

(...) -tal como lo hemos dicho en pretéritas sentencias- la negativa del demandado a someterse a la prueba de A.D.N., es diferente en sus efectos a las Diligencias de Reconocimiento Provocado de Paternidad, puesto que en este último opera en forma automática en el emplazamiento de paternidad, pero en el proceso debe considerarse como un fuerte indicio probatorio. Art. 140 L. Pr. F.

*(Cam. Fam. S.S., trece de marzo de dos mil seis. Ref. 161-A-2005)*

Se advierte que la sola negativa del demandado a someterse a la prueba científica (ADN), no puede adquirir relevancia suficiente como para declarar la paternidad del demandando respecto de los niños, si no existen otros elementos, que de forma indiciaria nos permitan inferir mínimamente la existencia de los hechos pretendidos. Lo anterior no contraría precedentes emitidos por este Tribunal, ya que siempre hemos aseverado que la negativa a someterse al examen de ADN, no puede ser valorada de forma aislada, sino en armonía con los demás medios probatorios que militen en autos y que robustecen la tesis que la negativa a someterse al ADN, deviene de una conducta dolosa de parte del demandado, que genera un fuerte indicio para emplazar la paternidad, el cual integrado al restante material probatorio (aunque sea escaso) hacen inferir la paternidad alegada. (...)

Consta en el sub judice por un lado, la negativa del demandado a presentarse y colaborar en el proceso al no asistir a las diligencias judiciales requeridas incluyendo la toma de muestras sanguíneas de ADN, y por otro, la falta de aportación de prueba por la parte demandante, contando únicamente con el informe psico-social realizado por el equipo multidisciplinario, que en su contenido sólo se refiere a declaraciones hechas por la parte actora.

(...) en este caso, no se probaron situaciones de las que se pudiera inferir que la Señora \*\*\* y el Señor \*\*\* mantenían relaciones sexuales al momento de la concepción de los citados niños, por lo que no puede concluirse que \*\*\* y \*\*\*, sean producto de la

relación sexual entre la demandante y el demandado, pues de la narración de los hechos en la demanda y del testimonio de los testigos no es posible establecer que entre la madre y el demandado, haya existido una relación que originase el vínculo filial entre el demandado y los niños, no se obtuvo ningún elemento que nos hiciera inferir la paternidad alegada.

*(Cam. Fam. S. S., cuatro de julio de dos mil seis. Ref. 127-A-2005)*

### **5.3.5.1. NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA DE ADN POR PARTE DE UN TERCERO.**

En ningún momento de dicha disposición jurídica (Art. 140 L.Pr.F.) se establece cuál deberá ser la forma de interpretación de esta negativa (de someterse a la prueba por parte de un tercero coadyuvante), si positiva o negativamente, por lo que se deja a discrecionalidad del Juzgador, quien deberá apreciar en conjunto dicha negativa con la prueba vertida en el proceso. Por ello, no compartimos el criterio de la a quo, en cuanto establece que la negativa de la señora \*\*\* (tercero coadyuvante) "ha privado a la administración de justicia de un elemento probatorio vital".

En primer lugar, ha de considerarse que dicha señora no es la única que podría aportar muestra para la realización de dicho examen pericial, porque se mencionó en el proceso que existía otra persona la señora \*\*\*, quien también pudo ser llamada para la práctica de la prueba si ésta se hubiera ordenado por la Juzgadora, en aras de la búsqueda de la verdad real de los hechos.

En segundo lugar, cabe considerar, la persona de quién deviene la negativa, y es por ello que en contextos diferentes, cuando es del padre de quien se obtiene la misma es que este Tribunal ha razonado adhiriéndose a la postura de los juristas Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, tal como lo expresó la parte apelada, esto es considerando la negativa como una presunción de esa paternidad, lo que no consideramos aplicable en la especie. Aunado a ello, la Juez nunca ordenó la práctica de la prueba, por lo que no hubo propiamente desobediencia a ninguna orden judicial, porque ésta nunca fue emitida. Además, en casos como el presente en donde las únicas personas que han sobrevivido al supuesto progenitor, son mujeres, y no están vivos

ambos ascendientes del causante, los especialistas en genética del Instituto de Medicina Legal han sostenido que la prueba científica no resulta tan exacta, por ser los descendientes portadores del cromosoma "x", por lo cual aún cuando se hubiese practicado no hubiese sido la más idónea sino que tendrían que valorarse las demás pruebas aportadas al proceso, en todo caso, al ordenarla se hubiera obtenido el resultado antes apuntado, de lo cual quedaría constancia en el proceso.

*(Cam. Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil siete. Ref. 6-A-2007) (Todos los paréntesis son nuestros) 25*

### **5.3.6. RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD INTRA PROCESO.**

Distinto es el caso que contempla el Art. 141 L. Pr. F., que establece en cualquier estado del proceso en que se produzca el reconocimiento del hijo (procesal o extraprocésalmente), conforme a lo establecido en el Código de Familia, el juez fallará y pronunciará la sentencia correspondiente. Lo anterior implica que el juez (a) siempre estará obligado a pronunciar la sentencia respectiva, independientemente del reconocimiento realizado, en este caso el reconocimiento se realizó en escritura pública, fs. ..., es decir, existe prueba documental con la que se probó el reconocimiento, que no es más que la manifestación de voluntad del padre ante notario, posterior al A.D.N., lo cual al ser presentado al proceso produce el efecto de una aceptación de la pretensión, esto es de la paternidad, debiéndose tener por reconocida por manifestación expresa del padre, con los efectos correspondientes, pero no omitir su pronunciamiento como lo hizo la a quo quien incluso después aclaró a fs. ..., la falta de tal pronunciamiento.

Es por ello que habiéndose iniciado un proceso de paternidad o de reconocimiento provocado en que posteriormente se aceptó la paternidad, se estaría en presencia de una confesión, aceptación de hechos o allanamiento, en su caso, lo que en manera alguna exime del pronunciamiento judicial sobre la paternidad reclamada, aunque se hubiese aceptado la pretensión voluntariamente por el demandado; así

25. Esta sentencia puede relacionarse con el apartado denominado PRUEBA. CIENTIFICA, publicado en la parte adjetiva.

lo exige la disposición previamente citada.

*(Cam. Fam. S. S. veintinueve de junio de dos mil cinco. Ref. 90-A-2005)*

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

Como es lógico, el reconocimiento *intra proceso* lleva consigo la manifestación expresa del padre, quien acepta la filiación que se le atribuye, en estos casos el Juez *a quo* al tener por aceptada y reconocida la paternidad tendrá siempre que declararla judicialmente; no obstante que la actitud del demandado –como en el sub lite– podría incidir en la determinación del monto de la indemnización reclamada, actitud que aunada a las circunstancias propias de cada caso darán lugar incluso a la procedencia o no de la referida indemnización.

Diferente situación se plantea en el caso del reconocimiento *extra proceso*, verificado antes del emplazamiento de la demanda respectiva, pues al darse el reconocimiento, el pronunciamiento del Juzgador no tendrá que versar sobre la procedencia del derecho (fondo), sino que una vez constituido el derecho reclamado no habrá lugar a su pronunciamiento (judicial), pues este ya ha sido otorgado, expresándolo así en la resolución, caso en que tampoco procederá la fijación de una indemnización por los daños morales y materiales reclamados.

*(Cam. Fam. S. S., veintisiete de julio de dos mil seis. Ref. 131-A-2005)*

Es preciso advertir que a criterio de esta Cámara, en la sentencia no operaba declarar el reconocimiento voluntario del demandado a favor del señor \*\*\*, porque en ningún momento el demandado efectuó tal reconocimiento voluntariamente y aún cuando ello así hubiese ocurrido, hemos sostenido en reiterados pronunciamientos, que los reconocimientos dados en el trámite del proceso de declaratoria judicial de paternidad constituyen una confesión de los hechos controvertidos que son producto del proceso mismo.

*(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de abril de dos mil siete. Ref. 231-A-2006)*

Se presenta la particularidad en el caso que nos ocupa, que el demandado posteriormente hace el reconocimiento de su hija, lo cual es hecho del conocimiento del tribunal a quo hasta el momento de plantear la alzada, es decir después de sentenciado el proceso, por lo que se debe dejar claro que la negativa del padre a reconocer la paternidad extrajudicialmente, es la que dio lugar a la promoción del proceso y solo a través de su promoción es aceptada o "reconocida", desde luego que después de realizada la prueba científica y emitida la sentencia de mérito, lo cual no justifica su conducta previa, situación que lógicamente hace subsistir el **daño moral** ocasionado en lo más íntimo de los sentimientos de la hija no reconocida, debido a la negativa.

*(Cam. Fam. S. S., trece de noviembre de dos mil siete. Ref. 13-DC-2006)*

### **5.3.7. DIFERENCIA ENTRE LA DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD Y EL RECONOCIMIENTO PROVOCADO.**

Debe acotarse, que el proceso de Declaración Judicial de Paternidad y las Diligencias de Reconocimiento Provocado son dos figuras de naturaleza y carácter procesal diferente, el primero es un PROCESO contencioso en el que deben respetarse los principios del debido proceso (igualdad, contradicción, intermediación, etc.) y la filiación así establecida no puede impugnarse posteriormente; en el otro caso por tratarse de una DILIGENCIA (sui generis), que aunque en principio es voluntaria, sus efectos obligan al citado a presentarse a la audiencia, de lo contrario su incomparecencia da lugar a tener por reconocida la paternidad, pudiendo dicha paternidad ser impugnada dentro del plazo legal, según el Art. 143 inc. 2° LPr.F..

Hay que tomar en cuenta, además, que en las Diligencias de Reconocimiento Provocado, la negativa del demandado a declarar si reconoce o no al pretendido hijo, o si sus respuestas fueren evasivas o se negare a la práctica de la prueba científica, de acuerdo al Art. 143 L.Pr.F., se tendrá por reconocida la paternidad. Ello es así porque inmediatamente la ley posibilita al interesado la acción de impugnación de la paternidad. En cambio, en el proceso de Declaración Judicial de Paternidad, la negativa del demandado a colaborar en el proceso o a

someterse a dichos exámenes es tomada como un indicio que aunado a los demás elementos probatorios aportados al proceso, pueden llevar a establecer la existencia de la paternidad, debiendo fundamentar dicho fallo bajo esa valoración.

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

#### **5.4. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.**

Pero también la ley ha establecido distintos mecanismos para desplazar la paternidad, de acuerdo a su origen (matrimonial o extramatrimonial), a fin de brindar seguridad a la filiación establecida. Así tenemos que para desplazar la paternidad del hijo matrimonial la ley es más rigurosa (...)

El derecho que la ley confiere al marido tiene limitantes, para desplazar la paternidad que por ley se le atribuye. Una de ellas es el plazo de caducidad para ejercer ese derecho y su legitimación para actuar. (...)

Claramente se advierte que el plazo de impugnación de la paternidad por el marido comenzará a correr a partir del momento que tuvo conocimiento del nacimiento del hijo, cuya paternidad se le atribuye, presumiéndose incluso a partir de cuando pudo tener conocimiento de ese hecho, estableciendo una interrupción en el plazo para ejercer la acción solo en el caso de imposibilidad física y mental del padre para poder tener conocimiento del mismo.

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

##### **5.4.1. PATERNIDAD FALSA.**

Según lo manifestado por los referidos profesionales en su escrito de demanda de Fs. ... el proceso que pretenden iniciar es el de PATERNIDAD FALSA. El Artículo 137 C. F. en el que pretenden fundar su pretensión es en estricto sentido una norma de carácter general que no se adecua al sub iudice; dicha norma enuncia una situación que puede presentarse dentro de la realidad social y que el derecho recoge para darle solución a través de determinada pretensión. Ésta dependerá de los elementos específicos que concurran en cada caso concreto. (...)

Hemos de acotar en abono a lo anterior que el principio de seguridad jurídica refuerza situaciones como la presente, en el sentido de que el legislador ha previsto para cada caso; distintos tipos de acción, no puede entonces aducirse que el Art. 137 C. F. sea la norma aplicable, pues esta se entiende como de carácter general y declarativa cuyo enunciado se refiere a la postulación de una norma de un derecho positivo, que se concretizará en cada caso específico a través de una acción determinada a partir de cualquiera de las figuras *ut supra* mencionadas. (Refiriéndose a impugnación de paternidad, impugnación de maternidad, impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad y la acción de nulidad del reconocimiento).

Los apelantes pretenden en su mismo escrito de alzada de Fs. ... que en el caso concreto se aperture un procedimiento especial al que denominan PROCESO DE PATERNIDAD FALSA, aceptando que el plazo fijado por el Código de Familia en el Art.157 (Que se refiere a la caducidad de la acción de impugnación del reconocimiento voluntario) ha caducado por cuanto los trescientos días posteriores a aquel (25 de junio de 2001) en que le nació el interés al señor \*\*\*- en ese tiempo fue un interés actual- han transcurrido en exceso. Pretensión totalmente inaceptable, ya que de conformidad a los Arts. 15 Cn. y 2 Pr. C., los procesos y procedimientos, no penden de la voluntad de las partes ni de los juzgadores debiendo acatarse las formas preestablecidas.

*(Cam. Fam. S.S., treinta de junio de dos mil seis. Ref. 229-A-2005) (El segundo y tercer paréntesis nos pertenecen)*

#### **5.4.2. DIFERENCIA ENTRE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD E IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.**

En ese sentido, dependiendo de la forma en la que se ha otorgado o atribuido la filiación, es que se podrá impugnar la misma, es así como tenemos que la acción que intenta el Sr. \*\*\* no es la idónea, ya que en este caso no se trata de una paternidad atribuida por ley (presunción de paternidad), pues la niña fue reconocida por el demandante al momento de contraer el matrimonio de que se trata. Tampoco podría solicitar la impugnación del reconocimiento voluntario, pues esta disposición no legitima al padre para poder solicitarla. Sin embargo

el Art. 158 C. F. le otorga la acción de nulidad del reconocimiento voluntario, por vicios del consentimiento, la cual podrá incoarse en un plazo de noventa días desde que cesó o se conoció el vicio que lo invalida.

*(Cam. Fam. S. S. uno de febrero dos mil cinco. Ref. 62-A-2004)*

En el caso que nos ocupa, el reconocimiento voluntario se verificó el día catorce de enero de dos mil dos, o sea, cuatro días después del matrimonio entre la Sra. \*\*\* y el demandado; lo que denota que si hubiese sido un acto realmente consensado entre las partes y si efectivamente la menor fuera hija del Sr. \*\*\*, dicho reconocimiento se hubiese realizado en el matrimonio y no después. Además, siendo que la madre de la niña contrajo nupcias mucho tiempo después del nacimiento de \*\*\*, no se puede presumir legalmente la paternidad de la menor respecto del demandado (Art. 141 C. F.); por tanto a la niña le asiste el derecho de impugnar dicho reconocimiento (paternidad) y en este caso por ser menor de edad debe intervenir en el proceso por medio de la madre, Sra. \*\*\* y esto último es justamente lo que le habilita para actuar dentro del proceso.

En el *sub lite*, tiene legitimación procesal como demandante el hijo, en el caso *sub iudice* la menor \*\*\*.

*(Cam. Fam. S. S., treinta de noviembre de dos mil seis. Ref. 195-A-2006)*

De la certificación de partida de nacimiento de \*\*\* agregada a Fs. 6, se advierte que la niña nació el día diecisiete de diciembre de dos mil dos, fecha en que sus progenitores se encontraban unidos mediante vínculo matrimonial celebrado el día dieciséis de marzo de dos mil uno, de la cual únicamente presentan el acta y no la certificación de partida de matrimonio de Fs. 7, dicho vínculo se disolvió el día veintitrés de enero de dos mil siete, (...)

En la certificación de partida de nacimiento de \*\*\* -Fs.6- se advierte que efectivamente el señor \*\*\*, reconoció voluntariamente a la niña; sin embargo también dicho reconocimiento tenía lugar en virtud de la presunción de paternidad establecida en el Art. 141 inc. 1° C.F., (...)

(...) Por tanto la filiación paterna se establece en virtud de ambas circunstancias, la presunción que la ley establece y el reconocimiento

paterno, en otras palabras el señor \*\*\*, al proporcionar los datos de su hija en el Registro del Estado Familiar, no hizo más que efectivizar la presunción de paternidad establecida en la ley, de tal suerte que aún y cuando la paternidad en este caso quedó establecida con el reconocimiento del padre, independientemente de que éste no hubiese proporcionado los datos de inscripción del nacimiento, ésta siempre se hubiese establecido por disposición legal.

Bajo ese orden de ideas el fundamento jurídico de la pretensión lo constituye el Art. 151 C.F., (...)

*(Cam. Fam. S. S., diecinueve de diciembre de dos mil siete. Ref.: 178-A-2005).*

#### **5.4.3. DIFERENCIA ENTRE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y ESTABLECIMIENTO SUBSIDIARIO DEL ESTADO FAMILIAR DE HIJO.**

Por otra parte no es cierto como lo afirma el apelante que baste con acreditar el vínculo afectivo existente entre los señores \*\*\* y \*\*\*, puesto que no se estaba en presencia de diligencias de posesión de estado familiar de hijo, Art. 198 C.F, en estas se debe de acreditar entre otras circunstancias la posesión de estado de hijo, por carecer de título legal que acredite la filiación; en cambio en los procesos de impugnación de reconocimiento voluntario, se debe desvirtuar el título de hijo existente y por ser ésta una cuestión de orden público, aportar la prueba que lleve a la convicción del juzgador que el vínculo legal no coincide con la realidad biológica; a parte de las pruebas ya mencionadas se encuentran los medio de prueba científico, efectivamente en el *sub judice* la producción de dicha prueba resultaba imposible, por cuanto el demandado es de domicilio ignorado, pero ello no era óbice para que se hubiese acreditado a través de la prueba testimonial idónea que el Sr \*\*\* no podía ser el padre del Sr \*\*\*.

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

#### **5.4.4. DIFERENCIA ENTRE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.**

Con ello no se violenta el derecho del expresado menor a contar con una filiación paterna, puesto que le queda a salvo su derecho a investigar quién es su verdadero padre. Por otro lado debe acotarse que el carácter de irrevocabilidad que la ley establece para el reconocimiento voluntario de paternidad, significa que el reconociente, no puede retractarse posteriormente de tal acto, ya que, con el reconocimiento se crea una relación paterno filial llamada a perdurar en el tiempo y segundo, por el carácter de orden público que tienen las normas que rigen el estado familiar de las personas, como garantía para el hijo, tan es así que al reconociente no se le otorga el derecho para impugnar tal reconocimiento, de acuerdo a las disposiciones antes citadas, pero si tiene derecho a impugnarlo por la vía de la nulidad del reconocimiento voluntario. Arts. 158 C. F. por error, fuerza o dolo.

*(Cam. Fam. S. S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 89 - A - 2004)*

#### **5.4.5. LEGITIMACIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.**

En ese sentido el término marido en la legislación de familia, está referido al cónyuge de sexo masculino y no al conviviente que ha establecido una unión no matrimonial o a la persona con quien se ha establecido una relación marital estable o esporádica.

En el caso de la unión no matrimonial, se les denomina convivientes o compañeros de vida Art. 118 inc. 2° C.F. y en el caso de una relación esporádica no esta regulado en la ley bajo una denominación especial, por ello no es válido el argumento sostenido por el apelante quien en su misma demanda ha manifestado que su representado y la Sra. \*\*\*, no están casados; en consecuencia el Sr. \*\*\*, no puede ser considerado "marido" de la Sra. \*\*\* en la acepción que refiere la ley.

Así las cosas el Sr. \*\*\* no se encuentra legitimado para invocar la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial, porque éste -simplemente- al no estar casado con la Sra. \*\*\*, carece de legitimación procesal para invocar dicha pretensión. (...)

Así la cuestión el Sr. \*\*\*; no se encuentra legitimado para impugnar el reconocimiento efectuado respecto del niño \*\*\*; el Art. 156 C.F. únicamente legitima para ejercer dicha pretensión al reconocido es decir al hijo, a los ascendientes del padre y a todo el que tuviere interés actual; la única vía que el demandante puede emplear para atacar un reconocimiento voluntario es la acción de nulidad del reconocimiento, Art. 158 C.F. de acuerdo al plazo de caducidad señalado en el mismo.

*(Cam. Fam. S.S., veinte de abril de dos mil seis. Ref. 223-A-2005)*

Así las cosas, esta Cámara considera que no es posible tramitar la pretensión incoada por no ser la idónea para ello pues lo que se planteó fue una nulidad del reconocimiento voluntario, siendo lo correcto tramitar la impugnación de paternidad de conformidad a lo establecido en el Art. 151 C. F. siempre y cuando el accionante se encuentre dentro de los supuestos contemplados en el Art. 152 C. F. citado anteriormente, plazo impuesto por la ley para dar certeza a la filiación paterna matrimonial, con el objeto de salvaguardar los derechos del hijo, a quien no puede el padre en cualquier tiempo desplazar su filiación, la cual incluso puede estar reconocida socialmente; siendo únicamente para el hijo un derecho imprescriptible. Art.139 C. F.

Tampoco se admite que en este caso exista vacío o insuficiencia legal, por cuanto ya está claramente predeterminada por la ley, tanto la acción a ejercer como el procedimiento a seguir, siendo las normas procesales que la regulan de orden público, estas no pueden quedar sujetas a la discrecionalidad de las partes ni del Juzgador.

La apelante pretende que la Jueza, a-quo bajo el mecanismo de las prevenciones rectifique o subsane aquellos planteamientos erróneos que no encajan en la norma citada por ella o bien que le adecue el trámite a la pretensión en base a hechos errados pues claramente tenemos que no se trata de un reconocimiento voluntario, aunque fue el padre quien proporcionó los datos del nacimiento, situación que no puede ser suplida oficiosamente por la a-quo por constituir elementos esenciales de la pretensión, de ahí que al hacer uso de una pretensión inadecuada encontrándose en otra hipótesis legal el caso en comento no podría la parte interesada accionar bajo la pretensión de impugnación de la paternidad de acuerdo al Art. 151 C. F. salvo que no hubiere

transcurrido el plazo de caducidad para ello, caso contrario solo podría accionar el hijo demandando al padre y a la madre por existir intereses contrapuestos. Arts 223 y 224 C. F. En conclusión el Juez no puede conocer una pretensión que no se adecua a la premisa fáctica y jurídica comprendida en la norma.

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

#### **5.4.6. LEGITIMACIÓN PARA LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO. ACTUACIÓN PROCESAL DE LA MADRE.**

De la simple lectura de dicho precepto (Art. 156 C.F.) se advierte el interés (económico, moral o familiar etc.) que le asiste a la Sra \*\*\* para que se declare que la menor \*\*\* no es hija del Sr \*\*\*, en razón del parentesco con el reconociente. Interés que deberá especificarse y probarse dentro del proceso, para lo cual es menester darle intervención a la demandante en defensa del derecho que le reconoce la norma citada.

*(Cam. Fam. S. S. veintiuno de febrero de dos mil cinco. Ref. 4-A-2005) (El paréntesis nos pertenece).*

Más allá de lo argumentado por el impetrante, en cuanto a que lo que importa y debe respetarse es la voluntad del reconociente, en este caso, el hecho de que el causante señor \*\*\*, otorgó su consentimiento en forma libre y espontánea, y que el menor ostentó la posesión de estado de hijo, agregando además que este reconocimiento es irrevocable; se debe señalar que la ley ha franqueado la posibilidad de que tal reconocimiento puede ser impugnado –por las personas que la misma señala-, esto es, conforme a los artículos 156 y 157 L. Pr. F. (debió decir C.F.) En este caso los demandantes plantearon tal impugnación teniendo un interés actual, –en virtud de la intervención de la parte demandada en las diligencias de aceptación de herencia del señor \*\*\*, es decir, que la parte actora ha ejercido su derecho obteniendo una sentencia favorable a sus intereses únicamente respecto del niño \*\*\*, de quien se ha comprobado –mediante la prueba científica- que no pudo haber tenido como padre biológico al reconociente señor \*\*\*, esto es, ha quedado excluido como hijo del expresado causante, por lo que es procedente

el desplazamiento de tal filiación, sin importar en este momento la voluntad o las razones que tuvo el supuesto padre para realizar tal reconocimiento, puesto que aún cuando él estuviera con vida, tal derecho podría haberse ejercitado por los mismos actores, privando en términos generales la verdad biológica y solo excepcionalmente podrían aceptarse otros supuestos de paternidad que no es el caso.

*(Cam. Fam. S.S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 89-A-2004) (El primer paréntesis nos pertenece)*

Así las cosas la legitimación procesal para ejercer la acción de impugnación de reconocimiento voluntario, está atribuida sin ninguna duda al hijo y a los ascendientes del padre, además la ley dispone a todo aquel que tuviese un interés actual.

El interés actual no está definido en la ley, por lo que es preciso determinar si en el sub lite se reúne dicha condición en el demandante que lo legitime en el ejercicio de la acción; es preciso aclarar en este punto que no compartimos el criterio de la a quo quien dio a la pretensión del actor, el trámite de una impugnación de paternidad, Art. 151 C.F., como expresamente se le pidió pues del libelo de la demanda y de los documentos que se acompañan en ningún momento se desprende que la Sra. \*\*\* y el Sr. \*\*\*, se encuentren casados, por ende el examen de procesabilidad debió ceñirse a los hechos narrados en la demanda y a los puntos pretendidos haciendo las prevenciones a que hubiere lugar; en consecuencia no resultan aplicables los Arts. 151, 152 y 153 C.F., por más que la apelante erróneamente se refirió a una demanda de impugnación de paternidad y citó entre otros el Art. 153 C.F., aunque posteriormente en la apelación se refiere a la impugnación del reconocimiento voluntario.

Siguiendo ese orden de ideas, debemos determinar si el Sr. \*\*\*\*, está legitimado para intentar la acción de desplazamiento de la paternidad; si efectivamente tiene un interés actual; al respecto se ha sostenido que la impugnación del reconocimiento voluntario "controvierte el presupuesto biológico que lo implica; el nexa biológico determinado por la procreación entre reconociente y reconocido" (ZANNONI, Eduardo. Ib. Idem.). (...)

En tal sentido podríamos afirmar que el demandante posee un interés; en tanto existe un motivo –la relación afectiva y sexual mantenida con la demandante durante la época de la concepción– que le hacen

suponer o al menos crear en su psique una posibilidad real de su paternidad respecto del niño \*\*\*; por ello este Tribunal considera que existe un interés del demandante y que el mismo es actual, lo que lo legitiman a instar la acción pretendida.(...)

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

Aclarado que los hechos que fundamentan la pretensión en el caso en concreto, encajan en el Art. 156 C. F., que se refiere a la impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad; es obvio que el hijo es el legítimo contradictor contra la persona cuya paternidad se pretende desplazar. En efecto, dicho precepto confiere legitimación para impugnar el reconocimiento voluntario a las siguientes personas: 1) Al hijo; 2) Los ascendientes del padre; y 3) Los que tuvieren interés actual. Respecto al hijo la acción es imprescindible.

*(Cam. Fam. S. S., treinta de noviembre de dos mil seis. Ref. 195 - A-2006)*

**Conforme a las disposiciones legales antes citadas, tienen legitimación activa en el proceso de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad: 1) El hijo(a), 2) Los ascendientes del padre, y 3) Los que tuvieren un interés actual.** De lo anterior resulta que el hijo es legítimo contradictor contra la persona cuya paternidad se pretende desplazar.

En el caso que nos ocupa, el hijo tiene la legitimación activa para incoar la pretensión de desplazamiento de paternidad, pero debido a que es menor de edad y no tiene la capacidad de ejercicio de la acción, debe ser otra persona quien actúe en su representación. Esto, de acuerdo al Art. 206 C. F. corresponde a los progenitores de consuno. Pero como en el sub lite consta que la madre del menor ha fallecido (cnfr. Certificación agregada a fs.5); y que es el hijo quien pretende el desplazamiento de la paternidad del demandado -como legítimo contradictor-; por lo tanto al existir "intereses contrapuestos" entre el hijo y el padre demandado la representación del hijo menor de edad debe ejercerla el Procurador General de la República por sí o por medio de uno(a) de sus delegados.

*(Cam. Fam. S. S., cuarto de octubre de dos mil siete. Ref. 43 - A-2007)*

#### **5.4.7. ACUMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE EMPLAZAMIENTO Y DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD.**

A criterio de esta Cámara nada obsta a que quien reclama la pretensión de impugnación de una filiación ya establecida (desplazamiento de paternidad y maternidad), pueda acumular la de declaratoria judicial respecto de los verdaderos padres (biológicos), pues ambas pretensiones se relacionan en razón del objeto, aunque deriven de relaciones sustanciales distintas; por tanto la acumulación permitirá decidir ambas cuestiones correlativamente en un solo juicio y ante un solo juez. Lo que a nuestro juicio es más beneficioso para el hijo, por cuanto en forma concentrada, de manera ágil, en menos tiempo se le resuelve su problema (conflicto), por cuanto de tramitar únicamente la impugnación podría darse el caso que éste quede sin filiación, más grave aún sería sino prosperarán las declaratorias de paternidad y maternidad subsiguientes (en el proceso separado).

*(Cam. Fam. S.S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 208-A-2004)*

Es preciso acotar que esta Cámara en la sentencia pronunciada (...) en el incidente 208-A-04, señaló la procedencia de acumular las pretensiones de impugnación de paternidad y declaratoria de paternidad; al respecto sostuvimos "nada obsta a que quien reclama la pretensión de impugnación de una filiación ya establecida (establecimiento de paternidad y maternidad), acumular la de declaratoria judicial respecto de los verdaderos padres (biológicos), pues ambas pretensiones se relacionan en razón del objeto, aunque deriven de relaciones sustanciales distintas; por tanto la acumulación permitirá decidir ambas cuestiones correlativamente en un solo juicio y ante un solo juez." En ese sentido admitiendo este Tribunal la procedencia de la acumulación de las pretensiones señaladas, también se favorece la producción probatoria; en tanto, el examen de ADN podrá practicarse para acreditar la paternidad que se pretende y de ser éste positivo y existir otros medios de prueba que acrediten que el reconociente no puede ser el padre, procederá la impugnación del reconocimiento, en su respectivo orden.

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

#### **5.4.8. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.**

Para que no opere la caducidad de la acción de impugnación de paternidad, la acción debe de promoverse dentro de los noventa días desde que se tuvo conocimiento de la paternidad que se le atribuye al marido; al efecto la norma crea una presunción legal al señalar que la cohabitación del marido en el lugar de nacimiento del hijo hará presumir que este tuvo conocimiento inmediato de la paternidad atribuida por ley, a menos que se acredite que existió ocultación del parto o que el marido estuvo ausente –en este último caso el plazo de caducidad se difiere al momento en que el marido regrese al lugar de nacimiento del hijo, así como también en caso de imposibilidad física o mental del marido para tener conocimiento de ese hecho.

La ley estipula claramente los momentos en que comienza a correr el plazo de caducidad de la acción, de tal suerte que la contabilización del plazo no está supeditada a la interpretación del juzgador o de otros hechos no propuestos en la norma, como pretende la parte apelante que se efectuó en el caso *sub judice*, ya que el contenido de la norma se caracteriza por ser de cumplimiento obligatorio, es más en casos precedentes hemos dicho que la caducidad de la acción " (...) se caracteriza por: a) Operar de pleno derecho y oficiosamente, o sea, que es declarada sin que se solicite; b) No puede interrumpirse ni suspenderse, cuando el plazo ya comenzó a correr; y c) Sólo considera el hecho objetivo de la inacción del derecho, no tiene más presupuestos o requisitos que la falta de disposición o acción del derecho." (Cam.Fam.S.S., ocho de enero de dos mil cuatro. Ref.: 68-A-2003)

Por los argumentos expuestos no puede interpretarse que el señor \*\*\*, desconocía la paternidad que sobre la niña \*\*\*, se le atribuyó al momento de su nacimiento, es más de la misma demanda se advierte que en ese momento el demandante no dudó de su paternidad, tan es así que el mismo la reconoció al suministrar los datos en esa calidad en el Registro del Estado Familiar; es hasta mucho tiempo después de haberle precluido la oportunidad procesal para accionar la vía judicial que tiene conocimiento de los hechos que le hacen dudar de esa paternidad por él conocida y reconocida, habiéndole al momento de interposición de la demanda caducado la acción por el simple transcurso del tiempo.

Además se advierte que en la demanda no se alegó ninguna de las circunstancias previstas a fin de suspender el plazo ya sea por la ocultación del parto o por ausencia, ya que claramente se colige que no se dio ninguna de ellas, según relata no fue sino hasta mucho tiempo después del divorcio que se enteró de su no paternidad, al expresárselo así su ex cónyuge y realizarse posteriormente el examen de ADN. Sin embargo, en aras de la protección de los hijos la ley no ha previsto este supuesto para la impugnación de la paternidad por el marido, no teniendo por ello acción el reclamante en este momento respecto de su paternidad, pudiendo ésta desplazarse solo a petición de la hija.

Finalmente es preciso referir que el interés superior de la niña <sup>\*\*\*</sup>, no se ve conculcado con la presente resolución, en tanto a ella en ningún momento se le coarta su derecho a investigar su filiación paterna, es más el Art. 139 C.F., dispone: "*El hijo tiene derecho a investigar quiénes son sus progenitores. Este derecho se transmite a los descendientes del hijo y es imprescriptible.*" (Subrayado fuera de texto); por tanto se aclara que el derecho de la citada niña para impugnar la paternidad del actor no ha caducado; en todo caso, si fuere procedente su tramitación, no podría ser representada por la madre por cuanto existen intereses contrapuestos entre madre e hija, si la pretensión se ejerce siendo la hija menor de edad, será el Procurador General de la República. Arts. 223 ord. 3° y 224 C. F., quien asumirá su representación; en tanto que la madre también forma parte de la relación procesal en el carácter de demandada.

*(Cam. Fam. S. S., diecinueve de diciembre de dos mil siete. Ref.: 178 - A - 2005).*

#### **5.4.9. PRUEBA DE LA IMPUGNACIÓN.**

Al respecto, la norma citada detalla que se debe probar que el hijo no ha podido tener por padre al reconociente; es decir la prueba se configura sobre un hecho negativo; el probar en el caso particular que el Sr <sup>\*\*\*</sup>, no ha podido tener como padre al Sr <sup>\*\*\*</sup>; no obstante la existencia de título que legitima dicha paternidad. Lo que significa que no hubo la posibilidad real de que el padre reconociente engendrara al hijo, principalmente porque no existieron, ni pudieron existir relaciones

sexuales entre la madre y el padre reconociente o que este último no es biológicamente capaz de engendrar un hijo. (...)

De la prueba aportada esta Cámara advierte que la prueba ofrecida por la parte actora estaba destinada a acreditar el vínculo existente entre el demandante Sr. \*\*\* y su supuesto padre Sr. \*\*\*, probando la posesión del estado familiar; sin embargo ese trato (de padre-hijo) no desacredita en ningún sentido el vínculo legal existente entre el actor y el demandado, es que la existencia de un lazo afectivo y el trato dispensado entre las partes no es prueba suficiente que permita desvirtuar la existencia del vínculo legal; al efecto era preciso comprobar otros extremos, entre éstos que el demandado no pudo haber engendrado al Sr. \*\*\*, como lo entendió la a quo aunque no lo expresó claramente, para establecer dicha circunstancia hubiese bastado comprobar que durante el tiempo de la concepción entre la madre del demandante y el Sr. \*\*\*, existía una simple relación de amistad y no de convivencia o que entre ellos no se dio una relación sexual, por lo que resultaba necesario que los testigos hubieren conocido tanto al demandado como a la Sra \*\*\* en el tiempo de la concepción, ya que comprobadas las circunstancias relacionadas ocurridas en esa época estaríamos en presencia de una declaración idónea, por tanto, consideramos que los medios de prueba aportados por la parte demandada resultaron insuficientes para desplazar la paternidad, diferente hubiese sido si se hubiesen acreditado además otros medios de prueba, como la declaración de testigos que conocieron de los hechos previos a la concepción.

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

#### **5.4.10. VALORACIÓN DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN EN LOS CASOS DE DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD.**

Así las cosas, se debe señalar que aunque no exista disposición legal que señale efectos concretos, como lo es cuando se trata del emplazamiento de filiación –Arts. 146 C.F. y 143 L. Pr. F.–, o doctrina que señale los efectos de negarse a la práctica del ADN, específicamente, en lo que respecta al desplazamiento de paternidad, consideramos que debe serlo, pues de lo contrario, se veda el conocimiento de la verdad biológica.

No obstante se debe tener presente lo dispuesto por el Art. 140 de la Ley Procesal de Familia (...)

De acuerdo con lo anterior y en concordancia con lo dispuesto por el Art. 56 L. Pr. F., en procesos de filiación el Juez valorará la negativa de la persona a que se le realice la prueba científica de ADN, conforme a las reglas de la sana crítica, entendiéndose por tales las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia humana.

Como señalábamos supra, cuando se trata de emplazamiento de filiación, la ley es categórica en establecer los efectos que produce la negativa de asistir a la prueba científica, no así cuando aquella se pretende desplazar. No obstante ello consideramos que tal negativa resulta relevante y de mucho peso para la procedencia de dicha pretensión, pues la misma constituye indicios –aunque no presunción– respecto a la posición contraria del que se niega a someterse a dicha prueba, pero que definitivamente en forma análoga debe darse valor muy similar cuando se trata de emplazar una filiación. Lo anterior deberá ser apreciado en conjunto con las demás pruebas aportadas, pero aún en el supuesto de que no existan otros elementos probatorios que sean determinantes para el establecimiento en forma objetiva de los hechos que constituyen la pretensión de desplazamiento filial (como en el sub lite), estimamos que debe apreciarse con mayor rigor dicha negativa, pues como se sabe, la prueba biológica de ADN, resulta ser –modernamente– la prueba idónea para establecer el vínculo de sangre entre una persona y otra, señalándose que resulta todavía más certero cuando se trata de la exclusión del vínculo biológico.

En el caso de estudio, esto último es lo que más se apega a lo acaecido en el sub iudice, en que no obstante haberse señalado hora, día y lugar para la realización de la citada prueba biológica en más de una ocasión, el demandado fue renuente a someterse a la misma, sin dar mayores razones de peso para tenerlo por justificado en su caso, es decir nunca hubo disposición de su parte para someterse a dicha prueba y conocer la realidad de su vínculo filial con el demandante.(...)

*(Cam. Fam. S. S., cuatro de octubre de dos mil siete. Ref. 43-A-2007)*

#### **5.4.11. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LOS CASOS DE DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD.**

En otros términos, prevalece el principio de legalidad, esto es, procederá el otorgamiento de la indemnización si está determinada por la ley. Aún cuando ello, no es absoluto, pues eventual y excepcionalmente podría llegarse a otorgar una indemnización con base únicamente en la norma constitucional, como en algún momento se ha llegado a aceptar, para el caso de divorcio, bajo supuestos muy específicos y excepcionales, es decir, no puede admitirse de manera general, Además debe tenerse presente principalmente la afectación y desmedro que sufre la persona a consecuencia de la conducta dañosa provocada por la otra, ya que en todo caso el causante de tal daño, siempre estará obligado a resarcir, reparar o indemnizar tales daños, sean estos materiales o morales, circunstancia que en el caso sujeto a revisión no se vislumbra con suficiente claridad, ya que la parte demandante ha ejercitado un derecho reconocido por la ley. Ha obtenido una sentencia favorable en parte, pues se accedió al desplazamiento de una filiación de uno de los tres hijos de que se trata; con lo cual resulta justificado su proceder, es decir que se actuó de buena fe y no se mencionan conductas de su parte que hayan producido un menoscabo a los sentimientos de la parte demandada.

Lo anterior no es óbice para señalar, no obstante la ausencia de disposición específica, pudiera llegarse a causar un daño moral con la interposición de una demanda como la del sub lite, pero ello dependerá de las circunstancias propias del caso concreto; lo que en el presente litigio no se advierte, máxime cuando en la sentencia fue acogida una de las pretensiones intentadas (respecto a una de las filiaciones impugnadas).

*(Cam. Fam. S. S. veintisiete de junio de dos mil cinco. Ref. 89-A-2004)*

## **6. ADOPCIÓN.**

(...) la protección integral de los menores e interpretar y aplicar el interés superior del menor, que en el caso concreto es el de proveerle a la menor \*\*\* la legalización de su estatus familiar de hija y garantizarle el medio natural e idóneo que favorezca el normal desarrollo de su personalidad, es decir el formar parte de una familia.- Debemos tener presente que la adopción es una Institución de protección en beneficio de los menores y en cuanto a los fines de ésta, el Art. 165 del Código de Familia establece que es "...una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral".

El llamado que hace la ley al Procurador General de la República, como garante de la protección de los menores huérfanos, abandonados o de filiación desconocida, a que preste el consentimiento para la adopción de ellos, puede recibirse por sí o por medio de delegado especialmente facultado para cada caso, y en el que nos ocupa puede producirse antes de la audiencia de sentencia o en ella .- Respecto a la certificación sobre el dictamen de idoneidad de la adoptante, consideramos que es necesario que la recurrente cumpla con dicho requisito legal, por cuanto los informes de los estudios de los especialistas no constituyen prueba alguna para establecer tal idoneidad, sino que representa una ilustración sobre la situación objetiva y real de la adoptante sobre sus condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental, investigación que puede dar como resultado que la Institución facultada certifique la idoneidad o no de la adoptante, siendo en base a tal prueba documental en que se fundamentará la autoridad judicial para decretar la adopción.- Dicho requisito es establecido tanto para adopciones nacionales como internacionales, según el contenido del Art. 192 Pr.F, adicionándose para el caso de adoptantes extranjeros requerimientos específicos que regula el Art. 193 de dicho cuerpo normativo.-

*(Cam. Fam. Occ., quince de enero de dos mil siete, Ref. 002/2007)*

*Relaciones: Cam. Fam. Occ., veintisiete de agosto de dos mil siete, Ref. 104/2007.*

No pasa desapercibido que efectivamente las instituciones encargadas de la adopción atraviesan una crisis que redundo en procedimientos extremadamente largos, pero ello no es razón suficiente para crear procedimientos diferentes a los establecidos en la ley, en todo caso de no estar conformes los interesados, deberán emplear todos los mecanismos que la Ley franquea para lograr la efectividad en el actuar de dichas instituciones.(...)

En consecuencia resulta imperioso conocer la situación de \*\*\*, y promover todas las medidas que tiendan a su adecuada protección; debiendo el juzgado a quo solicitar los informes pertinentes a la Oficina para las Adopciones y determinar su estado y de ser necesario iniciar –si es que no se ha hecho- de forma oficiosa diligencias de protección a favor del citado niño, ordenando en primer lugar su localización y consecuentemente las medidas pertinentes para su adecuado cuidado, dentro de las cuales podrá considerarse la colocación dentro de su red familiar o con un particular que reúna las condiciones de idoneidad e interés y sólo excepcionalmente se deberá considerar el resguardo del niño en alguna institución pública creada para dicho efecto, haciéndose saber al Procurador General de la República, a fin de que inicie el proceso que corresponda si a ello hubiere lugar.

Sobre las afirmaciones efectuadas por la apelante relativas a que la figura de los hogares sustitutos, esta reconocida en el Art. 20 C.D.N.; es preciso recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño, "es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos del niño(...)". Además "representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños (...)" (CILLERO BRUÑOL, Miguel. EL Interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del niño).

Por tanto dicho instrumento debe interpretarse bajo ese contexto, lo que no significa que para el cumplimiento de la Convención deba necesariamente crearse hogares de guarda o implementarse la kafala, dicha norma lo que hace es regular las diferentes formas de proteger

a los niños(as) que estén privados de un hogar temporal o permanentemente, dentro de esas figuras nuestro sistema reconoce la adopción, hogares sustitutos con sus propias particularidades (de forma administrativa), internamiento, entre otros.

*(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de enero de dos mil siete. Ref. 154-A-2006)*

Sobre el segundo de los documentos compartimos con la apelante el criterio que dicho documento aunque no va individualizado, el mismo se encuentra inmerso en el análisis del conjunto de documentos certificados por la Oficina para las adopciones, ya que en muchos de estos documentos se expresa la idoneidad de los solicitantes, específicamente a fs. 31 vuelto romano IV, y que en base a ello es que se ha autorizado administrativamente la adopción.-

Por lo anterior no compartimos la decisión del señor Juez a quo de declarar la inadmisibilidad de la solicitud por la falta de tales atestados revocando el auto de admisión de la solicitud; tomando en cuenta que uno de ellos se considera ya incorporado (...)

*(Cam. Fam. Occ., quince de mayo de dos mil siete, Ref. 047/2007)*

### **6.1. APTITUD DE ADOPTABILIDAD.**

De acuerdo a la aptitud de adoptabilidad relacionada, la niña continuaba siendo sujeta de adopción y las diligencias debían pasar nuevamente al Comité respectivo para realizar una nueva evaluación sobre la adopción de la menor "por su situación irregular" –como fue calificado por las Autoridades administrativas-, suponemos que en este estadio fue que se solicitaron las diligencias administrativas y que por eso no se revocó o se dejó sin efecto tal aptitud, simplemente no se continuó con el trámite de asignación.

Los Arts. 9 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone entre otros, que los Estados parte deben velar no solamente porque la adopción sea autorizada por las autoridades competentes, sino también que sobre la base de una información fidedigna se haya comprobado que la adopción es admisible en virtud de la situación jurídica del niño (a).

Se menciona que la situación familiar de la menor \*\*\*, con su familia, no ofrece ninguna ventaja para su desarrollo, por lo cual corresponde al Estado tomar y ejecutar las medidas tendientes a su protección integral.

*(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 114-A-2006)* 26

*Relaciones: Cam. Fam. S. S., Ref.: 96-A-2006.*

## **6.2. CONSENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DEL HIJO(A).**

El tribunal a quo declaró inadmisibile la solicitud de adopción: por considerar que la recurrente no presentó con la subsanación de la prevención que se le hiciera a fs. 43, dos documentos que constituyen requisitos legales para la tramitación judicial de la solicitud de adopción, siendo éstos: la certificación del acta en que conste el consentimiento para la adopción del menor \*\*\*, prestado por el Procurador General de la República y la certificación del dictamen sobre la idoneidad de la adoptante.-

Si bien es cierto, la recurrente al presentar la solicitud de adopción y el escrito de subsanación de la prevención respectiva, no presentó las referidas certificaciones, consideramos que sobre el primero el llamado que hace la ley al Procurador General de la República, como garante de la protección de los menores huérfanos, abandonados o de filiación desconocida, a que preste el consentimiento para la adopción de ellos, puede recibirse por sí o por medio de delegado especialmente facultado para cada caso, y en el que nos ocupa puede producirse antes de la audiencia de sentencia o en ella, presentando documento que acredite al Agente Auxiliar especialmente para representar al Procurador General de la República a efecto de dar el consentimiento de adopción y su correspondiente ratificación, situación que fue ofrecida por la licenciada \*\*\* en su escrito de subsanación.

*(Cam. Fam. Occ., quince de mayo de dos mil siete, Ref. 047/2007)*

*Relaciones: Cam. Fam. Occ., veintisiete de agosto de dos mil siete, Ref. 104/2007.*

26. Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados: CONSENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DEL HIJO(A), numeral 6.2, ADOPCIÓN POR EXTRANJEROS 6.4, ambos de la parte

Asimismo, cabe la posibilidad de la retractación del consentimiento incluso antes de que la sentencia quede ejecutoriada. Según este criterio, el consentimiento puede ser revocable; pero no se regula el caso de la revocación del consentimiento y su posterior otorgamiento, lo cual consideramos ha de ser valorado por el juzgador, sin paralizar el trámite de la adopción pronunciando la resolución que corresponda.

Al respecto, conviene destacar que se necesita del **consentimiento informado** del progenitor que ejerce la autoridad parental (en este caso de la señora \*\*\*), ya que la menor no tiene emplazada su filiación paterna; ello implica que tengan conocimiento de las consecuencias de su decisión, es decir, los efectos que produce la filiación adoptiva, esto es el quebrantamiento total del vínculo biológico que une a los progenitores con sus hijos, siendo éste un efecto de la adopción plena, procedimiento legal que termina de manera irrevocable el vínculo de filiación biológica para establecerlo con el padre y madre adoptivos.

(*Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 114-A-2006*)<sup>27</sup>

Y, además, la Cámara es del criterio que la adopción de un menor que no se encuentra en estado de abandono, como en el caso *subjudice*, sino que la madre espontáneamente otorga su consentimiento para su adopción, no debiera requerir trámite administrativo, como si es necesario en el caso de la adopción de menores abandonados, que entre otros aspectos, requiere que el Procurador General de la República otorgue tal consentimiento. Este criterio parece ser acorde con el contexto legal, dentro del cual está regulada este tipo de adopción, ya que el art. 199 Pr.F., que la regula, se encuentra ubicado justamente entre el art. 198 y 200 *ibid.*, que regulan la adopción del hijo (de) uno de los cónyuges y la adopción de mayores, respectivamente que justamente no requieren de trámite administrativo. Pareciendo, en consecuencia, que fue un *lapsus* del legislador no haber agregado en el art. 199 *ibid.*, que este tipo de adopción no requiere de trámite

<sup>27</sup>. Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados: APTITUD DE ADOPTABILIDAD, numeral 6.1 y ADOPCIÓN POR EXTRANJEROS 6.4, ambos de la parte sustantiva.

administrativo.

*(Cam. Fam. Ote., veintiuno de abril de dos mil ocho. Ref. Ap. 28 (28-02-08))*

### **6.3. ADOPCIÓN POR PARIENTES.**

(...) la Cámara le reitera a la Jueza a quo, que nuestra legislación no prohíbe la adopción entre parientes, y muy por el contrario, las estimula al no señalar expresamente que son prohibidas, a tal grado que el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Tomo I y II, en las paginas 603 y 604 dice: “ El Código de Familia refleja lo que algunos autores han llamado “ la democratización de la adopción “al eliminar prohibiciones como las contenidas en la letra e ) del artículo 3 de la ley de adopción que derogó el 403 C.F., según la cual, no se podía adoptar al hermano, o , en otras leyes, que prohíben la adopción del nieto y así por el estilo. Al no incorporar tales prohibiciones y si el Juez y los profesionales que lo auxilian estiman que en un caso concreto esa es la mejor solución para un menor, se decretará la adopción. A manera de ejemplo (en el derecho comparado extranjero) los autores argentinos Cecilia P. Grossman y otros en su libro “Los Derechos del Niño en la Familia” en el Capítulo I “El Interés Superior del Niño”, pagina 25 nos ilustran, cuando manifiestan que: (...)en función del interés del niño, fue otorgada la adopción a los abuelos, pese a prohibición legal establecida (...), prohibición que no contempla nuestra legislación nacional familiar.(...)

10.-Que al examinar la Cámara el expediente encontramos que la menor siempre ha estado con sus abuelos paternos de acuerdo por lo afirmado por la madre de ésta en la audiencia de fs. 20, del incidente, en donde ella ratificó su consentimiento para que dicha menor pueda ser adoptada por ellos; ya que éstos han demostrado ser aptos para desenvolverse como padres, confirmado lo anterior por el estudio psicológico fs. 65/66 del proceso, realizado por el Lic. \*\*\* (PGR), ya relacionado. Así mismo, del estudio social fs. 67/71 ibid., realizado a los adoptantes por la Licda. \*\*\*, que da aptitud a los adoptantes, razones por las cuales, esta Cámara estima que la adopción es conveniente a la menor.

*(Cam. Fam. Ote., veintiuno de abril de dos mil ocho. Ref. Ap. 28 (28-02-08))*

De la lectura de las certificaciones de las partidas de nacimiento agregadas a fs. 7 y 8, se comprueba el vínculo familiar que une a los solicitantes con la menor \*\*\*, de donde resulta que los abuelos paternos pretenden adoptar a su nieta.-

Dentro del concepto de adopción que establece el Art. 167 F. se encuentra regulada una de las consecuencias de ésta, que el adoptado para todo efecto pasa a formar parte de la familia de los adoptantes, como hijo de éstos y se desvincula en forma total de su familia biológica respecto de la cual ya no le corresponderán derechos ni deberes, salvo los impedimentos matrimoniales que por razón de parentesco establece el mismo Código de Familia.-

Este concepto legal sigue la orientación del principio de imitar la naturaleza (*Imitatio Naturae*), ya que se trata de dos familias -la biológica y la adoptiva- que no están unidas por vínculos de parentesco, salvo las excepciones legales del Art. 181 Inc. 2º F., que regula ciertos requisitos para la adopción cuando existiere parentesco y sólo cuando se trate de un pariente en segundo grado de afinidad o cuarto grado de consanguinidad.- Al analizar dicha disposición, advertimos que la ley no define expresamente el rechazo de la adopción cuando se pretenda entre hermanos y/o parientes en grados de parentesco más cercanos como son los abuelos respecto de sus nietos.-

Al respecto existe jurisprudencia e instrumentos internacionales sobre adopciones (los tribunales extranjeros admiten esta clase de adopción con relación a parientes más o menos lejanos), en la que se ha expresado que para que proceda la adopción entre parientes, el grado de parentesco no debe ser cercano y tal aseveración tiene su fundamento en el buen sentido y la lógica, pues de aceptarse la adopción entre parientes cercanos como en el caso que nos ocupa, se alteraría la estructura natural de la familia, convirtiendo a los abuelos paternos en padres de su nieta y al padre biológico en su hermano.- Otro aspecto no menos importante, es el que los hijos adoptivos adquieren el estatus completo de hijo matrimonial y una de sus repercusiones resultaría ser la ruptura de los lazos con la familia biológica o consanguínea con la menor y que en el caso en estudio viene a ser la misma familia paterna, con la diferencia de que con la adopción se aproxima el grado de parentesco respecto de los abuelos con su nieta, a la de padres e hija; no siendo la finalidad de la adopción transtornar los grados de

parentescos cercanos entre los miembros de una misma familia, sino el de dotar de una familia a los menores carentes de ella para asegurarles su bienestar y desarrollo integral.-

Lo ideal es que los menores permanezcan en el seno de su familia biológica, pero en casos en que esto no sea posible por la falta de condiciones favorables para su desarrollo, es indudablemente que la adopción nace como una alternativa y como una respuesta a la solidaridad social para muchos niños que se encuentran en orfandad o desamparo, situación generada por condiciones deficitarias tanto sociales como económicas de su familia consanguínea.-

Cabe recordar, tal como lo establece el Principio de Subsidiariedad que regula el Art. 4 lit "b" de la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que un menor puede ser sujeto de adopción cuando no tiene parientes o familiares que le procuren su desarrollo integral, es decir que debe considerarse preferentemente que se desarrollen con sus progenitores y en defecto de éstos con sus familiares paternos o maternos y; que sólo a falta de éstos puede ser considerada en forma subsidiaria la posibilidad de la adopción.-

En ese sentido cabe señalar que en el caso planteado, no se cumpliría con la finalidad de la Institución de la Adopción, pues la menor \*\*\*, si bien es cierto por diversas circunstancias no cuenta con sus progenitores como responsables de su crianza, se encuentra bajo la responsabilidad y cuidados directos de sus abuelos paternos, quienes le han prodigado su apoyo en todas las etapas de su vida y pueden continuar proporcionándoselo en la calidad de abuelos paternos, como parte de la solidaridad humana que suponen las relaciones familiares y que se imponen entre sus miembros, de la cual nace el deber de protección para la vida y de sobrevivencia en forma recíproca; en tal sentido la menor puede continuar recibiendo los beneficios, los cuidados y el amor de su propia familia paterna, sin necesidad de recurrir a la adopción, ya que con ésta se alterarían no solo la finalidad de la figura de la adopción sino los grados de parentesco y la estructura legal de la familia original.- Asimismo hemos de considerar que la menor puede ejercer sus derechos sin limitación alguna, pues su abuela paterna señora \*\*\* fue nombrada como su tutora y representa legalmente (fs. 11 al 15); aspectos con los cuales se reafirma que la menor \*\*\*, no se encuentra

en una situación de abandono, concepto determinado por la ley en el numeral primero del Art. 182 F. (...)

En conclusión, en el caso en particular no es procedente la adopción solicitada debido a que no llena los fines que el legislador ha previsto para esta Institución, pues no se trata de integrar a una persona que carece de una familia a la de los adoptantes, pues conforme a los Arts. 128, 131 y 132 F. entre ellos existe parentesco por consanguinidad en segundo grado de la línea recta o sea que hay una relación parental de abuelos y nieta.-(...)

Por los motivos expuestos, la solicitud de fs. 1 y 2 de la pieza principal será rechazada por esta Cámara por ser manifiestamente imponible (Art. 197 Pr. C.)-

*(Cam. Fam. Occ., ocho de julio de dos mil ocho, Ref. 090-08-SA-7)*

#### **6.4. ADOPCIÓN POR EXTRANJEROS.**

El Convenio de la Haya relativo a la Protección de Menores y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, pretende establecer todo un sistema de protección para evitar cualquier irregularidad en el proceso de adopción. Lo importante en todo este procedimiento seguido en las adopciones internacionales, es resguardar el interés superior del menor, regulado en nuestra legislación familiar en el Art. 350 C. F., definiéndolo como "todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad". Postura retomada de la Convención de Derechos del Niño, Arts. 1, 20, 21, entre otros aplicables y en la Declaración de Derechos del Niño. (...)

A la adopción internacional, aún siendo un medio de protección, se le aplica el principio de subsidiariedad, regulado en el Art. 184 inc. 2 C.F., que establece: **"La adopción por extranjeros tendrá lugar cuando se hubieren agotado las posibilidades de propios, lo que significa que previo a que un niño sea asignado a una pareja de extranjeros, se verificarà si dentro de las solicitudes presentadas por nacionales existe alguna que reúna los requisitos necesarios para concederle la adopción y así evitar ese cambio en el sistema de vida del menor o en el peor de los casos que se desnaturalice la institución de la adopción y se convierta en exportación de**

**niños a países desarrollados, que aunque ofrezcan mejores condiciones económicas se desconoce el efectivo cumplimiento de las obligaciones que como progenitores les corresponderá a los adopción a nivel local, y preferentemente con ciudadanos de los Estados con los cuales se hubieren ratificado tratados o convenciones, pactos internacionales sobre la materia..."**

Tenemos entonces que el legislador consideró –atinadamente– que un menor sujeto de adopción debe ser en primer lugar ubicado en un hogar local, para evitar el desarraigo abrupto que pueda sufrir al llegar a un país con costumbres, idioma, etc., diferentes a los adoptantes. Sin embargo, esta situación se ve atemperada al establecerse dentro del sistema de protección al menor, la obligación de los Estados destinatarios de velar porque se mantengan las condiciones bajo las cuales la adopción fue decretada. Se deduce al menos que ese compromiso, deviene de lo dispuesto en el Art. 193 inciso primero literal a) L.Pr.F..

Consideramos que no sólo deberá tomarse de manera tan estricta el precitado principio de subsidiariedad, puesto que habrán algunos casos, en los que por sus particulares características, podrá interpretarse de manera dúctil, tal subsidiariedad, puesto que podrá valorarse en aras de efectivizar el trámite de adopción, en el caso que una pareja de extranjeros solicite adoptar a un menor determinado, si ésta puede concederse de cumplirse al menos con las garantías mínimas para tales efectos, de lo contrario, la dilación que suele presentar el trámite de las adopciones perjudicaría el interés del adoptado, ello sin contar en términos generales que la adopción no tiene mucha aceptación a nivel nacional.

*(Cam. Fam. S.S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 114-A-2006)* 28

Que según la Convención Sobre la Protección de Menores y la Colaboración en Materia de Adopción Internacional, ratificada por El Salvador, vigente desde el 27 de julio de 1998 (D.L. 339 del 2 del mismo mes y año, publicado en el D. O. 140 Tomo 340) en su Art.

28. Esta sentencia se encuentra publicada en los apartados denominados: APTITUD DE ADOPTABILIDAD, numeral 6.1 y CONSENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DEL HIJO(A), numeral 6.2; ambos de la parte sustantiva.

15 se preceptúa, que le corresponde al Estado receptor (en el *sub lite* Italia), considerar si los adoptantes son los adecuados y su aptitud adoptiva; apareciendo en el *sub júdice* a fs. 67 de la diligencias, que en el informe psicológico practicado al matrimonio \*\*\*, en el ayuntamiento de Roma, Tribunal de Menores, que ellos tienen las condiciones personales, culturales y sociales para tener a un menor extranjero; lo que a criterio de esta Cámara implica que hay aptitud para adoptar, lo que concierne, como ya se dijo, al Estado receptor, más que al de origen, al cual según el Art. 16, *Ibíd.*, le corresponde considerar sí el menor es adoptable, y en el *sub lite*, a fs. 24, *Ibíd.*, aparece que el menor \*\*\* es considerado adoptable(...)

Que en la normativa de adopción, no aparece como inhabilidad para adoptar ser invidente, como en el caso de los recurrentes, como sucede en la tutela (Art. 301 Ord. 9º. C. F.) lo que implica que en la adopción por invidentes queda a criterio del juzgador decretarla o no, según considere la conveniencia para el adoptado.

Que valorando la Cámara, el compromiso que adquiere la familia \*\*\*, de mostrar la suficiente voluntad de aceptar al menor \*\*\* como su hijo adoptivo, comprometiéndose, además, a ejercer el rol de padres y proveer a dicho menor de todo lo necesario para su subsistencia integral, y tomando en cuenta la Cámara lo expresado por el menor en audiencia (fs. 116, del Incidente) que le gustaría irse, que le han hablado de los adoptantes, que son ciegos y que le gustaría estar con ellos, y que prefiere vivir con las personas que lo quieren llevar a Italia; y siendo que la adopción es una opción legal encaminada a la protección familiar y social, como primacía del interés superior del menor, con el fin de dotarle una familia que le garantice su bienestar y desarrollo integral, y notando la Cámara que las condiciones actuales de vida de dicho menor mejorarán estando al lado de la familia \*\*\*, esta Cámara es del criterio que puede accederse a la pretensión de los solicitantes.

*(Cam. Fam. Cte., diez horas del día diez de junio de dos mil ocho.  
Ref. APG: 153(15-11-07)*

## **6.5. CAMBIO DE NOMBRE EN LAS DILIGENCIAS DE ADOPCIÓN.**

Es de considerar que con mucha frecuencia los futuros adoptantes, cuando reciben a un niño o niña en su hogar, bajo la medida de

colocación en hogar sustituto le asignan nombres diferentes a los que aparecen en las partidas de nacimiento, dichos nombres representan un interés especial con un valor afectivo y familiar de mucho significado para los adoptantes; y por otro lado los niños muy pequeños, desconocen que poseen dos nombres (uno legal y otro social) respondiendo únicamente por los nombres que los futuros adoptantes les han asignado, con los cuales son socialmente conocidos por parientes, familiares y amigos de sus futuros padres adoptantes. En estos casos, es pertinente no perder de vista la identificación del niño y la adaptación al nombre o nombres con los cuales se les identifica en el entorno de la familia a la cual se insertan. Por ello habiéndose otorgado la adopción y con la finalidad de no alterar la identidad de la niña en cuanto a su identificación, es procedente acceder al cambio del nombre.(...)

Teniendo en cuenta los elementos mencionados es procedente acceder a lo pedido, es decir verificar el cambio de los nombres propios con que fue asentada la referida menor en el registro respectivo, a fin de no afectar su identidad y consecuentemente su desarrollo psicológico, moral y social, y que la niña pueda alcanzar un armonioso desenvolvimiento de su personalidad (identidad personal). En consecuencia es procedente que se cambie el nombre de la adoptada por el de \*\*\*, ya que con ese nombre es con el cual se ha identificado e individualizado en todas sus relaciones familiares, sociales; es éste con el cual la reconocen sus padres, abuelos y amistades; privarla de ello sería conculcar su identidad personal ocasionándole un deterioro en sus relaciones ínter subjetivas, afectando el normal desarrollo de su personalidad. Por ello, la sentencia será modificada en el sentido de acceder al cambio de nombre en la sentencia que decreta la adopción.

*(Cam. Fam. S. S., diecinueve de julio de dos mil siete. Ref. 203-A-2005)*

Sobre la falta de congruencia que representaría acceder a esa petición (cambio de nombre en diligencias de adopción) como lo expone la Jueza a-quo por no habersele pedido inicialmente en el escrito original, estimamos que dada la naturaleza de las diligencias cuyo objeto fundamental es proveerle de una familia a la niña, si bien es cierto en principio ello debió pedirse con la solicitud inicial (de adopción) aportando u ofreciendo la prueba respectiva, desde ese

momento y no hasta la celebración de la audiencia, también lo es que los adoptantes al asumir en su totalidad las funciones de padre y madre, de la misma manera que los biológicos, tienen la facultad para asentar a su hija con el nombre propio que adquiere un significado especial en relación a la niña, máxime cuando de hecho se le ha llamado y conocido con el nombre solicitado, procede entonces atemperar la rigurosidad del procedimiento en cuanto esa petición ya que no existiendo contención y en atención a los antecedentes sobre el nombre \*\*\* en vez de \*\*\* puede admitirse la petición de los interesados por ser algo inherente a los derechos que adquieren los progenitores, pero sobre todo por la adaptación e identificación que la niña tiene para con ese nombre con el cual se le ha conocido y cuyo significado es valioso para los adoptantes. Distinto sería cuando el niño(a) sujeto de adopción esté plenamente identificado con el nombre que ha sido inscrito.

Debe tomarse en cuenta además que tratándose de diligencias de jurisdicción voluntaria puede el juzgador en la audiencia respectiva ordenar de oficio para mejor proveer las pruebas que considere necesarias, las que, en el presente caso en lo que al nombre se refiere, constaban de la certificación de la sentencia de pérdida de la autoridad parental, a Fs. ..., elemento necesario en lo que respecta a la identidad de la niña, la que si bien fue asentada con el nombre de \*\*\* ha sido en tiempo llamada por sus padres adoptivos con el nombre de \*\*\*; por lo que atendiendo a la naturaleza propia de la adopción y los derechos implícitos para los adoptantes y adoptados no hay ningún impedimento legal para no acceder a lo solicitado aún de manera oficiosa, todo en el interés de la niña, reflexibilizando así el excesivo rigor ritual de otros procedimientos. (...)

*(Cam. Fam. S. S., nueve de mayo de dos mil siete. Ref. 2-2007) (Los primeros dos paréntesis nos pertenecen)*

*Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia*

## **7. ESTADO FAMILIAR.**

El estado familiar subsidiario de hijo(a) de una persona respecto de otra, se tramita en diligencias de jurisdicción voluntaria. (...) Dicho estado se puede originar por el vínculo matrimonial o por vínculo parental. En relación al parentesco, una persona puede tener el estado familiar de padre, madre, hijo(a), hermano, tío o sobrino. Normalmente el estado familiar de hijo(a) se prueba con la certificación de la respectiva partida de nacimiento, Art. 195 C.F. En casos como el sub lite, en que se ha destruido la inscripción del respectivo estado familiar, éste podrá declararse probando los hechos o actos jurídicos que lo originaron o la posesión notoria de ese estado familiar. El hecho de la muerte de una persona también podrá establecerse judicialmente. Art. 197 C.F.

*(Cam. Fam. S. S., veintisiete de febrero de dos mil seis. Ref. 112-A-2005) 29*

(...) cuando se ha omitido la inscripción de un estado familiar, para el caso de un nacimiento, debe declararse judicialmente probando los hechos o actos jurídicos que lo originaron o la posesión notoria del mismo, por medio de las diligencias de estado familiar subsidiario o por procedimiento ante notario si se trata de persona mayor de edad. Para ello es necesario contar con la constancia que acredite tal omisión.

(...) una de las formas por la cual se puede demostrar la filiación de una persona con relación a su progenitor(a) y el grado de parentesco de esa persona con la familia a que pertenece es por medio de la posesión de estado familiar del hijo, previa declaración judicial: con el establecimiento del estado familiar subsidiario de hijo; subsidiario porque originariamente se establece mediante la certificación de la partida de nacimiento.

La doctrina de los expositores del derecho, reconoce la existencia de dos tipos de Estado Familiar: a) El Estado Familiar Formal, referido únicamente al título o partida de nacimiento, matrimonio u otro, y b) El Estado Familiar Material, referido a la calidad de una persona dentro de la familia, como madre e hijo. Es decir, que aunque una persona carezca de ese título no por ello es de filiación desconocida. (...)

29. Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: PRUEBA DEL ESTADO FAMILIAR, numeral 7.1, de la parte sustantiva.

La posesión de estado, puede alegarse en algunos casos como presupuesto de la promoción de la acción tendiente a obtener el emplazamiento respectivo; en otros, la posesión de estado suplende los efectos o vicios formales del título de estado. En ambos casos cuando se entabla la acción respectiva se constituirá formalmente el estado familiar que preexiste materialmente.

*(Cam. Fam. S. S., catorce de septiembre de dos mil siete. Ref. 157-A-2007)*

(...) una de las formas para demostrar la filiación de una persona con relación a su progenitor(a) y el grado de parentesco que la une con la familia a que pertenece es la posesión de estado familiar de hijo, o su nacimiento, entre otros, probando tales circunstancias en las respectivas diligencias de establecimiento de estado familiar subsidiario de hijo.

*(Cam. Fam. S. S., doce de octubre de dos mil siete. Ref. 177-A-2007)*<sup>30</sup>

### **7.1. PRUEBA DEL ESTADO FAMILIAR.**

En este caso, la solicitante manifiesta que la Sra. \*\*\* nació el día dieciocho de junio de mil novecientos cinco, por lo que se vuelve prácticamente imposible que después de un siglo de su natalicio alguna persona pueda tener conocimiento (de vista y oídas) de los hechos constitutivos de su nacimiento, de los cuales se pueda establecer que la Sra. \*\*\* nació en la fecha que se menciona, como consecuencia de las relaciones maritales entre el Sr. \*\*\* y \*\*\* que dieron lugar al posterior embarazo de esta última, es por ello que tomando en consideración la particular circunstancia del caso, hemos de considerar otros elementos que se han aportado al proceso como es la certificación del asiento de la Cédula de Identidad Personal de la causante (fs. ...), en la cual consta que la Sra. \*\*\* nació en la ciudad de San Martín, el día dieciocho de junio de mil novecientos cinco, siendo hija de \*\*\* y \*\*\*, pues dicha información debió tomarse de la partida de nacimiento de la inscrita, considerando que ese documento se expidió en mil novecientos setenta

<sup>30</sup>. Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: DERECHOS DE NIÑOS(AS) Y ADOLESCENTES, numeral 15 de la parte sustantiva.

y nueve, es decir, hace veintisiete años, además de la certificación de su partida de defunción agregada a fs. ... (...)

Que considerando el año de nacimiento de la causante, es dable aceptar el deterioro que pudo haber sufrido la documentación relativa a su persona, lo que imposibilita su obtención, por lo que la existencia jurídica de la Sra. \*\*\* deberá establecerse a partir de la prueba que física y materialmente sea posible recabar, dadas las circunstancias mencionadas.

*(Cam. Fam. S. S., veintisiete de febrero de dos mil seis. Ref. 112-A-2005)* <sup>31</sup>

## **7.2. RECTIFICACIÓN DE PARTIDA DE NACIMIENTO.**

Aparentemente el rectificar una partida no sería un caso de suma urgencia, ni encajaría dentro de los usos o circunstancias especiales, máxime que nada se dice respecto de la situación del padre, no obstante, el pretender rectificar una partida de nacimiento de la que liminarmente se advierten errores, es un derecho conferido por la ley que no afecta a la niña, ni cambia su estado familiar, por el contrario, ello va en beneficio de la misma niña al enmendar los errores presentes en su partida de nacimiento, para así poder usar sus verdaderos apellidos e identificar a su padre con su nombre correcto, para lo cual no es imprescindible la comparecencia de ambos padres siendo suficiente la comparecencia de la madre a otorgar dicho poder, puesto que es en beneficio de su hija.

Que tales diligencias en nada afectan los derechos del padre, como sería en otro tipo de acciones, pues los errores apuntados se establecen a partir de la misma prueba documental, es por ello que pese a no haberse explicitado la razón o las circunstancias especiales de la no comparecencia del padre, el poder específico así otorgado es el necesario para legitimar la actuación del Lic. \*\*\*, en razón de lo cual es procedente revocar la resolución impugnada y consecuentemente darle el trámite de ley a la solicitud planteada.

*(Cam. Fam. S. S. quince de febrero de dos mil cinco. Ref. 23-A-2005)*

<sup>31</sup>. Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado: ESTADO FAMILIAR, numeral 7.0 de la parte sustantiva.

En el caso sujeto a revisión, debe examinarse si existe error en las partidas de nacimiento de los menores en mención; en cuanto a los datos consignados en la misma son los correctos (fecha, lugar, nombres y apellidos de los progenitores). En este caso se alega que los apellidos de la madre se consignaron erróneamente en las partidas de los niños; es decir, no concuerdan con el orden -de tales apellidos- consignados en la inscripción de la partida de nacimiento de dicha progenitora, lo cual se evidencia de la documentación presentada.

Si bien es cierto la Ley del Nombre de la Persona Natural, en los Arts. 7 y 14, establece la manera en que se conforman los apellidos de una persona, ello no es óbice para considerar que mientras no exista una corrección de los errores que le aparezcan en su partida de nacimiento en cuanto a la conformación de los apellidos o no se inicien las diligencias de adecuación de nombre, legalmente serán esos apellidos los que utilizará; consecuentemente deberá consignarse e identificarse en todo documento, en la forma que aparece en el asiento de su respectiva partida y no en la forma en que de acuerdo a la ley debería haberse consignado, pues no coincidiría con su respectiva partida de nacimiento; en ese sentido al usar sus apellidos de forma invertida a la que se estableció en su partida de nacimiento, que según se expresa es el mismo con el que se identifica y así desea continúe, da lugar a que no pueda probarse fehacientemente en casos extremos que sea ella la madre de los referidos niños; por lo que, no teniendo interés de adecuar legalmente sus apellidos, es procedente tramitar las diligencias solicitadas.

En consecuencia estimamos que la aplicación de la figura de la improponibilidad, no es procedente en este caso. pues con tal rechazo únicamente se estaría vedando la posibilidad de enmendar o corregir situaciones de hecho y jurídicas que, en un momento determinado, afectarían los intereses o derechos de los expresados menores; razón por la que estimamos que tal pretensión es legítima y como tal debe ser ventilada en sede judicial; como corolario deberá revocarse la interlocutoria impugnada, admitiendo las diligencias de rectificación de partidas de nacimiento de los menores lo que favorecerá el interés de estos. Art. 4 Y 350 C. F. y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

*(Cam. Fam. S. S., veintiocho de febrero de dos mil seis. Ref. 47-A-2005)*

Que la Cámara, sin embargo, no comparte el criterio de la a quo, y particularmente su apreciación jurídica del aspecto ya referido, para fallar no ha lugar a lo solicitado, en cuanto que, tal aspecto tenga la importancia que, le atribuye, como si lo que se estuviere impugnando fuera el asiento original de la partida de nacimiento; pero no siendo ese el caso, la partida original de nacimiento que expresa que la solicitante nació el 06/08/83, prevalece sobre la fecha de nacimiento de la solicitante que existe en el Registro que lleva el Hospital Nacional "San Pedro", Usulután. Lo anterior, por que bien pudo haber ocurrido que quien asentó la Partida original de nacimiento expresó que la fecha de nacimiento de la solicitante ocurrió el 06/08/83; y si no hubo impugnación del asiento de dicha partida de nacimiento, ésta debe mantenerse intacta e incólume.

Que en cuanto al punto central contenido en la solicitud, la Cámara, al hacer el estudio del expediente, ha llegado a la conclusión, que no existe una prueba fehaciente de que las diligencias de rectificación de la partida original se hubiesen realizado conforme a la Ley; ya que, por una parte, no se ha probado quien fue la persona que solicitó hacer dicha rectificación notarial; y, por otra parte, según consta del informe de la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, las referidas diligencias de rectificación no aparecen agregadas al legajo de anexos del libro del protocolo del notario que supuestamente las autorizó. (...)

Que con base en lo expuesto en el considerando "6" y en las disposiciones antes citadas, la Cámara estima que es procedente acceder a la solicitud presentada, por la vía de ordenar la cancelación de la anotación marginal de rectificación de la partida de nacimiento original de la recurrente, ya que dicha anotación marginal está afectada de nulidad, por haberse hecho, sin cumplirse los requisitos notariales legales, correspondientes.

*(Cam. Fam. Cte., cinco de febrero de dos mil siete. Ref. AP.7 (30-01-07))*

De los preceptos señalados (Arts. 39 L.N.P.N, 193 C.F. y 2 inc. 2° L.E.N.J.V.D.) se infiere que la adecuación del nombre de un hijo, presupone un cambio o modificación en el nombre del padre o madre del inscrito; lo cual sucede por la conformación de los apellidos, pues de acuerdo a la Ley del Nombre de la Persona Natural, los hijos nacidos

de matrimonio, así como los reconocidos por el padre, llevarán el primer apellido de éste, seguido del primer apellido de la madre. Art. 14 L N. P.N., por lo que debido a esa circunstancia procedería la adecuación del nombre del hijo, en razón de haberse invertido uno de los apellidos del padre o de la madre mediante el procedimiento legal respectivo, de acuerdo a lo establecido en los Arts. 24 inc. 3° y 39 LN.P.N. Además, conforme a la última de las disposiciones citadas, "es un trámite opcional cuando establece que la persona puede continuar usando el nombre sin modificaciones o adecuarlo conforme a la modificación del nombre de su progenitor(a).

En el caso sujeto de análisis, lo que se pretende es la rectificación de partida de nacimiento de una hija, en virtud de que el nombre y apellido materno consignado en la misma pertenece a un asiento que fue cancelado con posterioridad a su nacimiento, quedando vigente otro asiento ya existente, en donde el nombre completo de la madre es diferente al que aparece consignado en la partida objeto de las diligencias. No se trata entonces de que la partida de nacimiento de la madre haya sido corregida ó modificada, pues diferente hubiera sido si en dicho asiento hubiera habido error y que dicha señora lo hubiera, corregido para luego optar por adecuar el nombre de su hija a la modificación sufrida en su propio asiento, pero este no es el caso, ya que se trataba de dos partidas de nacimiento inscritas en dos lugares diferentes cuyos nombres y apellidos difieren, las cuales una de ellas -previa declaración judicial de nulidad de acuerdo al Art. 22 lit. b) L.T.R.E.F.R.P.M.- fue extinguida mediante cancelación, quedando así vigente únicamente la partida inscrita en la Alcaldía de Soyapango; consecuentemente puede advertirse en el sub júdice, que se trata de un error de fondo, que adolece la partida de nacimiento de la niña, pues dicha Partida de Nacimiento, en relación al nombre y apellido de la madre ahí consignado, difiere con la Partida de Nacimiento de la expresada progenitora.

En virtud de lo anterior y contando con la prueba pertinente que demuestra el error advertido, consideramos que es procedente la rectificación de la partida de nacimiento solicitada por la impetrante y no la adecuación del nombre, como lo ha señalado el tribunal a quo.

*(Cam. Fam. S.S., veintiséis de abril de dos mil siete. Ref. 191-A-2006) (El primer paréntesis nos pertenece)*

### **7.3. REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR.**

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

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

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

*(Cam. Fam. S.S. cuatro de febrero de dos mil cinco. Ref. 147-A-2004)* <sup>32</sup>

Cuando la licenciada \*\*\* solicita la declaratoria de nulidad del asiento de la partida de nacimiento del señor \*\*\* realizado en el Registro del Estado Familiar del municipio de \*\*\*, fundamentándose en el Art. 22 literal "c)" de la Ley Transitoria, debió especificar por qué razón era nula esa inscripción, pues no basta afirmar que el segundo asiento es nulo porque existe uno anterior.- Podría haber nulidad si se expresa y

32. Esta sentencia se encuentra relacionada con los apartados denominados: NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO DE CUALQUIERA DE LOS CONTRAYENTES, numeral 2.3, LEGITIMACIÓN ACTIVA numeral 2.5 y LEGITIMACIÓN PASIVA, numeral 2.6, todos de la parte sustantiva.

demuestra que al asentarse la segunda partida se realizó por una causa u objeto ilícitos o con algún vicio del consentimiento (error, fuerza, dolo), pues ello daría lugar a una acción rescisoria, tal como se dispone en el Título correspondiente a la “Nulidad y Rescisión” del Código Civil (Arts. 1552 inc. 1º y 3º y 1322).- Una nulidad no puede solicitarse ni debe declararse nula solamente porque se le ocurra al litigante o al juzgador, debe tener un fundamento legal.-

*(Cam. Fam. Occ., cuatro de enero de dos mil siete, Ref. 096/2006)*<sup>33</sup>

(...) por no ser procedente la nulidad invocada, pudo iniciar ante el Juez de Familia competente un proceso de Cancelación de Asiento de Partida de Matrimonio, en base al Art. 22 literal “c” de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familia y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, identificado sólo como “Ley Transitoria”, alegando la nulidad del referido asiento por existir error en los documentos utilizados para la celebración del matrimonio, en aplicación supletoria del Art. 1325 inc. 2º del Código Civil, entendiendo que dicha normativa regula situaciones materiales, por no existir en la legislación familiar o en otra ley regulación al respecto en relación al matrimonio, por lo que es necesario retomar de tal norma su espíritu y esencia para dar trámite y solución al problema que se plantea, pues sobre la base del principio de unidad del derecho, no pueden haber situaciones de hecho carentes de regulación y estará en la facultad interpretativa del juzgador, encontrar la norma aplicable al caso en concreto valiéndose para ello tanto de la legislación ordinaria como de la constitucional y, en su caso, de principios que inspiran el derecho.-

Se debe tomar en cuenta que en el presente caso, como se ha expresado en la parte en que expusimos nuestras consideraciones del presente recurso, que el acto propiamente tal no se encuentra viciado, por cuanto no existe ningún hecho que vicie su consentimiento, el acto fue celebrado ante funcionario competente y ambos contrayentes en su momento de aceptación estaban conscientes de la persona física con quien adquirirían tal compromiso, por lo tanto el acto del matrimonio se configuró y en consecuencia es válido, es la inscripción de éste la que adolece de nulidad ya que por error se agregó documentación que

<sup>33</sup>. Esta sentencia se encuentra publicada en el apartado denominado DIFERENCIA ENTRE NULIDAD Y FILIACIÓN INEFICAZ, publicado en el numeral 5.1.2 de la parte sustantiva.

no era la correcta y que tiene efectos jurídicos en ambas partes y hasta en terceros, siendo esta la materia sobre la cual va versar el debate y tema probatorio, es decir comprobar que por error se agregó la certificación de partida de nacimiento del señor A.G.M. por la del señor A.G. por lo que de iniciar el proceso se debe conformar un litisconsorcio necesario activo por parte de los señores \*\*\* y A.G., pues ambos se vuelven parte subjetiva de la acción por existir un interés legítimo al verse afectados por el error incurrido en el asiento de su partida de matrimonio y porque la sentencia afectará a ambos.- Por otra parte, su legítimo contradictor continuará siendo el señor A.G.M., ya que éste deberá manifestarse por afectar la sentencia de igual manera sus intereses.-

Será necesario asimismo presentar todas las certificaciones de partidas de nacimiento de los hijos que fueron legitimados en el acto de matrimonio a fin de que se corrija el error en que se incurrió cuando se celebró el matrimonio de sus padres, pues ello provocó errores en dichos asientos y al ser cancelado seguirá la suerte todo lo que fuere su consecuencia.-

Como se dijo anteriormente, el acto del matrimonio entre los señores \*\*\* y A.G. es válido, por lo que en virtud de cancelarse su inscripción y todo lo que fuere su consecuencia, en la sentencia tendría que ordenarse la inscripción del asiento de matrimonio correcto (...)

*(Cam. Fam. Occ., treinta de julio de dos mil siete Ref. 089/2007)*<sup>34</sup>

No obstante lo anterior y considerando que de la constancia de no asiento de la partida de nacimiento de la señora \*\*\*, expedida por la señora Jefe del Registro del Estado Familiar, licenciada \*\*\*, se advierte que el libro \*\*\* en el que supuestamente se inscribió el nacimiento de la señora \*\*\* está totalmente deteriorado y considerando que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, existe un procedimiento administrativo que faculta al registrador para la reposición total o parcial de libros destruidos o desaparecidos por cualquier causa, o de partidas o inscripciones no legibles, por lo que la interesada puede optar por este procedimiento legal para reponer la partida de nacimiento de la señora \*\*\*, presentando

<sup>34</sup>. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado: NULIDAD RELATIVA, numeral 2.4 de la parte sustantiva.

como documento base para su reposición la certificación del acta de bautismo de dicha señora, tal como lo establece el inciso segundo de la disposición legal citada.- A nuestro criterio, la reposición del asiento sería el procedimiento más eficaz para la inscripción del nacimiento de la referida señora, ya que se establecería tanto su filiación materna como paterna, en virtud de que ambas constan en el acta de bautismo de fs. 5 y en consecuencia su nombre corresponderían tal como se identifica en la solicitud \*\*\*.- Si el (la) señor(a) Jefe(a) del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de \*\*\* se negare a realizar el trámite de reposición del referido asiento, a la parte interesada le asiste el derecho de que dicho(a) funcionario(a), por escrito, le resuelva su petición y fundamente su decisión, a efecto de poder interponer contra dicha resolución los recursos pertinentes ante las instancias competentes.-

*(Cam. Fam. Occ., nueve de diciembre de dos mil ocho. Ref. 144-08-SA-71)*

### **7.3.1. AUTENTICIDAD DEL REGISTRO.**

Al respecto, consideramos, de conformidad a lo establecido en el Art. 196 C. F., sobre la autenticidad de los asientos en los Registros que éstos hacen fe, de las declaraciones hechas por las personas que hubieren suministrado los datos para el asentamiento de inscripciones, pero no garantizan la veracidad de esas declaraciones en ninguna de sus partes. En este caso, debemos tomar en cuenta que la partida de nacimiento del menor \*\*\*, se asentó sin cumplir los requisitos para consignar la paternidad del Sr \*\*\*, ya que éste nunca manifestó su voluntad de reconocer al menor como su hijo (Art. 143 C. F.), sin embargo indebidamente se le atribuyó la paternidad, por lo que podemos inferir que el menor \*\*\* no ha sido legalmente reconocido por su supuesto padre y es procedente que se ventile el proceso que persigue dicho objeto, es decir, que se admita la demanda de DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD en los términos expuestos en la demanda de fs. ...

*(Cam. Fam. S.S. diez de febrero de dos mil cinco. Ref. 10-A-2005)* <sup>35</sup>

**35.** Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: DIFERENCIA DE DECLARATORIA JUDICIAL CON FILIACIÓN INEFICAZ, numeral 5.1.3 y PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD, numeral 5.3.4.2.7, ambos de la parte sustantiva.

## **8. AUTORIDAD PARENTAL.**

### **8.1. EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL.**

En las “Disposiciones Generales” del Título relativo a la “Autoridad Parental”, en el Art. 207, se establece que el ejercicio de tal autoridad corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o **A UNO SOLO DE ELLOS CUANDO FALTE EL OTRO.**- En vista de que el padre de los menores \*\*\* y \*\*\*, se encuentra fuera de nuestro país y reside en la ciudad y condado de los Ángeles, Estado de California de los Estados Unidos de América, no puede ejercer conjuntamente con la señora \*\*\* la autoridad parental de sus hijos, quienes se encuentran al lado de su madre en El Salvador, por lo que deberá otorgarse a ella sola el ejercicio de la autoridad parental de los expresados menores, lo cual también comprenderá la facultad de sacarlos del territorio salvadoreño sin necesidad de autorización del padre.-

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

En nuestra opinión si bien es cierto la autoridad parental es de consuno, existen muchos derechos accionados por uno solo de los progenitores siempre que sea en interés del hijo(a) como por ejemplo, alimentos, cuidado personal, autorización para salida del país, etc., ya que desde luego se actúa contra el otro progenitor; sin embargo habrá acciones en las cuales por existir intereses contrapuestos ninguno de los padres representará al hijo correspondiéndole la representación a la Procuraduría General de la República, como en los casos a que se refiere el Art. 223 ord. 3° y 224 C. F.

En lo que respecta al Art. 208 ya mencionado, plantea circunstancias especiales bajo las cuales podrá actuar uno solo de los progenitores, enfatizando que procede en casos de suma urgencia en consideración a los usos o en circunstancias especiales, como por ejemplo cuando se requiera una intervención quirúrgica, la celebración del matrimonio entre otros, y uno de los padres esté ausente, se ignore su paradero o se encuentre imposibilitado como lo prescribe el Art. 207 C. F.

*(Cam. Fam. S.S. quince de febrero de dos mil cinco. Ref. 23-A-2005)*

La facultad de corrección de los hijos, es una manifestación inequívoca de la autoridad de los padres y es un corolario del deber de educación; al respecto se ha sostenido doctrinariamente que: "Se debe sustraer a los menores del peligro de castigos físicos, sin por eso descuidar la necesidad de educar a los padres y adultos en general acerca de los límites en que pueden ejercer su autoridad" (Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Ed. Astrea.).

Así las cosas, los progenitores están obligados a asumir responsablemente el deber de corrección, sin que implique una actitud totalmente permisiva ni tampoco ubicar a los hijos en una situación de riesgo por ser excesivos en su ejercicio que implique incluso una posición de temor reverencial respecto de los progenitores; en otras palabras se pretende guardar un adecuado equilibrio entre la indolencia y el fervor excesivo de la corrección.

*(Cám. Fam. S. S, siete de marzo de dos mil siete, Ref. 127-A-06)*

Que sin embargo, esta Cámara aprecia que de conformidad al Art. 207 C. F. (Ejercicio de la Autoridad Parental), tal ejercicio lo puede tener uno solo de los padres cuando falte el otro, no sólo cuando hubiere fallecido, sino cuando se ausentare del territorio nacional o se ignore su paradero; en el subjúdice, está comprobado (fs.23/25, del Proceso) que la madre de la menor \*\*\* que tiene bajo su responsabilidad el recurrente señor \*\*\*, se encuentra ausente y, es además, de paradero ignorado, por lo que el ejercicio de tal autoridad parental mientras esté ausente la madre de dicha menor o se desconozca su paradero, le corresponde sólo al padre, la que se volverá conjunta (autoridad parental) cuando aparezca su madre.

Que como quedó dicho en el numeral anterior, que el recurrente tiene el ejercicio exclusivo de la autoridad parental de su menor hija, sin perjuicio de los demás aspectos ahí señalados, y siendo que el cuidado personal como contenido de la autoridad parental lo ejerce además el recurrente, automáticamente, también tiene su representación legal, ya que así lo sustenta el Art. 223 C. F. (Representación de los Hijos)(...)

(...) en razón de ello, la Cámara concluye su criterio, en el sentido de que teniendo el recurrente el ejercicio exclusivo de la autoridad

parental y como consecuencia, también el cuidado personal de su menor hija \*\*\*, está legalmente facultado para representarla exclusivamente en todos los trámites jurídicos con los que tenga que ver la menor ya relacionada, sin perjuicio de las prerrogativas legales que le asisten a la señora \*\*\*, cuando ésta aparezca.

*(Cam. Fam. Ote., tres de septiembre de dos mil siete. Ref. APE: 115(27-08-07))*

### **8.1.1. EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL EN SUPUESTOS DE OPOSICIÓN PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN.**

No obstante es criterio de esta Cámara que ese reconocimiento no debe mirarse como un acto voluntario, pues ha mediado una demanda y ha tenido que recibirse la prueba pertinente para que ello ocurriera y al ser presentado el instrumento respectivo al proceso, se vuelve una prueba sobre el reconocimiento de los hechos (la paternidad) que a estas alturas del proceso no exime del pronunciamiento, declarando la paternidad, omitiendo librar oficio por haberse presentado ya para su inscripción, de ahí que debe también pronunciarse sobre el ejercicio de la autoridad parental de acuerdo al Art. 207 C. F., en el sentido que la misma será ejercida exclusivamente por la madre, lo que no implica negar el derecho al padre de relacionarse con la niña, pues se entiende que el cuidado personal y representación legal corresponderá exclusivamente a la madre, cuando el reconocimiento se dé con oposición del padre, lo que no significa pérdida o suspensión de la autoridad parental.

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

### **8.1.2. DESACUERDO EN EL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL.**

El Lic. \*\*\* manifestó que solicitaba la "suspensión temporal de la autoridad parental" y de hecho, el expediente fue clasificado con referencia al Art. 241 C. F.. Advertimos que existe una incongruencia entre los términos utilizados: "suspensión temporal" por cuanto, la suspensión de la autoridad parental, precisamente por ser recuperable al momento de desaparecer la causa que le dio origen, es temporal, no

debe entenderse con una naturaleza sancionatoria ni como una medida cautelar, sino únicamente como una forma de prevención para proteger a los menores \*\*\* y \*\*\*, ante la ausencia o negligencia de uno de los progenitores en cumplir los derechos que le corresponden por ejercer la autoridad parental de sus menores hijos y facilitar al otro el ejercicio de la misma. (...)

Consideramos que fue aplicado indebidamente el Art. 209 C. F., pues los hechos narrados como fundamento de la pretensión no encajan en un desacuerdo entre los padres. La a quo razonó que por ser el Sr. \*\*\* conocido por \*\*\* de domicilio ignorado, no podría avenirse con la madre de los niños. Con ese mismo argumento sustentamos ignorado, por lo que el que según los hechos narrados en la demanda, tampoco ha podido existir un desacuerdo en el ejercicio de la autoridad parental. Sino más bien ha ocurrido un incumplimiento de los derechos inherentes a dicha institución jurídica de parte del Sr. \*\*\* conocido por \*\*\* a favor de sus menores hijos, debido a su ausencia no justificada; lo cual configura la causal 4ª del Art. 241 C. F.. Norma aplicable para decidir el caso planteado. (...)

En la especie existió una interpretación errónea por parte de la a quo en la forma en que debía analizar las peticiones hechas por la parte actora, considerando que por haber mencionado el Art. 207 C.F., su petición era originada en un desacuerdo entre padres, pero como se dijo ut supra, no existió propiamente un desacuerdo, sino precisamente se vislumbra que de comprobarse, puede existir una infracción a los deberes derivados de la autoridad parental, que den lugar –según el mérito de las pruebas– a suspender la autoridad parental, a efecto de no entorpecer eventualmente los derechos de los menores \*\*\* y \*\*\*.

*(Cam. Fam. S. S., seis de junio de dos mil siete. Ref. 49-A-2007)*

No obstante lo anterior, también debe aclararse que de acuerdo a la ley cuando se presenten desacuerdos en el ejercicio de la autoridad parental, cualquiera de los progenitores podrá presentarse ante el Juzgador a fin de que resuelva el conflicto, iniciando las diligencias respectivas, para la celebración de la audiencia, en la cual en caso de no avenirse las partes se resuelva lo que más convenga al interés de los menores, Art. 209 C. F. En otros términos, deberán iniciarse las

correspondientes diligencias de Desacuerdo del Ejercicio de la autoridad Parental y el Juzgador al admitirlas procederá a señalar audiencia, con el objeto de resolver el conflicto y de esa manera decidir lo más favorable al hijo(a).

En el sub judice se da la particularidad de que la solicitud se presentó en las mismas diligencias de divorcio por mutuo consentimiento, las cuales a la fecha están fenecidas por lo que en dicho proceso solo podría admitirse peticiones de ejecución de sentencia, por lo tanto consideramos que el procedimiento no fue el adecuado, al darle trámite a las peticiones formuladas por las partes en un proceso fenecido, debiendo prevenirse que se hiciera por los cauces legales correspondientes.

Por otra parte se advierte, que la petición del señor \*\*\* fue realizada en forma personal y no por medio de apoderado y que no obstante haberse señalado que podía nombrar apoderado si quisiera, no lo hizo, procediéndose a la celebración de la audiencia especial antes referida, a la que el expresado solicitante compareció sin apoderado, que lo asistiera legalmente. Por el contrario la señora \*\*\* compareció por medio de su apoderado, aspecto que indudablemente dejaba en desventaja procesal a dicho señor, no obstante la naturaleza de la audiencia celebrada, pues en todo caso se trata de un conflicto que finalmente ha de ser dirimido por el juzgador, y en caso que los padres llegaren a decidir el conflicto mediante acuerdos éstos deberán ser homologados. Por otra parte sostenemos que en cualquier trámite o diligencia se deben garantizar los principios del debido proceso, y que si bien es cierto la disposición aplicable refiere que se resolverá sin formación de juicio, esa disposición no debe verse de manera aislada por cuanto no es aceptable que se dicte resolución alguna -por sencilla que parezca- sin motivación o fundamentación de hecho y de derecho, aplicable a situaciones que tengan que ver con el interés del hijo(a) Art. 350 y sgts. C.F.

En las referidas diligencias se observa que no se cumplieron las formalidades del debido proceso (principio del contradictorio), pues no se tramitó en las diligencias de desacuerdos de la autoridad parental en forma autónoma, al expediente de divorcio ya fenecido, lo que daría lugar a la ineptitud de la petición así planteada por no ser la vía adecuada; y en segundo lugar porque al no contar una de las partes, con apoderado que le asistiera técnicamente, se rompió con el principio

de igualdad procesal, vulnerando con ello su derecho de defensa, mismo que finalmente la a quo arguyó cuando le expresó que podría impugnar la resolución. Por lo anterior consideramos que tales actuaciones dan lugar a nulidad de lo actuado, no obstante no estar expresamente determinada en la ley adjetiva, porque implícitamente se coloca en indefensión a una de las partes al no darles el trámite correspondiente. Además el incurrir en tales vicios de procedimiento vulnera derechos constitucionales y de los Tratados Internacionales.

*(Cam. Fam. S. S., veintinueve de octubre de dos mil siete. Ref. 73-A-2007)*

## **9. CUIDADO PERSONAL.**

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

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

### **9.1. ELEMENTOS A VALORAR AL CONFERIR EL CUIDADO PERSONAL DE UN HIJO(A).**

Así hemos señalado en precedentes anteriores que los criterios legales para conferir el cuidado de un niño(a) son: (1) el progenitor que mejor garantice su bienestar, edad, circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica, Art. 216 C.F.; (2) el padre o madre que esté en mejores condiciones de proporcionar un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad. Art. 211 C.F.; (3) aquel(la) 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) LPr.F., 3 C.D.N..

Por vía jurisprudencial se han introducido otros criterios entre éstos la no separación de los hermanos, el mantenimiento del status quo (arraigo) que implica el lugar donde el menor ha desarrollado su vida y ha establecido lazos interpersonales.

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

#### **9.1.1. IDONEIDAD DE LOS PROGENITORES.**

Asimismo las menores se han visto perturbadas no solo por la crisis familiar originada por la ruptura de vida de sus padres sino también, han tenido que adaptarse a la idea que su madre tenga una nueva relación de pareja, que desde nuestro punto de vista, por si

solo no constituye ningún factor negativo para con las niñas, lo que también se sostiene en el estudio practicado, ya que toda persona tiene el derecho de rehacer su proyecto de vida. Ha sido esa realidad de vida, la que ha llevado a la doctrina a plantearse el tema de "las familias ensambladas", es decir, aquellas construidas con parejas divorciadas o separadas de anteriores uniones de vida marital, quienes llevan consigo a sus hijos a residir a una misma casa de habitación. Sin embargo, ha sido el padre de las menores, quien no ha soportado la idea que la madre de sus hijas, tenga otro compañero de vida. Eso lo ha llevado a subyugar a sus hijas y compañera de vida (v.gr., el padre se refiere en términos inapropiados sobre la madre de sus hijas frente a éstas; existen antecedentes de violencia intrafamiliar contra la señora \*\*\* fs.... en los que se expresa el maltrato por parte del señor \*\*\* y el desacuerdo en la relación con las hijas; en cambio en el acta de escucha a las menores, a fs. ...), la menor \*\*\* dijo que se lleva bien con el compañero de vida de su madre. No obstante que esa nueva relación de pareja, fue la razón para solicitar el cuidado de sus hijas por el padre, aduciendo que estas corren peligros con la nueva pareja de la madre; esto ha quedado desvirtuado en el proceso.

En el hogar constituido por la señora \*\*\* y su compañero de vida, las menores tienen tranquilidad y armonía. El compañero de vida de la primera es anuente a incorporar al hogar a las menores.

*(Cam. Fam. S.S. catorce de febrero de dos mil cinco. Ref. 170-A-2004)*

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

siempre el interés superior del menor.

*(Cam. Fam. S.S. seis de abril de dos mil cinco. Ref. 105-A-2004) (El paréntesis nos pertenece).*

Tampoco es suficiente el argumento, de que el padre es quien puede ofrecer un mejor nivel de vida a su hija, ya que el desarrollo de un menor debe ser valorado de forma integral y si bien el aspecto económico es un elemento relevante; esto queda subsanado con la cuota alimenticia a favor de la menor; respecto a las condiciones de vida que ofrece la vivienda de la madre con respecto a la del padre, se evidencia del estudio social que la vivienda del Sr. \*\*\*, ofrece mejores condiciones, pero tampoco este es un elemento concluyente ya que la madre aunque reside en una vivienda humilde, esta cuenta con las condiciones mínimas que satisfacen el derecho de habitación y vivienda de la menor.

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

El elemento que resulta determinante para el presente fallo es el arraigo y apego que \*\*\* ha desarrollado durante sus tres años de vida con respecto de su padre y es indudable que el haber sido éste quien asumió su cuidado desde los tres meses de edad, implicó el establecimiento de un fuerte vínculo en su relación padre -hijo y en autos no constan medios probatorios que indiquen que aquel no desempeñe eficazmente la crianza del hijo, por lo que a criterio de este Tribunal separar al menor de su padre, cuando éste se encuentra completamente adaptado a la dinámica familiar de dicho progenitor, es atentatorio al desarrollo psíquico del niño y por tanto a su interés superior y de conferirse a la madre sería una tía, sra. \*\*\*, ver fs. (...) quien ejercerá materialmente su cuidado, persona de quien no consta que aquel se encuentre adaptado, por lo que no se puede soslayar la circunstancia que el niño está plenamente integrado al hogar del padre;(...)

*(Cam. Fam. S.S. veintiuno de junio de dos mil cinco. Ref. 46-A-2005)*

*Relaciones: Cam. Fam. S.S. veinte de julio de dos mil cinco. Ref. 167-A-2004.*

El ambiente en que se desenvuelve \*\*\* no es el indicado para un sano desarrollo de dicha menor, ya que el actual compañero de vida de su madre \*\*\*, ha generado por su hábito alcohólico una situación inconveniente, debido a su conducta violenta, lo que a criterio de esta Cámara, es altamente perjudicial para el mejor desarrollo bio-psico-social de la niña \*\*\* y teniendo la posibilidad de convivir con su padre, quien demuestra vocación de cuidarla; lo más beneficioso en este momento es que resida con él. (...)

Debemos agregar que existe la idea que los niños están mejor cuidados con la madre, dada la mayor sensibilidad hacia los hijos, sin embargo ello no siempre es así, por lo que esta idea tiende a cambiar paulatinamente en el imaginario social, pues también los padres pueden ser sensibles hacia ellos. Que aún y cuando a la madre no le sean imputables las condiciones adversas para el óptimo desarrollo de su hija, sí se ha de considerar comparativamente el entorno familiar del padre que solicita su cuidado.

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

(...) Si bien es cierto el contenido de dichos correos, pueden indicar una particular conducta sexual de la Señora \*\*\*, no pueden tomarse como elementos suficientes que menoscaben y desacrediten la aptitud de la Señora \*\*\* para el cuidado de sus hijos, ya que se trata de aspectos de su vida íntima que no han sido relacionados con su rol materno. Pretender que el juego lúdico sexual de una persona afecta su relación filial, no corresponde con la realidad fáctica y jurídica. Bien puede decirse que una persona es una unidad de comportamiento. Pero también es cierto que la persona adopta una serie de actitudes diferentes en las diferentes situaciones de su vida. Concluyendo, hemos de afirmar que el ejercicio de la sexualidad como un componente lúdico de la libido no es la más de las veces un patrón definidor de la calidad de buen padre o madre de familia.

*(Cam. Fam. S.S. treinta de agosto de dos mil cinco. Ref. 123-A-2004)*

**El criterio relativo a la importancia que reviste la edad de los niños y niñas para decidir el cuidado personal de los mismos a favor de uno de los progenitores,** hace referencia a que los niños de corta edad, es preferible no separarlos de la madre, siendo un ejemplo claro cuando éstos se encuentran en el período de lactancia, en este caso generalmente se vuelve necesario que permanezcan al lado de la madre, ya que esa circunstancia constituye un derecho fundamental del menor de acuerdo a los Arts. 351 numeral 5º del C. F. y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, y aún en este caso pueden haber excepciones para la concesión de su cuidado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso.

*(Cam. Fam. S. S., treinta de enero de dos mil seis. Ref. 199-A-2004)*

Consideramos que el comentario hecho por la testigo \*\*\*, de que la demandada en una sola ocasión le expresó su deseo de quererse matar y a su hija, es un hecho aislado y emotivo que tiene su asidero en la etapa conflictiva y de desesperanza experimentada por ésta al darse la separación con su esposo, la que ocurrió en pésimas circunstancias, tanto que hubo denuncias de violencia intrafamiliar, agresiones y amenazas para con la supuesta pareja de su esposo, que incluso dio lugar al inicio de denuncias penales contra la demandante, situación que desencadenó un estado de frustración y violencia, llegando al extremo de expresar la demandada el deseo de privarse la vida propia y la de su hija, lo que indica el grado de sufrimiento e impotencia de sobrellevar y anteponerse a la situación conflictiva vivenciada, por los sentimientos aún latentes hacia su esposo, lo que al momento de iniciar el proceso estaba siendo superado lo cual no la descalifica para ejercer el cuidado de su hija, tan es así que a esa conclusión llega la misma psicóloga que la entrevistó; advirtiendo que la sintomatología presentada era normal ante la concurrencia de los elementos antes mencionados.

*(Cam. Fam. S. S., nueve de Febrero de dos mil seis. Ref. 202-A-2005)*

De todo lo anterior, consideramos que en este caso no puede responsabilizarse directamente a uno de los padres por el problema de

drogadicción que sufrió la señorita \*\*\*, ya que, ambos padres son responsables del cuidado de los hijos y de una u otra manera el conflicto conyugal de la pareja afecta la estabilidad emocional de los hijos, máxime si se trata de adolescentes; la señora \*\*\* manifiesta que su hija se quedó al lado de su padre en contra de su voluntad –de la señora \*\*\*–, pero dicha señora sabía perfectamente que no podía retener a su hija y obligarla a regresar con ella a Bolivia, por otra parte el señor \*\*\* no podía negarse a recibir a su hija en Guatemala y permitirle que viviera allí, esto denota que la joven se inició en las drogas de una manera circunstancial propiciada por su rebeldía de adolescente, aunado a las malas influencias personales y ambientales haciéndolo a escondidas de sus progenitores, afortunadamente el problema se trató a tiempo gracias a la intervención de su madre, pero el hecho de que \*\*\* haya tenido la suficiente confianza para dialogar con su padre cuando éste la descubrió y pedirle que no le comentara a su madre y que a cambio dejaría de consumirlas, no puede considerarse como una conducta permisiva por parte del señor \*\*\* hacia el problema de su hija, él mismo manifestó que se trataba de una etapa de la adolescencia de su hija, además no debe dejarse desapercibido que tanto el señor \*\*\* como la señora \*\*\* manifestaron haber consumido drogas en su juventud, lo que significa entonces que en esa época también debió haberse calificado (o procesado en algún momento) a sus padres por irresponsables; por otra parte la drogadicción y alcoholismo es un flagelo social en el que, en la mayoría de los casos por diversas circunstancias los progenitores no se enteran o son los últimos en enterarse del consumo de sustancias por parte de sus hijos(as).

*(Cam. Fam. S.S., treinta y uno de marzo de dos mil seis. Ref. 176-A-2004)*

En el *sub judice*, las situaciones descritas han sido advertidas por las partes al conocer los resultados del estudio, en los que consta la relación tirante que existe entre la madre y los menores hijos, situación que surge por la no aceptación del amigo de la señora por parte de los menores; igual ocurre con la hija mayor, a quien además la demandante ha maltratado, pero tratándose que el único obstáculo que tienen los menores hijos para mantener una relación armoniosa con su madre es la relación sentimental que sostiene, habrá que regular este aspecto,

por medio de ciertas medidas como las terapias ordenadas en la sentencia o en ulterior instancia iniciar un nuevo proceso, lo que no significa un hecho nuevo que haga variar el acuerdo, sino situaciones de aceptación o rechazo para con terceras personas, que en todo caso no se ha demostrado que descalifique a la madre para ejercer el cuidado personal de sus hijos acordado por los cónyuges.

*(Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 94-A-2005)*

### **9.1.2. PRINCIPIO DE UNIDAD FILIAL.**

Si bien las menores \*\*\* y \*\*\* han permanecido la mayor parte del tiempo al lado del padre y desean permanecer con él, de tal suerte que el arraigo de ellas hacia su progenitor es bastante fuerte, lo que sin duda es un elemento que influye en la decisión del juzgador (a), también debe considerarse el principio de unidad filial que procura que los hermanos (as) permanezcan juntos; aunado a las circunstancias de índole moral que puedan determinar su concesión al otro progenitor, aún contra el deseo de los hijos, pues no siempre lo que el hijo (a) desea es lo más conveniente para su desarrollo integral.(...)

Al respecto, estimamos que la conducta de la madre, motivo por el cual también se decretó el divorcio, es un acto de decisión personal que da lugar al divorcio, pero que no ha colocado en situación de riesgo o peligro a sus hijas por las circunstancias en que el hecho ocurre, y ha sido el padre quien puso en conocimiento de tales hechos a sus hijas, quienes si bien es cierto tienen derecho a saber los motivos de la separación de sus progenitores, su conocimiento sobre esos hechos ha de hacerse de tal forma que les afecte lo menos posible, pues los cónyuges no deben transmitir a sus hijos sus diferencias, frustraciones y propios conflictos, que es lo que ha ocurrido en la especie; de otro tanto, se considera que la infidelidad de uno de los cónyuges no es determinante para descalificarlo per se para ejercer el cuidado si éste ha desempeñado en buena forma su rol de padre o madre.(...)

No se discute en ningún momento que el señor \*\*\* sea un buen padre, ya que sus mismas hijas manifiestan estar muy bien a su lado y desean permanecer con él, pero por lo antes dicho consideramos que

no es el más idóneo para el cuidado de las niñas, aún y cuando su conducta no haya incidido de forma negativa directamente en sus hijas, pues consideramos que existen indicios de conductas impropias en su relación con los pacientes que incluso les ha afectado en su dignidad humana; así como también la eventual ingesta de bebidas embriagantes y su descuido respecto del acceso de sus hijas a la pornografía.

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

*Relaciones: Cam. Fam. S. S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 27-A-2005.*

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

Consideramos que con lo expuesto, a pesar del principio de unidad filial, el cual no debe verse aisladamente, sino de manera integral con los demás elementos que obran en el proceso, es dable modificar la sentencia impugnada, asignándole el cuidado personal de la niña \*\*\* al padre, dado el apego e identificación demostrado hacia él. Dicha situación ha sido verificada por el equipo multidisciplinario cuando efectuó la investigación pertinente; así tenemos que en las valoraciones del informe psicológico se menciona que \*\*\* se muestra ambivalente ante su situación de limitación económica, lo que le genera un conflicto de lealtades para indicar con cual progenitor desea residir; también se menciona que los hijos han establecido un fuerte vínculo afectivo e identificación con el padre y la madre, según resultados psicométricos los niveles de apego y comunicación son mas fuertes y espontáneos con la madre, sin embargo existe una fuerte alianza entre la niña y su padre, a quien percibe como una figura fuerte y protectora.

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

### **9.1.3. ALIENACIÓN PARENTAL.**

Se resaltó en el estudio social del Centro de Atención Psicosocial de San Vicente, de fecha trece de noviembre de dos mil dos, que las fuentes entrevistadas (colaterales) sostuvieron que los menores eran drásticamente castigados por su padre y que éste no tenía una fuente de trabajo constante; a pesar de ello se refleja en la mayoría de

investigaciones el deseo de estos de permanecer junto a aquel, ello es interpretado en razón de la edad de los mismos y por ende su escasa capacidad crítica –cómo se sostuvo en los peritajes psicológicos– al apego que durante todo este tiempo han desarrollado respecto de su padre, lo cual es una situación lógica a pesar del daño recibido por la influencia psicológica que ejercía sobre ellos y considerando por otro lado que su madre no podía acercárseles; ante una situación de (presumible) abandono era preferible para los niños compartir junto a su padre; por otra parte los niños han sido sometidos a alianzas en las que sin duda su lealtad esta reflejada a favor de su padre –ver estudio social de Fs. ...– es preciso aclarar que ha quedado demostrado sino el daño físico sí el psicológico, ya que es evidente la alienación de los niños respecto de su padre y como han hechos suyos los conflictos de la pareja, expresándose de su madre de una forma no apta para su desarrollo evolutivo, que nos demuestran lo vulnerable e influenciables que son y cómo su padre se ha aprovechado de dicha conducta para alejarlos de la Sra. \*\*\*, lo que ha incidido negativamente en su desarrollo y ha implicado un grave daño en su desarrollo psicológico que les afectará a lo largo de su vida y que ha quedado demostrado mediante los peritajes psicológicos efectuados en el Instituto de Medicina Legal Doctor Roberto Masferrer agregados de Fs. ...

*(Cam. Fam. S.S. treinta de noviembre de dos mil cinco. Ref. 160-A-2005)*

En dicho informe se hace notar una situación sumamente grave estableciéndose que ha sido la madre quien principalmente –de una u otra forma– ha obstaculizado que el hijo se relacione con su padre, afirmándose categóricamente, que el menor \*\*\*, ha sido diagnosticado con Síndrome de Alienación Parental, lo que significa que ha existido una influencia negativa por parte de uno de los progenitores –en este caso de la madre– con el objeto principal de que el hijo destruya el vínculo filial con su otro progenitor llegando al grado de odiarlo o despreciarlo, utilizando o valiéndose para tal fin de diversas tácticas, como denigrar al otro progenitor. Debe agregarse, que efectivamente –según estudios realizados– estas actitudes constituyen una de las principales características, si no la principal, de este tipo de progenitores, pues se empeña totalmente en impedir que el hijo se relacione con el

otro, causando con ello un grave daño a la personalidad del hijo(a).

Se apunta en dicho informe que tal circunstancia conlleva a trastornos más serios e irreversibles en el desarrollo emocional del menor y que por ello se hace necesaria la intervención urgente para brindar tratamiento o asistencia psicológica al expresado niño, pero también a los progenitores, principalmente a la madre, quien debe someterse a terapias en el CAPS haciendo conciencia de lo perjudicial que ha resultado para su hijo su actuar lo que podría acarrearle mayor afectación si persiste en esa actitud.

De todo lo anteriormente expuesto se puede colegir que la razón principal por la que no se ha desarrollado normalmente la relación y comunicación del padre y abuela paterna con el niño \*\*\* ha sido motivada por la conducta inapropiada y nada armoniosa de la madre, quien ha priorizado sus propios intereses y conflictos en detrimento incluso de la salud mental de su hijo, empeñándose en no permitir que se realice adecuadamente el régimen de visitas, trato y estadía de su menor hijo con el padre, afectando con ello aún más a su hijo, a quien no sólo le ha privado de relacionarse con su progenitor y demás parientes, lo cual es un derecho primordial e indispensable para el normal desarrollo del niño, sino también le ha ocasionado daño emocional que puede ser irreversible y de nefastas consecuencias a futuro para la vida personal y familiar si no se trata debida y oportunamente por profesionales del área de la salud mental lo antes posible, es decir psiquiatras y psicólogos, dada la gravedad del síndrome mencionado.(...)

Aún cuando se sostiene que ha sido la madre del menor, quien con su conducta de no propiciar o permitir el trato y relaciones del hijo con su padre, indirecta o directamente le ha causado daño al niño; es decir, que aunque la intención de la madre, al hacerlo no haya sido en forma consciente, no se puede negar que existe una buena relación afectiva de éste (el hijo) con ella, sumado a la sobre-protección que ofrece al hijo, pues según los estudios del Síndrome de Alienación parental es otra característica que presentan dichos progenitores alienantes. Se considera entonces que ha sido la posición beligerante de la madre ante los problemas con el padre del niño, lo que dio lugar a la ruptura

de sus relaciones, paterno filiales y con la familia paterna; propiciando que el niño adoptara tal comportamiento, lo cual bajo ningún punto de vista es aceptable, pues con ello ha perjudicado gravemente a su hijo.

*Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82-A-2006)* 36

## **9.2. CUIDADO PERSONAL EJERCIDO DE FORMA COMPARTIDA ENTRE LOS PROGENITORES.**

Por otra parte los testigos del demandado, especialmente la señora \*\*\* expresó situaciones delicadas con respecto al cuidado que el niño recibe por parte de la madre, tales como que lo descuida en los paseos y lo expone a situaciones de alto riesgo, así como también el niño se ha visto envuelto en hechos que podrían afectar su desarrollo emocional, como lo es el que su madre duerma con el novio junto al niño en la misma cama, o que esté experimentando erecciones a tan temprana edad, así como que sea objeto de golpes y de gritos cuando no quiere dormir. De existir prueba directa o indiciaria de esos hechos podría tenerse una convicción de su acaecimiento que ameritara no sólo poner a salvo al niño de esos riesgos sino de tomar otras medidas de índole jurídico para salvaguardar su integridad tanto física como moral. (...)

Según los estudios ambos padres se encuentran psicológicamente capacitados para responsabilizarse del cuidado de su hijo, y el niño se encuentra arraigado en el entorno familiar de ambos padres, quienes le brindan el amor y afecto que necesita. A nuestro criterio ambos progenitores reúnen las condiciones de idoneidad para ejercer al cuidado de su hijo \*\*\* y dadas las circunstancias en que el niño se ha venido desarrollando es procedente conferir el cuidado personal de forma compartida y establecer un régimen de relaciones, comunicaciones y trato suficientemente amplio entre el padre, madre e hijo en beneficio de éste último, pues el régimen de relaciones y trato que actualmente

36. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN Y TRATO A FAVOR DE PARIENTES, numeral 9.4.1; OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN TRATO Y ESTADÍA numeral 9.4.2 y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL. CAUSAS; numeral 12.3, todos de la parte sustantiva.

goza no afecta al niño, sin perjuicio de las situaciones expuestas en relación a la conducta de la madre y afirmadas por el hijo, lo que en determinado momento de seguir ocurriendo podrían dar lugar a un cambio sobre el cuidado y régimen que hoy se establece.

(...) No obstante, existe prueba contradictoria acerca de los hechos que motivaron los comentarios del niño, por lo que a nuestro juicio- no se ha establecido de manera fehaciente esa circunstancia, que de probarse daría lugar -sin duda- a conceder el cuidado personal al padre, con un régimen de comunicación restringido a la madre.

Sobre la precocidad de los niños(as) en experiencias eróticas como las que se menciona ha relatado el niño (según la abuela paterna) no se puede afirmar con certeza que obedezca a una afectación ocasionada por las relaciones de amistad de la madre en los paseos que realizan.

Para indagar en que medida las experiencias del niño en esos paseos, le han afectado negativamente en su "psique", al grado que se menciona, necesitaría de un estudio más a fondo de expertos en psicología y psiquiatría. Sobre este aspecto nos basta con conocer - a través de la prueba vertida en autos- (testimonial e informes psico-sociales) que el niño al lado de la madre se encuentra en buenas condiciones de salud, (física y mental), y demás cuidados necesarios para su normal desarrollo bio psico social y educativo; pues no se han probado sin contradicción hechos que pongan en riesgo la integridad física y moral del niño.

*(Cam. Fam. S.S., treinta y uno de marzo de dos mil seis. Ref. 144-A-2004)*

(...) No obstante, existe prueba contradictoria acerca de los hechos que motivaron los comentarios del niño, por lo que a nuestro juicio- no se ha establecido de manera fehaciente esa circunstancia, que de probarse daría lugar -sin duda- a conceder el cuidado personal al padre, con un régimen de comunicación restringido a la madre.

Sobre la precocidad de los niños(as) en experiencias eróticas como las que se menciona ha relatado el niño (según la abuela paterna) no se puede afirmar con certeza que obedezca a una afectación ocasionada por las relaciones de amistad de la madre en los paseos que realizan.

Para indagar en que medida las experiencias del niño en esos paseos, le han afectado negativamente en su "psique", al grado que se menciona, necesitaría de un estudio más a fondo de expertos en psicología y psiquiatría. Sobre este aspecto nos basta con conocer - a través de la prueba vertida en autos- (testimonial e informes psico-sociales) que el niño al lado de la madre se encuentra en buenas condiciones de salud, (física y mental), y demás cuidados necesarios para su normal desarrollo bio psico social y educativo; pues no se han probado sin contradicción hechos que pongan en riesgo la integridad física y moral del niño.

*(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de marzo de dos mil seis. Ref. 114-A-2004)*

### **9.3. DELEGACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE UN NIÑO(A) A ABUELOS O TERCEROS.**

Por otra parte tomando en consideración que el ejercicio de la autoridad parental corresponde exclusivamente al padre y a la madre, de acuerdo al Art. 206 C.F., es la señora \*\*\* quien de hecho lo ejerce sin la oposición del padre pero que en razón de su trabajo y residir en esta ciudad y no tener quien le colabore con el cuidado de sus hijos, éstos son atendidos en Chinameca, Departamento de San Miguel, por los abuelos maternos, como consta a fs. ... como sucede en casos similares. Por ello, aún cuando este punto no ha sido objeto de discusión en el proceso, el cuidado se otorga al padre o la madre que garanticen de mejor manera el ejercicio de ese derecho y a los abuelos provisionalmente, por un período máximo de dos años, pudiendo éstos prorrogarse si no variaren las circunstancias que dieron lugar a ese decisorio, en los casos contemplados en el Art. 219 C. F. es decir: Muerte o enfermedad grave de alguno de los padres o cuando el hijo quedare desamparado, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa.

En consecuencia el cuidado actualmente es ejercido por la madre, con la colaboración material de la abuela materna, por lo que no habrá lugar a fijación de cuota alimenticia de su parte, por cuanto será ella misma la que asumirá los gastos que no cubra la cuota fijada al apelante, debiendo modificarse también la sentencia en ese sentido.

*(Cam. Fam. S. S. cinco de enero dos mil cinco. Ref. 18-JN-2003)*

Sobre la interpretación y aplicación del Art. 219 C. F., esta Cámara sostiene que la norma se adecua al supuesto de autos y es que al morir la madre de los menores y no residir su padre en el territorio nacional, aquéllos de no convivir con la abuela quedaban desamparados, por lo cual la situación de hecho configurada y plenamente consentida por el Sr. \*\*\*, es válida, por lo que su modificación debería proceder por el consenso tanto del padre como de la abuela materna, por ser con ésta con quien actualmente residen y no con el padre; caso contrario el apelante tiene que instar y hacer valer su pretensión por la vía procesal adecuada, para que sea el juzgador quien valore si la decisión del padre no afecta a los hijos de esta forma no sólo se garantiza la legalidad de la actuación judicial sino además el interés superior de los niños sujetos a estudio. Por otra parte, es evidente el derecho que ostenta la Sra. \*\*\* para acudir a cualquier Tribunal de Familia y solicitar que se le confiera de manera judicial y provisional el cuidado de sus nietos, ya que consta en autos que siempre han residido al lado de ella.

Así lo hemos establecido en diversos pronunciamientos, incluso en la sentencia citada por el apelante (aún cuando el supuesto fáctico no es el mismo), en la que se dijo: "En ese sentido, si bien es cierto que tratándose de la pretensión del cuidado personal de un niño, los únicos legitimados para ejercerla son los padres, ello no obsta para que el cuidado personal, así como el establecimiento de un régimen de relación y trato, pueda ser solicitado provisionalmente por otros familiares e incluso por terceros que tuvieren algún interés, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor, de conformidad al mismo Art. 219 comentado y el Art. 217 inc. último C. F., así como si en caso de ausencia de los padres se hubiese asistido al hijo (...)". (Incidente de apelación 86-A-2002). (El subrayado es nuestro).

*(Cam. Fam. S.S. cuatro de mayo de dos mil cinco. Ref. 69-A-2005)*

(...) Reiteradamente se ha dicho por esta Cámara que la contribución de los abuelos en el cuidado de los niños es accesoria a los padres, de modo que si estos últimos se encuentran en condiciones de proveer a sus hijos de los recursos necesarios para su subsistencia y para brindarles los cuidados que requieren, son ellos los primeros

obligados, por lo que consideramos que si bien a los abuelos también les asiste el derecho de cuidar a sus nietos, ésta es una facultad supletoria. Arts. 206 y 219 C. F.. La facultad primordial de criar a los hijos es de sus padres, para que éstos les prodiguen el amor y el afecto necesarios para su formación, amén de lo ya dicho sobre los gastos materiales (...)

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

También hay que tener en cuenta que son ambos padres los llamados a cumplir conjuntamente los deberes de crianza, formación moral, religiosa, educación, corrección y asistencia respecto de sus menores hijos, en el sentido que dicha responsabilidad no puede ser delegada a terceras personas (salvo por causas justificadas) y el ausentismo de parte del señor \*\*\* como figura paterna es evidente al delegar dicha responsabilidad en la abuela y tía paterna, ya que la señora \*\*\* reconoció que fueron ellas las que le ayudaban no sólo a cuidar al menor sino también en lo referente a la manutención; por lo tanto, aunque el padre resida en su hogar de origen y la abuela y tía paterna se encuentren en la mejor disposición para asumir dicha responsabilidad, no les corresponde a ellas asumir ese rol.

*(Cam. Fam. S. S., dieciséis de junio de dos mil seis. Ref. 57-A-2005)*

Según el impetrante, el objetivo de la solicitud presentada es que se legalice por medio de una sentencia definitiva el acuerdo de los padres de la menor \*\*\* de confiar su cuidado personal a la abuela paterna, señora \*\*\*, de sesenta y seis años de edad, ya que, según dicha solicitud (fs. ...) y su ampliación a (fs....), tanto el padre como la madre se encuentran casados con terceras personas y por esa razón ninguno de ellos puede tener bajo su cuidado a su hija. El señor \*\*\*, está casado desde el año noventa y tres, (hace vida conyugal) y es padre de cuatro niños, -a parte de \*\*\*- y la situación con su esposa no es tan agradable cuando la referida menor se encuentra en el hogar. La señora \*\*\*, viaja eventualmente por sus constantes negocios, y además su cónyuge no acepta que \*\*\* viva en su hogar, corriendo el riesgo de ser maltratada física y psicológicamente.

No obstante, ambos padres visitan a la menor, se relacionan

con ella y le aportan una cuota alimenticia. (...)

En ese orden de ideas, según el Art. 206 C. F., la autoridad parental, -como consecuencia de la filiación-, es el conjunto de facultades y deberes que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida. Dichas facultades-deberes, entre éstas las de cuidado personal, son irrenunciables e intransferibles, salvo las excepciones que la misma ley señala. En general la autoridad parental es indelegable, pero ello no es óbice para confiar el cuidado personal y representación legal provisionalmente -en casos de urgencia- a terceros, respecto del hijo(a) sujeto a autoridad parental. Tales acuerdos pueden concretizarse -conforme a la ley- por medio de Escritura Pública o Acta ante la Procuraduría General de la República; sin embargo tal circunstancia no ha sido aceptada en forma pacífica, en sede jurisdiccional no solo por la interpretación que se hace de las disposiciones legales, sino además por los efectos que tiene una resolución judicial, diferente a los acuerdos vía notarial o administrativa. (...)

Sobre casos similares de padres separados en que ninguno convive con el (la) hijo(a), esta Cámara ha sostenido reiteradamente que según los Arts. 216 y 219 C.F., para que un tercero (distinto de los padres), en este caso la abuela paterna de la menor \*\*\*, pueda ejercer el cuidado personal definitivo, es necesario que la niña se encuentre en una situación de desamparo, abandono, maltrato o en otros supuestos semejantes de los cuales se advierta el riesgo o peligro para ella, debiendo pedirse el ejercicio del cuidado personal a través de los demás elementos que conforman la autoridad parental mediante una demanda de pérdida o suspensión de la autoridad parental, pidiendo a su vez el nombramiento de tutor(a) o bien -en otros supuestos menos graves como en el sub judice- el interesado podrá solicitar el cuidado personal provisional, el que también podrá pedirse como medida cautelar como acto previo o dentro del mismo proceso de pérdida o suspensión de la autoridad parental.

Además, el Art. 219 C.F., se refiere a todos aquellos casos en que un(a) menor requiera de protección inmediata o urgente, confiando provisionalmente su cuidado a los consanguíneos de grado más próximo,

y en especial a los ascendientes, como por ejemplo en casos de maltrato físico o psicológico, ausencia abandono, etc. En esos supuestos es procedente conferir el cuidado personal de los menores a los abuelos, hermanos, tíos, u otros, pero esto se hará sólo provisionalmente y no en forma definitiva. Lo anterior, sin perjuicio que los padres puedan voluntariamente y mediante escritura pública o acta ante la Procuraduría General de la República, confiar el cuidado y la representación legal de sus hijos en los supuestos establecidos en la ley. Art. 216 Inc. 1° C. F.

En conclusión los padres pueden bajo circunstancias determinadas confiar el cuidado personal de un hijo(a) a un pariente o tercero, lo que no podrían es conciliar o acordar sobre el ejercicio de la autoridad parental que ejercen sobre sus hijos, confiriéndola en forma definitiva a terceras personas por las características propias de tal institución, esto es, su intransferibilidad e indelegabilidad como ya apuntamos, con más razón si las causas que originan esa pretensión se fundamentan en la desatención de sus propias obligaciones parentales, so pretexto del beneficio de la hija, cuando en el fondo como bien lo ha dicho la Procuradora de Familia han antepuesto sus intereses particulares, es decir su estabilidad conyugal en detrimento de los derechos de su hija a crecer con ellos que son los principalmente obligados a su crianza, establecimiento y educación, trasladándole esa obligación a persona adulta mayor (abuela paterna) quien requiere también de protección especial, situación que el derecho no puede legitimar.

Por tanto, la pretensión de cuidado personal por persona diferente de los padres deducida en juicio –aun cuando se debe aclarar– que en el sub judice se trata de una solicitud de ambos progenitores que no tiene más asidero que su propia estabilidad conyugal sólo podría ser acogida por el Juzgador en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental contra uno o ambos progenitores y de declararse cualesquiera de esas figuras jurídicas, el cuidado personal lo ejercería el otro progenitor o en el caso que se declare contra ambos progenitores se nombrará tutor(a) que represente al(la) menor y es en estos casos en los que puede proceder nombrar a los abuelos, hermanos, etc. para que ejerzan las funciones de la autoridad parental, por haber salido el hijo(a) de la autoridad parental de los progenitores. (...)

No obstante lo antes señalado, no debe dejarse de lado la realidad social en la que se presenta el caso en particular, ya que, según la solicitud –y no demanda como fue calificada–, la joven \*\*\* ha convivido con su abuela paterna desde su infancia (señalándose que desde los dos años de edad), razón por la que si bien es cierto tal solicitud podemos calificarla liminarmente como inepta y consecuentemente improcedente su tramitación en los términos en que ha sido planteada, nada obsta para que el juzgador dicte –aun de manera oficiosa– en aras de garantizar el bienestar de la niña, las medidas cautelares pertinentes y realice la investigación tendiente a solventar su situación, tomando en cuenta el desapego y desinterés de sus progenitores en asumir sus obligaciones, lo que desde luego afecta a la niña, además deberá considerar el arraigo de la niña a su entorno y todo lo que sea beneficioso para su normal desarrollo.

Por otra parte y considerando que debe buscarse la mejor solución a la situación familiar respecto de la niña; la abuela como persona interesada puede solicitar la medida cautelar de cuidado personal de manera provisional, para formalizar temporalmente esa situación de hecho, siendo necesario ordenar la investigación correspondiente, escuchando además a la referida niña a fin de resolver lo más conveniente. En virtud de ello consideramos procedente confirmar el rechazo de la solicitud bajo la figura de la ineptitud por no hacer uso de la vía procesal adecuada y no por improponible como la calificó el juez a quo.

*(Cam. Fam. S. S., siete de julio de dos mil seis. Ref. 95-A-2005)*

El ejercicio de la autoridad parental, en principio corresponde a ambos progenitores o a uno sólo de ellos cuando falte el otro o así fuese declarado judicialmente; si la filiación del niño sólo está determinada respecto de uno de los progenitores, será éste quien ejerza la autoridad parental del hijo -Art. 207 C.F.-, este último es el supuesto que se adecua al sub judice, tal como consta de la certificación de partida de nacimiento de Fs (...)

En ese sentido la autoridad parental, se caracteriza por ser indisponible, inalienable e indelegable.

La indisponibilidad –inalienabilidad– implica que los padres no pueden modificar, disponer o renunciar a la titularidad y, en su caso,

al ejercicio de la patria potestad abdicando de los derechos- deberes que son su contenido.(...)

El Art. 212 C.F., estipula el deber de convivencia y señala que "el hijo bajo autoridad parental deberá vivir en compañía de su padre y madre o con aquel de ellos que lo tenga bajo su cuidado personal." Además esta norma deja abierta la posibilidad de que el cuidado se confíe a un tercero ya sea por los padres o un juez de familia; sin embargo dicho precepto no debemos analizarlo aisladamente sino en el contexto integral de la Ley a fin de determinar cuáles son los supuestos en que los padres pueden confiar el cuidado de sus hijos a un tercero.(...)

En casos de suma urgencia los progenitores pueden confiar el cuidado de sus hijos a una persona de su confianza por el período que dure dicha urgencia.

El juez en situaciones de urgencia puede también confiarse el cuidado provisional de un niño a un tercero en los siguientes supuestos: muerte o enfermedad grave de los padres o cuando por cualquier circunstancia el hijo quedare desamparado. En estos casos se preferirá a los abuelos u otro consanguíneo en grado más próximo e incluso a un particular aunque no exista una relación de consanguinidad ya que la ley habilita a decretar las medidas que se juzguen necesarias siempre y cuando se acredite su idoneidad e interés en ejercer dicho cuidado, de no ser posible que ninguna de estas personas asuma su cuidado se confiará en última instancia a una entidad especializada. Corresponderá al juzgador valorar en cada caso el desamparo del niño(a), así como la idoneidad y el interés legítimo que le asiste a la persona a quien se confíe provisionalmente su cuidado.

*(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de enero de dos mil siete. Ref. 154-A-2006)*

Este Tribunal ha aceptado en casos precedentes, que excepcionalmente y sólo cuando ambos progenitores están imposibilitados –por circunstancias graves- puede confiarse el cuidado de un niño(a) a su(s) abuelo(s), pero ello es de carácter provisional, por lo que deberá promoverse el proceso respectivo, a fin de garantizar efectivamente la protección física, psíquica y legal del niño(a), ya que de lo expuesto

en la solicitud se advierte que los abuelos maternos estarían afectando los derechos de su nieto a relacionarse con su padre y abuelos paternos y a recibir los alimentos que le corresponden, siendo estos derechos indisponibles.

*(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 117-A-2007)*

Sobre la base del interés superior de la menor \*\*\*, de dos años de edad y según los estudios relacionados, ella está bajo el cuidado material (de hecho) de sus abuelos maternos, desde que su madre emigró a Estados Unidos ilegalmente, encontrándose la menor en buen estado de salud emocional al lado de éstos. Por lo que consideramos que previo a cualquier cambio en el ejercicio de la autoridad parental debe respetarse el *status quo* de la niña y todo cambio debe verificarse mediante el debido proceso de familia, en el que se deberá decidir en definitiva sobre el cuidado de la niña, el correspondiente régimen de visitas al padre o a los abuelos según se decida en el juicio, previa comprobación de afinidad o identidad padre-hija y con los abuelos maternos, así como la cuota de alimentos correspondiente.

En ese sentido, previamente a pronunciarse sobre un régimen de visitas restringido a favor del padre, la jueza debió pronunciarse respecto a ello, teniendo definido en juicio correspondiente, que los abuelos maternos ejercían materialmente el cuidado personal de la menor, sin perjuicio de dictar medidas provisionales respecto al cuidado personal provisional de la menor y el correspondiente régimen de visitas, comunicación y estadía.

Sobre ello, consideramos que los abuelos maternos de la menor \*\*\*, señores \*\*\* y \*\*\* son las personas idóneas para ejercer actualmente el cuidado personal provisional de dicha menor, debido a que ésta se encuentra integrada a su hogar, y en virtud que el padre no le ofrece las condiciones habitacionales más óptimas para que la menor resida y las personas que estarían a cargo de su cuidado personal tampoco lo son, debido a que una ya no puede valerse por si misma (abuela paterna) y la otra (empleada domestica) recientemente ha sido contratada por el solicitante para ello, siendo una persona extraña para la niña.

*(Cam. Fam. S. S., trece de septiembre de dos mil siete. Ref. 149-A-2007)*

#### **9.4. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA.**

En este caso hubo un reconocimiento de la paternidad prácticamente bajo presión, puesto que se dio cuando ya había prueba que volvía inocuo dicho reconocimiento. Sin embargo, pese a que tal reconocimiento constituye una táctica (generalizada) para evadir la responsabilidad pecuniaria, ha de tenerse en consideración para establecer un régimen restringido de comunicación, en vista del poco interés del padre de relacionarse con la niña. Tampoco se pidió en la contestación de la demanda un régimen de comunicación y trato; lo cual era lógico puesto que la niña no se había relacionado con el demandado, pero por ser un derecho de la niña es menester establecerlo de la forma en que se dirá en el fallo.

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

Por otra parte es importante el restablecimiento de la relación materna, la que se ha dado a partir de la audiencia de fs. ..., determinándose en la misma que el niño compartiría con la madre (y desde luego con la abuela materna); y que este régimen se llevará a cabo con la colaboración de la señora \*\*\*, como responsable de que el niño será regresado al hogar paterno, situación que ataca el apelante, pero que de acuerdo a esta cámara tiene su razón de ser, a partir del ocultamiento del niño a su padre, por parte de la madre y abuela materna, al momento que este trató de recuperarlo en cumplimiento de la medida de protección que le confiaba su cuidado; y por otro lado, por los temores que el padre afirma experimenta el niño, de que no lo puedan regresar al hogar paterno.

*(Cam. Fam. S.S. doce de mayo de dos mil cinco. Ref. 2-A-2005)*

En el sub lite está claramente comprobado que el padre y el hijo no mantienen una buena comunicación y que no se relacionan afectivamente, por tal razón el régimen de visitas entre ambos, lo cual es un derecho irrenunciable sobre todo del niño, debe darse paulatinamente y flexibilizarse (ampliarse) con el tiempo, a medida que las relaciones entre ambos mejoren, sin intervenciones injustificadas de la madre del menor, por lo que es necesario que todos los involucrados

participen en la terapia psicológica que se ha ordenado.

Por ello consideramos atinada la resolución de la a quo cuando establece que dicho régimen no podrá iniciarse sin antes haberse recibido un mínimo de dos terapias en el C.A.P.S., ya que tanto para el padre como para el menor es una situación difícil, la cual tendrán que superar con el tiempo, a fin de fortalecer sus lazos filiales; no obstante dos terapias nos parecen muy poco tomando en cuenta el grado de distanciamiento y rechazo del niño. Por lo tanto, consideramos que deben ser al menos seis terapias, quedando a criterio del C.A.P.S. si las sesiones son individuales o conjuntas (padre-hijo), para después poder cumplir el régimen ordenado y así se establecerá en la sentencia.

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

Que en este caso, aunque en la audiencia preliminar prácticamente se modificó la demanda, lo cual ya no era viable, dado el momento procesal al que se había arribado; tampoco era procedente cursar esa nueva pretensión, contra ilegítima contradictora activa, ya que la Sra. \*\*\* no es titular del derecho de autoridad parental y sólo puede confiársele el cuidado personal y la representación legal de sus nietos, menores de edad, de manera provisional, la cual se puede prorrogar en situaciones excepcionales, como en el caso sub iudice, o definitivamente cuando se pidiere como presupuesto básico la pérdida o suspensión de la autoridad parental. Se observa además que por la naturaleza jurídica de la pretensión -suspensión de autoridad parental- no es dable una conciliación. Tampoco lo es el acuerdo sobre conferir el cuidado y representación legal por parte del padre -en sede judicial-, ya que como se ha dicho, los abuelos sólo pueden ejercerlo en los casos de pérdida y/o suspensión de autoridad parental nombrándoseles en calidad de tutores. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 216 C. F., que faculta a los progenitores para conferir en situaciones de suma urgencia y de común acuerdo, el cuidado de los hijos a personas de su confianza.

*(Cam. Fam. S.S. veintitrés de diciembre de dos mil cinco. Ref. 105-A-2005)*

Habiendo pedido el cuidado de la hija es procedente por su vinculación revisar lo relativo al régimen establecido de visitas, relaciones y trato establecido a favor de la madre el cual quedó en forma abierta, situación que no parece atinada, dado el alto grado de conflictividad existente y el comportamiento de la niña en relación a su madre, por lo que es necesario para su eficaz cumplimiento determinar la forma en que se hará efectivo pudiendo la madre tenerla consigo un fin de semana alterno y dos veces por semana por ciertas horas dado que residen en el mismo lugar.

*(Cam. Fam. S. S., veinticuatro de febrero de dos mil seis. Ref. 33-A-2004)*

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

(...) es necesario regular debidamente dicho régimen, acorde a la particularidad del caso, ya que por encontrarse la madre fuera del país, debe garantizarse que cuando se encuentre en él pueda disfrutar efectivamente de la compañía de su hijo sin restricción alguna por parte de su padre; pero además debe resguardarse que la comunicación de la madre con su hijo sea la adecuada, lo que significa que cuando esta relación no se dé en forma personal deberá permitirse una permanente comunicación vía telefónica, escrita o por cualquier otro medio electrónico.

En conclusión, el establecimiento de dicho régimen permitirá, mantener el mayor contacto posible entre el niño y la madre.

En ese mismo orden y siendo que este derecho se extiende para los abuelos y demás parientes como también para otras personas que demuestren un interés legítimo, consideramos que es conveniente garantizar que el niño se relacione también con los parientes de la madre (tía y demás familiares) en forma efectiva, sin interferencia u oposición de parte del padre o cualquier otro miembro de su grupo familiar; pues al mantenerse este tipo de relaciones, se fortalece el afecto y la solidaridad familiar. En consecuencia estimamos procedente realizar las modificaciones pertinentes al régimen fijado a fin de establecer una relación favorable. Art. 217 C. F.

*(Cam. Fam. S. S., catorce de septiembre de dos mil seis. Ref.: 169-A-2005)*

En cuanto al régimen de relaciones y trato, se sostiene que es un derecho de los hijos así como del padre que no ejerce su cuidado; considerándose como derecho-deber, su objeto es: *"preservar la adecuada relación, de manera que se garantice el trato personal e íntimo de los progenitores e hijos."* (ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II. Ed. Astrea. 2003) (...)

Finalmente los especialistas del equipo multidisciplinario concluyeron que: *los niños presentan problemas emocionales por la ausencia del padre en el hogar familiar, los cuales se acentúan con la presión de éste porque se relacionen con su nuevo grupo familiar, priorizando su interés respecto del de sus hijos, quienes manifiestan la necesidad de relacionarse con su padre, sin la presencia de la compañera de vida y su hermana hasta que ésta última sea más grande.*

La situación plantea un conflicto de intereses, por cuanto se debe preservar una adecuada relación entre los padres e hijos que les permita aceptar la nueva realidad familiar del padre, sin que ello signifique que sus hijos se sientan desplazados o menos atendidos y por el contrario se sientan integrados en la medida que se les demuestre el mismo interés, todo en aras de fortalecer los lazos afectivos, lo que sin duda favorecerá el desarrollo integral de aquéllos.

A ello se debe de agregar que tanto los hijos como su padre demandan la relación filial; sin embargo en aras del adecuado desarrollo psicológico de \*\*\* y \*\*\*, ambos progenitores deben modificar patrones de comportamiento, evitando descalificarse el uno con el otro y asumir responsablemente el rol de cada uno, en esta nueva estructura familiar que implica la creación de dos nuevos núcleos familiares, brindando la atención adecuada a los hijos, sin demostrar marcadas preferencias por unos u otros, que repercuten negativamente en su aspecto emocional.

No podemos perder de vista que la intervención del Estado a través del Órgano Jurisdiccional, es subsidiaria y en ese sentido no se puede extralimitar en cuestiones que competen única y exclusivamente a los progenitores, a menos que se advierta que hay un peligro inminente en la integridad de los niños.

Como lo indicamos supra es evidente el conflicto emocional que atraviesan \*\*\* y \*\*\*; por lo que resulta oportuno la adopción de medidas que razonablemente garanticen su integridad, favoreciendo su integración al nuevo núcleo familiar del padre, por tanto la relación de los niños con la compañera de vida y la niña \*\*\*, pero esto deberá ser de forma gradual y en la medida en que aquellos superen sus conflictos con la pertinente ayuda profesional.

En ese sentido el Sr. \*\*\*, deberá tolerar y comprender que en principio sus hijos se relacionen sólo con él y más adelante con su nuevo grupo familiar; ello no implica vulnerar el derecho de la niña \*\*\*, quien por su corta edad (dos años) no se verá afectada con esta situación, pues no ha formado parte del hogar de los niños \*\*\* y además goza a tiempo completo de su padre, sin embargo la relación fraterna con sus hermanos deberá promoverse en la misma medida en que se haga con \*\*\* y \*\*\*, a fin de que acepten la nueva realidad de la vida familiar de su padre.

*(Cam. Fam. S.S., doce de octubre de dos mil seis. Ref. 79-A-2006)*

Conforme a lo anterior consideramos que aunque según el informe social la señora \*\*\* vive en condiciones aceptables con su actual compañero de vida; quién reúne mejores condiciones es el padre sumado el hecho de que \*\*\* se encuentra fuertemente arraigada a su actual entorno e identificada afectivamente con su grupo familiar; no obstante es necesario que exista mayor comunicación entre madre e hija para fortalecer la relación materno filial, pues se evidencia dentro del estudio realizado que dicha comunicación ha sido escasa primero por las limitantes impuestas por el padre y segundo por la actitud permisiva y desinteresada de la madre de no hacer las gestiones adecuadas, lo que ha generado un distanciamiento, que no ha permitido que la niña \*\*\* se identifique con su madre, pues consta a Fs.74 que la referida niña llama "mami" a la actual compañera de vida del demandante; situación que a futuro podría provocar en \*\*\* un conflicto emocional a corto o mediano plazo, debiendo concientizarla adecuadamente y de acuerdo a su edad sobre su realidad de vida y verdadera filiación materna procurando lamadre fortalecer dicha

relación, si es posible con ayuda psicoterapéutica, sin que ello implique romper el afecto cultivado con su madre afín, quien le ha prodigado el cuidado y cariños necesarios en razón de su vinculación con la niña, primeramente en su centro de estudios y después como parte integrante de su grupo familiar.

*(Cam. Fam. S. S., ocho de noviembre de dos mil seis. Ref. 144-A-2005)*

#### **9.4.1. RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN Y TRATO A FAVOR DE PARIENTES.**

No se discute que cuando los hijos son menores de edad, corresponde a los progenitores en el ejercicio de la autoridad parental determinar las personas con quienes sus hijos se relacionaran, aunque en la medida en que estos crezcan y se desarrollen emocionalmente serán ellos quienes optaran por sus amistades y relaciones interpersonales.

Así la cuestión el Sr. \*\*\*, está legitimado para solicitar un régimen de visitas a favor de sus padres y sus hijos considerando la relación conflictiva existente entre estos y la madre de los niños y que este no se encuentra en el país, como para ejercer directamente el mismo sin el apoyo de sus progenitores; sin embargo lo anterior, no es impedimento para analizar en todo caso la conveniencia del mismo. Art. 217 inc. 3° C.F. (...)

Sin embargo en aras de garantizar el mantenimiento de los lazos filiales con los abuelos paternos y en esa medida también con el Sr. \*\*\*, es procedente confirmar el régimen de visitas a favor de los abuelos; pero este deberá verificarse paulatinamente y con la orientación de los niños en el Centro de Atención Psicosocial, dado que como también se ha expuesto, los niños han sido influenciados negativamente por la madre y familia materna.

*(Cam. Fam. S. S., seis de junio de dos mil seis. Ref. 6-A-2006)*

Según la doctrina –pues la ley no lo define–, el régimen de comunicación, trato y estadía consiste en el derecho de mantener una comunicación adecuada con el progenitor con quien el hijo no convive. En otros términos, el padre o madre que no conviva con el hijo(a), tiene derecho a mantener una adecuada comunicación con éste así como con aquellas personas que demuestren un interés legítimo (...)

Dentro de la figura "los parientes" se incluyen los ascendientes, los descendientes, hermanos, tíos y entre otras personas a terceros que mantengan con el niño(a) un vínculo afectivo, nacido de circunstancias particulares aceptables como por ejemplo los padrinos de bautismo, entre otros, así lo acoge la doctrina argentina, considerando que dependerá de las circunstancias de cada caso particular el disponer que los parientes mencionados e incluso terceros se limiten a visitar al menor en su domicilio, por lo que el Juez tendrá en cuenta para ello la edad, su estado de salud, las horas que dedica al estudio o al esparcimiento, las características del vínculo con el pariente, etc. Al concederle este tipo de relaciones a los menores se les garantiza la existencia de sus relaciones familiares, se fortalece su identidad y más importante aún se mantiene la solidaridad familiar, interpersonal y el afecto.

Consideramos asimismo que la relación entre hijos y progenitores deben ser lo más frecuentes posibles, así como las comunicaciones de todo tipo, la participación en los festejos y actos importantes para el hijo y progenitores, a fin de que se facilite el logro de una relación armoniosa similar a la que se daría en la convivencia normal;(…)

*(Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82-A-2006)* <sup>37</sup>

En ese orden de ideas se reconoce el derecho del niño(a) de relacionarse con otros miembros integrantes de su familia extensa, como los abuelos, tíos y primos e incluso respecto de terceros que demuestren un interés legítimo, siempre que dichas relaciones no impliquen un perjuicio en la salud física y mental del niño(a), este derecho en principio corresponde a los progenitores en el ejercicio de la autoridad parental, pudiendo intervenir el órgano jurisdiccional en caso de negativa injustificada que no aporte un fundamento razonable para impedir dicha comunicación.

En otras palabras corresponde al padre y a la madre –al menos mientras los niños(as) no tienen la suficiente madurez para decidir por sí mismos- disponer con quienes se relacionarán sus hijos, ahora bien,

37. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: ALIENACIÓN PARENTAL, numeral 9.1.3; OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN TRATO Y ESTADÍA numeral 9.4.2 y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL. CAUSAS; numeral 12.3, todos de la parte sustantiva.

la Ley reconoce el derecho del niño(a) a relacionarse con su familia extensa y sólo si ésta representa un perjuicio para su salud física o mental podrán oponerse sus progenitores.

Debemos destacar que el derecho del niño(a) de mantener contacto con sus progenitores es un derecho del hijo(a) como también de los primeros y en el caso de éstos además es una obligación derivada del ejercicio de la autoridad parental.

En el caso de los demás miembros de la familia extensa incluidos los abuelos es un derecho de carácter recíproco, por lo que ambos ostentan la calidad de titulares del mismo, por cuanto no es un derecho exclusivo del niño(a); en ese sentido si los progenitores o aquel que ejerza su autoridad parental se niegan injustificadamente a que su hijo(a) se relacione con sus parientes, estos últimos tienen habilitada la vía para accionar judicialmente. En otras palabras los legitimados procesalmente para el reclamo del derecho de visitas son los abuelos y nietos.

Varios son los escenarios que se pueden presentar en los casos de relación y trato de un niño(a) con sus parientes, a vía de ejemplo presentamos dos supuestos: A) Que sean ambos progenitores quienes ejerzan la autoridad parental del niño(a) y se opongan a la relación de su hijo con otro pariente, en este caso es lógico que la acción se habilite a favor de aquél a quien se niega el ejercicio del régimen de relación y trato; B) Que sean ambos los progenitores quienes ejerzan la autoridad parental del niño(a) pero sólo uno de ellos se niegue a promover la relación de comunicación. En este caso la persona (pariente) a quien se niegue el derecho de contacto tiene habilitada la acción para promover el establecimiento de un régimen de comunicación, pero también cualquiera de los progenitores puede iniciar diligencias de desacuerdo en el ejercicio de la autoridad parental, en el caso que esto suceda Art. 209 C.F..

*(Cam. Fam. S.S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 117-A-2007)*

### **9.4.2. OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN TRATO Y ESTADÍA.**

De esta forma se puede afirmar del estudio del proceso que durante la tramitación del mismo, ha quedado por demás evidenciado que la señora \*\*\*, no ha propiciado en ningún momento el acercamiento, entre el padre y el hijo, lo que ha generado como se detallará más adelante grave perturbación en la conducta del niño, resentimiento en el padre y obstinación permanente de la madre, para evitar el cumplimiento del régimen.(...)

La madre insistentemente, por sí y por medio de sus apoderadas desde la misma contestación de la demanda, ha sostenido que no se opone a la relación de su hijo con supadre, y en varias actas o informes de los Agentes de la Policía Nacional Civil, ha señalado que es éste (el niño) quien no quiere relacionarse con el padre y en otras ocasiones, que es por las actividades que el niño ya tiene programadas; incluso se menciona que el menor ha sufrido violencia y malos tratos de parte de su padre, ver fs. ... vto., sin embargo no se ha exteriorizado ninguna actuación de parte de la madre que coadyuve mínimamente a que el régimen se cumpla, por el contrario acepta sin ninguna discusión ni cuestionamiento el supuesto comportamiento propio del niño y expresa que debe protegerlo, en el sentido de aceptar lo que el niño desea que es precisamente el no relacionarse con el padre, sin visualizar el derecho que le corresponde a relacionarse con éste, ni los efectos negativos de ese comportamiento para el mismo niño, advirtiéndose de su conducta que es ella misma quien no desea que se dé esa relación, anteponiendo sus propios conflictos e intereses interpersonales a los de su hijo, omitiendo realizar acciones tendientes a encauzar adecuadamente las emociones, conductas y actitudes en la relación paterno filial.

(...) es necesario recalcar la obligación de la madre, Sra. \*\*\*, así como sus demás parientes (abuelos maternos), no sólo en permitir sino de propiciar y contribuir a las relaciones de su hijo con su padre y demás parientes paternos. Es decir que la madre no podrá negar dicha relación a menos que demuestre que ello representa un grave riesgo para la integridad del niño, lo cual hasta el momento no se ha demostrado

en el proceso;(…)

(*Cam. Fam. S.S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82-A-2006*) 38

### **9.4.3. SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN, TRATO Y ESTADÍA.**

Sin que el siguiente análisis sea considerado como un prejuzgamiento del caso *sub judice* hemos de agregar que los derechos que se consagran no son absolutos; tienen sus excepciones y por lo tanto pueden ser limitados, restringidos y aún privados a sus titulares, en su ejercicio, siempre que concurran los presupuestos fácticos y jurídicos para ello. En el sub lite el informe de la Licda. \*\*\*, de fs. (...) advierte, que tomando en consideración los antecedentes del caso y además: a) Lo expresado por \*\*\* en la terapia de juego, b) Los datos proporcionados por la abuela materna, c) El hecho documentado de que cuando un niño dice que ha sido objeto de abuso sexual no miente y d) El cambio conductual de \*\*\*, confirma positivamente que ha sido abusada sexualmente por su padre \*\*\*.

No obstante se advierte que la situación debe investigarse a fondo para resguardar en todo caso el interés superior de la menor \*\*\*, pues los estudios previamente practicados por la Trabajadora Social y Psicóloga adscritas al Tribunal de Familia (profesionales de la institución) contrarían o al menos no advierten lo expuesto por la profesional (particular) que practicó el último estudio, es decir la Licda. \*\*\* aún y cuando las conductas que se dice manifiesta la niña, fueron planteadas desde la demanda de modificación del régimen de visitas, relaciones y trato establecido al padre, señor \*\*\*, sumado al hecho de que la madre es estudiante de quinto año de Licenciatura en Psicología de la Universidad \*\*\* según se menciona en los estudios fs. (...). Esto último incluso, entre otras razones ha dado lugar a que se recuse a la Licda. \*\*\*, sin embargo, ante una situación tan delicada es prioritario preservar la salud mental de la niña \*\*\* y oportunamente decidir; ya sea en la sentencia (de manera definitiva) o de forma provisional antes de ella, si se establece un régimen provisional o definitivo al padre; de acuerdo

38. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: ALIENACIÓN PARENTAL, numeral 9.1.3; RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN Y TRATO A FAVOR DE PARIENTES, numeral 9.4.1; y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL. CAUSAS; numeral 12.3, todos de la parte sustantiva.

a la prueba que obre en el proceso o por el contrario se restringe o impide esa relación de acuerdo a lo prescrito en el Art. 219 C. F. La pretensión de modificación de sentencia queda sujeta a las pruebas que se recaben y a las disposiciones legales pertinentes.

*(Cam. Fam. S.S. quince de abril de dos mil cinco. Ref. 209-A-2004)*

En ese sentido la medida de suspensión del régimen de visitas, debe operar en situaciones extremas cuando el padre al que se suspende el régimen pone en riesgo a su hijo; es que tal medida tiene como finalidad inmediata la protección de los niños, pretende resguardarlos en su integridad tanto física y/o psíquica; por lo que consideramos que la medida de suspensión dictada por la a quo se encontraba justificada; en tanto existían indicadores que acreditaban que los niños \*\*\* y \*\*\*, se encontraban en una situación que no garantizaba su seguridad, por desconocerse en que momento serían devueltos y posteriormente por desconocerse su paradero, así como por las mismas conductas hostiles de ambos progenitores que sin duda afectan su desarrollo emocional (...)

*(Cam. Fam. S.S. veintiuno de septiembre de dos mil cinco. Ref. 2-298-2005)*

Lo anterior liminarmente nos hace concluir que la relación entre los señores \*\*\* y \*\*\* es disfuncional, marcada por un alto grado de conflictividad e incluso por episodios de violencia que han originado la intervención del órgano jurisdiccional en varias ocasiones, (...)

Esta Cámara ha sostenido en reiterados pronunciamientos que cuando la relación entre los progenitores es conflictiva resulta, conveniente que los juzgadores restrinjan o delimiten los regímenes de visitas a fin de garantizar su efectividad y sobre todo evitar situaciones que produzcan un daño mayor o de difícil reparación en la integridad de los involucrados.

*(Cam. Fam. S.S., trece de diciembre de dos mil seis. Ref. 72-A-2006)*

*Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia*

## **10. REPRESENTACIÓN LEGAL.**

### **10.1. EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL.**

Como bien lo ha sostenido la a quo el señor \*\*\* sigue teniendo la titularidad de la autoridad parental aunque esta sea ejercida por la madre al habersele confiado a ella el cuidado personal de los hijos y tener por consiguiente de manera exclusiva la representación legal de los mismos. Pero esa "exclusividad" en la representación de los hijos no anula la intervención (participación) del padre en aquellos actos que afecten la vida de los hijos, tan es así que la representación legal se encuentra limitada en lo que respecta a la administración de ciertos bienes del hijo, como lo dispone el Art. 227 C. F., así como también se prohíbe la venta o enajenación de sus bienes para lo cual se hace necesaria la autorización judicial Art. 230 C. F.. De igual manera no puede representar al hijo cuando existieren intereses contrapuestos entre uno o ambos padres y el hijo; es decir en todos los casos en que el interés del hijo sea divergente con el de uno o de ambos progenitores.

Así las cosas, es obvio que el señor \*\*\* no está impedido para velar por los intereses de su hija, ante cualquier eventualidad que afecte negativamente sus intereses de cualquier índole; es más, el hecho de no tener su cuidado no es óbice para que se desatienda o prescinda del cumplimiento de aquellas obligaciones que requieran su presencia, pues como padre responsable debe estar siempre presente en la vida de su hija, lo que ha concretizado al intervenir en esa calidad en las presentes diligencias, cuya legitimación se encuentra de suyo acreditada, pues le asiste un interés legítimo, como lo tendría cualquier otro consanguíneo; baste mencionar a vía de ejemplo lo dispuesto en los Arts. 217 Inc. 3° y 219 Inc. 2° C. F.

*(Cam. Fam. S.S. dieciséis de marzo de dos mil cinco. Ref. 216-A-2004)*

El anterior argumento toma fuerza al considerar que según el Art. 223 C.F., son únicamente los progenitores quienes ejercen la representación legal de los menores hijos ante autoridades judiciales, administrativas ó gubernamentales. Por ello, es que sólo en los casos arriba descritos estaremos ante la posibilidad de que se confiera a una persona diferente del padre o madre el cuidado y representación legal del hijo(a). En otros términos, debe tenerse claro que mientras los padres

estén en capacidad de poder cuidar de sus hijos, no pueden delegar tal responsabilidad a los parientes u otras personas, y menos bajo el argumento de no poder tener a su hijo(a) porque causa perjuicios en su actual hogar.

*(Cam. Fam. S. S., siete de julio de dos mil seis. Ref. 95-A-2005)*

Es factible que las partes acuerden no sólo el cuidado del hijo, sino además la forma en que se ejercerá su representación, es por ello que en algunas ocasiones puede que el cuidado lo ejerza uno de los progenitores, pero la representación sea ejercida por ambos; sin embargo si no existió ningún tipo de acuerdo sobre la forma en que se ejercería la representación de \*\*\*, se debió aplicar lo que establece el Código de Familia en la precitada norma y el Art. 208 C.F., por tanto es procedente modificar en ese punto la sentencia.

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

En ese orden de ideas concluimos que los abuelos maternos señores \*\*\* y \*\*\*, no son los legítimos contradictores, porque no se ha demostrado materialmente la titularidad del ejercicio provisional del derecho deber del cuidado personal del niño, independientemente que sean los abuelos maternos quienes materialmente ejerzan el cuidado del niño \*\*\*, ya que sus representantes legales son sus padres. Es por esa misma condición que los abuelos maternos no tienen suficientes facultades para conciliar un régimen de relación y trato con los abuelos paternos, ello sólo compete al representante legal del mencionado niño, por lo que no existiendo un legítimo contradictor -aún cuando se tratan de diligencias conciliatorias, aplicando de forma analógica los principios procesales- la solicitud deviene inepta en cuanto a dicho punto.

*(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 117-A-2007)*

Que por otra parte, la Cámara no comparte el criterio de la a quo, de que la menor \*\*\*, es de filiación desconocida, y por ende, la señora \*\*\* (supuesta madre) no puede estar ejerciendo una atribución que no le corresponde. A este respecto, la Cámara considera que si bien la señora \*\*\* omitió realizar la inscripción del estado familiar de hijo de la menor en cuestión, no por eso puede afirmarse categóricamente

que la menor es de filiación desconocida, ya que el Certificado de Nacimiento de Recién Nacido realizado en el Hospital Nacional “San Pedro” de Usulután, de fs. 6, del expediente, desvirtúa tal afirmación, y sólo en el transcurso de las diligencias podrá desvirtuarse o confirmarse tal extremo. En razón de lo anterior, al menos para admitir y dar curso a las diligencias, la Cámara estima legitimada la actuación de la solicitante; y sólo podría estimarse no legitimada en el curso o final de las mismas sí se desvirtuara el mencionado extremo.

*(Cam. Fam. Ote., veinticinco de febrero de dos mil ocho. Ref. APE: 10 R. U. (28-01-08)-02/UN-F-32 (198)2008. ENTRESADA: 24 (19-02-08)-2-)* *(El primer paréntesis nos pertenece)*

## **10.2. INTERESES CONTRAPUESTOS EN EL EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL.**

En el caso sub judice y específicamente en relación a la madre, podemos sostener que no se evidencian claramente intereses contrapuestos con su menor hijo cuando se reclaman este tipo de pretensiones (pérdida de la autoridad parental); es más se puede llegar inclusive al extremo de señalar que ésta puede tener intereses paralelos o congruentes con los de su expresado hijo; y en virtud de ello, estimamos que no hay obstáculo alguno para que pueda representar a su menor hijo, no siendo necesario en este caso la intervención directa del señor Procurador General de la República para representar al referido menor; debiendo señalarse además que en el proceso se cuenta además con la intervención de un Procurador de Familia adscrito, y que como tal también es un auxiliar del señor Procurador General de la República.

Resulta evidente que con relación al padre –demandado– existe una postura antagónica respecto de su hijo, pero que al ser éste representado por su madre estimamos que no es necesaria la representación directa por parte del Procurador General de la República.

*(Cam. Fam. S.S. veintitrés de noviembre de dos mil cinco. Ref. 131-A-2004)* *(El paréntesis nos pertenece)*

El presente proceso de pérdida de la autoridad parental ha sido promovido por el Licenciado \*\*\*, como apoderado de los señores \*\*\* y \*\*\*, abuelos maternos de las niñas \*\*\* y \*\*\*, ambas de apellidos \*\*\*,

quienes a la fecha de promoción de la demanda eran de diez y catorce años de edad. (Confrontar Fs. ...) (...)

El Art. 239 C.F. dispone: "***La autoridad parental se extingue por las siguientes causas: 1º) Por la muerte real o presunta de los padres o por la del hijo***". En ese sentido y siendo que el padre en ningún momento fue privado del ejercicio de la autoridad parental –puesto que la sentencia de divorcio únicamente le confirió el cuidado y representación legal a la madre– éste es quien asume a la muerte de la madre el ejercicio de las facultades y deberes derivadas de la autoridad parental.(...)

Por tanto es **imperativo legal** que la asunción de la representación legal de las niñas \*\*\* y \*\*\* sea asumida por el **Procurador General de la República**. La omisión de su intervención a lo largo de la tramitación del proceso ha implicado una vulneración en los derechos de las niñas, quienes han carecido de representación en un proceso donde se deciden cuestiones que les vinculan y afectan sus derechos indefectiblemente y por lo cual debían intervenir a través del referido funcionario o de sus delegados debidamente acreditados.

Así las cosas, ha existido violación a ley expresa y terminante por parte de la Jueza a quo, al omitir dar intervención al Procurador General de la República como representante de las citadas niñas, lo que ha incidido en ineficacia en el ejercicio de la esfera de defensa de las niñas ya que legalmente sus intereses no han sido debidamente tutelados. (...)

Por los argumentos expuestos es procedente declarar oficiosamente la nulidad ya citada, en aras de garantizar el debido proceso y la legalidad de las actuaciones judiciales, por lo que la nulidad se declarará desde la celebración de la audiencia preliminar inclusive y actos subsiguientes, por cuanto dicha omisión puede ser subsanada en la fase saneadora de la citada audiencia Art. 107 LPr.F., previo al señalamiento de nueva fecha deberá solicitarse la intervención del Procurador General y mandársele a oír para su legal intervención en el plazo que prudencialmente el juzgador señale.

Hacemos constar que si bien la intervención del Procurador General de la República, debió solicitarse desde el momento en que se admitió la demanda, dicho vicio –procesalmente– puede ser saneado tanto en el examen previo como en la fase saneadora de la audiencia

preliminar; y con el objeto de aprovechar los actos procesales subsiguientes –emplazamiento y contestación- y no retrasar aún más la tramitación de la causa declararemos la nulidad desde la celebración de la audiencia preliminar. Art. 162 LPr.F.

*(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 62-A-2006)*

En ese sentido el punto de discusión se concreta a determinar si la parte actora -\*\*\*- y una de las demandadas -\*\*\*-, pueden ser representadas simultáneamente por el Procurador General de la República o en caso contrario decidir cual debe ser la solución para impugnar el proceso que se ha incoado.(Declaratoria judicial de paternidad).

La legitimada en la causa para instar la intervención jurisdiccional es la niña \*\*\*, en tanto consta en su certificación de partida de nacimiento de Fs. ... que carece de filiación paterna, asimismo se advierte que la niña es de doce años de edad, es decir menor de edad, por lo que requiere la intervención de su madre como su representante legal, de conformidad al Art. 206 C.F, y fue justamente en ese carácter, que la señora \*\*\*, solicitó asistencia legal al Procurador General la República, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 194 romano II ord. 1° Cn.(...)

Se ha acreditado como bien lo sostiene la a *quo* que \*\*\* (demandada y hermana de la actora), no puede ser representada en este proceso por el Procurador General de la República, aún cuando no existen intereses contrapuestos con su madre, señora \*\*\*, Art. 223 ord. 3°, pues ello implicaría patrocinio infiel por parte del citado funcionario, ya que intervendría como representante de la parte demandante y demandada, situación prohibida en el Art. 90 ord. 3° Pr.C.

En efecto, el Art.19 LPr.F., establece que el Procurador de Familia adscrito al Tribunal, actuará en representación de la parte demandada en los casos previstos por la Ley: entre ellos cuando el demandado no comparezca al proceso y el caso del demandado ausente, conforme a los Arts. 34 inc. 5° y 112 LPr.F., no obstante el último precepto a la letra dice: "Si la demanda no fuere contestada y además el demandado no se hiciere presente en la audiencia preliminar, concluida la fase conciliatoria, el Procurador de Familia asumirá la representación; sin embargo, se notificará personalmente al demandado la asunción de su

representación, así como la sentencia definitiva. El Procurador de Familia no representará al demandado cuando la demanda se promoviere por el Procurador General de la República como representante legal del demandante, en cuyo caso el Juez designará quien lo represente." (Subrayado fuera de texto)

Por otra parte el Art. 18 L.Pr.F., a la letra reza: "Cuando la parte falleciere o fuere declarada su muerte presunta, el proceso continuará con sus herederos o con quienes representen a la sucesión, siempre que la naturaleza de la pretensión lo permita. Si se desconociere quien representa a la sucesión, se le emplazará por edicto y si no compareciere, el procurador de familia representará sus intereses, salvo que la otra parte esté representada por la Procuraduría General de la República, en cuyo caso el Juez le asignará un representante." (El subrayado nos pertenece)

Ante esa circunstancia debe brindarse una solución apegada a consideraciones de justicia y a los principios de celeridad y economía procesal, haciendo una interpretación integral de la norma jurídica, Arts. 8 y 9 C.F. y 7 letra f) L.Pr.F.

Por ello a fin de no vulnerar el derecho de la niña \*\*\*, de que se establezca judicialmente su paternidad, es procedente nombrarle oficiosamente a su hermana \*\*\* (menor de edad) apoderado que ampare sus intereses, en ese sentido se le deberá emplazar a través de éste, confiriéndole la representación judicial de la niña para defender sus intereses en juicio; por cuanto es claro que quien la representa legalmente es su madre, señora \*\*\*, quien a su vez representa a la demandante pero no comparece por derecho propio; es decir, la madre únicamente la representa legalmente pero no es parte directa en el proceso, situación en virtud de la cual deberá ser el Procurador General de la República quien se arrogue la misma, por mandato legal. Art. 223 ord. 3° C.F. pero existiendo también contraposición de carácter procesal, en cuanto ha sido dicho funcionario quien entabló el proceso, en nombre de la actora, materialmente su representación también se vuelve infiel, si representa a la parte demandada por lo que en aras de dar el trámite que legalmente corresponde a la pretensión y garantizar el acceso a la justicia de \*\*\*, es preciso revocar la resolución impugnada ordenando su tramitación y designando por la a qua a un(a) abogado(a) de forma oficiosa para que represente a \*\*\* durante la tramitación del proceso,

habilitándolo incluso a recibir el emplazamiento a favor de la citada niña, con ello se subsana la prevención que se hiciera, la que dicho sea de paso no era para que se le nombrara un apoderado(a) sino -para que se manifestara quién la representaría; por lo tanto no era dable declarar su inadmisibilidad.

*(Cam. Fam. S. S., veinte de noviembre de dos mil siete. Ref.: 122-A-2007)* <sup>39</sup> *(El primer y último paréntesis nos pertenecen).*

Que tomando en cuenta que la madre de los menores, la Sra. <sup>\*\*\*</sup>, esta fuera del país, como se relaciona en la demanda de fs. 1/2 del expediente, el ejercicio de la Autoridad Parental lo tiene exclusivamente el padre, según lo previsto en el art. 207 C.F., por la imposibilidad de que lo ejerza ésta; sin embargo, como los menores, de hecho se encuentran bajo el cuidado personal de la abuela materna, sus gastos de crianza no sólo deben de correr a cargo de la madre y de la abuela materna, sino también del padre de ellos, quien debe de contribuir según su capacidad económica a la manutención, mientras sus hijos estén al cuidado personal de la abuela materna.

Que según el art. 207 *ibid.*, como ya se dijo, el Ejercicio de la Autoridad Parental, por ausencia de la madre, lo tiene exclusivamente el padre; pero en el *sub- lite*, siendo que es al padre de los menores a quien se le reclaman alimentos para sus hijos, con los cuales él no tiene convivencia, existen intereses contrapuestos entre él y sus menores hijos, por lo cual la representación legal de los mismos debe ejercerla la P.G.R., en base a los arts. 223 num. 3º y 224 *in fine* *ibid.* Por lo que en el Interés Superior de los menores y siendo los alimentos prestaciones urgentes, corresponde a la Licda. <sup>\*\*\*</sup>, en su calidad de Agente Auxiliar, delegada del Procurador General de la República, fs. 3 del expediente, ejercer la representación legal e intervenir en el proceso a favor de los menores.

*(Cam. Fam. Cte., dieciséis de diciembre de dos mil ocho. Ref. APE N° 184 (10-12-08) C. J. # 4 UN-F-833-(247)-2008/6)*

<sup>39</sup>. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado CAPACIDAD DEL ALIMENTANTE, numeral 13.7 de la parte sustantiva.

### **10.3. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA SALIDA DEL PAÍS DE UN MENOR DE EDAD.**

(...) se ha dicho que cuando a la madre o padre de un niño (a) se le ha conferido el cuidado personal de su hijo (a) y tiene consecuentemente la representación legal del mismo, goza de todo el respaldo legal para vivir con él (los) en su lugar de residencia. Por lo que al residir la madre\*\*\* en México, el movimiento migratorio de los niños resulta necesario como imperativo para dar cumplimiento a la decisión judicial que confirió su cuidado a la madre y no es necesario el consentimiento del padre para la salida del país.

(*Cam. Fam. S. S. treinta de agosto de dos mil cinco. Ref. 123-A-2004*)

Se considera que dicha disposición (Art. 223 inc.1° C.F) debe interpretarse en relación con lo regulado en el Art. 208 C. F. que refiere que para la salida del país de todo menor debe existir el consentimiento expreso del otro progenitor, no obstante dicha disposición está sujeta a otros criterios interpretativos también sustentados jurídicamente; sin embargo a efecto de garantizar los derechos primordialmente de los hijos puede adoptarse este segundo criterio con ciertas excepciones, tal como lo ha señalado la Sala de lo Civil en la resolución que menciona la apelante Casación 636 CAFamSA, del 7 de mayo de 2001. Debe considerarse que las gestiones para la renovación de visas y pasaportes de los niños \*\*\* y \*\*\* no implican persé la salida del país de los mismos, en tal sentido esta Cámara estima procedente acceder a lo peticionado por la Dra. \*\*\* aunque posteriormente dicha profesional se refiere a la salida del país de los niños. En todo caso es preciso sustentar que en principio el señor \*\*\* sólo podría negarse a dar su autorización para la salida del país de sus hijos si existiere – razonablemente – la posibilidad de que éstos no regresaren al país, en ese sentido cualquier desacuerdo sobre el ejercicio de la autoridad parental será resuelto por el (la) juez (a). Art. 209 C. F. (...)

Está cámara considera que el argumento expuesto por la apelante no se adecua al *sub judice*, por cuanto se puede prescindir del consentimiento del padre para la salida del país del hijo, en el caso que el cuidado personal del mismo sea conferido a la madre y ésta

resida fuera del país (u otro similar), estableciéndose en ese caso las modalidades de relaciones y trato de los hijos con el otro progenitor; por tanto para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia judicial es imperativo el movimiento migratorio del menor, situación que no acontece en el *sub judice*.

Además sobre este punto – menores residentes en el extranjero – debe estarse a lo regulado en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; según el cual, el Art. 8 establece que toda persona, institución y organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia quede garantizada la restitución del menor. Ello implica el ejercicio co – parental cuando los menores hayan de salir del territorio nacional y es aquí donde precisamente discrepan los criterios de interpretación del Art. 208 citado, el cual debe interpretarse en armonía con los Arts. 207 Inc. 3°, 209 Inc. 2°, 223 y 224 C. F. de los que se colige que aunque ambos padres tengan la titularidad de la autoridad parental sólo uno de ellos podrá ejercerla para todos los efectos cuando sea a éste a quien se le confiera el cuidado personal, pues será éste quién tendrá en exclusiva la representación legal; sin embargo en el interés superior del hijo se restringe ese ejercicio cuando éste deba salir del país, salvaguardando así su derecho de relacionarse con ambos progenitores de conformidad a lo dispuesto en el Art. 350 C. F.

Con lo expuesto tenemos que para el caso específico resulta beneficioso autorizar a la señora \*\*\*, para que gestione por sí sola en representación de sus ya mencionados hijos la obtención de los pasaportes y las visas correspondientes ante las autoridades administrativas y/o consulares que fueren necesarios; en vista de la actitud negativa del padre de no autorizar justificadamente tales peticiones. Lo anterior no significa que los niños \*\*\* y \*\*\* quedan autorizados automáticamente para salir del país sin el consentimiento del señor \*\*\* en atención a lo dispuesto en el inciso último del Art. 208 C. F. en armonía con lo dispuesto en los Arts. 350 y 351 C. F.; aún y cuando exista discrepancia con lo dispuesto en el primer artículo citado en su relación con los

*Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia*

artículos citados anteriormente..

(*Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 175 - A - 2005*) 40

**40.** Esta sentencia se relaciona con el epígrafe denominado RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS(AS).  
Numeral 15.3.

## **11. ADMINISTRACIÓN DE BIENES.**

### **11.1. BIENES QUE NO ADMINISTRAN LOS PROGENITORES.**

Es por ello que el Art. 235 C. F. establece casos de privación de la administración al padre y madre cuando fueren culpables de dolo o negligencia grave, nombrando un tercero para que administre los bienes del hijo, salvo si sólo uno de ellos fuere culpable. Se entiende que para que haya lugar a lo anterior cualquier persona interesada puede hacer del conocimiento del juzgador los hechos que revelen culpa o negligencia, aunque no tenga la representación legal del hijo(a).

*(Cam. Fam. S. S. dieciséis de marzo de dos mil cinco. Ref. 216-A-2004)*

### **11.2. DILIGENCIAS DE UTILIDAD Y NECESIDAD.**

De su petición se concluye que aunque la solidaridad familiar es evidente, ello no implica de forma alguna que sea imperiosa la venta del inmueble para la cancelación de dicho préstamo -al menos no se establece esta circunstancia en la demanda-, cuyo destino no ha sido la satisfacción de las necesidades básicas de los menores, aunque lógicamente la deuda contraída los coloca en una situación económica limitada, cuyos alcances en relación a los menores hijos no se ha expresado. Por lo antes dicho, es procedente confirmar la resolución impugnada por estar arreglada a derecho. (...)

Ahora bien, los presupuestos fácticos que la ley ha previsto para que el juzgador autorice la venta de los bienes inmuebles propiedad de los menores de edad, son la utilidad o necesidad. En el sub lite se alegan motivos de necesidad, consistentes en deudas adquiridas a raíz de una cirugía realizada a una hija mayor de edad del Sr \*\*\*, esos hechos que fundamentan la solicitud deberán ser analizados por el juzgador, quien debe verificar si se cumple el presupuesto de necesidad de lo solicitado. (...)

En el caso de la necesidad, la situación es distinta pues nos encontramos frente a la falta de recursos económicos para cubrir los gastos de los menores hijos, quienes por cualquier título han adquirido bienes, los cuales es menester vender o gravar para satisfacer sus necesidades, se define como la falta de lo preciso o básico para conservar la vida. De tal suerte que la enajenación de estos bienes es necesaria

para la obtención de cantidades líquidas que permitan la adquisición de bienes de consumo o de uso, etc., para los hijos menores. Y es de ahí donde nace la facultad al representante o tutor de los menores de pedir al Juez que autorice por cualquiera de las dos razones ya expuestas, la venta o gravamen de los mismos.

(...) los Art. 204 Ord. 4º y 221 C.F., según éstos, los menores hijos pueden contribuir con los gastos del hogar o con los propios, cuando ello fuere necesario y si tuvieran capacidad económica para hacerlo. En este supuesto debe existir la necesidad de cubrir necesidades de primer orden, caso en el cual procede la contribución económica de los menores, refiriéndose claramente la disposición al destino de los frutos.

(...) tenemos claro que en ambos casos la venta de los bienes se hace con la intención de satisfacer necesidades básicas de los menores, puesto que es a ellos a quienes corresponde la titularidad total o parcial de los bienes que se pretende vender, las cuales conforme a los Arts. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 211 C.F. y en el principio de solidaridad familiar, corresponde al padre y a la madre criar a sus hijos con esmero, procurándoles todo lo necesario para el normal desarrollo de su personalidad. Por lo que, cuando la capacidad económica de ambos progenitores no lo permite y es necesaria la venta de bienes propios de los menores, lo obtenido debe ser utilizado para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, conservación de la salud y educación de los menores, supuestos que no ocurren en el presente caso.

*(Cam. Fam. S. S. once de marzo de dos mil cinco. Ref. 191 - A-2004).*

## **12. VISICITUDES DE LA AUTORIDAD PARENTAL.**

### **12.1. EXTINCIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL.**

Observamos que a la fecha, el joven \*\*\* es mayor de edad (confrontar Fs. ...), sin embargo no lo era al momento de dictarse la sentencia e interponerse la apelación, por lo que estamos habilitados para conocer de los puntos relativos a la cuota alimenticia y representación legal, aún cuándo materialmente la sentencia no puede surtir efectos legales, pues el joven a esta fecha ya adquirió la mayoría de edad. Entonces se ha extinguido el ejercicio de la autoridad parental y consecuentemente la representación legal del joven, la cual ya no es ejercida por sus progenitores.

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

Que al analizar la Cámara, la disposición legal con la que el impetrante fundamenta su pretensión, se disiente con su criterio ya que lo ha retomado de una forma conjunta, ya que tal precepto legal (Art. 240 C.F.) establece cuatro causales por las que se puede promover la pérdida de la autoridad parental; sin embargo, esta Cámara entenderá que solo se refiere a la causal segunda que señala que: “El padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre todos sus hijos, (...) 2ª) Cuando abandonaren a alguno de ellos sin causa justificada.”

Que al respecto, la Cámara observa que lo pertinente de la disposición transcrita, como fundamento legal de su pretensión, no ha sido probada; es decir, que no basta con sólo pedir al Juez que se pronuncie sobre tal cual petición, sino que las pretensiones deben estar fundamentadas en razones de hecho y de derecho, en el *sublite*, al apreciar el testimonio vertido por la testigo señora \*\*\*, se observa que los hechos sólo los conoce por referencias, es decir, por comentarios, ya que a pregunta que le hiciera la Licda. \*\*\* en la audiencia de sentencia, la testigo respondió: “Sic...todo lo que ha relatado, la niña es quien se lo ha contado”; así las cosas, cabe señalar, que los hechos no le constan de vista y oídas a la señora \*\*\*, haciéndole ver a ésta y al recurrente, que el testigo es una persona distinta de las partes que declara ante el Juez o Tribunal sobre hechos o situaciones de las que tiene conocimiento directo, adquirido no sólo por su propia percepción,

sino también respecto de los hechos que ha deducido de su percepción; por lo que en razón de lo anterior, la Cámara es del criterio que no se puede acceder a lo pretendido por el recurrente, por carecer de prueba suficiente su petición, en defecto de ello, es viable confirmar lo resuelto por la a quo.

*(Cam. Fam. Ote. tres de septiembre de dos mil siete. Ref. APE: 115(27-08-07))*

## **12.2. PÉRDIDA DE LA AUTORIDAD PARENTAL.**

La pérdida de la autoridad parental es algo tan delicado, que para acceder a ella la prueba de la causa que podría originarla debe ser muy robusta e incontrovertible, ya que es una especie de sanción impuesta al padre o a la madre que incurren en actos o en conductas que perjudiquen o dañen a sus hijos, tan es así que si la causa se refiere a un solo hijo y si se demuestran los actos o conductas constitutivos de ella, la autoridad parental se pierde en relación a TODOS los hijos (Art. 240 F).- Por otra parte, es una decisión irreversible, pues al declararla... jamás recuperará la autoridad parental aquel de los padres que la haya perdido (Art. 244 F).-

*(Cam. Fam. Occ., treinta de agosto de dos mil cinco. Ref. 49/2005)*

En ese sentido y atendiendo a su naturaleza intrínseca la autoridad parental, es una potestad que implica un conjunto de facultades-deberes -al tenor de la ley- que se imponen a los progenitores sobre sus hijos; es decir que esas facultades-deberes se traducen en obligaciones de orden legal y moral, cuyo ejercicio en principio se confiere a ambos progenitores o a uno sólo de ellos cuando faltare el otro o por disposición legal o judicial. (...)

Para que proceda la pérdida de la autoridad parental, es preciso acreditar fehacientemente la causal invocada, atendiendo al carácter sancionatorio de la norma, en consonancia con el principio de legalidad y atendiendo además al interés del niño que se pretende resguardar, por ello los hechos deben caracterizarse por un componente de gravedad.

*(Cam. Fam. S.S., seis de junio de dos mil seis. Ref. 6-A-2006)*

*Relaciones: Cam. Fam. S.S., siete de junio de dos mil siete. Ref. 11-A-2007*

### **12.2.1. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER LA DECLARATORIA DE PÉRDIDA DE LA AUTORIDAD PARENTAL.**

Primeramente y no obstante que consideramos un aspecto irrelevante en el proceso, se hace mención a la nulidad alegada por haberse reiterado en la apelación sosteniendo los impetrantes que hay nulidad del proceso por falta de legitimación en la personería de la parte actora, ya que el señor \*\*\* entabló demanda, por medio de sus apoderados, manifestando ser el representante legal del niño, cuando dicha representación la tiene su madre, ya que, ella por acuerdo de las partes -y aprobado por el Juez- es quien ejerce el cuidado personal de dicho menor y por consiguiente la representación legal. Sobre ello únicamente diremos que según el Art. 242 L.Pr.F<sup>41</sup>, la Legitimación Procesal puede tenerla cualquier interesado, (aunque no tenga la representación legal) ya que, el objetivo principal de la referida disposición es velar por el interés superior de los menores, independientemente de quien ejerza la representación legal ó a quien se le haya conferido; además, se evidencia en el sub lite, de la simple lectura del Poder General Judicial con cláusula especial de fs..., otorgado por el señor \*\*\* que lo hizo en su carácter personal y no como representante legal de su menor hijo \*\*\*.

*(Cam. Fam. S. S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 213-A-2004)*

La legitimación activa para promover un proceso de pérdida de la autoridad parental se encuentra regulada en el Art. 242 C.F. y entre estos se incluye a cualquier consanguíneo del hijo, por tanto, la abuela materna estaba debidamente legitimada para accionar la pérdida; ahora bien en el supuesto que está fuese declarada, es un imperativo legal el nombramiento de tutor, al efecto resulta aplicable oficiosamente el Art. 300 C.F., (...).

*(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 62-A-2006)*

<sup>41</sup> En esta sentencia se citó erróneamente la Ley Procesal de Familia cuando en realidad se hacía referencia al Código de Familia.

### **12.2.2. ABANDONO MORAL Y MATERIAL DEL HIJO(A)**

Al respecto, se ha sostenido por este tribunal, que la moderna doctrina familiar, entiende, que existe abandono sin causa justificada bajo la concepción subjetiva, es decir, que se imputa el abandono al progenitor que se desatiende gravemente de los deberes filiales, aunque objetivamente el menor no quede desamparado, en razón que el otro progenitor u otra persona asuma totalmente los deberes para con el menor.

Esta Cámara comparte el análisis de la Jueza a quo, en el considerando dos, al estimar que de existir obstaculización al derecho de visitas del padre, tenía que promover el respectivo incidente de cumplimiento de la sentencia o promover el proceso correspondiente y no adoptar una posición cómoda, no haciendo valer sus derechos en beneficio de su hijo. Esa quietud se traduce en el poco interés del padre en esa época de relacionarse con el niño. Sigue argumentando la Jueza a quo que lo anterior se evidencia al tomar en cuenta que tanto el padre como su familia, en lugar de hacer efectivo el régimen de visitas, ya sea efectivizando lo resuelto a través de un nuevo proceso o de forma independiente (por los abuelos paternos). (...)

(...) Se evidencia así la decisión de alejarse del niño, principalmente del padre, constituyendo con ello un abandono de su parte, encajando en la condición fáctica que el supuesto jurídico del Art. 240 N° 2 (...)

(...) Cabe acotar que las intenciones manifestadas por el Sr. \*\*\*, de arrepentirse de su anterior comportamiento -abandono de su hijo- y de restablecer las relaciones afectivas para con el mencionado menor, surgen después de haberse consumado los hechos constitutivos de la causal 2ª del Art. 240 C. F. Por lo que esas intenciones o buenos deseos, a criterio de este tribunal, no desvanecen la causal invocada.

*(Cam. Fam. S.S. diecisiete de enero dos mil cinco. Ref. 168-A-2004)*

*Relaciones: Cam. Fam. S.S. quince de agosto de dos mil cinco. Ref. 126-A-2004)*

*Cám. Fam. S.S., dos de marzo de dos mil siete, Ref. 143-A-06*

El padre alega para justificar el incumplimiento de la obligación alimenticia, problemas laborales. Al comparar la situación de vida de las partes, observamos que ambos están desempleados, sin embargo, a pesar de esa situación, la madre satisface las necesidades de su hija pero esto lo hace con la ayuda de sus padres y de su actual pareja.

No se ha probado que el demandado realice trabajo remunerado para ayudar a su hija a pesar de su edad y estar capacitado profesionalmente (Técnico en Ingeniería Automotriz, ver fs. ...), por lo tanto está en la disponibilidad de trabajar toda vez que se le presente la oportunidad para hacerlo.

(...)Consideramos, que si bien es cierto, toda persona puede tener aspiraciones legítimas de superación-como lo alega la parte demandada para justificar la renuncia al empleo-, sin embargo, debe tenerse presente que es prioritario atender las necesidades de los hijos por lo que en este caso al ocurrir ese evento, la madre asumió esa obligación, pero el demandado las delegó incorrectamente solo en la madre. (...)

*(Cam. Fam. S. S. veinte de junio de dos mil cinco. Ref. 87-A-2004)*

*Relaciones: Cam. Fam. S. S. quince de agosto de dos mil cinco. Ref. 126-A-2004)*

Frente a la omisión del apelado de ejercer sus derechos-deberes, han sido la apelante y terceros (abuelos maternos y compañero de vida de aquélla), quienes han suplido dicho rol, es por ello que mi voto es por la negativa. La *a quo* debió decretar la pérdida de la autoridad parental, ya que no sólo se ha comprobado el abandono económico, sino además el moral, de conformidad a los Arts. 8, 9, 139, 148, 149, 150, 350 y 351 C. F. No hay justificación para tolerar la actitud pasiva del padre, ello puede ser valorado como una sanción drástica pero considero que la ley ha tratado de desterrar patrones culturales arraigados en la sociedad y es que sólo de esta forma se sentarán precedentes judiciales que tiendan a un cambio socio-cultural.

*(Cam. Fam. S. S. veinte de junio de dos mil cinco. Del voto discordante del Dr. JOSÉ ARCADEO SANCHEZ VALENZUELA Ref. 87-A-2004)*

Esta Cámara, en precedentes sentencias, ha sostenido que el abandono consiste en la falta de interés del progenitor en procurar o agotar los medios necesarios para asistir a su hijo(a) menor de edad en los aspectos morales, educativos, afectivos y económicos. Esas omisiones acarrearán como consecuencia el incumplimiento de los deberes familiares del padre respecto al hijo. Dicho de otra forma, se traduce en irresponsabilidad paterna, y que tales circunstancias son las que deben ser valoradas por el juzgador para decidir si es procedente sancionar (con la pérdida o suspensión de la autoridad parental) al padre que se encuentre bajo el supuesto previsto en la norma.

*(Cam. Fam. S. S. quince de agosto de dos mil cinco. Ref. 126-A-2004))*

*Relaciones: Cam. Fam. S. S. veintitrés de noviembre de dos mil cinco. Ref. 131-A-2004.*

No obstante el demandado para justificar la falta de relación con su hijo ha sostenido que tanto la señora \*\*\*, como la familia de ésta, no le han permitido comunicarse ni relacionarse con su hijo; conducta que dijo adoptó para evitar reclamos o comentarios de la familia; puesto que ha sido bastante el tiempo que no se ha relacionado con el niño. Por otra parte tampoco consta en el proceso ni lo alegó el demandado, que haya hecho alguna gestión tendiente a ejercer su derecho a mantener relaciones y trato con el niño o por lo menos de hacer posible la ayuda económica, lo cual bien pudo haber hecho pues se trata de una persona con estudios superiores y además cuenta con capacidad económica. En otras palabras no es válido sostener tal circunstancia cuando existen mecanismos legales para hacer valer tales derechos, máxime si con esa omisión (al no hacerlo) se le causa perjuicios a un menor, pues no debemos olvidar que no solo es un derecho-deber del padre sino también -fundamentalmente- un derecho del hijo; bastando con que se ejerza una acción ante el Tribunal competente o gestión administrativa en la Procuraduría General de la República para haber logrado ese acercamiento con su hijo, a través del establecimiento del correspondiente régimen de visitas, comunicación y estadía. Es más, no resulta creíble la posición del demandado, si a ello agregamos, que durante la tramitación del proceso se estableció un régimen de visitas para poder relacionarse con su hijo, el cual hasta

la fecha del pronunciamiento de la sentencia impugnada no había tenido efecto alguno, es decir, no se ha ejercido dicho régimen, aduciéndose que tenía que ser supervisado por la Trabajadora Social, pero tampoco consta que se haya intentado por el padre, ejercer dicho régimen o realizar gestiones tendientes a ello en el Tribunal, adoptando por el contrario una actitud pasiva e indiferente.

*(Cam. Fam. S.S. veintitrés de noviembre de dos mil cinco. Ref. 131-A-2004)*

La orientación moderna del Derecho de Familia valora la actitud del padre que abandona o desatiende sus deberes como padre o madre, independientemente de la actitud del otro progenitor o de un tercero que asuma el cuidado del menor, a ello se suma el concepto de abandono que establece el Art. 182 num. 1º C.F., "se considera abandonado todo menor que se encuentra en situación de carencia, que afecte suprotección y formación integral en los aspectos material, psíquico o moral, por acción u omisión".

De lo anterior podemos advertir que el concepto de abandono es amplio, pues coinciden dentro del mismo concepto distintas formas de abandono, así, si un padre conscientemente no alimentare a su hijo, estaría incumpliendo el deber de asistencia el cual es una forma de abandono, por lo que debemos aclarar, que para tratar el abandono como causa de pérdida de la autoridad parental es necesario determinar los alcances de tal concepto y en ese sentido puede decirse que el abandono es el incumplimiento de los deberes paterno filiales, entendidos estos en su conjunto.

*(Cám. Fam. S.S. ocho de marzo de dos mil siete, Ref. 5-A-2006)*

*Relaciones: (Cam. Fam. S.S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 204-A-2006)*

El abandono tiene varias acepciones, desde la más drástica; es decir desamparo total y de absoluta indiferencia, estrictamente maliciosa o voluntaria, hasta el desprendimiento de los deberes del padre o madre sin llegar al extremo de la exposición o sea, la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la Ley, sino simplemente al cumplimiento más o menos irregular de los deberes de

la autoridad parental.

Esta Cámara considera que al no haber una declaratoria de incapacidad respecto de la Sra. \*\*\*, madre del menor, (Art. 295 C.F.) ha existido un total abandono injustificado del menor \*\*\*, por parte de la madre \*\*\*, pues ni aún cuando la señora \*\*\* fue dada de alta, por haber mejorado de salud, no tuvo ningún contacto con su hijo, ni siquiera se advierte la disposición de acercamiento hacia su hijo, puesto que el niño desde su nacimiento, ha permanecido institucionalizado. Consta además, que tampoco otros parientes maternos del niño hayan tenido un acercamiento beneficioso para el niño. Por lo tanto, esta Cámara considera que se ha comprobado el abandono injustificado del niño por parte de la madre (cuyo paradero se ignora).

Consta en autos que el niño \*\*\* nunca ha recibido alimentación por parte de la madre, ni ha vivido al lado de su familia, pues carece de ella. Es decir que el niño carece de una familia que le pueda satisfacer sus necesidades y proveerle a su desarrollo físico, psicológico, moral y social, que le permita lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

*(Cam. Fam. S. S., cuatro de octubre de dos mil siete. Ref. 224-A-2006)*

### **12.2.2.1. ELEMENTOS QUE NO DAN LUGAR AL ABANDONO.**

Por otra parte lo que a nuestro juicio se vislumbra a lo largo del proceso es que entre los progenitores de la niña ha existido un fuerte conflicto que dio lugar por un lado a que la madre obstaculizara la relación padre-hija, lo que constituye un derecho de \*\*\*, enmarcado dentro de la esfera de aquellos inherentes a su calidad de niña, reconocido en los Arts. 212, 351 N° 8 C. F. y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que el demandado por su parte al no poder ver a su hija ni tener un trabajo estable ni los ingresos necesarios (gana menos del mínimo) dejara por épocas de aportar a las necesidades de su hija, reconociendo y justificando esas circunstancias dentro del proceso y además haciéndoselas saber a la Jueza. Otro punto que incide en la valoración de los hechos es que esta demanda fue presentada el día doce de septiembre de dos mil tres, es decir dieciséis meses después

de celebrarse la audiencia de fs. ... relativa al pago de la cuota, así como el interés manifiesto de la demandante en contraer nupcias con su nueva pareja y que sea éste quien asuma la paternidad de la niña, situación que en principio no es razón para acceder a la pérdida de la autoridad parental y en caso de que la madre contraiga nuevas nupcias, se conformará la denominada "familia ensamblada", lo que no implica el desplazamiento de una filiación, (para el caso la paterna), sino de la constitución de un nuevo sistema familiar que implicará que la menor estará inserta en el núcleo familiar, conformado por la familia de su madre y de su padre afín, relacionándose siempre con su padre; por tanto, el pretense matrimonio de la apelante no es condición para declarar la pérdida de la autoridad parental.

*(Cam. Fam. S.S. veinte de junio de dos mil cinco. Ref. 87-A-2004))*

Por tanto, concluimos, que el padre no ha favorecido la comunicación entre madre e hijo, al contrario ha interferido en ella, obstaculizando ese derecho, priorizando sus intereses personales; y los de su nueva cónyuge, anteponiéndolos a los de la demandada y especialmente a los de su hijo, disponiendo unilateralmente sobre los derechos de éste, como se vislumbra a lo largo del proceso, actitud que en manera alguna puede avalarse(...)

También es preciso reconocer, que la Pérdida de la Autoridad Parental, como institución jurídica del derecho de familia, tiene como fin inmediato, proteger a los niños(as) y adolescentes sometidos a la autoridad parental de sus padres, contra actos que los coloquen en situación de riesgo; es decir; su ejercicio es en función de los hijos y no de los padres; por tanto es inapropiada la actitud del Sr. \*\*\*, quien para garantizar su estabilidad marital, sacrifica la relación de su hijo con la madre; aseverando incluso el deseo de su actual esposa de adoptar a \*\*\* invisibilizando los derechos de la madre.

Las transformaciones de la familia, instan a la creación de nuevos sistemas familiares, entre estos la denominada familia ensamblada, que es aquella compuesta por la pareja, los hijos provenientes de otras relaciones y los hijos comunes; ello no implica la pérdida de una relación por otra sino el mantenimiento de lazos afectivos a partir de estas nuevas uniones; la actual esposa del señor \*\*\* conocía la situación

familiar del demandante; por tanto, no es procedente propiciar un cambio en la conformación de la misma, cuando ésta no se afina en el interés superior de \*\*\*, sino en los suyos propios.

*(Cam. Fam. S.S. quince de agosto de dos mil cinco. Ref. 77-A-2005)*

Lo anterior nos hace deducir que existe un conflicto interpersonal entre las partes que ha trascendido y perjudicado la relación filial entre el Sr. \*\*\* y sus hijos, además de que a este por residir fuera del país se le dificulta buscar una solución al mismo; la edad de los niños los hace depender en gran medida del auxilio de personas adultas para hacer efectiva la comunicación telefónica con el padre y bajo las circunstancias especiales del caso, así como las actitudes tomadas por la familia materna dicha comunicación prácticamente se ha obstaculizado. (...)

Con lo anterior se establece el grado de predisposición al que han sido sometidos los menores, lo que a su vez confirma la relación disfuncional que existe entre las partes, la que se ha trasladado a la relación filial.

Además, la Sra.\*\*\* se encuentra en una mejor posición -en tanto sus hijos están bajo su cuidado y su esposo reside fuera del país- para valerse de dicha condición y obstruir la comunicación entre estos, no sólo impidiendo la comunicación telefónica, sino creando en los menores un estado de aversión a la figura de su padre y familia paterna.

En ese sentido consideramos que no existe el abandono alegado y si bien la comunicación entre padre e hijos no es fluida, esto se debe en parte a la obstaculización ejercida por la familia materna, quienes con su actuar han vulnerado los derechos de los niños y del padre, de tal forma que en esa medida el abandono alegado se relativiza por el hecho que dicha comunicación ha sido entorpecida.

*(Cam. Fam. S.S., seis de junio de dos mil seis. Ref. 6-A-2006)*

En base a lo dicho por los testigos y los estudios practicados no debe descartarse que el Sr. \*\*\* tiene un interés genuino no solo en retomar su rol paterno sino además que la comunicación con su hijo fue obstruida por la madre, lo que se facilitó por encontrarse él en el

extranjero, y siendo un derecho del niño que esa situación se concrete, aún y cuando el niño sostenga una relación afectiva y estrecha con su padrastro, a quien por hoy reconoce como su padre; relación que pese a ser beneficiosa para su mejor desarrollo no debe impedirle ejercer sus derechos paterno filiales como lo es el de conocer su verdadero origen e identificarse y relacionarse con su padre biológico, y que éste último se responsabilice de él, situación que tendrá que darse paulatinamente, pues obviamente la conducta de los familiares que le rodean especialmente la madre, han antepuesto sus propios intereses a los de su hijo, invisibilizando la figura paterna, impidiendo las relaciones y trato a que el niño tiene derecho, no obstante que el padre resida en el extranjero; desde luego se vuelve necesario que tanto el menor como los demás integrantes del grupo familiar se sometan a terapias, ya que si las partes establecieron de común acuerdo que el Sr. \*\*\* se iría del país y que la madre permanecería en la casa de sus suegros, es dable inferir que fue esta última la que obstaculizó la comunicación con el hijo y dio por terminada la relación con el padre, ya que se estableció en autos que éste se fue del país en diciembre de dos mil, y cuatro meses después la demandante se fue del hogar, y en el año dos mil dos, diecinueve meses después, contrajo nupcias con su actual cónyuge, habiendo dado a luz a su segunda hija pocos meses después del matrimonio, es decir, que el lapso de tiempo transcurrido entre la ida del demandado, en diciembre de dos mil y el matrimonio de la Sra. \*\*\*, en julio de dos mil dos es de un año y medio; considerando que el inicio de su relación con su actual cónyuge debió darse con cierto tiempo de anticipación a la celebración del matrimonio, situación que no refiere la demandante en la demanda pero que se menciona en el estudio social de donde se concluye que la demandante inició una relación sentimental con el señor \*\*\* al poco tiempo de haberse ido al extranjero el demandado, lo que infirió en el distanciamiento del niño con la familia paterna y el demandado.

Esta Cámara estima que si bien se ha comprobado la inexistencia de una relación afectiva entre el demandado y su menor hijo, no se comprobó que sea por actos atribuibles a él directamente o que ese distanciamiento se deba a un abandono injustificado de su parte, sino más bien a ciertos actos o conductas atribuibles a la madre, posterior

a la partida del padre, que impidieron al padre y familia paterna relacionarse afectivamente con el niño<sup>\*\*\*</sup>, cuando ésta se involucró sentimentalmente con el Sr. <sup>\*\*\*</sup>, con quien posteriormente contrajo nupcias. Casos como el presente suelen ocurrir con alguna frecuencia y es que los progenitores al establecer una nueva convivencia matrimonial o extramatrimonial, al incorporar al nuevo hogar a los hijos de una anterior relación, agudizan los conflictos preexistentes o bien propician un alejamiento, queriendo suplantar el rol paterno o materno con la nueva pareja en detrimento de los derechos del hijo, lo que en nada abona al fortalecimiento e identidad filial, salvo cuando ello fuere perjudicial al hijo o fuere procedente a partir de la conducta de los progenitores, decretar una pérdida o suspensión de la autoridad parental, no siendo este el caso de autos.

*(Cám. Fam. S.S., dos de marzo de dos mil siete, Ref. 143-A-06)*

Los testigos han sido unánimes y concordantes al manifestar que tienen conocimiento que el demandado está fuera del país porque la señora se los ha externado, pero ello no significa que se trate simplemente de testigos referenciales por cuanto el hecho principal a tomarse en cuenta no es que el demandado radique o no en el extranjero, sino que el menor se encuentra o no en un estado de carencia, abandono por parte de su progenitor, en ese sentido ambos testigos coinciden en sus declaraciones al manifestar que la demandante ha formado un nuevo hogar y que ha sido ella y su esposo los que se han encargado del cuidado y del desarrollo del menor, en vista de la ausencia del padre en la vida del niño, asimismo ambos testigos forman parte del entorno social de la familia <sup>\*\*\*</sup> y les consta en forma fehaciente que el menor <sup>\*\*\*</sup> sostiene una relación padre-hijo con el esposo de la madre, ya que de su padre biológico solo sabe que vive fuera del país y no lo ha frecuentado ni tampoco han percibido en modo alguno que haya pretendido hacerlo, en vista de ello para el menor su grupo familiar es el constituido por su madre, hermanito, y su padre afín (esposo de la madre).

Por tales motivos consideramos que es procedente acoger la pretensión de pérdida de autoridad parental ya que se ha establecido con la valoración integral de la prueba que el demandado no ha estado

presente en la vida del niño, no ha ejercido los actos propios de la autoridad parental, en perjuicio de los derechos de su hijo, quien no lo reconoce como tal aunque sabe de su existencia.

Son precisamente estos puntos los que se han configurado en el sub lite, en virtud que se ha comprobado que el demandado no ha sostenido comunicación ni acercamiento con su menor hijo desde que el menor tenía aproximadamente cinco años de edad, siendo actualmente de nueve años de edad, asimismo se ha verificado que quien desempeña el rol de padre es el esposo de la demandante, al grado que el mismo menor lo reconoce como tal, es decir, que evidentemente el señor \*\*\* se ha ausentado de la vida de su hijo, al punto que es el esposo de su madre quien asume el rol de padre, debido al abandono injustificado respecto de su hijo \*\*\*, al no comunicarse en modo alguno con éste ni con su madre, de lo cual en razón de su edad es consciente el mismo menor.

*(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil siete. Ref. 204-A-2006)*

### **12.3. SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL. CAUSAS.**

Este Tribunal ha sostenido en las sentencias 8-IH-04 y 45-A-03 (en ambos se discutía Pérdida de la autoridad parental por situaciones de abuso sexual) que en los casos de abuso sexual debe evitarse la revictimización del (la) agredido (a), ya que el niño que ha sufrido estos actos manifiesta culpa de sí mismo, vergüenza de lo ocurrido, tiene miedo que no le crean, por lo que su testimonio debe ser obtenido mediante una entrevista únicamente -en privacidad- con el niño(a), evitando confrontarlo con el perpetrador y someterlo a entrevistas múltiples y prolongadas

*(Cam. Fam. S. S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 73-A-2005)*

(...) Efectivamente la rehabilitación de una persona la vuelve apta para ejercer ese cuidado, pero para ello como ya se dijo se necesita que pase un tiempo prudencial, ya que en el pasado la demandada ha dejado transcurrir varios meses de abstención en razón del embarazo

y parto, y luego ha vuelto a recaer. Existen indicios que demuestran la recaída de la referida señora, lo cual se comprueba con su ingreso en la Clínica \*\*\* en el mes de febrero y marzo de dos mil cuatro, ingreso que normalmente acontece por consumo y no por abstinencia; así como el peritaje psiquiátrico realizado por el Instituto de Medicina Legal.

En otros términos, puede establecerse que por ahora dicha señora no se encuentra habilitada para el ejercicio de la autoridad parental, ya que las situaciones que afronta a consecuencia de su adicción han implicado prácticamente (por omisión) un abandono material y espiritual no deliberado hacia el hijo, es decir, no ha cumplido cabalmente con los deberes que como madre le corresponden, puesto que para el efectivo ejercicio de esas facultades-deberes no interesa que sean los padres de ella (abuelos maternos del niño), los que asuman tal responsabilidad, ya que su ejercicio es personal, tampoco que se sostenga que el haber usado droga no era causa para acusarla de negligente con su hijo por que -se aseguró- sus progenitores tienen medios económicos para sufragar todos los gastos del niño y de cuidarlo cuando ella se encuentra indispuesta, puesto que, lo que ha de tomarse en consideración es que ella sitúa o deja en ese estado (abandono) a su menor hijo durante el periodo de ingesta de drogas, que de no ser por los abuelos maternos lógicamente redundaría en una situación de peligro y riesgo para su hijo lo cual encaja o configura la causal de suspensión de autoridad parental establecida en el artículo 240<sup>42</sup> Segundo, C. F.; debiendo señalarse que de lograrse su rehabilitación posteriormente puede promover el restablecimiento o recuperación de la autoridad parental, comprobando que se encuentra rehabilitada, tal como lo dispone el Art. 244 C.F.

*(Cam. Fam. S.S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 213-A-2004)*

Es así que la suspensión de la autoridad parental es una institución de protección al menor, que establece sanciones a deberes incumplidos por los padres, al acontecer situaciones que no garanticen el interés superior del menor, o su bienestar o tratando de prevenir un mayor daño o que se le exponga a situaciones perjudiciales.

42. Debió consignarse 241 C.F..

En ese sentido, y como se ha establecido ut supra, la ley ha previsto, casos en que la titularidad se pierde o se suspende cuando se atenta contra el interés del hijo menor, no siendo conveniente que el padre, la madre, o ambos continúen detentando la autoridad parental. La suspensión de tal ejercicio no constituye sólo una sanción menor a los progenitores, ni únicamente un remedio preventivo, sino también el suplir la imposibilidad sobreviniente de los padres para actuar respecto del ejercicio de su autoridad, es decir, la imposibilidad de asumir responsablemente la autoridad parental, por lo cual la suspensión de su ejercicio es aplicable por los Jueces cuando adviertan que los padres, si bien no han incurrido en las conductas merecedoras de la pérdida de la autoridad parental, han desviado el ejercicio de su autoridad o puesto en peligro la salud, seguridad o moralidad de sus hijos.

En cuanto a la causal tercera de suspensión, (Art. 241 C. F.) es decir, por enfermedad mental, los Jueces pueden decretarla cuando la inhabilitación se funde en hechos que pongan en peligro la salud, seguridad o moralidad de los hijos; de esta forma cuando la suspensión se decreta en contra de uno solo de los padres el otro la ejercerá plenamente.(...)

Con todo el material probatorio que consta en el proceso, y no obstante que no se realizó el estudio psiquiátrico solicitado, por la parte apelante, por las razones antes mencionadas, pero que indudablemente requerían mayor colaboración del Instituto de Medicina Legal y un informe detallado sobre el diagnóstico establecido en el Hospital Nacional Psiquiátrico; estos elementos son suficientes para establecer el padecimiento mental de la señora \*\*\*, tal como consta del expediente clínico y la constancia médica extendida por el Doctor \*\*\*, así como los diversos tratamientos realizados por éste y en el Hospital Nacional Psiquiátrico a la demandada, de donde se concluye que esta no se encuentra apta para ejercer la autoridad parental respecto de su menor hijo; en razón de ello estimamos procedente Suspender el ejercicio de la autoridad parental que la Señora \*\*\*, ejerce sobre el menor \*\*\*, en virtud de la insania mental de la cual adolece, y en ese sentido debe ser revocada la sentencia pronunciada por el Juez a quo.

Consideramos además que en este caso no es necesario que preceda un proceso de declaratoria de incapacidad, por enfermedad

mental de la demandada para que proceda la interposición de la demanda, ya que en ese caso tendríamos un requisito de procesabilidad que la ley no exige, por lo tanto la madre puede ser representada como de hecho lo ha sido por un Agente Auxiliar de la Procuraduría General de la República u otro abogado particular, pues la prueba de su enfermedad que da lugar a la suspensión se da en este proceso y no en otro; sin perjuicio de que potestativamente puede pedirse se le declare incapaz, antes o después de promover la suspensión de la autoridad parental, o bien en pretensiones acumuladas, sin que por ello deba declararse inepta esta demanda.

*(Cam. Fam. S.S. veintitrés de diciembre de dos mil cinco. Ref. 201-A-2004)*

En cuanto al erróneo argumento esgrimido por el Dr. \*\*\* en el sentido que según el Art. 240 C. F. la suspensión de la autoridad parental debió pedirse para todos los hijos de la pareja \*\*\* y no sólo en relación a uno de ellos; se desestima este argumento debido a que lo que se pide es la suspensión contemplada en el Art. 241 C. F. y no la pérdida de la autoridad parental establecida en el artículo citado por el impetrante. (...)

Toda la información obrante en autos a criterio de esta Cámara, es abundante, para establecer la verdad real, y nos permite establecer los hechos que dan lugar a suspender la autoridad parental de los señores \*\*\* y \*\*\* respecto de su menor hijo \*\*\*, por estar suficientemente acreditada la causal cuarta del Art. 241 C. F. sobre la ausencia no justificada en la vida de su hijo, desatendiéndose además de sus necesidades afectivas y materiales lo que constituye una forma grave de constante maltrato para \*\*\*; no debe desestimarse que tratándose de pérdida o suspensión de la autoridad parental puede ser decretada aún de oficio por el juzgador al conocerse y probarse los hechos que dan lugar a su procedencia Art. 242 C. F. Todo ese abundante material probatorio es más importante que el simple hecho de que una de las testigos (testigo de oídas) no conozca al señor \*\*\*, ni se haya precisado la fecha en que la Policía Nacional Civil localizó al niño \*\*\* en la casa de los demandantes pues este último dato por su misma naturaleza es de difícil retención y no esencial (validez) para el establecimiento de los hechos.

*(Cam. Fam. S.S., dieciocho de enero de dos mil seis. Ref. 153-A-2004)*

En cuanto a la pretensión de que se decrete la suspensión de la autoridad parental, solicitada por la apoderada del demandante, hasta en la fase de alegatos de la audiencia de sentencia, debe señalarse que tal pretensión no fue planteada en el momento procesal oportuno, pues fue pedida después de haberse producido la prueba del presente proceso, cuando lo correcto hubiera sido incluir esa pretensión en la demanda o en su ampliación, con el objeto de garantizar el derecho de defensa de la contraparte.

En cuanto a la opinión de la apelante acerca de que él(la) Juez(a) de oficio puede decretar dicha suspensión consideramos que la autoridad parental efectivamente puede conocerse de manera oficiosa pero debe hacerse iniciando el proceso correspondiente para tal fin, al tenerse conocimiento de comportamientos de los progenitores para con los hijos, que encajen en aquellos supuestos que la ley prevé como causales de pérdida o suspensión, garantizando el derecho de audiencia desde el inicio, en cumplimiento de los principios procesales; -y el cumplimiento del debido proceso dando la oportunidad de defenderse a los interesados-, de igual manera ocurriría en el caso de la sentencia que decreta el divorcio por el motivo tercero del Art. 106 C. F., en el que puede darse la pérdida o suspensión de la autoridad parental, tal como lo faculta el Art. 111 in fine, C. F. En el caso que nos ocupa esa pretensión no ha sido objeto del proceso, sino el establecimiento y cumplimiento del régimen de comunicación, trato y estadía, (conocido como Régimen de Visitas) a favor del padre que no tiene el cuidado personal del hijo. Lo anterior es sin perjuicio de que pudiera iniciarse un proceso de pérdida o suspensión de la autoridad parental, (de oficio o a petición de parte) aún antes de que este proceso termine o posteriormente, pero decretar esa suspensión en este momento y en este mismo proceso sin cumplir los requisitos procesales iría contra las garantías del debido proceso y principalmente contra el principio de congruencia.

*(Cam. Fam. S. S., veintiocho de agosto de dos mil siete. Ref. 82-A-2006) 43*

**43.** Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: ALIENACIÓN PARENTAL, numeral 9.1.3; RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN Y TRATO A FAVOR DE PARIENTES, numeral 9.4.1 y OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN, RELACIÓN TRATO Y ESTADÍA numeral 9.4.2, todos de la parte sustantiva.

### **12.3.1. DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL.**

En este punto debemos señalar, que por tratarse de derechos indisponibles, en un primer momento no puede aceptarse el desistimiento de la pretensión, sin embargo dependiendo del caso concreto, el juzgador podría eventualmente valorar la procedencia o no del desistimiento, puesto que si se trata de situaciones graves que pongan en peligro la integridad física o moral de menores, definitivamente no procederá su admisión.

*(Cam. Fam. S.S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 213-A-2004)*

### **12.3.2. DIFERENCIA ENTRE PÉRDIDA Y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL.**

Entendemos que ambas figuras –suspensión y pérdida– operan como una sanción al progenitor que no cumple con sus deberes filiales. En el caso de la suspensión, si desaparece la condición que la motivó puede adquirirse nuevamente el ejercicio de sus derechos respecto de los hijos, ya que aunque se declare la suspensión el padre o madre conserva las obligaciones respecto del hijo(a).

*(Cam. Fam. S.S. diez de agosto de dos mil cinco. Ref. 213-A-2004)*

*Relaciones: Cam. Fam. S.S., cuatro de octubre de dos mil siete. Ref. 224-A-2006.*

## **13. ALIMENTOS.**

### **13.1. GENERALIDADES.**

Sobre la obligación alimenticia, cabe citar los Arts. 18 de la Convención sobre los Derechos de Niño y 211 C. F., los que sobre la base del principio de solidaridad familiar, prescriben que corresponde al padre y a la madre criar a sus hijos con esmero y proveerlos de todo lo necesario para el normal desarrollo de su personalidad (...)

*(Cam. Fam. S.S. cinco de enero dos mil cinco. Ref. 18-99-2003)*

Respecto de la obligación impuesta al demandado de proporcionar vivienda a la Sra. \*\*\* y a sus hijas, según el Art. 247 C. F., tenemos que el rubro vivienda se encuentra incluido en la cuota alimenticia, pero la Jueza a quo al imponerla como una obligación independiente de los alimentos, afectó la satisfacción de la necesidad habitacional, por cuanto se declaró sin lugar el uso de la vivienda (por no proceder declararla) y no incluyó esta última dentro de la cuota de alimentos que proporcionaría, por lo que no habría manera de efectivizar su cumplimiento, puesto que la ley no ha determinado esa obligación aisladamente del derecho alimentario (en el caso que no proceda decretar o conferir el uso de la vivienda familiar), por lo que es pertinente considerar ese gasto dentro de la cuota alimenticia, debiendo para tal efecto aumentarla en una cantidad razonable a efecto de cubrir ese rubro, ya que tampoco hubo acuerdo al respecto.(...)

Éstos (gastos de salud) se consideran parte integral de los alimentos, razón por la cual es necesario que ambos padres contribuyan a satisfacerlos, es por eso que consideramos que siendo de vital importancia la salud de \*\*\* y \*\*\*, ese gasto médico quedó incorporado en la cuota, pero existen gastos extraordinarios en ese rubro por enfermedades graves que requieren hospitalización que no están comprendidas en la cuota alimenticia, para lo cual el Sr. \*\*\*, teniendo mayor capacidad económica, contribuirá con el ochenta por ciento de esos gastos y la madre con el veinte por ciento. En ese sentido se establecerá la proporción en que cada padre contribuirá en ese gasto extraordinario que eventualmente pueda presentarse.

*(Cam. Fam. S.S. veinticinco de julio de dos mil cinco. Ref. 164-A-2004) (El último paréntesis es nuestro).*

*Relaciones: Cam. Fam. S.S. veintitrés de agosto de dos mil cinco. Ref. 102-A-2005.*

Doctrinariamente y por su extensión los alimentos se clasifican en congruos y necesarios; los primeros son aquellos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo que corresponde a su estilo o forma de vida; los segundos son aquellos que se dan al alimentario simplemente para su subsistencia. (BUITRAGO, Anita y otros, Manual de Derecho de Familia, Pág. 688).

Dicha clasificación que se encontraba presente en el Código Civil, desaparece de nuestro sistema normativo; de tal suerte que el Código de Familia, en su Art. 247 C.F., establece que los alimentos son prestaciones que permiten satisfacer necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario Art. 247 C.F.

*(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de enero de dos mil seis. Ref. 85-A-2005)*

Vale acotar que la naturaleza jurídica de los alimentos, consiste en el deber de solidaridad familiar que los obligados tienen para con los alimentarios, con el objeto de resguardar la vida misma, a través de una asistencia que comprenda el sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación, obligación que en este caso nace además de los deberes que impone a los progenitores el ejercicio de la autoridad parental.

*(Cam. Fam. S. S., treinta y uno de enero de dos mil siete. Ref. 22-A-2006)*

(...) Los alimentos por ser una prestación de solidaridad familiar cuyo objetivo es preservar la conservación de la vida del alimentario, garantizándole sus elementales requerimientos de salud, alimentación, vivienda, vestuario, recreación, etcétera, gozan de preferencia o privilegios frente a otro tipo de obligaciones puramente patrimoniales que el deudor podría alegar para su cumplimiento.-

*(Cam. Fam. Occ., ocho de mayo de dos mil siete, Ref. 045/2007)*

Es preciso aclarar que no es aceptable lo expuesto por el LIC. \*\*\*, de que la imposición de esa cuota al Sr. \*\*\* le coloca en situación de caer en el ilícito de incumplimiento de los deberes de asistencia económica, tipificado y sancionado por nuestro código penal. La fijación

de la cuota responde al imperioso deber de asistir a quien lo necesita, máxime si el obligado a brindar esa asistencia es el propio progenitor, de acuerdo a su capacidad económica y necesidades del hijo, situación que ha sido valorada en la especie. No fijarla en la proporción que la ley señala sería dejar en desprotección al hijo lesionando su dignidad e integridad personal; de la misma manera si se fijara arbitrariamente sin ningún sustento legal o jurídico, en cuyo caso sí se vulnerarían los derechos del alimentante,(...)

*(Cam. Fam. S. S., diecinueve de julio de dos mil siete. Ref. 203-A-2005)*

(...) Además, los alimentos se deben por cada hijo, tomando en consideración sus propias necesidades, por lo que no siempre obedece establecer una cuota de igual monto para cada uno de ellos, como pretende el apelante, pues cada uno tendrá diferentes necesidades que deben ser cubiertas con montos diferentes.

*(Cam. Fam. S. S., doce de julio de dos mil siete. Ref. 206-A-2006)*

Al respecto, doctrinariamente se ha sostenido que los alimentos son los medios materiales para la existencia física de las personas, para su instrucción y educación, es decir para su desarrollo integral (bio-sico-social).

*(Cam. Fam. S. S., veintisiete de agosto de dos mil siete. Ref. 211-A-2006)*

### **13.2. TÍTULO PARA REQUERIR ALIMENTOS.**

Asimismo de la certificación de partida de nacimiento de \*\*\*, se acredita que nació el día dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y siete; es decir que a la fecha y aún antes de que se pronunciara la sentencia (once de mayo de dos mil cinco) éste había alcanzado su mayoría de edad; por tanto, tal como lo afirma el apelante la intervención de la Sra \*\*\* como representante legal de su hijo no está legitimada, en cuanto a partir del dieciocho de abril de este año se había extinguido por ministerio de ley la representación que ejercía respecto de su hijo \*\*\*, por ser éste legalmente capaz, Art. 239 N° 4 C.F., situación que también fue advertida por este Tribunal y prevenida de conformidad al Art. 1131 C. Pr. C., con el objeto de que se subsanara dicho vicio

y se legitimara en debida forma la personería del Lic. \*\*\* respecto del mencionado joven y además a fin de que se ratificara lo actuado; sin embargo a pesar de haber sido debidamente notificado de dicha prevención, no se subsanó el vicio dentro del plazo de ley; por lo que de conformidad a los Art. 10, 11, 218, 1124, 1131 C. Pr. C.; este Tribunal como lo señalamos supra, declarará la nulidad de lo actuado respecto del mencionado joven y como consecuencia también la parte de la sentencia que le confiere alimentos; por lo que nuestro análisis se circunscribirá solamente respecto de la cuota de la niña \*\*\*.

*(Cam. Fam. S.S. veintinueve de noviembre de dos mil cinco. Ref. 154-A-2005).*

En base a lo estipulado por el Art. 115 Ord. 1° C. F. uno de los efectos de la sentencia de divorcio es la disolución del vínculo matrimonial. Por tanto, consideramos errada la decisión de la *a - quo* respecto de prorrogar la cuota alimenticia fijada por ésta cámara en la sentencia con REF. 237 - A - 2002, ya que de acuerdo al precedente de violencia intrafamiliar ventilado en aquel momento, era procedente que ésta Cámara fijase dicha cuota, en razón de que aún existía entre los señores \*\*\* y \*\*\* la calidad de cónyuges, sin embargo el título para pedir los alimentos se extingue al decretarse la disolución del vínculo matrimonial, igualmente la obligación alimenticia establecida en el Art. 248 N° 1°) C. F. por no existir ya el vínculo matrimonial entre la pareja, tal como lo expuso la Procuradora Adscrita al Tribunal *a - quo*.

En ese sentido no es posible aplicar el Art. 248 Ord. 1° C. F., que establece la obligación alimenticia entre los cónyuges, existiendo una errónea o indebida aplicación de la mencionada disposición, por cuanto las partes ya no tienen la calidad de cónyuges al ejecutoriarse la sentencia. Además dicha pretensión no fue pedida y aún cuando lo hubiere sido era improcedente pues se trataba de un proceso de divorcio en el cual únicamente procedía la fijación de alimentos provisionales mientras durara el proceso, por lo que efectivamente la sentencia es incongruente y ultra petita. (...)

*(Cam. Fam. S.S. seis de abril de dos mil seis. Ref. 208 - A - 2005)*

Debe considerarse que en los juicios de divorcio tal como lo afirma la *a quo*, es procedente la solicitud de alimentos provisorios

durante la tramitación del proceso, pretensión que se sustenta en el vínculo de esposo(a) Art. 248 N° 1 C.F., aún cuando el título que los origina sea objeto de disolución ya que en tanto no se decreta el divorcio este existe; la situación cambia al decretarse la disolución del vínculo, pues desaparece el título por el cual se solicitan, en ese sentido el ex cónyuge carece de legitimación procesal para exigir ese derecho, por lo que su pretensión redundaría en improcedente o inepta.

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

En este punto compartimos el criterio de la *a quo*, al sostener que hay obligaciones alimenticias que son de carácter prioritario, entre estas los alimentos a favor de hijos menores de edad con respecto a la obligación alimenticia de los padres, situación que concurre en el sub lite, ya que si bien es cierto existe una obligación legal para alimentar a los ascendientes a nuestro criterio dicha obligación cede ante los alimentos a favor de un hijo menor de edad, teniendo preferencia estos últimos pues se originan en el cumplimiento de los deberes derivados del ejercicio de la autoridad parental y los segundos en el principio de solidaridad familiar, amén de lo anterior según consta en el proceso el demandado no es el único hijo de la señora \*\*\*, por lo que dicha obligación no le compete de forma exclusiva; con respecto a la compañera de vida señora \*\*\*, la obligación es de carácter moral y no legal, en cambio la de sus menores hijos reúne ambas condiciones siendo siempre preferente en ambos sentidos, ya que resulta inconcebible que estos enfrenten necesidades cuando su padre satisface primordialmente las necesidades de otros alimentarios antes que las de ellos(...)

En ese sentido la obligación alimenticia del señor \*\*\*, respecto de sus hijos A y B, sólo se encuentra en una misma condición respecto de sus demás hijos menores de edad X y Y, así como del niño(a) por nacer, hecho que al momento de dictarse la sentencia aún no había acontecido.

Siguiendo la premisa contenida en el párrafo anterior, debemos destacar tal como lo hizo la *a quo*, que el demandado sólo en gastos de educación de su hijo A refleja un egreso de CIENTO CUATRO DOLARES MENSUALES (\$104.00) (colegiatura e idioma inglés), y para sus hijos X y Y pretende aportar mensualmente la suma de CIENTO CUARENTA DOLARES (\$140.00) para cada uno de ellos, cuota que

cubriría no sólo el rubro educación sino sus restantes necesidades, sin duda la diferencia es sustancial y no puede ser desadvertida en nuestra valoración en respeto del principio de igualdad de los hijos, y si bien se afirma que sus condiciones son distintas por cuanto los demandantes (X y Y) cuentan con el apoyo de su madre a diferencia de A, dicha afirmación se ve debilitada por cuanto esta Cámara ha interpretado que el demandado no necesita de la colaboración de la madre de aquel, por cuanto él mismo declaró -Fs. ... vto.-, -que nunca ha solicitado el pago de los alimentos adeudados a \*\*\* por su madre.

*(Cam. Fam. S. S., veintinueve de agosto de dos mil siete. Ref. 58-A-2007)*

Compartimos la decisión de la Jueza a quo al declarar improcedente la realización de la prueba científica ADN, pues no es objeto del presente proceso desplazar la filiación paterna, acreditada mediante la Certificación de la Partida de Nacimiento de la niña; tampoco procede la acumulación de procesos como lo refiere el impetrante, pues se tratade pretensiones de diferente naturaleza, por tanto la obligación alimenticia persistirá mientras en el proceso de impugnación correspondiente no desplace la paternidad de la referida niña.

*(Cam. Fam. S. S., veinte de septiembre de dos mil siete. Ref. 212-A-2005)*

### **13.3. LEGITIMACIÓN.**

#### **13.3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA.**

##### **13.3.1.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN QUE EL CUIDADO DEL HIJO ES EJERCIDO POR UN TERCERO.**

En este caso en particular en que la señora \*\*\* no ejerce directamente el cuidado personal de su menor hija \*\*\*, en principio le corresponde brindar parte de la cuota alimenticia, pero de acuerdo a las circunstancias personales en las que se encuentra de no ostentar un empleo remunerado, debe entenderse que la abuela materna es quien está relevando a la madre provisionalmente por la solidaridad -madre-hijo- respecto de la obligación de ésta, al sufragar los gastos de la menor, pues en determinado momento, si la situación económica de la madre cambia, y ésta continua sin ejercer de manera directa el cuidado personal de su hija, también estaría en la obligación de aportar

parte de la cuota alimenticia y no necesariamente el cincuenta por ciento como se plantea en apelación, sino en proporción a los ingresos que ésta percibiere.

*(Cam. Fam. S. S., veinte de septiembre de dos mil siete. Ref. 212-A-2005) 44*

En la audiencia de sentencia se probó que la madre no ejerce materialmente el cuidado personal de la niña por tanto aún y cuando la represente legalmente no procede entregarle a ella en esa calidad la cuota alimenticia en nombre de su hija ya que ese derecho le corresponde a la persona que realmente asume dicha función, pudiendo recibirla un pariente o incluso un tercero cuando sean ellos quienes tengan el cuidado del niño(a) debiendo pedir además que se les confiera provisionalmente su cuidado personal. En última instancia podría solicitarlo la Procuraduría General de la República cuando no exista ninguna persona que vele por el hijo(a).

De lo expuesto se concluye que procede revocar la sentencia impugnada, lo que no impide que se dicten oficiosamente medidas de protección a favor de la niña fijándole una cuota provisional a cargo del padre, señor \*\*\* y confiriendo provisionalmente su cuidado a la abuela materna quien recibiría dicha cuota por no desempeñar la madre las funciones que le confiere el ejercicio de la autoridad parental. Así las cosas no puede la madre, por más que represente legalmente a su hija pedir los alimentos que le corresponden por cuanto no es ella quien materialmente ejerce su cuidado, ni vela directamente por sus necesidades, de concedérselos estaría administrando indirectamente la cuota que aportaría el otro progenitor sin que asuma la responsabilidad que legalmente le corresponde, ni exista impedimento o causa justificada para ello. Este mismo fundamento se ha sostenido en anteriores sentencias, por lo que variar este criterio implicará una nueva fundamentación que desmerite los argumentos sostenidos con antelación. (stare decises) lo que no es posible por encontrarse vinculado este Tribunal a sus propias decisiones en casos similares.

*(Del voto discordante de la Licda. RNDNA ELIZABETH RAMOS. Cam. Fam. S. S., veinte de septiembre de dos mil siete. Ref. 212-A-2005)*

44. Esta sentencia se puede relacionar con el epígrafe denominado DELEGACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE UN NIÑO(A) A ABUELOS O TERCEROS, numeral 9.3.

### **13.3.1.2. ALIMENTOS A FAVOR DE LA MUJER EMBARAZADA. RESTITUCIÓN DE GASTOS.**

Como una innovación del Derecho de Familia, el Art. 249 C. F. establece que definida la paternidad, la mujer tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura, durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos estos últimos. En este caso la paternidad quedó definida en las diligencias de reconocimiento provocado y se probaron los gastos en que incurrió la demandante por motivo del embarazo y del parto, aunque no se pidieron los de alimentos por el tiempo del embarazo ni de los tres meses posteriores, los gastos reclamados han quedado acreditados con la documentación agregada al proceso, fs. ... que en total suman TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE 90/100 DÓLARES, según lo expone el apelante, pero que en la sentencia se declararon sin lugar sin ningún fundamento de hecho o de derecho para desestimarlos, por lo que es procedente ordenar el pago de esos gastos por parte del demandado, independientemente que la demandante haya tenido la posibilidad de recibir atención médica en el I.S.S.S. (Instituto Salvadoreño del Seguro Social), pues cada persona puede tomar la decisión de buscar una mejor y más inmediata atención en otro centro hospitalario privado.

*(Cam. Fam. S. S. trece de septiembre de dos mil cinco. Ref. 72-A-2005)* <sup>45</sup>

### **13.3.1.3. ALIMENTOS A FAVOR DEL HIJO MAYOR DE EDAD. (ART. 211 C.F.)**

Respecto de la cuota alimenticia fijada en TRESCIENTOS DÓLARES (\$300.00) a favor del joven \*\*\*, se ha establecido en el proceso que pese a que éste es mayor de edad, adolece de paraplejía, no pudiendo valerse por sí mismo en muchos aspectos, por lo que necesita se le provea de lo necesario para satisfacer sus gastos de vida aún y cuando no haya sido declarado incapaz, puesto que los alimentos se deben mientras los necesita el alimentario sin importar la edad y máxime en las condiciones en que el joven \*\*\* se encuentra, Art. 212 C. F.

*(Cam. Fam. S. S. veintidós de diciembre de dos mil cinco. Ref. 166-A-2004)*

<sup>45</sup>. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado DAÑO MORAL EN EL SUPUESTO DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO, numeral 5.2.3.4 de la parte sustantiva.

Esta última disposición (Art. 270 C.F.) se refiere a una de las causas por las que cesa la obligación alimenticia, situación que no ha sido acreditada en el proceso, pues no se recibió prueba de que \*\*\* por su indolencia o vicio no estudia con provecho y rendimiento como para no fijarle una cuota alimenticia, por cuanto la cesación implica que existe una cuota fijada con anterioridad, la cual se pretende hacer cesar, lo que no aconteció en la especie, pues la pretensión era la fijación de alimentos, para lo cual se presentaron boletas de inscripción de materias, pagos de colegiaturas y constancia de estudios comprobándose que la joven \*\*\* estudia en la Universidad de El Salvador y que su edad actual (18 años), es acorde al nivel académico al momento del proceso (fs. 15), aún y cuando no se presentó su rendimiento académico, ya que recién comienza sus estudios, refiriéndose además problemas de administración para poder presentarlos oportunamente, pero tampoco se probó que no estudiara con provecho, por lo tanto es procedente confirmar el punto que fijó alimentos a la joven, quedando a salvo el derecho del Sr \*\*\*, para solicitar la cesación de la cuota alimenticia, si \*\*\* se encontrare en cualquiera de los supuestos del Art. 270 C. F..

*(Cam. Fam. S. S., veinte de septiembre de dos mil seis. Ref. 50-A-2006)*

Asimismo, en este caso, cuando uno de los hijos ha alcanzado la mayoría de edad, se entiende que sus necesidades alimenticias deben ser satisfechas por ambos padres, quienes están obligados según el Art. 211 C.F. a "proporcionarle un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan con su mayoría de edad [...] Si el hijo llega a la mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio" y en definitiva siempre que exista la necesidad alimenticia, es decir que persistan las circunstancias que originaron su imposición, Art. 259 C.F. y no se haya decretado su cesación o pérdida, Arts. 269 y 270 C.F. (...)

(...) Sin embargo, no se presentó en ningún momento la prueba documental idónea para comprobar que dicha señorita no solo seguía estudiando sino que de conformidad a los presupuestos del Art. 211

C.F., lo hacía con provecho, tanto en tiempo como en rendimiento. (...)  
(*Cam. Fam. S.S., veintisiete de abril de dos mil siete. Ref. 135-A-2006*)

### **13.3.1.3.1. REINTEGRO DE GASTOS EN EL SUPUESTO DEL ART. 211 C.F.**

El Lic. \*\*\* ha expuesto en su demanda que entre el señor \*\*\* y la señora \*\*\*, existe sentencia ejecutoriada de divorcio, por lo tanto los efectos del numeral 3° del Art. 115 C. F. transcrito se produjeron en el sentido que en la aludida sentencia de divorcio se decidió por acuerdo entre las partes que la obligación alimenticia respecto de sus mencionados hijos serían a cargo de él cuando estos se encontraran en el país, asumiendo los gastos de estudio en el extranjero.

Resumiendo, podemos afirmar que la pretensión que reclama el pago a la señora \*\*\* por la cantidad de dinero a que estaba obligada solidariamente con el señor \*\*\*, no puede ser cobrada pues hubo acuerdos en la respectiva audiencia, que sirvió de sustrato a la sentencia de divorcio, no habiéndose obligado a la señora \*\*\* al pago de esos gastos.

De no poder sobrellevar tales gastos el obligado o de no estudiar los hijos con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, debió pedirse la modificación de esa sentencia por el señor \*\*\*, pero lo anterior no lo habilita a pedir el cobro de esos gastos, porque por un lado los hijos siguieron aprovechando sus estudios en tiempo y rendimiento y el padre nunca pidió la cesación o modificación de los alimentos, argumentando no poder pagarlos, o haber variado las circunstancias en que se dieron los acuerdos. (...)

Así mismo existe una resolución precedente (18/11/2004) que declaró improponible la demanda, dictada por el mismo tribunal y sobre los mismos hechos y fundamentos jurídicos de la presente demanda de fecha cinco de enero de dos mil cinco, de conformidad al Art. 45 L. Pr. F. por las mismas razones antes señaladas la resolución venida en apelación deberá ser declarada improcedente.

(*Cam. Fam. S.S., veinticinco de abril de dos mil seis. Ref.: 53-A-2005*)

### **13.3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA.**

#### **13.3.2.1. LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL SUPUESTO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA ABUELOS.**

En reiterada jurisprudencia de este tribunal se ha sostenido que los abuelos son sujetos obligados al pago de los alimentos, en subsidio de los padres bajo determinadas circunstancias.

Al respecto, el Art. 42 lit. f) e i) y 44 inc. 1° L. Pr. F., señalan que con la demanda, se acompañan las probanzas que se pretenden hacer valer en el proceso. Como este reclamo, parte de la existencia de una sentencia previa, cuyo cumplimiento se tilda de ineficaz, circunstancia que sirve de causa a la parte actora para demandar a los obligados en subsidio de la cuota alimenticia (v.gr. abuelos). Es bajo ese contexto, que los documentos habilitantes que deben acompañar a este tipo de demandas, según esas especiales circunstancias, serán: 1-) la certificación de la sentencia, donde se fijaron los alimentos; 2-) los comprobantes de la ejecución de la sentencia definitiva, es decir, el trámite de ejecución que ha sido frustrado por carencia de bienes del obligado u otra circunstancia (v.gr. certificación del mandamiento de embargo que ha sido devuelto sin diligenciar por no encontrarse bienes que embargar o el mandamiento y el acta elaborado por el ejecutor de embargo, donde se haga constar la imposibilidad de trabar el embargo, por no haberse encontrado bienes del ejecutado). 3-) En su caso, también debe acompañarse con la demanda, certificación de la sentencia absolutoria contra el padre o madre obligado(a) a los alimentos, dictada en materia penal, por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia económica, o el sobreseimiento provisional o definitivo en ese mismo tipo de proceso.

En todo caso, antes de presentarse la demanda contra los obligados en subsidio (v.gr. los abuelos), debe haberse agotado la vía de ejecución en el Juzgado de Familia {Art. 170 y siguientes L.Pr.F.) o el proceso penal en su caso contra el padre o la madre acusada de incumplimiento de esa obligación alimenticia. (...)

En otras palabras, la resolución penal se dictó después de haberse presentado la demanda de alimentos. Lo correcto debió ser, que la parte adora, agotara los trámites familiares o penales pertinentes para satisfacer el pago de los alimentos y solo de no lograrse esto, iniciar el proceso de alimentos contra la abuela paterna, adjuntando,

las certificaciones de lo actuado.

Es por eso, que aún cuando la certificación del sobreseimiento en el proceso penal contra el padre de los niños, se agregó posteriormente a fs. 108-114, no puede ser valedero en el sub lite, para legitimar la acción intentada. Primero, porque no puede alegarse su existencia previa a la demanda de alimentos presentada, consecuentemente no puede admitirse probanzas tendientes a su acreditación, puesto que el sobreseimiento ocurrió después de iniciado el proceso.

Si bien es cierto, en la demanda a fs. 1 vto., se narra en forma no muy feliz, que se dictó una pretérita sentencia que fijó alimentos al padre de los menores demandantes, la que no ha podido ejecutarse, sin embargo, no se adjuntaron los documentos habilitantes, que acrediten que se agotó la ejecución en sede familiar contra el padre primeramente obligado al pago de los alimentos, tampoco lo resuelto en sede penal.

Reiteramos entonces que a la demanda deberán acompañarse los documentos habilitantes del ejercicio de la acción, como requisito indispensable de la demanda; ello no debe entenderse como que el momento de admisión, rechazo y valoración de las probanzas es en la admisión de la demanda, ya que el Art. 109 L Pr. F., prescribe que el Juez (a) resolverá sobre esos puntos en la Audiencia Preliminar, sino simplemente como aquellas pruebas que habilitan el reclamo contra los subsidiariamente obligados a los alimentos.

Ahora bien, si agotada la ejecución de la sentencia o dictada sentencia absolutoria o sobreseimiento en materia penal por el delito comentado contra el primeramente obligado a los alimentos ocurre que la parte demandante en el nuevo proceso de alimentos no cuenta al momento de presentar la demanda, con la documentación que acredite esos hechos, podrá ofrecerlos y comprometerse a su posterior presentación o mencionar el lugar donde se encuentran, Art. 44 inc. 1° L. Pr. F.

En ese mismo sentido, en el caso 95-A-2002 (misma sentencia citada por la impetrante) esta Cámara resolvió: "Conforme a lo planteado en la demanda, el demandado, señor J. a pesar de reunir la calidad de alimentante, en razón del vínculo de parentesco existente, no puede actualmente ser legítimo contradictor en este proceso ya que el Art. 248 C.F., establece un orden a seguir para hacer el reclamo de la

obligación. La ley otorga un título para pedir alimentos a una sola de las personas allí establecida, la cual al ser condenada en alimentos está en la obligación de darle cumplimiento, sin perjuicio que tal obligación pueda ejecutarse por la vía forzosa, ya sea en el orden familiar o penal, lo cual queda a discreción del reclamante.

Debe acotarse que en el primer caso ésta se hará cumplir generalmente mediante embargos o retenciones y en el segundo, por sanciones de otra índole, dirigidas a la persona obligada, constriñéndole así al pago de lo adeudado, sin excluir la conciliación dentro de este mismo proceso penal, por lo que no es cierto que no sea factible el pago por la vía sancionatoria penal. Tan es así que en el sub judice los alimentarios, han promovido proceso de esta clase, en el cual pende la resolución del recurso de casación, como lo expresa la misma apelante, cuyo resultado debe esperarse."

Al respecto aclaramos, que si bien es cierto el proceso penal no es la vía adecuada para ejecutar los alimentos, en la práctica, es útil para compeler al obligado a su pago.

Además, la cámara -en esa sentencia- recalca la misma idea de la subsidiaridad de la obligación alimenticia y de la exigencia de la ejecución como presupuesto para acceder a la demanda contra los subsidiariamente obligados, así se colige de lo siguiente: **"Al respecto, la misma demandante, a fs. 2. de la pieza principal reconoce que" ...se fijó en la sentencia referida en el literal que precede, una cuota alimenticia a cargo del padre de los menores hijos antes mencionados, de ocho mil colones mensuales..."** En virtud de esta sentencia se impone la obligación de brindar alimentos al señor \*\*, por lo cual se imposibilita demandar al señor \*\*, pues está pendiente la ejecución de la referida sentencia. De lo anterior se concluye que lo que procesalmente corresponde, es ejecutar la sentencia, que a decir de la misma apelante, se está realizando en la vía penal y no iniciar un nuevo proceso contra el abuelo paterno de los alimentarios, quien no obstante de reunir la calidad de alimentante respecto de los menores X y Y, ambos de apellidos Z, dicha obligación es subsidiaria,(..)" (sic, las siglas son nuestras).

Nos parece importante hacer hincapié, sobre los requisitos que habilitan al reclamo de la prestación alimenticia contra los obligados en subsidio; por eso, traemos a cuenta, la sentencia 95-A-2002, en

la que se determinaron los presupuestos para demandar a un abuelo(a), así:

a) "Que en el proceso previo no se hubieren fijado alimentos al principal obligado por carecer éste de capacidad económica para satisfacerlos. En ese caso la sentencia desestimatoria se anexaría como un medio de prueba preconstituida en el proceso a iniciar contra el subsidiariamente obligado,

b) Cuando el obligado (alimentante), mediante resolución judicial haya sido exonerado de la obligación alimenticia por pérdida o cesación del derecho del alimentario (a), de acuerdo a los Arts. 269 y 270 C.F. y

c) Excepcionalmente podrá promoverse proceso contra el pariente más cercano y el subsidiariamente obligado, ofreciendo probar dentro de éste que el principal obligado carece de medios económicos, que estos son insuficientes o cualquier otra circunstancia que le imposibilite cumplir la obligación, en la que por supuesto no encaja la falta de resolución del proceso penal iniciado por el incumplimiento del obligado."

En caso que se demande a un abuelo (a), porque el padre o madre ha incumplido el pago de la cuota alimenticia fijada en sentencia definitiva, haciendo imposible su ejecución, deberá acompañarse a ese libelo: 1- la certificación de la sentencia aludida, 2- la certificación de la ejecución frustrada de la sentencia y/o, certificación de la sentencia absolutoria o sobreseimiento en proceso penal. En base al Art. 42 lit. i) L. Pr. F., estos documentos, se consideran habilitantes para la presentación de la demanda de alimentos contra el abuelo (a), requisito nacido de las circunstancias especiales de este tipo de casos.

*(Cam. Fam. S. S., uno de febrero de dos mil cinco. Ref. 177-A-2004)*

(...) esta Cámara sostiene que la contribución de los abuelos debe considerarse de carácter accesorio, de tal suerte que si los padres se encuentran en condiciones para proveer a sus hijos de los recursos necesarios para su subsistencia ellos deben ser los primeros obligados (...)

*(Cam. Fam. S. S. veintiuno de junio de dos mil cinco. Ref. 46-A-2005)*

Respecto de los alimentos a favor de hijos menores de edad este Tribunal en la sentencia 178-A-2002 señaló: el legislador dejó establecido que respecto de los hijos, son los padres los principalmente obligados a suministrarles alimentos. Esta aseveración está estrechamente vinculada con la interpretación que debe de hacerse de los Arts. 206 Inc. 1°, 211, 216, 218 C. F. que en esencia ordenan que son el padre y la madre los primeramente obligados a proveer alimentos a sus hijos y cuando por haber fallecido uno de ellos o por carecer de recursos económicos no puedan cumplir esa obligación, puede ser el otro(a) progenitor(a) el(a) responsable del pago. (Cam.Fam.S.S. 25/10/2002).

Es por lo anterior que se ha establecido que la obligación alimentaria de los abuelos es subsidiaria, su origen se funda en la solidaridad familiar a diferencia de la obligación de los padres que deviene del ejercicio de la autoridad parental; es decir del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la calidad de padre o madre. Por lo anterior no es procedente exigir el cumplimiento en la satisfacción de las necesidades de los hijos a los abuelos cuando sus padres pueden satisfacer dichas necesidades, ello significaría desligar a los progenitores del cumplimiento de sus obligaciones primordiales.(...)

La obligación subsidiaria de los abuelos de acuerdo al Art. 221 Inc. 2° C. F. en relación al 248 N° 2° C. F., para la satisfacción de las necesidades de crianza y demás obligaciones (señaladas en los Arts. 211 /222 C. F.) será cuando los padres carezcan de recursos; de ahí su carácter de subsidiaria.(...)

Siguiendo las líneas antes expuestas, para esta Cámara aún, cuando la obligación principal corresponde a la madre del demandante, se ha acreditado en autos mediante la prueba testimonial que ésta carece de recursos suficientes para solventar las necesidades de su hijo, lo que fue corroborado por el estudio social de fs. ... y el testigo presentado por la parte actora, por lo que es procedente confirmar la sentencia apelada. Al respecto el único testigo presentado, señor \*\*\* dijo "ser el padre de la señora \*\*\* y que le consta que con el salario que gana su hija no le alcanza para cubrir los gastos del menor, ya que siempre le habla al dicente pidiéndole préstamos que nunca son cancelados" fs. ...; por lo tanto, ante la falta de capacidad económica, la madre se encontraba habilitada a reclamar los alimentos a la abuela paterna de su hijo, en virtud de lo que doctrinariamente ha sido

denominado como "imposibilidad de procurárselos por parte del progenitor reclamante".(...)

En virtud de las circunstancias especiales del sub iudice y siendo como lo hemos afirmado supra que es insuficiente el aporte de la Sra \*\*\*, para la satisfacción de las necesidades de su hijo, es conveniente establecer alimentos subsidiarios de forma excepcional ya que la obligada es una persona adulta mayor, puesto que la madre del niño, como principal obligada no alcanza a cubrir las necesidades de su hijo, basados en consideraciones de solidaridad familiar, justicia y equidad. Arts. 8, 9 C.F. y 2 LPr.F.

*(Cam. Fam. S.S. diecisiete de noviembre de dos mil cinco. Ref. 139-A-2005)*

Que al analizar esta Cámara la pretensión del recurrente, se es del criterio que jurídicamente es viable la demanda de alimentos contra el abuelo paterno, afirmación que se sustenta con lo que el legislador dispuso al sostener que "Los abuelos están obligados de acuerdo a sus posibilidades económicas a asumir los gastos de crianza...", no obstante lo anterior, para darle aplicación, es necesario e indispensable el cumplimiento de un supuesto de hecho, es decir, debe demostrarse ante el Juez que los padres carecen de recursos, o se encuentran materialmente imposibilitados de ayudarles a sus hijos, (Art.221 in fine C.F.), situación que debe demostrar el recurrente; es oportuno recomendar al impetrante, que en el *sublite*, se deben demandar a ambos, es decir, como principal obligado y por ser titular del ejercicio de la autoridad parental, al señor \*\*\* (padre de la menor \*\*\*) y subsidiariamente, al señor \*\*\* (abuelo paterno de la misma), evitando con ello que se tengan que promover dos procesos, atendiendo principios de economía y celeridad procesal, más aún en casos como el presente en donde de lo que se trata es de la subsistencia de la menor. Por otra parte, si al padre se le desconoce su paradero, debe emplazársele conforme a la ley (por edictos) tomándose en cuenta que habiendo sido presentada la demanda por la Procuraduría General de la República, al demandado cuyo paradero se ignora, será representado por un abogado de oficio.

Que en consideración de los anteriores razonamientos, la Cámara concluye que la demanda no ha sido planteada en debida forma y que debe hacerse conforme a los términos señalados para que

pueda reclamársele alimentos al señor \*\*\* (abuelo paterno) a favor de su nieta \*\*\*.

*(Cam. Fam. Ote., treinta de julio de dos mil ocho. Ref. APE: 79(16-07-07))*

### **13.3.2.2. LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD.**

El incidente se marcó en esta Cámara bajo la referencia 178-A-2002, pronunciándose sentencia a las ocho horas con diez minutos del día veinticinco de octubre de dos mil dos, resolviéndose lo siguiente: “En el sub lite, el menor \*\*\* si puede ser eventual y excepcionalmente legítimo contradictor en el proceso de alimentos, pero para vincularlo efectiva, legal y correctamente a la relación procesal, hace falta la integración de otros sujetos primeramente obligados al pago de los alimentos siendo los primeramente obligados los representantes de la sucesión testamentaria y los abuelos según lo prescribe el Art. 248 C.F. Y 1141 C.; en el caso de no haber testamento, las demandantes entrarían a formar parte de la sucesión intestada del causante, en cuyo caso la petición de alimentos no tendría relevancia, puesto que las mismas gozarían de los bienes heredados”.

Entonces, según lo dicho en ese momento por esta Cámara –criterio que aún sostenemos- para poder obligar al menor \*\*\* al pago de alimentos a favor de sus hermanas, entre otros requisitos, es necesario que se intente la acción de los alimentos en el orden que establecen los Arts. 248 y 250 C.F., o en su caso a la sucesión, según los supuestos de los Arts. 988 y 1141 C. C..

*(Cam. Fam. S. S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005)*

#### **13.3.2.2.1. NECESIDADES EN EL SUPUESTO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD.**

Del estudio y de la información proporcionada por las partes se advierte que el niño \*\*\* se encuentra en mejor situación económica que sus hermanas; lo que no obsta para que la madre deje de cumplir

los deberes que le genera la autoridad parental, entre ellos los alimentos. Ello no implica que por esa circunstancia deban tomarse en cuenta los ingresos de la madre, Sra. \*\*\*, para fijarle cuota alimenticia al niño, pues no es ésta la obligada al pago de cuota alimenticia alguna para con las demandantes, sino únicamente para con sus hijos; de ahí que siendo el niño \*\*\* menor de edad se encuentra sujeto a una protección especial y los ingresos que percibe deberán verse primordialmente en beneficio de sí mismo, siendo éstos los únicos que percibe, los que se consideran esencialmente asistenciales y tomando en cuenta también la falta de capacidad económica de los principales obligados para con las demandantes, es procedente fijarle una cuota con carácter excepcional y por solidaridad familiar a favor de las peticionarias, en base a esas circunstancias especiales, en una cuantía proporcional no sólo a las necesidades de las demandantes, las cuales no se discuten y pueden ser abundantes, sino además a las propias necesidades del niño de acuerdo a su condición personal de menor de edad, quien recibe la pensión del IPSFA como beneficiario de su difunto padre. El niño \*\*\* en principio no debiera ser sujeto de obligación alimenticia alguna, pero en este caso por haberse agotado la posibilidad de pago de los principales obligados, se ha dicho que procede por excepción y en forma subsidiaria establecerle la cuota alimenticia en una cuantía mínima que no afecte sus propios intereses, reduciendo la cantidad establecida por la a quo.

(*Cam. Fam. S. S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005*) <sup>46</sup>

### **13.3.2.3. LEGITIMACIÓN PASIVA EN CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MAYORES DE EDAD.**

Previamente se analizará si los demandados en calidad de hermanos del alimentario están obligados a proporcionar los alimentos reclamados, es decir, si tienen la calidad de legítimos contradictores en el presente proceso, lo que fue planteado en la contestación

46. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD, numeral 13.3.2.2; PRELACIÓN EN EL PAGO DE ALIMENTOS, numeral 13.4, ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS A FAVOR DE CÓNYUGES, HIJOS MENORES DE EDAD E HIJOS MAYORES DE EDAD, numeral 13.10 y LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD, numeral 13.3.2.2; todos de la parte sustantiva.

(extemporánea) de la demanda y en la contestación de los argumentos de la apelación. En el libelo de contestación de la demanda se pidió expresa y concretamente que en la sentencia definitiva se declarara improcedente la demanda por falta de legítimo contradictor, al no haberse demandado previamente a los alimentantes que están en más cercano parentesco con el alimentario. Al contestar la apelación se pidió inadmitir la alzada o confirmar la sentencia de la a quo.(...)

Ante esa reglamentación legal (Art. 251 C.F.) tenemos que el menor <sup>\*\*\*</sup>, puede pedir alimentos en primer lugar a sus progenitores (si ambos o alguno de éstos hubiere fallecido, a su respectiva sucesión), en segundo lugar a los ascendientes (en este caso los abuelos maternos y paternos) y finalmente a sus hermanos, en el orden mencionado.

El legislador dejó establecido que respecto de los hijos, son los progenitores los principalmente obligados a suministrarles alimentos. Esta aseveración está estrechamente vinculada con la interpretación que debe hacerse de los Arts. 206, 207 Inc. 1°, 211, 216, 218, 221 C. F.. Como lo establece la última disposición en el caso de que uno de los progenitores no se encuentre en la capacidad de proporcionar una cuota alimenticia, - entiéndase por imposibilidad económica o por fallecimiento - será el otro progenitor quien deberá cubrir las necesidades de su hijo. (...)

En esa misma disposición legal se establece la obligación subsidiaria de los abuelos a cooperar en la manutención de sus nietos, obviamente en armonía con lo dispuesto en el Art. 248 C.F., según el cual éstos son obligados legalmente a proporcionar en segundo grado los alimentos del reclamante (nieto). (...)

Para que pueda reclamarse alimentos a los demás obligados a la cuota alimenticia deberá primeramente incoarse la demanda contra la persona inmediatamente obligada a la prestación alimenticia, tal como lo establece el Art. 250 C.F., es decir los progenitores, y solo en defecto de éstos debe perseguirse primeramente a los ascendientes, en este caso los abuelos maternos y paternos y sólo en última instancia, a los hermanos.

Ahora bien, dentro de ese orden de prelación de los obligados a proporcionar alimentos a un mismo acreedor, en este caso, el hermano <sup>\*\*\*</sup>, debe demostrarse el agotamiento de un reclamo previo mediante la certificación de la sentencia respectiva que los alimentos fueron

declarados sin lugar por falta de capacidad económica de aquél que se encuentra en grado más cercano respecto del menor \*\*\*. “lo anterior, sin perjuicio de que excepcionalmente, en casos muy puntuales, pueda en un solo proceso y por economía procesal demandarse a los primeramente obligados a su pago y a la vez a los obligados subsidiariamente, debiendo ofrecerse la prueba pertinente para demostrar la situación económica de los demandados y la carencia de bienes o de ingresos de los inmediatamente obligados” (cfr. Inc. de apelación 178-A-2002) esto sobre todo cuando se tenga otro tipo de prueba preconstituida de donde conste que el pariente en grado más cercano carece de medios económicos y que difícilmente puede obtener ingresos, haciéndose imperativo el reclamo de alimentos a los otros parientes en su defecto, a fin de cubrir las necesidades del menor a favor del cual se decretará la cuota.

Aún en este último caso, como la petición de alimentos entre parientes no deviene de un deber en el ejercicio de la autoridad parental sino de la solidaridad familiar regulado en el Art. 1 inciso segundo in fine C.F. no podrá exigirse a éstos más que una cuota que cubra sus necesidades básicas y que resulte realmente ineludible, porque como ya se dijo responden de forma subsidiaria.

Esta Cámara incluso ha llegado a sostener que deberá agotarse “los trámites familiares o penales pertinentes para satisfacer el pago de los alimentos y solo de no lograrse esto, iniciar el proceso de alimentos contra la abuela paterna, adjuntando, las certificaciones de lo actuado” (cfr. Inc. De apelación 177-A-2004).(...)

Aplicando lo expuesto al caso concreto, excepcionalmente procederá demandar en un sólo proceso, a un pariente en grado más lejano, en este caso, los hermanos, debiendo ofrecer la prueba pertinente y aportarla oportunamente, a fin de establecer que la madre y los abuelos tanto maternos como paternos se encuentran en la imposibilidad de proporcionar dicha cuota de alimentos, puesto que sólo a falta o por motivos de imposibilidad de los primeros, estarían obligados los siguientes o en todo caso, justificando la razón por la cual los alimentos se exigen al obligado más lejano sin cumplir el principio de subsidiariedad sustantiva de los alimentantes, lo que no ha ocurrido en la especie. (...)La anterior interpretación no veda el principio del interés superior del menor, ni el derecho a exigir alimentos, Art. 350 C.F., simplemente

se indica el criterio en el sentido que ese derecho deberá ejercerse en legal forma, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley, pues ese interés debe satisfacerse en armonía con los derechos y requisitos procesales exigidos para su procedencia. Es decir, que todo derecho se debe hacer valer cumpliéndose las garantías del debido proceso, especialmente los derechos de audiencia y defensa.

Implica, entonces, que en el presente caso, debe existir una actividad procesal previa al establecimiento de los legítimos contradictores que debe ser documentada, lo que no ocurre en este proceso, incurriéndose en un defecto en la conformación de la relación procesal por falta de legitimación actual del sujeto pasivo de la pretensión que no puede ser subsanada oficiosamente en este estado del proceso.

Es por ello, que la pretensión del actor debe ser declarada improcedente, lo que debió hacerse ab initio tal como lo pidió la parte demandada (aún cuando no promovió el incidente de excepciones), evitando un inútil dispendio de la actividad jurisdiccional. (...)

*(Cam. Fam. S. S., veintinueve de junio de dos mil siete. Ref. 100-A-2006) (El segundo paréntesis nos pertenece)*

### **13.4. PRELACIÓN EN EL PAGO DE ALIMENTOS.**

Sin embargo, hemos de valorar el hecho de que aún con todas las responsabilidades que afronta el demandado en el aspecto económico, ya que tiene otras dos hijas con personas diferentes, además de sus dos primeros hijos con la actual demandante, ha iniciado una nueva comunidad de vida, con una joven de nombre \*\*\*, lo cual lógicamente le genera gastos, razón por la cual puede inferirse que tiene ingresos suficientes para cubrir obligaciones que eventualmente pueden ser mayores, como sería el caso de procrear hijos con su nueva compañera de vida. Por lo anterior, consideramos que teniendo su actual compañera de vida, \*\*\*, una edad óptima para laborar y procurarse ingresos, quien además no ha procreado hijos, deberá priorizar –el alimentante– por sobre los gastos que ella genera, los gastos de sus hijos, quienes tienen derecho preferente, a fin de cumplir con la cuota de CUARENTA DÓLARES establecidos en la sentencia.(...)

Según el orden de la prelación alimenticia ya expuesta, si no existe –como en este caso– bienes herenciales testamentarios, la obligación puede ser reclamada a un hermano, siempre y cuando se cumplan los

requisitos legales para ello, eso será justamente el punto medular a decidir en el sub lite.

Como ya se expuso, el padre de las niñas demandantes y del niño demandado (en calidad de hermano y como beneficiario de una pensión por sobrevivencia), fue quien en vida estuvo directamente obligado a la prestación alimenticia y falleció sin dejar testamento; por lo que no instituyó las respectivas asignaciones testamentarias, tampoco existe (según se alega sin objeción) masa sucesoral que motivara a las interesadas a iniciar las diligencias de aceptación de herencia intestada, por lo que la siguiente posibilidad es exigir el cumplimiento de la obligación alimenticia a los otros obligados, de acuerdo a los Arts. 248 y 250 C.F., comenzando por los abuelos –pues se aduce falta de capacidad económica de la madre– quienes efectivamente fueron demandados, pero la pretensión fue declarada sin lugar en virtud de falta de capacidad económica. Por lo expuesto estimamos que la demanda cumple con los presupuestos del Art. 250 C.F., que dispone: "quien reúna varios títulos, para pedir alimentos, sólo podrá hacer uso de uno de ellos, debiendo exigirlos en primer lugar al cónyuge y en su defecto, al alimentante que esté con el alimentario en más cercano grado de parentesco". En efecto, dichos requisitos fueron señalados en lo relacionado ut supra, por lo que esta Cámara considera que el menor \*\*\* está legitimado como demandado en el proceso de alimentos iniciado por las hermanas \*\*\*, en calidad de demandantes, configurándose la relación jurídica procesal entre ambas partes.

*(Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil cinco. Ref. 74-A-2004)*

En primer lugar, la legitimación procesal en los procesos de alimentos, nace de lo dispuesto en el Art. 248 C.F., que establece:

"Se deben recíprocamente alimentos: 1º Los Cónyuges; 2º Los ascendientes y descendientes, hasta el segundo grado de consanguinidad; y 3º los hermanos".

Lo que implica una prelación en el cumplimiento de la obligación alimenticia de acuerdo al grado de parentesco, o sea, que la ley determina un orden para seguir a quienes son obligados al pago de alimentos. De manera que la acción alimenticia se debe intentar contra el cónyuge en primer lugar y en su defecto (subsidiariamente, contra el alimentante

que esté con el alimentario en el más cercano grado de parentesco, Art. 250 C. F.). De donde el espíritu de las disposiciones citadas es para efectos de evitar injusticias al momento de exigir el cumplimiento del derecho de alimentos, pues en caso contrario se demandaría indistintamente a los obligados a conveniencia de los interesados.

*(Cam. Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005)*

### **13.5. NECESIDAD DEL ALIMENTARIO.**

Uno de los fundamentos que posibilitan la exigibilidad de una pensión alimenticia es la necesidad, entendida esta comúnmente como la falta de algo que se precisa cubrir, en el caso de los menores se presume por lo que solo ha de establecerse en el monto de los gastos.

*(Cam. Fam. S.S. siete de mayo de dos mil cinco. Ref. 15-A-2005)*

Debe también tomarse en cuenta que por la edades de los niños las sumas que corresponden a cada uno no deben ser en la misma proporción pues el mayor de ellos genera mayores gastos distribuyéndose por esa razón en el fallo de esta Cámara de diferente manera.

*(Cam. Fam. S.S. diecinueve de diciembre de dos mil cinco. Ref. 197-A-2004)*

Amén de lo anterior, es de suma urgencia que las partes reacomoden el nivel de vida que han llevado hasta el momento, acorde a su condición económica a fin de que puedan asumir responsablemente sus obligaciones, principalmente respecto de \*\*\*, a quien podría perjudicar llevar un estilo de vida que no corresponde a la realidad económica de sus progenitores resultando beneficioso ubicar a la niña en su verdadera condición, de acuerdo a los ingresos y obligaciones de ambos, sólo de esta forma le garantizarán un desarrollo adecuado conforme a su realidad de vida.

*(Cam. Fam. S.S., treinta de agosto de dos mil seis. Ref. 71-A-2006)*

(...) otro rubro determinante en la imposición de la cuota de alimentos impuesta por la Jueza de Primera Instancia, fue el gasto médico

de \*\*\*, en neurólogo y medicamentos, los cuales fueron estimados en la demanda por la cantidad de \*\*\*.

Respecto a este último punto, es de hacer constar que no existe en autos prueba documental idónea que compruebe que la menor tenga algún padecimiento que requiera cuidados médicos especializados. Sin embargo, no podemos inferir que dicha atención se le proporciona a la misma de forma antojadiza, es decir, que la menor sí requiere de dicha atención médica. Así mismo, indiciariamente la testigo señora \*\*\*, ha dado elementos para inferir que son ciertas las visitas de la menor, al especialista en el área referida, pero no por ello el mencionado gasto corresponde a uno sólo de los padres como se fijó en esa instancia.(...)

Sobre el otro presupuesto de necesidad, es de considerar que el concepto de alimentos que adopta el Código de Familia, cuyo antecedente fue establecido por el anteproyecto del mismo elaborado por la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL), al referirse en la pág. 443 a la supresión de la clasificación de los alimentos en congruos y necesarios que contenía el Código Civil, literalmente dice: "Lo anterior es así por que se ha procurado asegurar en lo posible la satisfacción de las necesidades del alimentario, considerado como persona humana en una sociedad contemporánea y se ha abandonado el criterio de considerar la posición social como determinante para fijar la cuantía de los alimentos para ciertas personas.-

El concepto de alimentos tiende ahora a la protección real y humana de los miembros de la familia apartándose de toda orientación patrimonialista".-

Bajo estos parámetros consideramos que la necesidad de los menores \*\*\* no presentan condiciones especiales a los de cualquier niño o niña de su edad, ni fue probado por la parte demandada necesidades extras o fuera de las básicas que todo ser humano necesita para su normal desarrollo (...)

*(Cam. Fam. Occ., ocho de mayo de dos mil siete, Ref. 045/2007)*

Es por ello, que la imposición de una cuota alimenticia que sobrepase la capacidad económica del obligado, puede acarrear como consecuencia inmediata, una insolvencia en el cumplimiento de la

misma(...)

Se deja constancia que la modificación hecha se realiza en aras de hacer efectiva la cuota impuesta sin que ello implique un desmedro en la cobertura de las necesidades de \*\*\*, por lo cual se sugiere la reevaluación de gastos de la menor a efecto que se logren cubrir suficientemente sus necesidades y no extralimitada a la capacidad de ambos progenitores, priorizando y poniendo mayor atención a los gastos necesarios tales como los de salud los que como se dijo *ut supra*, resultan presumibles, procurando un equilibrio con otros gastos de la misma, por ejemplo, el rubro educación, sin que ni uno ni otro dejen de proporcionarse efectivamente.

*(Cám. Fam. S. S., nueve de marzo de dos mil siete, Ref. 34-A-2005)*

### **13.6. DIFERENCIA ENTRE GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS.**

Los gastos extraordinarios comprenden erogaciones por asistencia médica-en principio- incluyéndose también gastos de farmacia, intervenciones quirúrgicas, internaciones hospitalarias, gastos funerarios del alimentario, gastos de mudanza, provisión de libros de estudio y litisexpensas, no incluyéndose pago de vacaciones, salvo que ello fuere recetado médicamente, entonces, la reclamación por estos gastos puede hacerse por medio de una reclamación especial o reclamarse como rubro aparte de la cuota y adicionar la cantidad establecida en concepto de gastos extraordinarios a la suma fijada como cuota alimenticia.

De acuerdo a lo ya expuesto, los gastos ordinarios tienen la característica de ser previsibles y aunque no se realicen de forma periódica son gastos programados cuya cantidad es el punto variante, pero más allá de ello no se considera que el rubro educación constituya un gasto extraordinario pues éstos últimos no son impredecibles en evento, pero lo que varía es el monto de los mismos.

*(Cám. Fam. S. S. una de septiembre de dos mil cinco. Ref. 25-A-2005)*

Los gastos extraordinarios, son aquellos que se ocasionan de forma eventual, circunstancial; es decir, se trata de aquellos gastos que

no son previstos de manera periódica, sino que se ocasionan atendiendo a circunstancias especiales, como por ejemplo una enfermedad ocasional o lesiones sufridas por un accidente.

*(Cam. Fam. S. S., veinticinco de julio de dos mil seis. Ref. 25-A-2006)*

*Relaciones: Cam. Fam. S. S., diez de octubre de dos mil seis. Ref. 175-A-2005*

### **13.7. CAPACIDAD DEL ALIMENTANTE.**

No obstante el demandado negó tener capacidad económica para cubrir la cuota exigida por la demandante, pero su negativa no lo exime de colaborar dentro del proceso para establecer su real condición económica a fin de probar la falta de capacidad económica que alega para proporcionar una mayor cuota alimenticia.

Respecto de la prueba en materia de familia, en principio corresponde a la parte que exige una prestación o derecho probar los hechos en que fundamenta la pretensión, pero también la parte contraria está obligada a probar los hechos que le impiden cubrir la cuota alimenticia (...)

*(Cam. Fam. S. S. dieciocho de agosto de dos mil cinco. Ref. 181-A-2004)*

En cuanto al material probatorio aportado al proceso y su consecuente valoración in integrum, a fin de poder determinar el monto con que deberá contribuir el alimentante o en su caso ambos progenitores; siguiendo los criterios jurisprudenciales y doctrinales, esta cámara ha sostenido que en casos específicos, no es indispensable una prueba directa y acabada de los ingresos del alimentante, bastando para ello la demostración de un mínimo de elementos probatorios que den las pautas básicas para estimar la capacidad económica y en consecuencia el monto de la pensión. De tal suerte que si no es posible acreditar el caudal económico del alimentante ni sus ingresos con prueba directa, deberá estarse a lo que resulte de la indiciaria, como atinadamente lo hizo el a quo, tomando para ello en consideración la labor realizada por el demandante las condiciones y tiempo en que realiza su actividad laboral, valorando su situación a través de dichas actividades, posición social y económica.(...)

*(Cam. Fam. S. S. veintinueve de noviembre de dos mil cinco. Ref. 169-A-2004)*

Sobre la capacidad económica del obligado, en el *sub lite* se encuentra que ésta es de difícil determinación, dadas las características mismas de su trabajo – labora en una empresa de su actual cónyuge –. Sin embargo es aceptado por la jurisprudencia nacional e internacional el criterio de que siendo difícil la determinación de la prueba sobre ese punto, esto es, acreditar el caudal económico del alimentante, debe estarse a lo que resulte de la indiciaria, valorando la situación a través de las actividades y posición social y estilo de vida del obligado. (...)

*(Cam. Fam. S. S., cuatro de abril de dos mil seis. Ref. 100-A-2005)*

*Relaciones: Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 52-A-2005.*

La jurisprudencia no exige una prueba acabada de cuales son los ingresos del alimentante en casos como el que nos ocupa, ya que el Sr. \*\*\* en su calidad de comerciante obtiene ingresos variables, según las ventas realizadas y por lo mismo resulta muy difícil probar con meridiana certeza su capacidad económica, dada la índole de su trabajo.

Por tal razón debemos pronunciarnos con lo que resulte de los indicios que se extraigan del hecho de haber sido aceptado el informe social sin objeción valedera alguna, así como de los hechos afirmados por las partes y aceptados por la contraria y demás elementos que obran en el juicio valorados en su conjunto. En efecto, no fue posible acreditar el caudal económico del Sr. \*\*\* con prueba suficiente, valorando la situación a través de sus actividades, su estilo de vida, la aceptación de ser al menos poseedor de bienes muebles, como un vehículo automotor e inmuebles y comparándolo con la situación de la Sra. \*\*\*, quien se encuentra en total desventaja económica y social respecto a su cónyuge, así como las edades de los hijos y la ayuda que han recibido de su padre, es procedente confirmar la cuota alimenticia decretada por el a quo, (...)

*(Cam. Fam. S. S., veintidós de agosto de dos mil seis. Ref. 7-A-2006)*

En pretéritas sentencias se ha dicho que la falta de colaboración del demandado para aportar prueba o su actitud pasiva dentro del

proceso, no son obstáculos para que se imponga una cuota alimenticia justa; por lo que considerando los gastos de los hijos y los ingresos del demandado, la cuota es equitativa, por cuanto se trata de dos hijos de doce años de edad en etapa escolar no habiéndose probado otras obligaciones del demandado más que la satisfacción de sus propias necesidades y la ayuda que según se refiere - pero no se establece cuantía- que brinda a la madre. También es aceptable que se haya tomado en consideración la ayuda que anteriormente brindaba a sus menores hijos por la suma de \*\*\* DÓLARES (\$ \*\*\*), la que posteriormente fue reduciendo hasta no aportar ninguna, por lo que es procedente confirmar la cuota establecida por la a quo.

*(Cam. Fam. S.S., veinte de noviembre de dos mil seis. Ref. 66-A-2006)*

Finalmente en cuanto a las afirmaciones referentes a que el uso de tarjetas de crédito del demandante reflejan su alto estilo de vida, reseñamos que efectivamente se ha sostenido jurisprudencialmente, en términos generales, que a falta de medios probatorios, la utilización de dichos instrumentos crediticios hacen presumir la capacidad de las personas; sin embargo, de los estados de cuenta del demandante a -Fs. ...- consta que los gastos efectuados con dichas tarjetas son necesarios -incluyen pagos de supermercado y gasolina- no advirtiéndose que los gastos sean superfluos, de tal suerte que en este caso la utilización de tarjetas de crédito por parte del actor, ha sido necesario no representando un parámetro para sostener que su estilo de vida es elevado.

*(Cam. Fam. S.S., veinte de noviembre de dos mil siete. Ref.: 122-A-2007). 47*

### **13.8.CONDICIONES PERSONALES DEL ALIMENTANTE.**

El hecho que uno de los progenitores posea *créditos* no lo releva de sus obligaciones alimentarias, para con sus hijos, al respecto la ley ha determinado los presupuestos de exigencia y para ello ha conferido preferencia a determinados créditos respecto de otros; además el hecho que el demandado sea sujeto de crédito no hace más que revelar su mejor situación financiera respecto de la señora \*\*\*.

47. Esta sentencia se encuentra relacionada en el apartado denominado INTERESES CONTRAPUESTOS EN EL EJERCICIO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL, numeral 10.2 de la parte sustantiva.

(...) es preciso advertir que en casos como el sub lite en el que el obligado alimentante tiene varios hijos de diferentes relaciones maritales, no hay preferencia de uno respecto de otro, por lo que su obligación es la misma respecto de cada uno de sus hijos atendiendo a las necesidades que cada uno presente, de tal suerte que el progenitor (obligado alimentante) debe satisfacer responsable e independientemente las necesidades de sus hijos; por lo que no es dable aceptar los argumentos del apelante referentes a que por satisfacer las necesidades de \*\*\* y \*\*\* privará a sus demás hijos de alimentos; por tanto el señor \*\*\* es el único responsable de sus obligaciones, quien debe asumir las consecuencias de sus actos y efectuar los reajustes necesarios en su presupuesto de gastos a fin de solventar sus compromisos familiares, de manera que las disminuciones a que haya lugar serán en sus gastos personales y no en los de sus hijos.

*(Cam. Fam. S.S. veintiuno de noviembre de dos mil cinco. Ref. 122-A-2004)*

Es por ello que el comportamiento del demandado, ha de valorarse, pues a pesar de tener obligaciones alimenticias que cubrir no sólo con su hija \*\*\*, sino además con los hijos de su nuevo hogar -cuya existencia no fue debidamente acreditada con la prueba idónea, pero que se da por cierto al no haber sido redargüido de falso- renunció a su trabajo expresando que el salario era insuficiente para cubrir las necesidades del hogar, sin tener siquiera otra opción laboral, ello es un reflejo de un comportamiento deliberado e irresponsable de su parte, de igual manera actuó al contestar la demanda, sin ofrecer ninguna alternativa por mínima que fuera como ocurre con personas de menos ingresos, buena parte de ese comportamiento ha de ser orientado por sus apoderados quienes conocen el derecho, su contenido y efectos debiendo en la medida de lo posible coadyuvar a una mejor administración de justicia y no a obstaculizarla; reconociendo los derechos de los justiciables sin que ello implique desproteger a sus mandantes.

Doctrinariamente se ha establecido que la renuncia por parte del obligado alimentario a su trabajo, no es causa suficiente para liberarlo de sus obligaciones alimenticias, especialmente en el caso de hijos menores de edad; por tanto éste deberá buscar los medios lícitos

-si es que no los posee desde ya- para obtener al menos un salario mínimo, que le permitan satisfacer sus obligaciones familiares.

Efectivamente como lo expresa el apelante, respecto de la capacidad económica del Sr \*\*\*, ésta no se acreditó en la etapa procesal pertinente, ello por que fue el mismo demandado quien se colocó dolosamente en una situación de carencia económica que afecta los derechos de su hija, actuación que no puede resultar indiferente al pronunciamiento de los alimentos reclamados a favor de \*\*\*, además por lo antes dicho, compartimos los argumentos sostenidos por la a quo referente a que de la misma actuación del demandado, se establecen fuertes indicios de que percibe algún ingreso para sostener a su familia, aunque no se haya acreditado su monto, pues una persona promedio (normal) no se colocaría en situación de total insolvencia atentando contra su propia subsistencia.

*(Cam. Fam. S. S. veintinueve de noviembre de dos mil cinco. Ref. 154-A-2005)*

(...) contribuyendo la madre en una cantidad inferior por ser menores sus ingresos y tomando en cuenta además que el demandado tiene obligaciones primordiales respecto de su hijo, \*\*\* y no de sus hijastros sin que ello atente contra el principio de igualdad establecido en el Art. 3 Cn. ya que la misma Constitución establece las obligaciones derivadas de la filiación en los Art. 34, 35 y 36 disposiciones que se refieren a la igualdad de derechos de los hijos independientemente del origen de su filiación, (hijos matrimoniales o extramatrimoniales, no refiriéndose al parentesco por afinidad al establecer la obligación alimenticia. Art. 248 C.F.

*(Cam. Fam. S. S., veintisiete de julio de dos mil seis. Ref. 90-A-2005)*

La forma en que se otorgó el último crédito, en el que la Licda. \*\*\* se constituyó en deudora y el Lic. \*\*\* en codeudor, **es porque ambos tenían un interés directo del destino del préstamo, fundado en los deberes de solidaridad y asistencia familiar derivados de su carácter de cónyuges**; en consecuencia al establecerse la cuota alimenticia para la menor \*\*\*, se tomará en cuenta las condiciones personales de sus

progenitores, lo que implica valorar las circunstancias en que dichas obligaciones se contrajeron aunque no puedan ser modificadas por originarse de una relación mercantil pero basadas en la relación familiar, lo que sin duda afecta su capacidad económica.

El pago de dicha obligación no puede compensar el pago de alimentos, aunque se reduzca la capacidad económica y se hayan adquirido para satisfacer las obligaciones familiares por cuanto lo prohíbe el Art. 260 inc. 2° C.F., además de que se trata de diferentes acreedores, lo que no obsta para que este Tribunal tome en consideración para la fijación de la cuota el monto de esos compromisos las condiciones en que se realizaron por cada cónyuge y la reducción de su capacidad económica, es más, es necesario tomarlo en cuenta y atendiendo a ello determinar una cuota acorde a la capacidad económica del obligado.

En ese sentido la pretensión del demandante de novar (modificar) las condiciones de pago de las obligaciones contraídas, es *improcedente*, porque como lo dijimos supra **no se puede compensar la obligación de alimentos** de la citada niña, quien no es acreedora del demandante en relación a esas obligaciones, aunque en todo caso estas se han contraído en razón de la relación conyugal, misma que también genera la obligación de brindar alimentos a favor de \*\*\*, como progenitores de la niña, razón por la que independientemente de la naturaleza de las obligaciones contraídas es necesario valorar esas condiciones al momento de imponer la cuantía de alimentos, sin equiparar dichas obligaciones, por ser de diferente naturaleza, en ese sentido siendo los créditos contraídos obligaciones de carácter mercantil, se rigen por la legislación de comercio, aún y cuando tengan incidencia al momento de resolver derechos familiares, al tomar en cuenta la capacidad económica en que se sitúan las partes, la proporción en que cada uno se obligó y la satisfacción proporcional en las necesidades de la familia.

Por ello habiéndose acreditado que la Licda. \*\*\*, tiene una mayor capacidad económica a pesar de sus aportaciones a los créditos efectuados durante el matrimonio en razón de la proporción en que adquirió esos créditos, originalmente basados en la adquisición del inmueble de su propiedad, es pertinente que esta contribuya en mayor medida a satisfacer las necesidades de su hija, por lo que consideramos improcedente incrementar la cuota alimenticia a \*\*\* DOLARES

MENSUALES, como lo peticionó la Licda. \*\*\*, porque resulta de justicia y equidad que atendiendo a sus ingresos esta contribuya en mayor proporción que el demandante a sufragar los gastos de crianza de \*\*\*.

*(Cam. Fam. S. S., treinta de agosto de dos mil seis. Ref. 71-A-2006)*

Amén de lo anterior como bien lo afirma el apelante, por el nivel de vida del demandado y sus numerosas obligaciones crediticias resulta inverosímil admitir que aquel haya renunciado a su empleo a menos que tuviese una mejor oferta laboral o se encontrase laborando en otra institución con mejores emolumentos, sobre todo cuando de la certificación extractada de Fs. ... se advierte que la última obligación crediticia del demandado es por un plazo de trescientos meses, es decir, veinticinco años y por un monto de \*\*\* DOLARES (\$\*\*\*) como él mismo lo afirmó a Fs. ...

No desconocemos que el demandado recibe la colaboración de su actual compañera de vida, no resulta creíble que sea ella quien asuma todas las obligaciones crediticias del demandado incluyendo el pago de los alimentos a favor de sus hijos, lo que nos hace presumir fuertemente que éste posee otros ingresos aún cuando no hayan sido acreditados fehacientemente, de lo contrario no se explica como renunció a su trabajo teniendo una gran cantidad de obligaciones entre estas la alimenticia a favor de sus hijos, de la cual incluso ha efectuado una oferta. En ese sentido de ser realmente cierto que no tenga ingresos es ilógico que realice propuestas de pago cuando no tendría medios económicos para poderla cumplir.

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

*Relaciones: (Cám. Fam. S. S., nueve de marzo de dos mil siete, Ref. 34-A-2005)*

(...) en ese sentido tenemos que si bien es cierto los hijos del demandado tienen necesidades que cubrir, también las tiene \*\*\*, quien de acuerdo al Art. 36 Cn., goza de los mismos derechos que los demás hijos del Sr. \*\*\* y tal como lo afirma la Licda. \*\*\* existe una evidente desigualdad entre el status de vida del menor \*\*\* y los demás hijos del demandado, por lo que a efecto de garantizar sus derechos, sin que

ello implique desatender las necesidades propias y familiares del demandado, es procedente confirmar el punto de la sentencia que fijó en \*\*\* DÓLARES MENSUALES la cuota alimenticia que deberá aportar a favor de su menor hijo, considerando que tiene capacidad económica para cubrirla, acotando que dicha suma sólo cubre mínimamente los gastos del joven \*\*\*, siendo la madre Sra. \*\*\* quien asume la mayoría de sus necesidades, aún y cuando también tiene obligaciones personales y familiares para con sus otros hijos, asumiéndolas con un salario similar al del obligado .

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

En ese sentido tenemos que el demandado se encuentra en mejores condiciones, ostentando un grado académico que le facilita las posibilidades de acceso a empleo, contrario a la Sra. \*\*\*, de quien no se probó el lugar donde trabaja, sin embargo en el estudio social consta que es ordenanza, lo que sumado a su nivel de instrucción, nos hacen inferir que sus ingresos no son tan elevados, por lo que resulta probable que para sufragarlos recurra a préstamos y al auxilio económico de su hija mayor señorita \*\*\*, por lo que aún y cuando no se establecieron los ingresos de la demandante, podemos concluir de los factores citados que el demandado se encuentra en mejor condición que la Sra. \*\*\*, quien en razón de su nivel educativo ve reducidas sus expectativas de ingresos, además debe considerarse que la demandada es quien ha sufragado las necesidades de su hijo \*\*\* desde su nacimiento, por lo que resulta procedente que el demandado asuma sus obligaciones alimenticias a favor de \*\*\*, aunque en una suma inferior a la establecida por la *a quo*, por cuanto ha quedado plenamente establecido que la capacidad económica del obligado no es tan bonancible y que además tiene otras obligaciones por las cuales responder (...)

*(Cám. Fam. S. S., diecinueve de febrero de dos mil siete, Ref. 132-A-06)*

La reducción en los ingresos del demandado ha ocasionado que dicho señor disminuya notablemente sus gastos personales y aunque éste continúa habitando el mismo inmueble y cubriendo sus obligaciones mínimas, no cuenta con suficiente solvencia económica,

comparado a la situación que tenía cuando su empresa era bonancible, lo cual se ve reflejado en la prueba aportada, inclusive en sus declaraciones de renta y declaración jurada presentada al Tribunal.

*(Cam. Fam. S.S., veintiséis de marzo de dos mil siete. Ref. 48-A-2006)*

Se afirma en la demanda que la señora \*\*\*, reside ilegalmente en Ogden, Estado de Utha, Estados Unidos de América -situación que no fue acreditada pero tampoco desvirtuada por la parte contraria-. Aún cuando se comprende la condición migratoria de la demandante la cual le afecta en el ejercicio de sus labores, pues carece de garantías de estabilidad laboral y social; sin embargo ha venido asumiendo de forma responsable la satisfacción de las necesidades de sus hijos en una mayor proporción, que el padre de los menores, lo cual es reconocido por esta Cámara como una acción loable y ejemplar.

*(Cam. Fam. S.S., diecinueve de abril de dos mil siete. Ref. 184-A-2006)*

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

Bajo este orden de ideas, no hay duda que la capacidad económica de cada uno de los obligados se encuentra muy comprometida; sin embargo aún cuando la capacidad económica del demandado es apremiante, y no se acreditó fehacientemente que la misma haya variado en relación al momento en que se dictó la primera sentencia, éste tiene un mayor margen para mejorar su condición y efectuar cambios sustanciales en sus egresos, en tanto que sus obligaciones familiares -especialmente en relación a \*\*\* -así como sus obligaciones de carácter benéfico no son de carácter legal sino moral, lo que si bien es cierto es loable, deberá anteponer su responsabilidad legal por ser en este caso justificado y de primer orden, por tanto las mismas pueden ser reacomodadas en atención a la satisfacción de las necesidades de su hija, con quien sí le une una carga legal y moral en mayor grado que las restantes obligaciones; es más la misma ley cataloga los alimentos a favor de los hijos en un primer orden en relación a las demás relaciones filiales, Art. 251 N° 1° C.F., y las de carácter benéfico, debiendo priorizar las de su hija, por lo que el señor \*\*\*, deberá realizar un reajuste en su

presupuesto a fin de incrementar la cuota a favor de su hija, aunque no en la suma indicada en primera instancia. (...)

Con lo anterior no pretendemos coartar el ánimo dadivoso del demandado; sin embargo reiteramos que es necesario que establezca un orden de prioridades en sus obligaciones, ya que por el vínculo filial de padre e hija que le une a \*\*\*, existe una relación preferente en la atención de sus necesidades; en ese sentido el obligado debe primariamente satisfacer las necesidades de su hija antes de comprometerse al cumplimiento de las necesidades de terceros con quien no ostenta ningún tipo de obligación de carácter legal ni le acarrea sanción alguna.

*(Cam. Fam. S. S., quince de mayo de dos mil siete. Ref. 7-A-2007)*

### **13.9. FORMA DE PAGO DE LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA.**

Al analizar el resto de la prueba que milita en el proceso, los testigos presentados por la parte demandante, algunos de ellos, no obstante que recalcan sobre el descuido de la madre hacia los hijos, no puede dárseles crédito en forma categórica, ya que algunos lo saben de manera referencial y otras deposiciones contienen contradicciones (...)

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

En segundo lugar es menester señalar que el Art. 257 C. F. prescribe "Se podrá autorizar el pago de la obligación alimenticia, en especie o en cualquier otra forma, cuando a juicio prudencial del juez hubiere motivos que lo justificaren." (resaltado fuera de texto).

Dicha disposición legal faculta al Juzgador para que pueda autorizar el pago de los alimentos en especie, cuando fuere procedente. La regla general es establecer el pago de la obligación alimenticia en efectivo, pues el progenitor a quién corresponda el cuidado de los hijos es quien mejor conoce las necesidades de éstos, no obstante existen situaciones que justifican su pago en especie como por ejemplo, cuando no existe un ingreso fijo, las actividades del obligado y las necesidades del alimentario lo permiten o tradicionalmente el obligado los ha venido cumpliendo de esa forma sin mayores dificultades, ya sea entregando

alimentos, ropa, entre otros o pagos directos en centros educativos, médicos, etc.; pero siempre tomando en cuenta el interés superior del menor Art. 350 C. F. (...)

Los alimentos en especie impuestos al obligado, se entiende que serán acordes a las necesidades de los niños en la forma que se ha venido realizando, modalidad que originó la imposición de la cuota alimenticia en esa forma, ello en aras de que el obligado efectivamente pague dichos rubros y se involucre directamente en las necesidades y formación de sus hijos.

*(Cam. Fam. S.S., veintiséis de marzo de dos mil siete. Ref. 48-A-2006)*

### **13.10. ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS A FAVOR DE CÓNYUGES, HIJOS MENORES DE EDAD E HIJOS MAYORES DE EDAD.**

En ese sentido siendo los gastos de las niñas de \*\*\*, que se solventaban con la ayuda de \*\*\*, que eran aportados por el padre, quien según se menciona no dejó bienes, por lo que no se siguieron las diligencias de aceptación de herencia como para demandar a los herederos de la sucesión, que en todo caso tendría que ser testamentaria, pues en la intestada entrarían también ellas en calidad de herederas; por eso se demandó al menor, quien únicamente puede responder con la pensión, la cual no se puede prorratear, puesto que no se trata de una partición de herencia, ni del caso contemplado en el Art. 1141 C. C., puesto que no es una herencia testamentaria. Tampoco se puede afectar al niño en ese beneficio dejado por su padre, quien en todo caso fue el que dispuso de esos beneficios (no en testamento, sino en la respectiva plica) para favorecer a las personas que incluyó en la misma; pensión que no puede compensarse ni gravarse salvo para responder por obligaciones alimenticias, Art. 133 Ley del I.P.S.F.A., por ende si bien procede la cuota, ésta ha de fijarse en un monto que no afecte al niño demandado, pues esa pensión no cubre la totalidad de sus necesidades, las que se dice ascienden a CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO 21/100 DÓLARES (\$465.21), y que próximamente se incrementarán pues ya no será atendido en el Centro de Desarrollo Infantil de la Corte Suprema de Justicia; obviamente que con los años

sus necesidades se irán aumentando, advirtiéndose también que la madre tiene otros hijos que dependen de ella, amén de sus propias obligaciones económicas.

(*Cam. Fam. S.S. once de octubre de dos mil cinco. Ref. 96-A-2005*) 48

Independientemente de lo anterior, a criterio de esta Cámara el título de hijo por el cual el niño \*\*\* puede hacer valer su derecho de alimentos en relación a su padre se ha extinguido en virtud del fallecimiento del señor \*\*\*; por lo que si efectivamente dicho título se había hecho valer (como se ha afirmado pero no comprobado) esa obligación no podrá ser transmitida a los herederos por ser un derecho personalísimo, lo que sí procedería en el caso de que hubiesen herederos testamentarios sería pedir que se fijaran alimentos en base al acervo sucesoral, pero no habiendo herencia testamentaria o no existiendo bienes intestados procederá solicitar alimentos al alimentante de más cercano grado de parentesco, siempre que el otro progenitor –en este caso la madre- carezca de capacidad económica para satisfacer las necesidades del hijo. De existir herencia intestada, el alimentario es llamado a la sucesión, pudiendo pedir que se le declare heredero, pero no alimentos, pues no es una obligación transmisible; siendo que lo único que puede darse (como antes se dijo), es que de existir herencia testamentaria –pueda solicitarse alimentos a los herederos de la sucesión si el causante estando obligado al pago de alimentos no los estableció en su testamento. Art. 1141 C. C.

(*Cam. Fam. S.S. diecisiete de noviembre de dos mil cinco. Ref. 139-A-2005*)

El fundamento de la prestación alimentaria, en el marco de las relaciones de familia se fundamenta en la solidaridad familiar y, más precisamente, en el vínculo matrimonial entre los señores \*\*\* y \*\*\*.

En nuestro ordenamiento jurídico, existe la calificación de los alimentos legales, es decir, aquellos que se deben por ley entre ciertas

48. Esta sentencia se encuentra relacionada en los apartados denominados: LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD, numeral 13.3.2.2; ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS A FAVOR DE CÓNYUGES, HIJOS MENORES DE EDAD E HIJOS MAYORES DE EDAD, numeral 13.10 y LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL CASO DE RECLAMO DE ALIMENTOS CONTRA HERMANOS MENORES DE EDAD, numeral 13.3.2.2; todos de la parte sustantiva.

personas (Cfr. Art. 248 C. F.) y dentro de éstos, los llamados "testamentarios" o "forzados", que se encuentran regulados en una "disposición especial" del Código Civil (Art. 1141); así como, las asignaciones alimenticias voluntarias, que son las hechas en testamento, por donación entre vivos y ante el Procurador General de la República (Cfr. Art. 271 C. F.), por definición, aún entre personas no obligadas legalmente.

De conformidad a lo expuesto, la asignación alimenticia especial regulada en el Art. 1141 C. C., nos reitera que "El testador deberá designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado a suministrar conforme al Título I, Libro Cuarto del Código de Familia"; es decir, los que se deben por ley entre ciertas personas; si el testador obligado no lo hace en su testamento, el juez los fijará en la sentencia, mediando reclamo del alimentario o alimentarios.

Que, la expresión "alimentarios" a que alude el artículo anterior, se complementa con el Art. 248 C. F. que determina los sujetos de la obligación, señalando que "Se deben recíprocamente alimentos: los cónyuges; los ascendientes y descendientes, hasta el segundo grado de consanguinidad; y, los hermanos". (...)

En este caso, al tener acreditado el vínculo matrimonial éste constituye el título para reclamar los alimentos que por ley se deben a la señora \*\*\* por parte de la sucesión del señor \*\*\*, representada por los herederos demandados. (...)

En opinión de este tribunal, las asignaciones alimenticias derivadas del Art. 1141 C. C., tienen lugar 1) cuando uno de los sujetos de la obligación alimenticia no ha designado en su testamento la cuantía de los alimentos o bien, 2) cuando habiéndola establecido, aquella fuese inferior a la que se fijaría en el proceso de familia correspondiente.

Así tenemos que efectivamente el causante señor \*\*\*, en el testamento abierto, público o nuncupativo otorgado por éste a las ocho horas del día quince de mayo de dos mil uno, el cual revocaba a cualquier otro anterior, incluyendo el otorgado a las ocho horas del día doce de enero de mil novecientos noventa y seis, no asignó ninguna cuota de alimentos a favor de la señora \*\*\*, lo cual se enmarca en el primero de los supuestos mencionados. En el mismo testamento reconoció el vínculo matrimonial que lo unía a la misma y manifestó que se encontraba separado de ella desde hacía veinte años, lo cual

analizaremos más adelante. Sin embargo, al no haberse designado expresamente una cuota de alimentos en el testamento, y siendo que por ley (Art. 248 C.F.) procedía el establecimiento de los mismos, es procedente el reclamo alimentario hecho por la señora \*\*\*. (...)

Por otro lado, cabe añadir que como resultado del carácter personal de la obligación alimenticia, en la mayoría de países, dicha prestación se extingue con la muerte del alimentante y alimentario, constituyendo así, una obligación intransmisible.

La inherencia personal del derecho y la obligación alimentaria determinan que, en el instante de la muerte de uno de los sujetos, cesa este vínculo obligacional (Cfr. BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 2<sup>a</sup> reimpresión, Buenos Aires, 1998, Pág. 7).

Sin embargo, el Código de Familia adoptó el criterio de que los alimentos pueden ser transmisibles por causa de muerte, a los herederos o por donación entre vivos (Cfr. CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita; BONILLA DE AVELAR, Emma Dinorah; y otros, Manual de derecho de familia, Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial, 1<sup>a</sup> Edición, San Salvador, 1994, Pág. 644), rigiéndose en tal caso, "por la voluntad del testador o donante y el convenio respectivo", de conformidad al Art. 271.

Coadyuva a ello, la circunstancia que el Art. 270 Ord. 1<sup>o</sup>) C. F. establece que, "La obligación de dar alimentos cesará [...] por la muerte del alimentario", excluyendo así al fallecimiento del alimentante, según lo dispuesto en el Art. 271 C. F. (...)

En la contestación de la demanda se argumentó que en base a la causal cuarta del inciso segundo del Art. 1141 del Código Civil, a la señora \*\*\*, se debe privar de la porción alimenticia porque en el testamento el señor \*\*\*, declaró que estaba casado con dicha señora pero que se encontraba separado de la misma de manera absoluta desde más de veinte años, situación que efectivamente fue comprobada por la parte actora y con la prueba testimonial rendida en audiencia y con el interrogatorio directo de la demandante.

Que según lo manifestado por la parte actora esta separación debe interpretarse como un abandono y que como jamás hubo una reconciliación, resulta aplicable la causal de privación de porción alimenticia alegada.

Ante esto, tenemos dos conceptos jurídicos que deben ser analizados, "abandono" y "separación", ello para determinar si se configura o no la causal de privación invocada.

El término abandono debe interpretarse como una infracción al deber jurídico de asistencia. Es decir, si existió omisión de la ayuda que se debe al cónyuge necesitado, ya sea esta ayuda moral o material. Es en definitiva la infracción intencional a los deberes matrimoniales(...)

Nuestro Código de Familia, aunque no resulte aplicable en este caso, solo define abandono al tratarse de menores en el Art. 182 número uno. No lo define cuando se trata de abandono entre cónyuges, pero en igual forma implica un desamparo.

Ahora bien, la separación regulada expresamente como una de las causales de divorcio según el numeral segundo del Art. 106 del Código de Familia, implica una infracción al deber jurídico de cohabitación. Sin embargo esta separación debe ir acompañada de un período de tiempo, es decir, que la intención de no vivir juntos, de no hacer techo, lecho y mesa comunes, sea manifiesta, a lo cual el legislador le concede un plazo mayor de un año, porque según debe interpretarse un año es un tiempo prudencial para determinar si esta separación adopta el carácter requerido por la ley.

Para determinar si existe o no (debió decir con) esta separación una infracción al deber de asistencia, por ejemplo debe valorarse si uno de los cónyuges tiene los medios materiales para asistir al otro cónyuge en alguna necesidad y no lo hace. En ese caso, estaremos hablando indudablemente de un abandono. Resulta importante entonces, la intención con la que se realiza el mismo, o dicho de otro modo, el abandono implica per se, un agravio al otro cónyuge, que se ve afectado por el hecho de que el otro lo deje en estado de desprotección, la separación, aunque pueda ser originado por causas no gratas entre los cónyuges por ejemplo peleas entre ellos, encierra finalmente una concertación.

En el lapso de la separación, si bien puede existir una infracción al deber de asistencia pero esta justificado por la misma separación, dado que al no convivir bajo un mismo techo, los cónyuges no pueden estar pendientes de todas las necesidades del otro.

En el caso sub examine, tenemos que la declaración del señor \*\*\* , en su testamento ha sido que se encuentra separado de su esposa,

nunca mencionó que hubiera existido un abandono. Asimismo, con la prueba testimonial presentada por la actora, se ha establecido que dichos señores mantuvieron comunicación, e incluso una relación de amistad; (...)

Nuestro Código de Familia, aunque no resulte aplicable en este caso, solo define abandono al tratarse de menores en el Art. 182 número uno. No lo define cuando se trata de abandono entre cónyuges, pero en igual forma implica un desamparo.

Ahora bien, la separación regulada expresamente como una de las causales de divorcio según el numeral segundo del Art. 106 del Código de Familia, implica una infracción al deber jurídico de cohabitación. Sin embargo esta separación debe ir acompañada de un período de tiempo, es decir, que la intención de no vivir juntos, de no hacer techo, lecho y mesa comunes, sea manifiesta, a lo cual el legislador le concede un plazo mayor de un año, porque según debe interpretarse un año es un tiempo prudencial para determinar si esta separación adopta el carácter requerido por la ley.

Para determinar si existe o no (debió decir con) esta separación una infracción al deber de asistencia, por ejemplo debe valorarse si uno de los cónyuges tiene los medios materiales para asistir al otro cónyuge en alguna necesidad y no lo hace. En ese caso, estaremos hablando indudablemente de un abandono. Resulta importante entonces, la intención con la que se realiza el mismo, o dicho de otro modo, el abandono implica per se, un agravio al otro cónyuge, que se ve afectado por el hecho de que el otro lo deje en estado de desprotección, la separación, aunque pueda ser originado por causas no gratas entre los cónyuges por ejemplo peleas entre ellos, encierra finalmente una concertación.

En el lapso de la separación, si bien puede existir una infracción al deber de asistencia pero esta justificado por la misma separación, dado que al no convivir bajo un mismo techo, los cónyuges no pueden estar pendientes de todas las necesidades del otro.

En el caso sub examine, tenemos que la declaración del señor <sup>\*\*\*</sup>, en su testamento ha sido que se encuentra separado de su esposa, nunca mencionó que hubiera existido un abandono. Asimismo, con la prueba testimonial presentada por la actora, se ha establecido que dichos señores mantuvieron comunicación, e incluso una relación de

amistad; (...) Este hecho que mantuvieron una relación de amistad después de la separación, nos confirma que en cierto modo, existió una concertación entre ambos, y que ninguno se sentía agraviado por el otro por no vivir juntos.

Consideramos que no se puede hablar propiamente de un incumplimiento al deber de asistencia, el hecho que la señora \*\*\* no se haya presentado al Hospital y haya estado atendiendo directamente al señor \*\*\*, mucho más si consideramos que el mismo señor ya había formado hogar "de hecho" con otra persona, y que tal persona sustituyó en las funciones que correspondían a la señora \*\*\*. En este punto, no compartimos el criterio de la Jueza a quo en cuanto manifiesta era necesario comprobar una reconciliación, ya que estimamos que nunca existió un abandono.

Es por ello que no compartimos el criterio de la Jueza a quo, en cuanto confundió la separación con el abandono y fundamentó su fallo privando a la señora \*\*\*, del derecho de alimentos que le asiste, es por ello que consideramos tener por desestimada la excepción invocada y no existiendo ninguna causa que prive a la señora \*\*\*, de la porción alimenticia, es pertinente proceder a fijar la cuota de alimentos solicitada. (...)

Sin embargo, como ya se dijo, la sola circunstancia que el presente caso se trate del reclamo de alimentos derivado del Art. 1141 C. C., de ninguna manera impide que "el pago de los mismos sea proporcional a la capacidad económica de cada obligado".

En el sub lite para el establecimiento de la cantidad en concepto de cuota alimenticia, se debe analizar en proporción a los recursos económicos existentes en el haber sucesoral, es decir, tomando en cuenta el capital líquido del testador, suma que no deberá exceder una tercera parte de tal acervo líquido. (...)

*(Cam. Fam. S. S., veintiséis de abril de dos mil siete. Ref. 198-A-2006)*

Al respecto, consideramos que el Lic. \*\*\* planteó una sola pretensión: el pago de alimentos debidos por ley a sus dos representados, pretensión que puede hacerse efectiva en cualesquiera de las dos formas que establece la ley en el Art. 1141 C.C.: 1) Determinando la pensión mensual alimenticia; o 2) "... Señalando de una vez la suma total que

debe pagarse a título de alimentos".

De la primera forma de pago de los alimentos indicada en el artículo citado y señalado en el literal g) de la demanda, es de la que el Lic. \*\*\* expresó desistir cuando ya se había celebrado la audiencia preliminar en el proceso, momento en el cual ya se había contestado la demanda y trabado la litis, por tanto lo que pidió es simplemente que no se tome en consideración la forma de pago alternativa, sino únicamente que se le condene a la sucesión al pago de una sola cuota, de conformidad al Art. 1141 C.C.. Lo anterior no implica a nuestro juicio un desistimiento de la pretensión, sino una modificación en la modalidad de pago de esa pretensión, lo que en el fondo representa una modificación de la demanda, petición que desde luego no vincula al juzgador para decidir de esa manera, pues con independencia de la voluntad de la parte actora, el juez (a) en estos casos tiene libertad para decidir de la forma que mejor convenga a los alimentarios, dada la naturaleza de los alimentos, la edad de los alimentarios y la cuantía de la herencia, entre otros, decisión que en modo alguno atenta contra el principio de congruencia. Igual sucedería a vía de ejemplo con la modalidad de pago de los alimentos, que puede hacerse por retención salarial, depósitos bancarios, etc., de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular.

La pretensión que esencialmente se conoce es la de alimentos y no la forma de pago de los mismos; en consecuencia, no es procedente acceder a la petición de desistimiento, pues se trata como bien lo expresa la jueza de una modificación extemporánea de la demanda, de conformidad a lo establecido en el Art. 43 L.Pr.F. En consecuencia, es procedente confirmar lo resuelto por la a-quo en la providencia apelada en forma diferida.

De acuerdo al principio de libre testamentación toda persona capaz, puede disponer de sus bienes como expresión de su última voluntad, otorgando testamento, para que surta efecto después de su muerte. Arts. 20 Cn. y 996 C. C.. Sin embargo, a pesar de haberse consagrado ese principio, si el testador está obligado legalmente a suministrar alimentos, deberá designar la cuantía en su testamento; si no lo hiciere podrán reclamarse judicialmente por los alimentarios.

La jueza a-quo estableció una cuota de DOS MIL CIEN DÓLARES MENSUALES (\$2,100.00), expresando que esa suma es en proporción a las necesidades de los alimentarios y a la capacidad de la sucesión;

sin embargo es preciso prever que las necesidades de los niños irán incrementándose a medida que vayan transcurriendo los años, como por ejemplo su formación educativa, situación que es necesario tomar en consideración para la fijación de los alimentos provenientes de la sucesión, por cuanto en estos casos no es posible volver a entablar la misma pretensión, solicitando su modificación, ya que la sucesión no pervive sino que finaliza, de la misma manera la masa sucesoral se determina una sola vez y no está sujeta a cambios en el tiempo, por esa razón la pretensión sólo puede ser ejercida una sola vez por los alimentarios. Además debe tratarse que –en lo posible– los alimentarios mantengan el mismo estilo de vida que acostumbraban en vida de su padre; por lo tanto, tomando en cuenta el acervo líquido de la sucesión del señor \*\*\*, es procedente proporcionarles una cuota alimenticia acorde a sus gastos y al nivel de vida acostumbrado, cuota que en este caso puede fijarse mensualmente o determinarse en una sola suma, pues se trata de alimentos sucesorales que como límite máximo no excederá de la tercera parte del acervo sucesoral, estableciéndose las garantías para su cumplimiento.

La parte última del Art. 1141 C. C., al establecer que la cuantía o cuantías de las cuotas pueden ser disminuidas cuando concurren varios alimentarios, se refiere a aquellos casos en los cuales algunos alimentarios y los herederos hubieren previamente acordado la suma de dinero que en concepto de cuota se les pagarán, pero éstas no fueren proporcionales ni equitativas con los demás alimentarios que hubieren concurrido y con los cuales no hubo acuerdo.

Tratándose de alimentarios menores de edad, lo más adecuado y conveniente en principio, es que los alimentos se paguen mensualmente, tanto por su edad como por la naturaleza asistencial de los mismos, pues no se trata de una cuota hereditaria, no obstante, es menester analizar las circunstancias que pueda revestir cada caso en particular para establecer la modalidad de pago, en el *sub judice* se puede advertir que la relación entre los hijos que representan a la sucesión y la madre de sus hermanos menores se encuentra deteriorada a raíz de los intereses económicos que se discuten en este proceso y por otro lado que el acervo de la sucesión es cuantioso y está conformado mayoritariamente por acciones de las diferentes sociedades que conforman el haber sucesoral, lo cual genera cierta desconfianza en los peticionarios, por

la facilidad con la que se realizan las transacciones mercantiles y la inestabilidad de las sociedades, amén del tiempo en que quedarían vinculadas las partes por la obligación alimentaria, tiempo que por cierto no fue definido o determinado en la sentencia, siendo imperativo estimarlo por cuanto el patrimonio de la sucesión está limitado a determinada suma o cantidad. Es por ello que aún y cuando se estableció un pago en cuotas, debió además establecerse el tiempo durante el cual se estarían pagando, ya que se trata de una sucesión que tiene un límite de liquidez ya determinado en el proceso y que no pervive en el tiempo.

Desde esa perspectiva es conveniente que en el presente caso la cuota alimenticia se fije de una sola vez estableciendo la suma total a pagar a favor de los reclamantes, a fin de garantizar su efectivo pago, aún y cuando dicha suma sea cancelada en tres pagos, facilitando así el cumplimiento de la obligación por parte de los herederos, ya que la ley estableció que su pago puede hacerse mensualmente o señalando de una sola vez la suma total, lo que no implica necesariamente que dicha suma sea pagada también de una sola vez, pues será la conformación del patrimonio de la sucesión el que determinará la factibilidad del pago en esa u otra modalidad.

Como ha quedado dicho, los alimentos concedidos conforme al Art. 1141 C. C., varían sustancialmente en su forma de cumplimiento de los que se proporcionan en vida del alimentante. Es decir, que al solicitarse una cuota alimenticia por un monto total y único, no cabe solicitar otra suma en concepto de alimentos o gastos extraordinarios, pues es en esa suma en la que también se incluirán los extraordinarios que son aquellos que eventualmente pueden producirse como en el caso de enfermedades graves, entre otros, ello es así porque la cuota establecida no está sujeta a modificación.

En el *sub lite* las medidas "de anotación preventiva" han estado vigentes desde julio de 2003, y siendo que dentro de sus características se encuentra el de provisionalidad, consideramos necesario examinar si éstas han surtido el efecto de garantizar el cumplimiento de la obligación alimenticia; en ese sentido, de lo que consta en el proceso no se advierte que se haya presentado ningún incumplimiento en el pago de la cuota, es decir, que la sucesión \*\*\* no presenta cuotas atrasadas respecto de su obligación alimenticia, así también la parte

demandada, a fs. ... pidió al tribunal a-quo que la medida fuera sustituida por una fianza que garantizara el pago de los alimentos de los menores, petición que fue denegada por la jueza a-quo; pero al dictar la sentencia, accedió a levantar dichas medidas, previa constitución de garantía suficiente para cumplir la obligación, lo cual consideramos acertado, ya que el plazo de vigencia de las medidas cautelares está supeditado al prudente arbitrio del juzgador, en atención a los elementos que obren en el proceso, o a la concesión, como en este caso de rendir garantía o de que existan otras dentro del mismo proceso que sean suficientes para esa finalidad, por tanto las medidas cautelares pueden ser modificadas, sustituidas o cesadas, según las circunstancias de cada caso.

Tomando en cuenta que el acervo sucesoral del señor \*\*\*, se estima en CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO 68/100 DÒLARES (\$5,803,955.68), cantidad que excede grandemente el monto de las cuotas alimenticias que mensualmente se les proporcionarían a los menores, aún en el momento que éstos alcancen la mayoría de edad; no obstante como bien lo menciona la a-quo en su sentencia, los alimentos no tienen como finalidad el enriquecimiento del alimentario, pero sí es factible con el acervo de la sucesión mantener el mismo nivel de vida de los alimentarios, proveyendo a sus necesidades en las condiciones a que están acostumbrados y en atención a la capacidad del obligado a darlos, en este caso la sucesión \*\*\*\*\*, la que junto con la madre de los menores están obligados a proporcionar alimentos a los niños.

Por lo dicho estimamos procedente que se levanten las medidas de anotación preventiva de acciones en el libro de Registro de Accionistas, ya que de permanecer vigentes se reduce el tráfico mercantil, causando daños económicos a los herederos de la sucesión, en sus utilidades y dividendos, al permanecer congeladas para esos efectos.

En el *sub lite* se planteó, por parte de la sucesión, la disposición de rendir una fianza por medio de una institución bancaria o una afianzadora de primer orden, debidamente autorizada para operar en El Salvador, por una suma de \$48,000.00 por un plazo de dos años. (ver fs ...).

Consideramos aceptable la propuesta de la parte demandada, tomando en consideración que hasta hoy han cumplido con la cuota establecida y porque además se ordenó anotar preventivamente un

inmueble valorado en TRESCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE 50/100 DÓLARES (\$371.639.50), fs. ..., según auto de fs. ...y oficio de fs. ...; por lo tanto procede levantar las anotaciones preventivas sobre las acciones, siempre que los herederos rindan la garantía ofrecida y se pruebe que el inmueble situado en la Colonia Escalón, de esta ciudad, efectivamente se encuentra anotado, ya que esa circunstancia no consta en autos, Art. 267 C. F.. El incumplimiento de esta sentencia expondría a los obligados a adquirir responsabilidades, incluso de orden penal.

Al establecerse la cuota alimenticia en una suma de OCHOCIENTOS MIL DÓLARES, pagadera en tres cuotas, se ha tomado en consideración la cuantía de la masa sucesoral, la cual está conformada mayoritariamente por acciones y además la parte que correspondería a la madre de los alimentarios, quien si bien es cierto no tiene derecho a alimentos, sino solamente los hijos, debe estimarse que el acervo líquido de la sucesión permite que éstos sean cubiertos mayoritariamente con el haber de la masa sucesoral y que la madre siga manteniendo con sus propios en los últimos años, proporcionando la parte de la cuota que le corresponde en mínima proporción, por cuanto no resulta atinado que pudiendo mantener la madre ese nivel de vida, tenga un estilo de vida completamente dispar al que tenían y tendrán sus hijos, cuando con el acervo de la sucesión se pueden cubrir incluso de manera exclusiva los gastos de estos últimos, a quienes dicho sea de paso la ley protege de manera especial en todos aquellos procesos en que se discutan sus derechos. Por otra parte, si las cuotas se pagasen de forma mensual, terminarían de cancelarse en un plazo extremadamente largo, exponiendo su pago a los altibajos del libre mercado y tráfico mercantil que afecta a las empresas. Art. 1141 C. C..

*(Cam. Fam. S. S., veintidós de octubre de dos mil siete. Ref. 59-A-2006)*

Constitucionalmente se reconoce el derecho a la libre testamentifacción, que no es más que una manifestación del derecho de propiedad y libertad de disposición de los bienes, que tiene como único límite la ley; es decir, se reconoce la facultad a toda persona capaz, de disponer a través de una manifestación de última voluntad

-testamento- de sus bienes, sin embargo el límite de la misma lo constituye la ley.(...)

En ese orden de ideas el Art. 1141 C.C. es conforme al Art. 22 Cn., advirtiéndose que la libre testamentifacción está limitada por las obligaciones o cargas alimenticias del testador; en otras palabras el testador puede disponer de sus bienes pero deberá previamente reconocer sus cargas alimenticias.

De lo expuesto subrayamos que dos son los supuestos que liminarmente deben tenerse en cuenta: A) Que no se hubiere reconocido la obligación alimenticia por parte del testador (en su testamento) y, B) Que habiendo sido reconocida dicha obligación, ésta lo haya sido en una suma inferior a la que proporcionalmente resulte entre la necesidad del alimentario y la capacidad del obligado (en este caso "tomando en cuenta el capital líquido del testador).

En el primer supuesto a diferencia del segundo es preciso que se acredite la existencia de la obligación alimenticia por cuanto la misma no fue reconocida por el testador; debiendo acreditarse no sólo el título, sino también los demás presupuestos prescritos en la Ley. (Hipótesis jurídica).

El Art. 254 C.F., regula los demás extremos procesales de la pretensión de alimentos: capacidad económica del obligado, necesidad del alimentario, dicha norma acoge además el principio de proporcionalidad, en virtud del cual los alimentos deben fijarse en proporción a ambos extremos (capacidad y necesidad) valorando además la condición personal de ambos y las obligaciones familiares del alimentante.

Analizaremos en un primer momento la necesidad de la señorita \*\*\*, la Jueza a quo ha sostenido en su sentencia, que dicha necesidad no existe, pues no se ha comprobado. Al punto esta Cámara considera que dicho elemento, deberá probarse; de no establecerse se volvería innecesario el análisis de los demás elementos: capacidad económica de la sucesión y otras obligaciones a cargo de la sucesión. (...)

Doctrinariamente se ha reconocido que los alimentos a favor de los hijos mayores de edad, se incluyen dentro de los alimentos que pueden reclamarse entre sí los parientes, fundándose en el principio de solidaridad familiar (...)

(...) La necesidad en el supuesto de alimentos de hijos mayores de edad, no es la misma que en el caso de hijos menores de edad. La primera se funda en el principio de solidaridad familiar y la segunda no es más que un deber de los progenitores derivado del ejercicio de la autoridad parental, por tanto la necesidad de alimentos de hijos mayores de edad no es vista tan ampliamente como la de los hijos menores de edad.

En ese sentido para la concesión de alimentos a favor de hijos mayores de edad, cónyuges, ascendientes y hermanos, deberá acreditarse la necesidad del alimentario, puesto que tratándose de hijos menores de edad – como lo señalamos *supra* los alimentos se fijan en función del ejercicio de la autoridad parental- por regla general la necesidad de un(a) niño(a) se presume atendiendo a su misma condición que les impide obtener recursos propios y suficientes para satisfacer sus necesidades; no obstante excepcionalmente pueden existir supuestos en que niños(as) obtengan suficientes recursos para satisfacer por sí mismos sus necesidades, como es el caso de niños(as) deportistas, artistas, entre otros sin que por ello los progenitores desatiendan sus deberes paternofiliales. (...)

Debemos valorar que en el caso de alimentos a favor de hijos mayores de edad, sus necesidades deben constreñirse a las elementales y básicas, como las relativas a alimentación propiamente dicha: comida, vestuario, vivienda, salud, servicios. Si, se tratase de jóvenes que aún no finalizan sus estudios, dicho rubro deberá ser incluido siempre que se reúnan los requisitos prescritos en los Arts. 211 y 214 C.F., de tal suerte que aquellos gastos que resulten superfluos no deberán incluirse dentro de las necesidades básicas a cubrir en este tipo de obligaciones. No obstante deberá tomarse en cuenta que en nuestro derecho de familia ha desaparecido la clasificación de alimentos congruos y necesarios tomando en cuenta únicamente las condiciones personales del alimentario. (...)

Respecto del rubro vestuario, a criterio de esta Cámara dicho egreso es excesivo y desmedido, ya que se afirma que mensualmente el mismo asciende a TRES MIL QUINIENTOS VEINTICINCO COLONES (₡3,525.º), lo que equivale a CUATROCIENTOS DOS 86/100 DOLARES MENSUALES, (\$402.86) y que sería aceptable en una persona cuya condición económica es bonancible y sufraga por sí misma sus gastos personales, pero en casos como el de autos, donde la base de los alimentos se funda en el principio de solidaridad familiar las necesidades a cubrir son las fundamentales para la subsistencia, es decir se pretende cubrir aquellos bienes de vida de los cuales la persona no puede prescindir acorde a su dignidad e integridad de ser humano, en la especie advertimos que la necesidad requerida por la parte actora en este rubro, va más allá de la necesidad fundamental o esencial, volviéndose prácticamente un gasto superfluo y excesivo, recordemos que la satisfacción de las necesidades ha de ser racional y no desmedida al punto que implique un enriquecimiento indebido pues no es esa la naturaleza de los alimentos.(...)

(...) La obligación de dar alimentos a los hijos mayores de edad, debe estar plenamente justificada. -entre otras razones- por la incapacidad física o mental del alimentario para proveerse por sí mismo alimentos para su subsistencia o por encontrarse en circunstancias que le dificulten su obtención. En el supuesto de los hijos mayores de dieciocho años, se deberán alimentos si continúen estudiando en condiciones de tiempo y rendimiento con el objeto de que adquieran una profesión u oficio que les permita satisfacer sus necesidades por sus propios medios, la idea es como lo ha sostenido la *a quo* en su sentencia preparar a los hijos para la vida.

Así las cosas a criterio de esta Cámara, los estudios de postgrado de la demandante no son fundamentales para su preparación académica, ya que con los estudios que hasta este momento ha desarrollado puede perfectamente desenvolverse en el mundo laboral, de tal suerte que prescindir de esos estudios especializados no implica colocarla en una situación de desventaja o desprotección en su preparación académica, por tanto dichos gastos en principio deberían ser asumidos por la misma actora.

Consideramos que los estudios de maestría por los que se requiere el pago de alimentos, no constituyen una necesidad imprescindible que deba ser satisfecha por la sucesión del señor \*\*\*, es que como lo señalamos *supra* la insatisfacción de esa necesidad no pone en peligro la existencia de la demandante, por tanto dichos egresos no pueden comprenderse como una necesidad para establecer cargas alimenticias a la sucesión, como bien lo ha afirmado la *a quo*, en todo caso, si bien dicho egreso representa una necesidad para las aspiraciones profesionales de la parte actora, la misma no es de primer orden, por lo que para el caso de autos no representa el tipo de necesidades a sufragar con la obligación alimenticia.(...)

Como lo señalamos *supra*, las necesidades en este tipo de alimentos se deben de delimitar a las necesidades fundamentales para la subsistencia, sin embargo no sólo bastará con acreditar la existencia de las necesidades sino además la imposibilidad de proveerse por si mismo los recursos necesarios para la satisfacción de esas necesidades fundamentales, ya que se presume que un adulto cuenta con los medios necesarios para satisfacer por si mismo sus necesidades, de lo contrario, toda persona estaría legitimada para solicitar alimentos a sus progenitores o parientes en tanto todo ser humano tiene necesidades que deben ser cubiertas, en consecuencia y a fin de no excederse en la aplicación del derecho y evitar abusos es un deber procesal acreditar la imposibilidad del reclamante, para procurárselos por sí mismo. (...)

En cuanto al padecimiento de sinusitis crónica, como lo señalamos *supra* compartimos el criterio de la *a quo*, ya que dicha enfermedad no representa gravedad tal que impida a la demandante ejercer actividades especialmente laborales sobre todo si éstas se desempeñan en ambientes adecuados, por lo que atendiendo a la profesión de la demandante difícilmente se expondrá a un ambiente que le genere exacerbaciones y crisis físicas, por tanto dicha alegación no ha sido debidamente acreditada; más bien a criterio de este Tribunal, en el *sub iudice* la actora se acomodó a un estilo de vida en virtud del cual no previó como necesaria su incorporación al mercado laboral, prueba de ello es la misma actitud de la demandante, quien no obstante haberse graduado como Licenciada en Relaciones Públicas y Comunicaciones en el año de mil novecientos noventa y siete, sólo ha

desempeñado trabajos temporales, no habiéndose preocupado por establecer una estabilidad laboral, que le permita ir desarrollando una experiencia profesional, acorde a su preparación académica, por tanto, si en este momento se le dificulta acceder al mercado laboral bajo una remuneración acorde a su nivel de preparación, ello es consecuencia de la poca experiencia adquirida en ese ámbito.

En cuanto a los estados depresivos, el peritaje psicológico ya relacionado no concluye que la señorita \*\*\*, se encuentre impedida para desempeñar labores profesionales a consecuencia de estados depresivos, es más se afirma enfáticamente que ella no padece de ninguna enfermedad mental, únicamente se refiere la existencia de elevada ansiedad, lo que se afirma es una característica común frente a eventos estresantes, a criterio de este Tribunal, tampoco dicha situación representa un impedimento para ejercer su profesión.

En cuanto a la necesidad de finalizar los estudios de maestría, se deberá estar a lo antes dicho, respecto a que los estudios de postgrado de la demandante no son esenciales para obtener un trabajo o ingresos, ya que con su preparación académica puede perfectamente incorporarse al mundo laboral de forma competitiva.

Concluimos que ninguna de las circunstancias expuestas en la demanda constituyen un impedimento real que imposibilite a la señorita \*\*\* desempeñar actividades laborales que le permitan obtener ingresos para la satisfacción de sus necesidades; es más, la testigo \*\*\*, refiere que la demandante realiza alguna actividad laboral; por tanto tal como lo ha sostenido la *a quo* en la sentencia, establecer una cuota alimenticia a favor de la actora implicaría desnaturalizar la institución de los alimentos, caso contrario sería de justicia fijar alimentos que recayeran sobre necesidades elementales, si efectivamente se hubiese acreditado que la señorita \*\*\* no tiene capacidad para proveerse por sí misma los recursos necesarios para su subsistencia, de tal suerte que no se "puede por justicia" fijar alimentos por la contrariedad y malestar de la demandante provenientes de la omisión del testador de asignar una porción de la masa sucesoral ya que el señor \*\*\*, en virtud del principio de libre testamentifacción no estaba en dicha obligación, a menos que se hubiese demostrado la necesidad de alimentos a favor de la actora trasladándose