contacto con sus padres de modo regular; salvo si es contrario a su interés</p> <p>C. el Código de Familia en sus Arts., 108 Inc. 1°, 111 Inc. 1°, 124 Ord. 4° y 217 Incs. 1° y 3° C. F. prescribe que el padre y la madre, aunque no convivan con el hijo deben mantener con él relaciones afectivas; y que además este derecho de comunicación y trato se extiende para los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo y es condicionado, en el sentido de que no debe resultar de esa relación un perjuicio a la salud física y mental del menor,</p> <p>D. De esta forma se puede afirmar del estudio del proceso que durante la tramitación del mismo, ha quedado por demás evidenciado que la señora ***, no ha propiciado en ningún momento el acercamiento, entre el padre y el hijo, lo que ha generado como se detallará más adelante grave perturbación en la conducta del niño, resentimiento en el padre y obstinación permanente de la madre, para evitar el cumplimiento del régimen. La madre insistentemente, por sí y por medio de sus apoderadas, ha sostenido que no se opone a la relación de su hijo con su padre, ha señalado que es éste (el niño) quien no quiere relacionarse con el padre y en otras ocasiones, que es por las actividades que el niño ya tiene programadas; sin embargo no se ha exteriorizado ninguna actuación de parte de la madre que coadyuve mínimamente a que el régimen se cumpla, por el contrario acepta sin ninguna discusión ni cuestionamiento el supuesto comportamiento propio del niño y expresa que debe protegerlo, en el sentido de aceptar lo que el niño desea que es precisamente el no relacionarse con el padre, sin visualizar el derecho que le corresponde a relacionarse con éste, ni los efectos negativos de ese comportamiento para el mismo niño, advirtiéndose de su conducta que es ella misma quien no desea que se dé esa relación, anteponiendo sus propios conflictos e intereses interpersonales a los de su hijo, omitiendo</p>
--	---

	<p>realizar acciones tendientes a encauzar adecuadamente las emociones, conductas y actitudes en la relación paterno filial. (...) es necesario recalcar la obligación de la madre, Sra. ***, así como sus demás parientes (abuelos maternos), no sólo en permitir sino de propiciar y contribuir a las relaciones de su hijo con su padre y demás parientes paternos. Es decir que la madre no podrá negar dicha relación a menos que demuestre que ello representa un grave riesgo para la integridad del niño, lo cual hasta el momento no se ha demostrado.</p>
--	---

ANEXO 9**Cuadro Resumen de Sentencia 105-A- 2004 sobre PROCESO DE CUIDADO PERSONAL,**

Tribunal:	Cámara de Familia de la Sección del Centro.
Referencia:	105-A-2004.
Tipo de Proceso:	Recurso de Apelación
Demandante:	Lic. MANUEL DE JESÚS ARÉVALO CLEMENTE, apoderado del Sr ...
Demandado:	Licda. ANA RUTH PÉREZ VALLE apoderada de la Sra. ...
Disposiciones Aplicadas:	A. Arts. 30, 147, 148, 153, 156, 158, 160, 161 y 218 L.Pr.F. B. Arts. 211 C. F.; 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño
Líneas y Criterios Jurisprudenciales:	A. Para el caso sobre cuidado personal se considera que ambos progenitores deben velar por la crianza de sus hijos; proporcionarles un lugar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad. B. es indispensable aplicar el principio de interés superior del niño al momento de emitir una resolución judicial ya que busca lo favorable al niño en cuanto al desarrollo físico, psicológico, moral y social del niño. C. El cuidado personal se concreta con el trato íntimo de protección y asistencia que los padres han de dar a sus hijos, para hacer de ellos personas equilibradas en los aspectos físico, intelectual, emocional y afectivo. D. cuando los menores han estado exclusivamente al cuidado de uno de los progenitores durante algún tiempo, se encuentran acomodados a las costumbres y a la rutina del hogar donde

	<p>viven y generalmente han establecido estrechos lazos con las personas que los cuidan directamente, por lo que resulta perjudicial sustraerlos del ámbito en el que han permanecido. No obstante lo anterior, si en el proceso se prueba que las condiciones socio-familiares o afectivas en las que se encuentran los niños no son propicias o incluso son perjudiciales para el normal desarrollo de éstos, debe conferirse el cuidado al otro progenitor o a un tercero, considerando siempre el interés superior del menor.</p>
--	---

ANEXO 10**Cuadro Resumen de Sentencia 110-A-2004. Apelación en el proceso de DIVORCIO POR SER INTOLERABLE LA VIDA EN COMUN ENTRE LOS CONYUGES**

Tribunal:	Cámara de Familia de la Sección del Centro.
Referencia:	110-A-2004
Tipo de Proceso:	Recurso de Apelación
Demandante:	(...) Representado por Lic. ALMA YANIRA GUERRA HERNANDEZ
Demandado:	(...) Representada por Lic. JUDITH DEL CARMEN SAMAYOA ORELLANA
Disposiciones Aplicadas:	<ul style="list-style-type: none"> a. Arts. 34, 35 Cn; 3,9, 12 18 27 de la C. D. N. b. Arts. 211, 216, 217, 247, 248, 254, 350, 351 C.F. c. Arts. 148, 153, 160 161 y 218 L.Pr.F.
Líneas y Criterios Jurisprudenciales:	<ul style="list-style-type: none"> a. En dicha sentencia se toma en consideración el principio de unidad filial ya que este procura que los hermanos permanezcan juntos aun en contra de la decisión de los hijos, puesto que no siempre lo que el hijo desea es lo más conveniente para su desarrollo integral. b. Si bien las menores han permanecido la mayor parte del tiempo al lado del padre y desean permanecer con él, de tal suerte que el arraigo de ellas hacia su progenitor es bastante fuerte, lo que sin duda es un elemento que influye en la decisión del juzgador , también debe considerarse el principio de unidad filial que procura que los hermanos permanezcan juntos; aunado a las circunstancias de índole moral que puedan determinar su concesión al otro progenitor, aún contra el deseo de los hijos, pues no siempre lo que el hijo (a) desea es lo más conveniente para su desarrollo integral.

ANEXO 11**ESQUEMA PROCESO DE FAMILIA**