

UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

TRABAJO DE GRADUACIÓN:

EXTINCIÓN, PERDIDA Y SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL

MONOGRAFÍA

PRESENTADO POR :

MARIA MONTSERRAT RODRÍGUEZ COSTA

ISMENIA LISSET MÉNDEZ MORAN

NADY PATRICIA MARROQUÍN REYES

***PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE:
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS***

ASESOR:

LICDO. MARIO ORLANDO TICAS

SAN SALVADOR, JULIO DE 2003.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. Marco histórico.....	1
1.1. Época antigua.....	1
1.2. Época moderna.....	3
1.3. Época actual.....	5
2. Formulación del problema.....	5
3. Justificación.....	7
4. Objetivos.....	8
4.1 Objetivo general.....	8
4.2 Objetivos específicos.....	8
5. Estrategia metodológica.....	9

CAPÍTULO II

DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

1. Marco teórico.....	10
1. 1. Definición de la autoridad parental.....	10
1. 2. Ejercicio de la autoridad parental.....	12
1. 2. 1. Caso especial de los padres menores de edad.....	13
1. 3. Diferencia entre titularidad y ejercicio de la autoridad parental.....	14
2. Aspectos de la autoridad parental.....	15
2. 1. Cuidado personal o crianza.....	16
2. 2. Representación legal.....	16
2. 3. Administración de los bienes.....	18
3. Características de la autoridad parental.....	18

CAPÍTULO III

VICISITUDES DE LA AUTORIDAD PARENTAL

1. Extinción de la autoridad parental.....	20
1.1. Definición.....	23
1.2. Causas.....	25
1.3. Caso especial de la mayoría de edad:.....	29
Prórroga y restablecimiento de la autoridad parental.....	
2. Pérdida de la autoridad parental.....	30
2.1. Definición.....	32
2.2. Causas.....	33
2.3. Jurisprudencia anotada.....	39
3. Suspensión de la autoridad parental.....	45
3.1. Definición.....	47
3.2. Causas.....	47



3.3. Caso especial del desacuerdo reiterado de los padres.	50	
3.4. Jurisprudencia anotada.	50	
4. Del proceso de familia.	53	
4.1. Facultad de inicio oficioso.	54	
4.1.2. Jurisprudencia anotada.	55	
4.2. Medidas cautelares.	57	
4.2.1. Jurisprudencia anotada.	57	
4.3. De la prueba.	59	
4.4 Efectos de la sentencia.	60	
4.4.1. Divergencias y convergencias en los efectos de la pérdida y suspensión del ejercicio de la autoridad parental.	61	
 CAPÍTULO IV		
COLOFÓN		
1. A modo de conclusión	64	
2. Recomendaciones	65	
 BIBLIOGRAFÍA		67



INTRODUCCIÓN

La autoridad parental es una institución del derecho de familia de larga data, en cuya evolución histórica han tenido lugar profundas reformas que, a nivel legislativo y en el estado actual de las cosas, sitúan como eje principal el interés superior de los hijos menores de edad e incapaces.

Así, desde la antigua concepción romanista que otorgaba un poder casi absoluto del padre sobre sus hijos, o la *potestas* del *paterfamiliae* sobre aquellos, se pasó con el tiempo y la influencia del cristianismo a conformar un conjunto de derechos y deberes, pero esta vez en cabeza de ambos progenitores, sin exclusividad de su ejercicio en el padre.

A partir de mil novecientos noventa y cuatro, entre nosotros, el Código de Familia regula a dicha institución con matices diferenciados respecto al decimonónico Código Civil, con variaciones sustanciales que no sólo pasan por el cambio en su denominación legal, sino fundamentalmente porque orienta su finalidad a la protección integral de los hijos de familia, así como su preparación para la vida.

Lo que no puede ser de otro modo, atento a que la función filial de parentesco está encauzada a velar por el interés supremo de los hijos, lo cual se logrará plenamente en la medida que sean éstos quienes decidan su propio futuro, con base a los cánones de moralidad, solidaridad humana y respeto a sus semejantes, y demás valores que en su conciencia y saber inculquen sus padres.

Sin embargo, en el pleno ejercicio de dicha “responsabilidad parental”, pueden acaecer una serie de circunstancias, naturales o humanas, que harán extinguir, perder o suspender la autoridad de los padres respecto a sus hijos. Tales causas serán las que examinaremos en el presente ensayo, con el objeto de establecer las diferencias entre unas y otras, teniendo como norte siempre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en virtud del mandato constitucional que prescribe la protección de la infancia y de los incapaces.



Esperamos que los aportes hechos en este trabajo sean, desde luego, motivo de una réplica para los estudiosos del derecho y vencer así la tímida posición en que se encuentra nuestra casi inexistente doctrina. Que la jurisprudencia que se deja anotada, sea solamente el paso que comienza a recorrer este largo camino, en la divulgación y apoyo de las instituciones jurídicas que velan por uno de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad.



CAPÍTULO I

1. MARCO HISTÓRICO

En este primer apartado describiremos la evolución histórica que ha tenido la institución de la autoridad parental, desde su origen romano hasta llegar a la actualidad, tal cual la conocemos.

1.1 ANTECEDENTES GENERALES:

La institución de la autoridad parental ha sufrido una modificación en el transcurso del tiempo, lo cual ha significado que su definición ha cambiado según el tiempo y lugar, a tal grado que todavía en algunas legislaciones se le denomina “patria potestad” y en verdad son muy pocas, como la nuestra, en la que aparece bajo el nombre de “autoridad parental”.

No obstante, ello tampoco significa que el término sea el más adecuado, ya que actualmente prestigiosa doctrina argentina, Cecilia Grosman, entre otros, considera que el conjunto de facultades y deberes que tienen ambos padres sobre sus hijos de familia, debería denominarse “responsabilidad parental”, tal como ha sido pensada en algunos decretos y leyes recientes del viejo continente.

Entre nosotros, el Código de Familia únicamente se refiere a esta novedosa concepción, en el capítulo de la “Filiación adoptiva”, cuando el Art. 171 Ord. 3º) establece entre los requisitos para ser adoptante: “Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental”.

1. 2. ÉPOCA ANTIGUA

Como consecuencia de la filiación, el derecho de familia ha regulado una institución que atribuye un conjunto de facultades y deberes a ambos padres, a fin de que éstos puedan cumplir con las responsabilidades que tienen respecto a sus hijos, y esta figura es la que actualmente conocemos como autoridad parental;



cuyo origen histórico, lo podemos hallar en el derecho romano, a partir del cual se denominaba patria potestad.

Según los aportes hechos por el autor argentino D' Antonio¹, se puede establecer la concepción histórica de la autoridad parental, así:

Las características de esta institución en Roma y la influencia del derecho romano sobre las demás legislaciones, han llevado a tomar como punto de partida para el estudio de los antecedentes históricos la llamada "potestad romana", con sus peculiaridades a partir de la máxima según la cual el padre engendra para sí un hijo y para el Estado un ciudadano.

Aunque resultaban notorias las diferencias existentes entre el *status* del hijo en el ámbito público y el estado de sujeción absoluto al padre; sin embargo, éste ejercía sobre su hijo un poder similar al *imperium* público, ya que el término *potestas*, referido al oficio público, equivalía a *imperium*; de ahí que, en su amplitud, también abarcaba al *ius vitas necisque*, el derecho de abandono, de exclusión de la familia, así como a la venta y la privación del patrimonio.

Esta casi irrestricta potestad patriarcal no era más que el reflejo de la autoridad que el cabeza de familia romano ejercía sobre todos los componentes del grupo, incluidos su mujer, los esclavos, las personas asimiladas y toda otra que fuera comprendida por la gran familia romana. Dicha potestad presentaba matices profundamente vinculados a lo religioso, en tanto la figura paterna se encontraba revestida de poderes de esa índole.

Por otro lado, en opinión de Gutiérrez Fernández -citado por D'Antonio- la patria potestad fue en la antigua Roma un patriarcado, una magistratura, un sacerdocio; empero, al ser ejercida tan despóticamente, apenas ofrece en el transcurso de los siglos un ejemplo de arbitrariedad, agregándose a ello, que durante la República predominó la tiranía del padre en una sociedad democrática; mientras que durante el Imperio, "hoja a hoja vino a desaparecer casi el árbol que había dado sombra a los ciudadanos más ilustres en los días de poderío y gloria de aquel pueblo".

¹ Para ver más extensamente, Cfr. D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de menores, Astrea, Buenos Aires, 1994, páginas 201 y siguientes.



Parangonando a Roma con otras culturas, sostiene que no es posible apartar la vista de este origen para buscar en otros los rasgos de la autoridad parental; pues, aunque los antecedentes germanos encantan por su sencillez, la legislación romana ha venido a ser base de la autoridad parental en los pueblos modernos.

La potestad romana aparecía, entonces, con una extensión prácticamente ilimitada, pero que no era exclusiva de ese pueblo, ya que se encontraba igualmente presente en otras culturas de aquella época.

1. 3. ÉPOCA MODERNA

Durante la Edad Media y a partir de la notable influencia ejercida por el cristianismo, algunas legislaciones adoptaron la orientación que tenía el derecho germánico y que consistía en darle una participación igualitaria a la mujer y al marido en el ejercicio de la patria potestad, correspondiendo en forma directa a la mujer cuando aquel faltare por cualquier causa. No obstante ello, en términos generales, prevaleció siempre la tendencia romana, con sus características de exclusividad paterna.

En nuestro país, tampoco podemos desconocer la enorme ascendencia del derecho continental en el desarrollo de la legislación familiar, a partir del decimonónico Código Civil y que posteriormente fue retomada en el Código de Familia, aunque con matices diferentes a la antigua potestad romana, como veremos más adelante.

Así las cosas, conviene destacar que si bien la patria potestad arranca desde el derecho romano, constituye una de las instituciones más evolucionadas del derecho de familia contemporáneo, aun cuando esa evolución haya sido lenta a través del tiempo. Su historia constituye, en general, un proceso de debilitamiento de la autoridad paterna.

Por otro lado, sabemos que en el derecho antiguo la patria potestad significó un privilegio, una facultad y quizá más que eso, un poder a favor del padre que la ejercía irrestrictamente, con un carácter despótico y que entrañaba un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella. Este derecho era



una potestad vitalicia que no la extinguía ni la mayor edad, ni el matrimonio; era además privativa del varón *sui juris* y a su vez, ciudadano romano.

En la época moderna, dentro de los antecedentes específicos encontramos que la Revolución Francesa, mediante el decreto del 28 de agosto de 1792, abolió la patria potestad en las regiones sujetas al denominado “derecho escrito”, tal como se le concebía por la influencia secular del derecho romano y suprimió muchas de las facultades del poder paterno, especialmente el usufructo legal.

El Código de Napoleón de 1804, a pesar de afirmar que la patria potestad constituía una protección a favor del hijo, consagró los poderes del padre, atribuyéndole una multitud de derechos y estableciendo a su favor y en su defecto, en beneficio de la madre, el derecho de usufructo legal, creyendo compensar con éste, los deberes de ciudadano y administración que les correspondían a ambos como titulares de esa potestad.

En la redacción primigenia de nuestro Código Civil de 1860, la patria potestad se enmarcaba dentro de perfiles romanistas y patriarcales, poco coincidentes con la realidad del tiempo en que este Código entraba en vigencia. La potestad correspondía al padre y se negaba absolutamente a la madre. Como ya se dijo, esta institución experimentó una lenta y vacilante evolución, y El Salvador no fue la excepción, ya que fue hasta el año de 1972, en que se introdujeron notables modificaciones al régimen preexistente.

Sobre todas las cosas, ya no se trató de un poder exclusivo del padre, sino que de ahí en adelante fue compartido con la madre, si los hijos eran legítimos; en cambio, si los hijos eran naturales, se le concedió la patria potestad al padre que voluntariamente los había reconocido, pero sólo en defecto de la madre ilegítima.

Finalmente, vale decir que las nociones históricas que caracterizan la importancia de esta institución, son básicamente las tres líneas conceptuales que acerca de la hoy denominada, autoridad parental, han venido elaborando la legislación y la doctrina familiar, a saber: las causas de extinción, pérdida y suspensión.



1. 3. ÉPOCA ACTUAL

Mediante el Decreto Legislativo número 677, del 11 de octubre de 1993, en nuestro país se sancionó el Código de Familia, el cual posteriormente entró en vigencia a partir del 1 de octubre de 1994.

Dicho ordenamiento, catalogado por la jurista argentina Kemelmajer de Carlucci, como “un nuevo derecho civil constitucionalizado”, introdujo varias e importantes reformas en las relaciones de familia, tales como el reconocimiento legal de las uniones no matrimoniales, conforme a los Arts. 32 Inc. 3 y 33 de la Constitución, que establecen que “la falta de matrimonio no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia” y que la ley “regulará, asimismo, las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”, respectivamente; la igualdad jurídica de los hijos, sin distinción de su origen matrimonial o extramatrimonial, aunque ya el Art. 36 Cn. establecía que “Los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres”; todo lo cual significó que las instituciones jurídicas de protección a la infancia, fueran adecuadas a la nueva realidad de los tiempos, dejándose atrás a la llamada “emancipación legal” y orientándose la autoridad parental en mayor beneficio para los hijos menores de edad e incapaces.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

La pregunta que nos orientará a lo largo de este trabajo monográfico, será: ¿Cuáles son las causas y efectos legales de la extinción, pérdida y la suspensión del ejercicio de la autoridad parental en El Salvador ?

Dicho cuestionamiento surge, ya que desde antiguo, las vicisitudes de la autoridad parental se conocían bajo denominaciones y caracteres tradicionales, por lo que hoy en día, se vuelve necesario estudiar el nuevo marco jurídico que las regula.

- Así, la extinción de la autoridad parental se conocía como la cesación de la “patria potestad”, lo cual significaba que los hijos salían de la esfera de



vigilancia y autoridad de sus padres, dando como resultado la terminación de la misma. Aunque las causas de extinción de la autoridad parental, a la fecha han sufrido algunas variaciones, en esencia, podríamos cuestionarnos si aún ellas se conservan. En nuestra legislación vigente estas causales se encuentran reguladas en el Art. 239 del Código de Familia, las cuales son:

1. La muerte real o presunta de los padres o del hijo.
2. La adopción del hijo, salvo en el caso del inciso 2 del artículo 170 del Código de Familia.
3. Por matrimonio del hijo.
4. Por haber cumplido el hijo la mayoría de edad.

Dichas causas operan de pleno derecho, es decir, *ipso iure*.

- La pérdida de la autoridad parental. En sus orígenes era llamada privación de la “patria potestad” y era concebida como un reproche al progenitor que realizaba actos que iban en contra del contenido que lleva consigo la autoridad parental. Dichos actos son los que actualmente se consideran como las causales de pérdida establecidas en el Art. 240 del Código de Familia:

1. Cuando corrompieren a alguno de sus hijos o promovieren o facilitaren su corrupción.
2. Cuando abandonaren a alguno de los hijos sin causa justificada.
3. Cuando incurrieren en fraude según el artículo 164 del Código de familia.
4. Cuando fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso cometido en alguno de sus hijos

Estas causales de pérdida de la autoridad parental, a diferencia de la extinción, no operan de pleno derecho, sino que necesitan de una declaración judicial.

- La suspensión del ejercicio de la autoridad parental, a diferencia de las demás vicisitudes, no sufrió cambios en cuanto a su denominación, pues,



desde siempre consistió en la inhabilitación de ejercer las facultades y deberes que la ley impone a ambos progenitores. Con relación a las causas legales de suspensión del ejercicio de la autoridad parental, conviene destacar que efectivamente han sido modificadas en el devenir del tiempo, de ahí que algunas desaparecieron como figuras, dando paso al surgimiento de otras y es así como el Art. 241 del Código de Familia, establece las siguientes:

1. Por maltratar habitualmente al hijo o permitir que otra persona lo haga.
2. Por alcoholismo, drogadicción o inmoralidad notoria que ponga en peligro la salud, seguridad o la moralidad del hijo.
3. Por adolecer de enfermedad mental.
4. Por ausencia no justificada o enfermedad prolongada.

En nuestra legislación familiar, la suspensión del ejercicio de la autoridad parental, a diferencia de la pérdida, puede recuperarse y requiere al igual que ésta, una sentencia que la decrete.

3. JUSTIFICACIÓN.

El Art. 32 de la Constitución regula que “la familia es la base fundamental de la sociedad” y es por ello que consideramos trascendental estudiar algunas de las figuras reguladas en el Código de Familia y que constituyen el punto medular dentro de la estructura familiar.

Es por esa razón que advertimos la profunda necesidad de analizar la institución de la autoridad parental y específicamente sus vicisitudes, tales como la extinción, pérdida y suspensión de su ejercicio, como aspectos que nos llevarán a observar el grado de incumplimiento de las facultades y deberes que por ley se atribuye a los padres.

Desde luego que nuestro estudio comprenderá las disposiciones legales pertinentes, el cual se complementará con la excelente interpretación jurídica, materializada en la jurisprudencia emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro.



Con el análisis de estos tres aspectos de la autoridad parental, pretendemos motivar el estudio de nuestro Código de Familia, considerado entre los mejores del continente y de igual modo procuramos destacar, a nivel de las ciencias jurídicas, las funciones que les corresponden legalmente a los padres hacia sus hijos; todo lo cual se logrará plenamente, si éstos asumen con responsabilidad el rol que deben desempeñar en la sociedad y la familia.

Por último, es conveniente expresar que este trabajo monográfico, contribuirá en gran medida a la ampliación indudable de conocimientos académicos, en el entendido que puede ser consultado tanto por estudiantes universitarios, como profesionales del derecho.

4. OBJETIVOS.

Los enunciados por medio de los cuales describiremos los resultados que debemos alcanzar con este ensayo, son los siguientes:

4.1 OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio comparativo de las causas y efectos legales de la extinción, pérdida y suspensión de la autoridad parental, como vicisitudes que determinan los cambios en la titularidad y el ejercicio de la misma; es decir, de las facultades y deberes que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad e incapaces, conjunto de atributos que se ejerce en función o beneficio de estos últimos, según los criterios que orientan al Código de Familia, instrumento legal que ha sido producto de las nuevas corrientes en el derecho de familia.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Analizar el origen histórico de la definición de la autoridad parental, su evolución en la legislación salvadoreña, hasta como en la actualidad la conocemos.
2. Establecer los efectos legales en la aplicación de las causas de extinción de la autoridad parental.



3. Determinar los efectos jurídicos de las causas de pérdida de la autoridad parental.
4. Conocer los efectos en la aplicación de las causas legales de suspensión en el ejercicio de la autoridad parental.
5. Establecer la diferencia entre extinción, pérdida y suspensión de la autoridad parental.
6. Determinar la importancia de la prórroga y del restablecimiento de la autoridad parental, en las causas de finalización de la misma por la mayoría de edad; y,
7. Agrupar sistematizadamente la jurisprudencia nacional relativa a las vicisitudes de la autoridad parental.

5. ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS.

1. META- ANÁLISIS DOCUMENTAL:

Consiste en la recolección de datos para consultar las fuentes de información bibliográficas y documental relacionada con la temática.

2. HISTÓRICO:

Consiste en recabar antecedentes relacionados con la temática, con el fin de determinar la importancia a través de las diferentes épocas históricas



CAPÍTULO II

1. MARCO TEÓRICO

A pesar que la doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la autoridad parental, según la posición de cada autor, la misma ha sido indistintamente definida como una institución, una potestad o bien, como una función parento- filial.

Nuestra legislación y doctrina nacional se inscriben en la teoría que la autoridad parental es una función de los padres, en aras de la protección de los hijos, porque en ella se concatenan facultades y deberes de aquéllos con relación a la promoción integral de éstos².

Sin perjuicio de ello, entendemos que lo más importante es precisar la finalidad de la autoridad parental en la asistencia, protección y cuidado de la persona y los bienes de los hijos sometidos a ella.

1. 1. DEFINICION DE LA AUTORIDAD PARENTAL:

Según el Art. 206 C. F., “La autoridad parental es el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes.

El hijo de familia es quien está sujeto a la autoridad parental”.

Como podemos advertir, la definición de autoridad parental no se refiere a los poderes o derechos del padre sobre sus hijos, sino a las facultades y deberes que tienen ambos progenitores sobre sus hijos menores de edad y aún de los mayores, pero declarados incapaces.

² 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, San Salvador, 1995, Pág. 593.



Dicha definición establece que ambos progenitores detentan la titularidad de la autoridad parental sobre aquellos hijos, procurando además, que lo sea para su protección, educación, asistencia y sobre todo para su preparación en la vida.

En cuanto a quienes debemos considerar como menores de edad, sabemos que el Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) entiende por niño o niña a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”; es decir, su formulación es tan amplia que pueden incluirse a partir del momento de la concepción.

En igual tesis, se inscribe nuestro Código de Familia en su definición legal de menor de edad, al decir que, “Son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años” (Art. 345); así como la importante reforma constitucional que “reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción” (Art. 1 Cn.).

A ello cabe añadir que, a partir de la vigencia del Código de Familia, también se reformaron las definiciones de “mayor de edad o simplemente mayor” y de “menor de edad o simplemente menor” establecidos en el Código Civil (Art. 26), así como los alcances de la capacidad civil otorgados en el Art. 1318 C. C.

En cuanto a otros sujetos sometidos a la autoridad parental, es decir, a los hijos mayores de edad, pero declarados incapaces, el Art. 293 C. F. determina como causas de incapacidad civil, *“la enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos y la sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable”*.

Como podemos observar, en la definición de la autoridad parental se utiliza la expresión “padre y madre”, sin ningún calificativo que aluda al hecho de estar o no casados, en armonía con el precepto constitucional que dispone que los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos (que se entienden con los mismos efectos que los consanguíneos, según los Art. 36 inc 1º Cn y 130 C. F.), tienen iguales derechos frente a sus padres.

Vale decir que esta nueva orientación de la autoridad parental hace énfasis en el interés superior de los hijos, y no en el de los padres. También desarrolla el



principio de igualdad de los hijos, independientemente si han nacido dentro o fuera del matrimonio o fueren adoptivos y del reconocimiento de derechos a favor de los padres y exigibles a los hijos .

Finalmente, también es importante señalar que en otras legislaciones, como la mexicana, por ejemplo, la titularidad de la autoridad parental puede corresponder subsidiariamente a los abuelos, cuando fallecen los padres.

Nuestro Código de Familia no adoptó dicho criterio, sustentándose en que serán los abuelos los primeros llamados a la tutela legítima de los menores de edad, conforme al Art. 287 ordinal 1º C. F.; y además, en el hecho que frente al desamparo del hijo, el juez con la urgencia del caso confiará provisionalmente su cuidado personal a cualquiera de sus abuelos (Art. 219 C. F.).

Así las cosas, solamente el padre y la madre son los titulares de la autoridad parental.

1. 2. EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL

De acuerdo al Art. 207 C. F., el principio general lo constituye el ejercicio conjunto de la autoridad parental por parte de sus titulares, salvo que faltare uno de los progenitores.

La disposición señalada establece que “El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o a uno solo de ellos cuando falte el otro.

Se entenderá que falta el padre o la madre, no sólo cuando hubiere fallecido o se le hubiere declarado muerto presunto, sino cuando se ausentare del territorio nacional, se ignore su paradero o estuviere imposibilitado.

Cuando los padres ejerzan conjuntamente la autoridad parental, podrán designar de común acuerdo quien de ellos representará a sus hijos menores o declarados incapaces, así como quien administrará sus bienes. El acuerdo respectivo se otorgará en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o ante los Procuradores Auxiliares Departamentales.

Cuando la filiación del hijo existiere sólo respecto de alguno de los padres, éste ejercerá la autoridad parental. Si se hubiere establecido con oposición del



otro progenitor, éste no ejercerá la autoridad parental; no obstante, el juez, atendiendo al interés del hijo podrá autorizar que la ejerza, cuando a su vez faltare el otro progenitor”.

Lo antes dicho, constituye otra novedad importante dentro del ejercicio de la autoridad parental, es decir, la determinación de los casos en virtud de los cuales se entenderá que falta el otro progenitor, y ello sucede, como se dijo anteriormente, no sólo cuando hubiere fallecido o se le hubiere declarado muerto presunto, sino cuando se ausentare del territorio nacional, se ignore su paradero o estuviere imposibilitado física o psíquicamente.

1. 2. 1. CASO ESPECIAL DE LOS PADRES MENORES DE EDAD

Por último, conviene destacar un caso especial del ejercicio de la autoridad parental y ello ocurre cuando los padres son menores de edad.

Siguiendo al principio general del ejercicio de la autoridad parental, el Art. 210 C. F. expresamente prevé que: “El padre y la madre menores de edad, ejercerán la autoridad parental sobre sus hijos, pero la administración de los bienes y la representación en actos y contratos relacionados con los mismos, será asumida por los que tuvieren la autoridad parental o la tutela de los padres, quienes la ejercerán conjuntamente. En caso de desacuerdo la decisión se tomará por mayoría.

Si quienes tienen la autoridad parental, incurrieren en frecuentes desacuerdos que entorpecieren gravemente el ejercicio de la administración y representación señaladas, el juez a petición de persona interesada o del Procurador General de la República, designará un administrador observando lo dispuesto en el artículo 277.

También se aplicará la regla anterior, si el tutor no fuere común a ambos padres.

Si sólo uno de los padres fuere menor, el mayor administrará los bienes y representará al hijo en los actos y contratos expresados”.

Conforme a tal disposición, los padres menores de edad están plenamente capacitados para ejercer la autoridad parental sobre sus hijos menores o



incapaces, en cuanto al aspecto del cuidado personal o crianza, lo cual implica que pueden decidir aquellos aspectos relativos a su educación, formación religiosa, corrección y orientación, etc. y asimismo, tendrán la representación legal de sus hijos relacionados con dichas facultades.

Sin embargo, en lo que respecta a la administración de los bienes de los hijos y en cuanto a la representación en los actos y contratos relativos a dichos bienes, la autoridad parental corresponderá a quienes a su vez tengan la autoridad parental o la tutela de los padres menores de edad, en armonía con los principios generales de la capacidad civil contenidos en el Art. 1316 y siguientes C. C.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando uno solo de los padres fuere menor de edad, el otro progenitor administrará los bienes y representará al hijo en los actos y contratos expresados; pues, cabe recordar que tratándose de un menor de edad casado, su cónyuge mayor de edad será llamado, en primer lugar, a ejercer su tutela o guarda legítima, de conformidad al Art. 289 Inc. 1 C. F.

1. 3. DIFERENCIA ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL

Desde un inicio, la diferencia entre estos dos conceptos no parece fácilmente determinable. Sin embargo, el autor argentino Eduardo Zannoni, advierte que la titularidad se refiere al conjunto de los derechos y deberes que, en principio, corresponde a ambos padres; mientras que el ejercicio está referido a la facultad de actuar concretamente en virtud de esas facultades y deberes, correspondiendo en algunos casos a uno u otro, o a ambos progenitores. Así puede haber en algunos supuestos, titulares con ejercicio actual de la autoridad parental y en otros, si bien se comparte o posee la titularidad, se carece de ese ejercicio.

Un ejemplo del primer caso es el de los padres que conviven con el hijo.

En efecto, según el Art. 207 Incs. 1 y 3 C. F., ya visto, el ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o a uno solo de ellos cuando falte el otro.



De ahí que, si ambos progenitores son titulares de la autoridad parental y la ejercen conjuntamente, lógico es suponer que ambos tienen bajo su protección al hijo; por consiguiente, ellos podrán designar de común acuerdo quien representará a sus hijos, pudiendo hacerlo mediante escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o sus auxiliares.

En cambio, un ejemplo del segundo caso es el mencionado en el mismo Art. 207 *in fine* C. F., que establece “Cuando la filiación del hijo existiere sólo respecto de alguno de los padres, éste ejercerá –naturalmente- la autoridad parental”; o bien, si aquella filiación “se hubiere establecido con oposición del otro progenitor”, por ejemplo, en un proceso de declaratoria judicial de paternidad, el padre opositor no ejercerá la autoridad parental; aunque, el juez, atendiendo al interés del hijo, podría autorizarlo para que la ejerza, cuando a su vez faltare el otro progenitor.

Dicho sea de paso, estimamos que esta solución legal constituye una especie de sanción contra el progenitor que se opone a la filiación, porque demuestra su irresponsabilidad en el rol de padre; empero, sobre todas las cosas, la disposición se encamina a velar por el interés del hijo, por lo que admite alguna excepción.

En ese sentido, se consideró por el legislador que resultaba más provechoso para su desarrollo integral, no sujetarlo a quien no le prodigará el trato, protección y cuidado que su condición de hijo menor o incapaz demanda.

Sin embargo, como dijimos, la norma presenta una flexibilidad propia de la materia familiar, pues deja al juez la posibilidad de atribuir el ejercicio de la autoridad parental, al progenitor que niega la paternidad, si el interés del hijo lo reclama, pero siempre que faltare el otro progenitor. Por supuesto, creemos que al valorar ese interés, el juez considerará el cambio de actitud del padre opositor hacia el vástago; cambio que de ser positivo, garantice la protección del hijo de familia.

2. ASPECTOS DE LA AUTORIDAD PARENTAL



De la definición legal de la autoridad parental se desprenden tres aspectos o funciones relevantes de esta función parento-filial, a saber: a) el cuidado personal o crianza; b) la representación legal; y, c) la administración de los bienes de los hijos de familia.

A continuación, desarrollaremos brevemente en qué consisten cada uno de ellos.

2. 1. CUIDADO PERSONAL O CRIANZA

Este primer aspecto se refiere al derecho que tienen los hijos de vivir en el seno de su familia y recibir de sus padres, crianza, educación, protección, asistencia y seguridad (Arts. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); 203 Ords. 2º y 3º; 351 Ords. 1º y 6º] C. F.), así como al deber de los mismos en guardar a sus padres respeto y consideración, y obedecerles mientras estén bajo su cuidado personal (Art. 204 Ords. 1º y 2º] C. F.).

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

Si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio.

El padre y la madre estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción”.

2. 2. REPRESENTACIÓN LEGAL

De conformidad al Art. 41 C. C., “Son representantes legales de una persona las que determina el Código de Familia; y lo son de las personas jurídicas las designadas en el Art. 546”.



El principio general de la representación sienta que toda persona es legalmente capaz de obligarse y adquirir derechos, excepto aquellas que la ley declara incapaces, conforme al Art. 1317 C. C.

Más adelante, el Código decimonónico establece que son absolutamente incapaces, los dementes, los impúberes y los sordos que no pueden darse a entender de manera indudable. En ese sentido, son también incapaces los menores adultos, pero dicha incapacidad no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en casos determinados por la ley, como en el caso de otorgar testamento (Arts. 26 y 1002 C. C.) o reconocer hijos (Art. 145 C. F.).

En general, los efectos de la representación legal determinan que, “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo”, según el Art. 1319 C. C.

De ahí que, el Art. 223 C. F. establezca que “El padre y la madre que ejercieren la autoridad parental, representarán a sus hijos menores o incapaces y velarán por la conservación o defensa de los que hubieren concebido. El padre o la madre a quien se hubiere confiado mediante resolución judicial el cuidado personal del hijo, tendrá exclusivamente la representación legal del mismo.

Se exceptúan de tal representación: 1°) Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con la ley y las condiciones de su madurez, pueda realizar por sí mismo, como abrazar determinada carrera, profesión o estado religioso, decidir su opción política, entre muchos otros; 2°) Los actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres (Arts. 227 y 228 C. F.); y, 3°) Cuando existieren intereses contrapuestos entre uno o ambos padres y el hijo, como ocurre en los procesos de alimentos y desplazamiento de la filiación.

Por último, pero no menos importante, el Art. 224 C. F. establece que “El Procurador General de la República tendrá la representación legal de los menores huérfanos de padre y madre o de filiación desconocida (debió decirse, de filiación no acreditada), o abandonados, de los mayores incapaces, de los hijos que por causas legales hubieren salido de la autoridad parental y de los que por cualquier



motivo carecieren de representante legal, mientras no se les provea de tutor. También la tendrá en el caso del ordinal 3°) del artículo anterior”.

Más adelante, retomaremos esta disposición cuando nos refiramos a las causas legales por las cuales los hijos salen de la autoridad parental, en tanto no se les provea de un tutor.

2. 3. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES

Con relación a este tercer aspecto de la autoridad parental, basta señalar que es un deber de ambos padres administrar y cuidar los bienes de los hijos que estén bajo su responsabilidad, realizando todos los actos de administración ordinaria a fin de conservar y hacer más productivos dichos bienes, según el Art. 226 C. F.

De acuerdo a lo dicho más arriba, se excluyen de tal administración y por ende, de su representación, los bienes adquiridos por el hijo a título gratuito (donación, herencia o legado), cuando el donante o testador así lo hubiere dispuesto expresamente; así como aquellos bienes que hubieren pasado al hijo por indignidad o incapacidad de uno o ambos progenitores; y, finalmente, los bienes adquiridos por el hijo mediante su trabajo o industria, si ya hubiere cumplido catorce años de edad.

Asimismo, uno de los rasgos distintivos de esta administración consiste en que los padres no pueden enajenar el dominio de los bienes del hijo, ni gravarlos, así como adquirir créditos a su favor, sin que preceda autorización del juez, quien sólo la dará cuando se acredite, mediante las diligencias respectivas, tanto la necesidad como la utilidad manifiesta de la operación. Arts. 230 C. F., 188 y siguientes L. Pr. F.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA AUTORIDAD PARENTAL

Finalmente, según lo descrito anteriormente respecto a la autoridad parental, podemos sintetizar las características principales de esta función, en las siguientes:

- a) Es de interés público: La voluntad de los particulares es ineficaz para alterar los alcances de su regulación legal.



- b) Es irrenunciable: Tampoco puede ser objeto de abandono ni delegación; ello porque es de orden público. Art. 5 C.F.
- c) Es intransferible: Los deberes y facultades que la integran están fuera del comercio, no pudiendo cederse en todo o en parte.
- d) Es imprescriptible: No se extingue por la falta de su ejercicio.
- e) Es temporal: Toda vez que se extingue por hechos del hombre, tales como la adopción del hijo y el matrimonio de éste; o por razones de orden natural, como la muerte real o presunta de los padres o por la del hijo, y por alcanzar éste su mayoría de edad. Art. 239 C.F.

Según lo anotado arriba, concluimos que la autoridad parental -como institución fundamental del derecho de familia- se orienta en el principio de orden público, del cual, a su vez, se derivan los caracteres enunciados y más específicamente, su irrenunciabilidad.

En ese sentido resulta inaceptable, además, la renuncia de la autoridad parental, porque con ello se perjudicaría el interés superior de los hijos menores de edad e incapaces, lo cual es de orden público y está protegido constitucionalmente (Arts. 34 y 36 Cn.) y al amparo de nuestra legislación (Arts. 346, 350, 391 y 396 C. F.).



CAPÍTULO III

VICISITUDES DE LA AUTORIDAD PARENTAL

Siguiendo a una correcta política legislativa, el Código de Familia distingue entre las hipótesis de extinción y pérdida de la autoridad parental, así como de la suspensión de su ejercicio, por lo que cada una de estas vicisitudes³ de la función parento- filial aparecen claramente diferenciadas, en uno y otro casos.

Desde que la autoridad parental es una institución propia del derecho de familia, cuyo propósito dinámico se justifica por el interés superior de los hijos, en cuyo propósito la ley establece ese conjunto de facultades y deberes en cabeza de ambos progenitores, resulta lógico suponer que existan causas modificatorias de dicha autoridad, mediante la concurrencia de determinados hechos biológicos, como la muerte de los padres o de los hijos; o el cumplimiento de su objeto, como sea una vez alcanzada la mayoría de edad del hijo o bien, con el matrimonio del mismo; o a través de diferentes acciones u omisiones de los padres que determinen la pérdida o la suspensión del ejercicio de dicha autoridad parental; para lo cual, el legislador ha agrupado en una serie de causas esas diferentes vicisitudes que modifican sustancialmente la titularidad, como el ejercicio o goce de tales facultades y deberes.

1. EXTINCIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL

Con relación a este punto, el Código de Familia no contiene novedad alguna, pues las causas de privación de la autoridad parental fundamentalmente son las mismas que se contemplaban en los Arts. 275 del Código Civil y 17 de la



Ley de Adopción, con la única salvedad que las causas reguladas en el Código Civil estaban inmersas en el instituto de la emancipación legal, de la cual la nueva normativa familiar se divorció.

En general, la emancipación era de tres clases, a saber: legal, judicial y voluntaria; sin embargo, dicho régimen fue suprimido con el Código de Familia, que optó sin más por la distinción entre causas de extinción y pérdida de la autoridad parental.

Ello fue motivado por el cambio producido en la concepción de la patria potestad, ahora denominada autoridad parental, según lo hemos visto en el marco histórico del presente ensayo.

En esa inteligencia, si hoy resulta inadecuado referirse al poder o potestad absoluto de los padres respecto a sus hijos, porque la orientación moderna nos sitúa en una nueva forma de ostentar y ejercer “la responsabilidad parental”; ello, por sí mismo, deviene en la consecuencia que es imposible mantener una institución como la emancipación legal, cuya etimología hace referencia a la salida de una potestad, la del *paterfamilias*, en análoga situación con la manumisión respecto de la potestad dominical romana. Tales conceptos y expresiones, evidentemente, a luz de la época actual, ya no tienen ninguna razón de ser.

En cuanto a sus orígenes históricos y legales, la extinción de la autoridad parental era antiguamente denominada “cesación de la patria potestad”, estableciéndose que la misma se terminaba por circunstancias que no implicaban un juicio moral o reproche respecto a la conducta de los padres, sino que simplemente significaba que los hijos ya no se encontraban bajo la esfera de vigilancia y autoridad de sus padres.

Así las cosas, la patria potestad también se terminaba por muerte de los padres o los hijos; por ingresar unos u otros a institutos monásticos; por llegar a la mayoría de edad el hijo; por su emancipación legal y por ser adoptado por un tercero, sin perjuicio de que se restituyera la patria potestad en caso de revocación o nulidad de la adopción.

³ El término vicisitud ha sido empleado en la doctrina argentina y española, por ejemplo, Cfr. D’ANTONIO, D. H., *Ob. Cit.*, Pág. 271 y LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.; MONTÉS PENADÉS, V. L.; ROCA I TRÍAS, E.; y otros, *Derecho de familia*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, Pág. 356.



En suma, la “patria potestad” en tiempos antiguos operaba de pleno derecho, o *ipso iure*, en los casos siguientes:

1. Por la muerte de los padres o de los hijos.
2. Por profesión de los padres, o de los hijos, con autorización de aquellos, en institutos monásticos.
3. Por llegar los hijos a la mayoría de edad.
4. Por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización.
5. Por la adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad que se restituyera en caso de revocación o nulidad de la adopción.

Sobre lo propio, conviene destacar que en la Ley de Adopción, derogada expresamente por el Art. 403 del Código de Familia, se disponía que al consentir el progenitor en la adopción de su hijo a favor del cónyuge, se perdía la patria potestad sobre aquel, por la aplicación de las reglas generales en materia de adopción.

De todos los casos antes mencionados, consideramos que merecen especial explicación para efectos de nuestros antecedentes históricos: a) la mayoría de edad; b) el ingreso a comunidades religiosas; y, c) la emancipación legal del hijo, en la actualidad suprimida por el matrimonio del hijo.

Veamos a continuación cada uno de ellos:

a) La mayoría de edad: Como causa de extinción de la autoridad parental, se refiere a la adquisición del hijo de la absoluta y plena capacidad civil, la cual, por definición, es incompatible con la subsistencia de las facultades y deberes emergentes de esta función parento- filial.

b) El ingreso a comunidades religiosas: La incorporación a órdenes o congregaciones religiosas de los padres o de los hijos, cuando cuenten con autorización de aquellos.

Si bien dicha situación no significaba, de suyo, una incapacidad con respecto a los padres para ejercer la “patria potestad”, ésta resultaba incompatible con el voto de obediencia a que están sometidos los religiosos y religiosas, así



como a las limitaciones que la profesión religiosa impone a la capacidad para cuidar a los hijos.

Evidentemente, si uno de los padres era quien ingresaba a la comunidad religiosa, quedaba el otro en el ejercicio exclusivo de aquella “patria potestad”.

Lo mismo ocurriría, supuesto que el hijo fuera quien ingresara a una comunidad religiosa, pues cabe lo expresado anteriormente, respecto a la incompatibilidad entre los deberes de obediencia por el voto de profesión y los deberes que se tienen con relación a los padres.

Huelga señalar, para la actualidad, que si los padres se oponen al ingreso del hijo o la hija de familia a una orden o congregación religiosa, respectivamente, por tratarse éste de un acto relativo a los derechos de la personalidad, la representación legal cede por virtud del Art. 223 Inc. 2 Ord. 1º) C. F.

c) La emancipación legal o matrimonio del hijo: Asimismo, la “patria potestad” se extinguía por emancipación legal, cuando el hijo menor de edad contraía matrimonio, sin perjuicio que los padres conservaran la administración de los bienes recibidos por los hijos a título de gratuito, si el matrimonio se celebraba sin autorización. Ello, sin embargo, no significaba que “la patria potestad” continuara vigente, sino que más bien se trataba de una sanción legal impuesta al menor que contraía matrimonio sin autorización de sus padres.

Esta consecuencia era natural, en orden a que la “patria potestad” dejaba de cumplir su objetivo, cuando los hijos menores de edad contraen matrimonio, pues pasan a constituir su propia familia, independientemente de las facultades y deberes legales otorgados a sus padres.

1.1 DEFINICIÓN

Como se dijo más arriba, uno de los atributos de la autoridad parental consiste en su carácter temporal, ya sea por razones propias del hombre o de la naturaleza, que determinan su finalización.

De esta manera, la autoridad parental se concibe como una función que se encuentra limitada en el tiempo y que está orientada en el interés del hijo o hija. Resulta, entonces, conveniente que la misma se extinga cuando el hijo con el



transcurso del tiempo, se vuelva civilmente capaz o bien, cuando adquirido cierto estado familiar, como el matrimonial o el de hijo adoptivo, la finalidad de la autoridad parental se encuentre cumplida.

Según Suárez Franco, citado por Sierra Rincón, la figura de la extinción supone “la terminación o el fenecimiento definitivo de la patria potestad”⁴, por parte de ambos progenitores sobre el hijo de familia; salvo, en el régimen de nuestro Código de Familia, que por haber cumplido el hijo la mayoría de edad, la autoridad parental se prorrogue o restablezca, de conformidad al Art. 245 C. F.

Asimismo, la doctrina española ha señalado que “cabe hablar de *pérdida* de la patria potestad cuando ésta cesa, totalmente y sin carácter punitivo, sólo respecto a su titular, pero no respecto al hijo, que sigue estando sometido a la patria potestad de otro u otros. Por tanto, la patria potestad no se extingue respecto del hijo. Así, la muerte o declaración de fallecimiento de uno solo de los padres determina la pérdida por el mismo de la patria potestad, pero ésta continúa con el otro (si está en situación legal de ejercerla). Igual ocurre con la adopción, habiéndose determinado la filiación por naturaleza, pues simplemente cambia la titularidad en la patria potestad, pasando de los progenitores a los padres adoptantes”⁵.

En ese orden de ideas, aunque el Código de Familia no señala en qué consiste la extinción de la autoridad parental, sino que únicamente regula las causas que le ponen fin, queda claro que la nota común entre todas ellas es que ninguna requiere la intervención judicial, porque todas operan de pleno derecho, es decir, *ipso iure*.

Sin embargo, podemos diferenciar unas de otras, en la medida que algunas extinguen la autoridad parental por un hecho de la naturaleza y como tales, podemos mencionar a la muerte real de los padres o de los hijos; así como, por haber cumplido el hijo la mayoría de edad, salvo los casos de prórroga y restablecimiento ya indicados. En tales situaciones, desde luego, operará para el hijo la salida inmediata de la autoridad de sus padres.

⁴ Cfr. SIERRA RINCÓN, Néstor Antonio, Procesos ante los jueces de familia, ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1991, Pág. 20.

⁵ Cfr. LÓPEZ, MONTÉS, ROCA, y otros, Ob. Cit., Pág. 357.



En cambio, la autoridad parental también se extingue por hechos del hombre, como la adopción del hijo, salvo el caso de la adopción de integración, regulada en el Art. 170 C. F.; así como, por el matrimonio del hijo.

1.2. CAUSAS

De acuerdo al Art. 239 C. F., “La autoridad parental se extingue por las siguientes causas: 1ª) Por la muerte real o presunta de los padres o del hijo; 2ª) Por la adopción del hijo, salvo en el caso del inciso segundo del artículo 170; 3ª) Por el matrimonio del hijo; y 4ª) Por haber cumplido el hijo la mayoría de edad”.

En nuestra opinión, dichas causales son taxativas, por lo que la norma no permite su extensión a otros motivos, en atención al interés u orden público involucrado.

A continuación desarrollaremos cada una de ellas:

1ª) Por la muerte real o presunta de los padres o por la del hijo:

En este caso, la extinción de la autoridad parental puede operar en uno solo de los padres, pues, como ya se dijo, en defecto de uno de los padres, la autoridad parental será detentada y ejercida exclusivamente por el progenitor sobreviviente.

Otra cosa ocurriría, supuesto que el padre o la madre *supérstite* no se hallare en situación legal de ejercerla, sea que mediare una sentencia firme de pérdida o suspensión de la autoridad parental, pues en tal caso se extinguiría por la muerte de un progenitor y por la privación o suspensión del ejercicio del otro. Resultando así las cosas, se iniciarán, aun de oficio, las diligencias de nombramiento de tutor a favor del hijo de familia que no estuviere sometido a la autoridad parental, según el Art. 242 inc 2º C. F.

Como sabemos es un principio general de nuestro derecho que la persona termina en la muerte natural (Art. 77 C. C.); sin embargo, tendrá lugar la presunción de muerte por desaparecimiento, ignorándose si un individuo está vivo, cuando se desconoce el paradero del desaparecido, habiéndose hecho en vano las posibles diligencias para averiguarlo y teniéndose las últimas noticias de su existencia hacía cuatro años (Art. 80 C. C.). En tal situación, se seguirá el



procedimiento señalado en la ley ante el Juez de lo Civil del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el país.

La muerte real o presunta del padre o la madre, o de ambos, o por la del hijo, aparea la terminación definitiva de todas las facultades y deberes que involucra la autoridad parental.

Por esa razón, a falta de la autoridad parental tiene lugar la tutela sobre el hijo de familia, pudiendo tanto el padre o la madre nombrarle un tutor por testamento, según el Art. 284 C. F. En dicho evento, cuando los padres ejerzan la autoridad parental de consuno, sólo tendrá eficacia el nombramiento de tutor hecho por cualesquiera de los padres que falleciere por último.

2ª) Por la adopción del hijo, salvo en el caso del inciso segundo del artículo 170:

Como se dijo más arriba, en este caso opera una diferencia fundamental respecto al régimen anterior del Código Civil y la Ley de Adopción, pues no tiene lugar un cambio en la titularidad de la autoridad parental, en el progenitor que consiente en la adopción de su hijo por parte de su cónyuge.

En efecto, el Código de Familia no solo dejó atrás la clasificación inveterada de la adopción, en simple y plena, regulándose ahora sólo la plena, sino que introdujo en varias de sus disposiciones la regulación de una nueva adopción de integración (llamada también integrativa), morigerando sus requisitos y efectos, cuando se trata de la adopción por uno de los cónyuges del hijo del otro.

Una de estas normas se refiere a la finalización, terminación o extinción de la autoridad parental, prescribiendo que “La adopción pone fin a la autoridad parental o a la tutela a que el menor estuviere sometido, así como a su cuidado personal; y da a los adoptantes la autoridad parental del adoptado. Cuando adopte uno de los cónyuges al hijo del otro, éste no perderá la autoridad parental y la compartirá con el adoptante” (Art. 170 C. F.).

De la sola lectura del precepto señalado, observamos que el legislador cometió una ligereza porque establece que la adopción de integración; es decir, la realizada por uno de los cónyuges con el hijo del otro; no hará “perder” la



autoridad parental del padre o madre biológicos, cuando de conformidad al actual régimen de la autoridad parental, lo anterior se relacionaría más bien con las causas de “extinción” de la autoridad parental.

De ser más coherente el Código de Familia, debió decirse, “Cuando adopte uno de los cónyuges al hijo del otro, la autoridad parental no se extinguirá respecto a éste, quien la compartirá con el adoptante”.

Sin perjuicio de este caso excepcional, el principio general enseña que en la adopción plena, “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”. Quedando vigentes únicamente los impedimentos matrimoniales que por razón de parentesco establece el Código (Art. 167 C. F.).

El objetivo de la autoridad parental deja, entonces, de tener sentido y a su vez, carece de contenido, cuando el hijo adoptado pasa a formar parte de una nueva familia, la cual asumirá totalmente la “responsabilidad parental”.

3ª) Por el matrimonio del hijo:

Naturalmente, cabe subrayar que el supuesto de la norma es que el hijo sea menor de edad.

Sabemos que la minoría de edad es un impedimento dirimente, de tipo absoluto, para contraer matrimonio, de conformidad al Art. 14 Ord. 1º) C. F. Sin embargo, tampoco es menos cierto que el Código autoriza que “los menores de dieciocho años puedan casarse si siendo púberes, tuvieren ya un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada” (Art. 14 *in fine* C. F.).

Más adelante, la primera parte del Art. 18 C. F. establece que, “Los menores de dieciocho años que de conformidad a este Código puedan casarse, deberán obtener el asentimiento expreso de los padres bajo cuya autoridad parental se encontraren”; con lo cual se diseña una regla especial a favor del matrimonio, en el caso de los menores de edad que se encontraren en las circunstancias establecidas por el Art. 14 ya citado.



Esta causa de extinción de la autoridad parental da lugar al planteamiento de un caso, casi quimérico, que ocurre cuando el hijo menor de edad ha contraído matrimonio y durante la misma minoría de edad, se divorcia. Podemos plantear inicialmente tres interrogantes: ¿Quién tendrá su representación legal en caso de haber contraído matrimonio con otro menor de edad? ¿Quién tendrá su representación legal en caso de haber contraído matrimonio con un mayor de edad? Y finalmente, ¿Si se divorcia, tornaría la autoridad parental a sus progenitores?

Para dar solución a estas cuestiones, en primer lugar, conviene señalar que el matrimonio del hijo menor de edad, como causa de extinción de la autoridad parental, resulta ser una “causa legal” por la cual ellos han salido de la autoridad de sus padres, en los términos del Art. 224 C. F.

Ello determina, en función de las reglas de la tutela y por definición, que “La tutela o guarda es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente”, a tenor del Art. 272 Inc. 1 C. F. (Subrayado fuera de texto).

En el supuesto que ambos cónyuges sean menores de edad, tiene lugar por disposición del Art. 289 Inc. 2 C. F., la aplicación de un tutor común, salvo que en interés de los mismos convenga nombrarles diferente guardador. Art. 276 C. F.

En el supuesto que uno de los cónyuges sea mayor de edad y el otro menor, será llamado a la guarda o tutela legítima de este último, en primer lugar, su cónyuge, sin perjuicio que el juez pueda variar su designación a un familiar, cuando existieren motivos justificados para ello (Arts. 287 Inc. 2 y 289 Inc. 1 C. F.).

Sea como fuere, la tutela del menor casado se limitará únicamente a la administración de sus bienes y a la representación en actos y contratos relacionados con los mismos, por lo que el aspecto personal de la autoridad parental, vinculado al cuidado de su persona y a la representación legal seguiría en cabeza de sus padres.

En caso de divorcio, nulidad o muerte de su cónyuge, consideramos que operaría una “especie de prórroga o restablecimiento” de la autoridad parental, por



análogas razones que en el caso del hijo mayor de edad declarado incapaz, que no hubiere fundado una familia, correspondiendo a quienes la ejercerían siendo el hijo menor de edad. Arts. 8, 9 y 245 C. F.

Sin perjuicio de lo dicho, en los dos primeros casos, dado que procede el nombramiento de un tutor legítimo; mientras no se le provea, el Procurador General de la República tendría la representación legal del hijo que por una causa legal hubiere salido de la autoridad parental. Art. 224 C. F.

4a) Por haber cumplido el hijo la mayoría de edad:

Como ya se dijo, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, de conformidad al artículo 345 C.F. En ese sentido, la autoridad parental finaliza una vez el hijo de familia alcanza la mayoría de edad, porque dicha autoridad resulta exclusiva para los menores edad y aún para los mayores de edad, pero declarados incapaces por sentencia judicial.

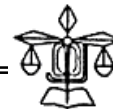
1.3. CASO ESPECIAL DE LA MAYORÍA DE EDAD: Prórroga y restablecimiento de la autoridad parental:

Las excepciones a la finalización definitiva de la autoridad parental tiene lugar en los casos de la prórroga y restablecimiento de ella, este supuesto opera cuando el hijo por motivo de enfermedad, hubiere sido declarado incapaz antes de llegar a su mayoría de edad, conforme al Art. 245 C. F.

Dicho precepto establece que, “No obstante lo dispuesto en la causal 4ª) del artículo 239 de este Código, la autoridad parental quedará prorrogada por ministerio de ley, si el hijo por motivo de enfermedad hubiere sido declarado incapaz antes de llegar a su mayoría de edad.

La autoridad parental se restablecerá sobre el hijo mayor de edad incapaz, que no hubiere fundado una familia.

La autoridad parental prorrogada o restablecida, será ejercida por los padres a quienes correspondería si el hijo fuere menor de edad, y se extinguirá, perderá o suspenderá por las causas establecidas en este capítulo, en lo aplicable”.



Lo dicho acá, se relaciona además con el Art. 296 del citado Código, por cuanto “Los menores de edad podrán ser declarados incapaces, a solicitud de quienes ejerzan la autoridad parental o la tutela, o del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacidad persistirá después de alcanzada la mayoría de edad. Esta declaratoria tendrá por finalidad la prórroga de pleno derecho de la autoridad parental o de la tutela”.

En este punto, cabe subrayar una diferencia de trato que se establece entre el matrimonio y la unión no matrimonial.

Como sabemos, el Art. 2 C. F. establece que: “La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco”.

Sin desconocer las diferencias entre una y otra institución, el legislador ha regulado en el Art. 245 Inc. 2 C. F., que “la autoridad parental se restablecerá sobre el hijo mayor de edad incapaz, que no hubiere fundado una familia”.

Ello es así, en la inteligencia que si hubiere fundado una “familia matrimonial”, será su cónyuge el llamado a ejercer en primer lugar su tutela legítima, de conformidad al Art. 291 C. F.; sin embargo, nada se dijo respecto al declarado incapaz que igualmente hubiere fundado una “familia extramatrimonial” o “familia no matrimonial”, porque el conviviente no está llamado a ejercer dicho cargo; en cuyo caso, el legislador se decidió porque fuera restablecida a sus padres.

2. PÉRDIDA DE LA AUTORIDAD PARENTAL

En sus orígenes, la pérdida de la autoridad parental era llamada “privación de la patria potestad”. Esta regulaba los actos de los padres que merecían un juicio de reproche desde la perspectiva de los intereses del hijo y que determinaban la necesidad, para la seguridad y cuidado de éste, de sustraerlo de la esfera de la autoridad del progenitor.



La privación de la patria potestad se adoptaba sólo contra el progenitor que realizaba el acto que merecía el reproche legal, siendo éste el presupuesto de tal vicisitud.

Respecto a las causas por las que anteriormente se perdía la “patria potestad”, podemos decir lo siguiente:

Dicha privación tenía lugar cuando el progenitor había sido condenado en sede penal por un delito doloso contra la persona o bienes de alguno de sus hijos, sea como autor, cómplice, instigador y también por haber sido condenado en su carácter de coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo. Asimismo, por dar ejemplos perniciosos, poniendo en peligro -en virtud de algunas de esas causas- la seguridad, la salud física o psíquica o la moral del hijo; y por el abandono que el progenitor hiciera del hijo, aunque éste fuera recogido, protegido y cuidado por el otro progenitor o por un tercero.

La experiencia nos enseña que este último supuesto era el que mayoritariamente daba lugar a demandas de privación de la “patria potestad” y en numerosas oportunidades, también se observaba que el estado de abandono quedaba patentizado a través del incumplimiento absoluto e injustificado de la obligación de prestar alimentos al hijo.

Por otro lado, la privación de la patria potestad podía ser dejada sin efecto, en virtud de nuevas circunstancias que se demostraran ante el juez y que acreditaran que ella sería de beneficio para el hijo. Así, el padre que probase una modificación sustancial en su comportamiento; por ejemplo, que hubiere cesado en su “inconducta notoria” o que hubiere comenzado a abonar puntualmente la cuota alimenticia.

Dichas causas de privación de la “patria potestad” se encontraban reguladas en el Art. 276 C. C., como casos de emancipación judicial. Las causas referidas adquirirían tal gravedad que el Código decimonónico imponía como efecto, la salida definitiva del hijo de la patria potestad, pues a tenor del Art. 278 del mismo cuerpo de ley, “Toda emancipación, una vez efectuada, era irrevocable.”



En suma, el padre o la madre, en el régimen del Código Civil, quedaban privados de la patria potestad en los casos siguientes:

1. Por ser condenados como autor o coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.
2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, aun cuando éste quedare bajo la guarda o sea recogido por el otro progenitor o por un tercero.
3. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

Cabe señalar que las conductas descritas en la norma debían tener entidad suficiente para hacer peligrar la integridad física y psíquica del hijo, sin que fuera necesario estar a la producción de un resultado, pues bastaba acreditar la grave conducta del progenitor para configurar la causal, aun cuando en los hechos no fuera apreciable el daño en el hijo.

La privación de la autoridad de los padres, también podía ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraban que por nuevas circunstancias, la sustitución se justificaba en beneficio o interés de los hijos.

De ahí que, la privación de la patria potestad dejaba de ser una sanción definitiva e irreversible, ya que podía ser revisada, pudiendo dejarse sin efecto, si la circunstancia sobreviniente demostraba que habían desaparecido los supuestos que dieron lugar a tal medida.

2.1. DEFINICION

La pérdida de la autoridad parental es la privación “definitiva” de las facultades y deberes que la ley otorga e impone a ambos padres, con relación a la persona y bienes de sus hijos menores de edad o declarados incapaces, por causas legales que merecen un juicio de reproche desde la perspectiva del hijo de familia y que determinan la necesidad, para su seguridad y cuidado, de sustraerlo de la esfera de autoridad de sus progenitores. La pérdida de la autoridad parental



se adopta sólo contra el padre o madre que realizó el acto que merece el reproche legal.

En definitiva, las causas legales de pérdida de la autoridad parental constituyen sanciones impuestas a uno o a ambos padres, debido a la existencia de motivos que pongan en riesgo a los hijos de familia, tanto en su aspecto físico, psíquico o moral, perdiéndose dicha autoridad respecto a todos ellos.

Asimismo, vale decir que algunos autores consideran que la pérdida de la autoridad parental constituye una manifestación de la “faz punitiva” del derecho de familia y que la gravedad de la sanción impuesta al padre o madre infractor, radica precisamente en la privación de la posibilidad de ejercer las facultades y deberes que la relación jurídica paterno- filial confiere e impone originalmente a ambos progenitores.

Por esa razón, la sanción va dirigida a impedir el ejercicio de tales facultades al padre o madre, que con su conducta ha desnaturalizado los fines que el derecho le reconoce a dicha función.

Finalmente, de acuerdo a la doctrina española, cabe hablar de privación de la patria potestad cuando ésta cesa con carácter punitivo respecto a su titular, pero no respecto al hijo si existe cotitular en quien pueda concentrarse. Puede ser total o parcial, y es causa de incapacidad para cargos tutelares; justa causa de desheredación e incluso, causa de cesación del derecho a pedir alimentos⁶.

2.2. CAUSAS

De acuerdo al Art. 240 C. F.: “El padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre todos sus hijos, por cualquiera de las causas siguientes: 1^a) Cuando corrompieren a alguno de ellos o promovieren o facilitaren su corrupción; 2^a) Cuando abandonaren a alguno de ellos sin causa justificada; 3^a) Cuando incurrieren en alguna de las conductas indicadas en el artículo 164; y, 4^a) Cuando fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijos”.

⁶ Ibidem, Pág. 357.



Como se advierte de dicho precepto, las causas por las que la autoridad parental se pierde, revisten suma gravedad que las conductas de los progenitores lindan con infracciones penales o son constitutivas de delito.

Asimismo, consideramos que dichas causales requieren que su contenido sea llenado, por lo que la casuística y la jurisprudencia permitirán su mejor comprensión, en atención al interés u orden público involucrado.

En seguida desarrollaremos cada una de ellas:

1ª) Cuando corrompieren a alguno de ellos (hijos) o promovieren o facilitaren su corrupción:

En este caso, la inconducta de los padres conlleva una sanción legal, porque el comportamiento ilícito y antijurídico de los aquellos contraría los contenidos esenciales de las facultades y deberes que los mismos tienen sobre sus hijos menores de edad o mayores incapaces.

Esta causal supone, desde luego, la acción inmediata y ostensible de corromper, aunque los padres no consigan necesariamente la corrupción del hijo. No es menester que la conducta sea dolosa, porque el motivo puede ocurrir incluso, en el ámbito de la culpa o negligencia del progenitor en el deber de cuidado o vigilancia de sus hijos; por lo que, aquí se comprenden ampliamente las acciones u omisiones que atentan contra la moralidad de los menores o incapaces.

La corrupción, la promoción o facilitación de la misma es, pues, una de las causas de pérdida de la autoridad parental, que ponen de manifiesto la conducta inmoral del padre o madre. Igual efecto producen los delitos de violación, estupro, abusos deshonestos, corrupción de menores y prostitución, incesto, Etc., cometidos en cualquiera de sus hijos, así como el abuso sexual infantil.

Ante tales hechos inmorales, el Código de Familia se apartó de algunas corrientes que dejaban a criterio del juez privar definitiva o temporalmente a los progenitores de la autoridad parental; en tanto, se adhirió a una corriente tradicional y prefirió privar totalmente de la autoridad parental al padre o a la



madre causantes de esos hechos. Dicha posición, sostenida por alguna doctrina nacional, se dice fundamentar en el interés del hijo⁷.

Más adelante volveremos a este punto para señalar que la doctrina y legislación extranjera, así como cierta jurisprudencia nacional, no son contestes con lo absoluto de dicho criterio.

2ª) Cuando abandonaren a alguno de ellos (hijos) sin causa justificada:

La pérdida de la autoridad parental se explica, en esta situación, en virtud que el hijo de familia ha sido abandonado, sin ningún motivo, dejándosele sin la debida protección para recibir alimentación, educación y todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad.

Por esa razón, el legislador dispuso una grave sanción a los padres, privándoles de la autoridad parental sobre sus hijos, para lo cual es necesario que dicho abandono sea comprobado durante el proceso, aun cuando se alegare que el hijo está bajo el cuidado personal del otro progenitor o de un tercero.

Estimamos que el abandono, como segunda causal de pérdida de la autoridad parental, debe comprender no sólo la desprotección del hijo, sino toda acción u omisión que implique el incumplimiento de los deberes paterno- filiales; es decir, de los deberes de asistencia moral y económica, educación, orientación, Etc. y que, en general, exteriorizan los fines familiares que subyacen en la definición de la autoridad parental.

En cuanto a la figura del abandono existen dos concepciones doctrinarias diferentes. Por un lado, una de corte subjetivo que imputa el abandono al padre o la madre que se desatiende absolutamente de los deberes que le incumben, aunque objetivamente el menor no quede desamparado, ya sea porque el otro progenitor asume aquellos deberes o porque el hijo queda confiado a un tercero.

La otra posición entiende que si el hijo de familia no sufre un estado objetivo de abandono, no procedería promover el proceso de pérdida de la autoridad parental.

⁷ Cfr. CALDERÓN DE BUITRAGO, A.; BONILLA DE AVELAR, E. D., y otros, Ob. Cit., Pág. 625. Véase más adelante nuestra opinión en 4.4.1.



No obstante ello, las orientaciones modernas en materia familiar prescriben que para establecer el abandono debe apreciarse exclusivamente la actitud del progenitor abandonado con independencia de que el menor esté bajo el cuidado personal y protección del otro progenitor o un tercero.

En nuestra opinión, consideramos que esta vía es la correcta, ya que las obligaciones y deberes que resultan de la autoridad parental son personalísimas, indelegables e irrenunciables (Art. 5 C. F.); de ahí que, si un padre abdica, renuncia o es indiferente a sus deberes familiares, ha de sancionársele con la pérdida de la autoridad parental imponiéndole, además, el cumplimiento de los deberes de asistencia y protección, según el Art. 246 C. F.

Al respecto, el Código de Familia brinda una definición legal de abandonado, orientado en la segunda posición. El Art. 182 No. 1, relativo a la filiación adoptiva, establece que: “Se considera abandonado todo menor que se encuentre en situación de carencia, que afecte su protección y formación integral en los aspectos material, psíquico o moral, por acción u omisión”.

A los fines de nuestra investigación, el abandono como causa de la pérdida de la autoridad parental, nos lleva a determinar los alcances de tal definición y en ese sentido podemos concluir que el abandono importa la dejación o el incumplimiento de los deberes paterno- filiales, entendiéndose éstos en su conjunto, en armonía con el citado Art. 182 N° 1 C. F.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que en algunos casos es posible que las distintas formas de abandono coincidan bajo una misma definición legal; en cuyo supuesto habrá que derivar soluciones diversas. De esa forma, si un padre conscientemente no alimentare a su hijo, estaría incumpliendo un deber de asistencia, y si este hijo fuere menor de doce años y adoleciera de una discapacidad o minusvalía, además, tal conducta podría constituir un delito y al mismo tiempo, ese menor se encontraría en estado de abandono, para lo cual el Estado le debe protección.

En suma, cuando la fracción 2a) del Art. 240 C. F. establece el abandono como causa de pérdida de la autoridad parental, debemos entender que alude al incumplimiento de los deberes paterno- filiales; pero, si ese abandono es



constitutivo de delito, dicha pérdida podrá solicitarse mediante la causal 4a) del artículo mencionado; es decir, cuando los padres fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijos; y, finalmente, si el incumplimiento de los deberes paterno- filiales constituye un estado de abandono, el hijo estará protegido por el Estado a través de las instituciones que velan por el interés de la infancia y a través de los jueces, quienes deberán aplicar en su favor medidas de protección.

3ª) Cuando incurrieren (los padres) en alguna de las conductas indicadas en el artículo 164 C. F.:

Este supuesto se refiere a los padres que han participado en el fraude de falso parto o de suplantación, o suposición, ocultando la verdadera filiación del hijo; por lo que, el Código ha sancionado a quienes participen de tal hecho con la privación total de la autoridad parental, pues con esa actitud se vendrían a contradecir los contenidos esenciales de esta función parento- filial.

Con relación a este motivo, conviene subrayar que se ha mantenido lo dispuesto en el Art. 295 del Código Civil, que sancionaba a los progenitores que habían tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación; de tal suerte que, el descubrimiento de la verdad no les aprovecha en forma alguna, ni para ejercer sobre el hijo las facultades de la autoridad parental, ni para exigirles alimentos.

En efecto, el Art. 164 C. F., intitulado “Sanción por fraude”, establece que: “A ninguno de los que hayan participado en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento de tales hechos, ni aún para ejercer sobre el hijo los derechos de autoridad parental, o para exigirle alimentos, o para sucederle en sus bienes por causa de muerte”.



4ª) Cuando fueren condenados (los padres) como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijos:

Esta sanción se pone de manifiesto cuando uno de los padres comete delito doloso o es cómplice del mismo en perjuicio de uno de sus hijos, siendo procesado por dicho delito y además, fuere condenado.

La disposición establece que los padres que incurren en tal conducta perderán la autoridad parental, ya que tal comportamiento involucra una infracción muy grave, concluyéndose que dichos padres no merecen ostentar la autoridad parental, porque han lesionado los bienes jurídicos de sus hijos de familia.

Como sabemos, para que se decrete la pérdida de la autoridad parental deberá existir una sentencia firme que así la establezca. Las situaciones que se señalan y que son motivos de pérdida de la autoridad parental, constituyen sanciones que el legislador establece a los padres que cometieran alguna de esas acciones u omisiones, por lo que consideramos acertada tal solución.

En otro orden de ideas, cabe señalar que la condena como autor o cómplices de cualquier delito doloso excluye, por antonomasia, a los delitos culposos; ya que éstos, en la inteligencia del legislador no representan una conducta que justifique por sí sola una sanción tan drástica como la pérdida de la autoridad parental. La excepción a esta regla estaría comprendida en el primer motivo de pérdida de la autoridad parental, porque ésta incluiría las acciones y omisiones culposas o negligentes de los padres, como ya se dijo.

Asimismo, consideramos que en el presente caso deberá existir una condena penal previa por el delito imputado al padre y/ o a la madre. La prejudicialidad de la acción penal a la civil o familiar, suspendería el proceso de familia, hasta no saberse de la condena que dicte el juez penal, conforme al Art. 27 Inc. 1 L. Pr. F.

Por otro lado, el Código Penal se refiere a los efectos de los delitos determinando la inhabilitación absoluta para el ejercicio de ciertos derechos, como el de la autoridad parental durante el tiempo de la condena, concluido el cual se puede rehabilitar al padre o madre. Sin embargo, en la normativa familiar y con



base a la gravedad de los hechos delictivos en contra de los hijos, la pérdida implica una negación definitiva de la autoridad parental.

De ahí que, esta causal constituya una innovación que se justifica en razón de la gravedad del delito cometido en perjuicio del hijo, propiciado por aquellas personas que detentan la autoridad parental y que, además, pueda comprenderse entre las penas accesorias a que se refiere el Art. 45 del Código Penal.

En ese sentido, la inhabilitación absoluta y especial en cuanto a la autoridad parental, comprende en el primer caso a “la incapacidad de ejercer la autoridad parental, tutela, curaduría”; y en la segunda, se refiere a la privación o restricción de uno o más derechos, o a la privación o suspensión del ejercicio de una profesión, oficio o actividad estén o no reglamentadas.

2.3. JURISPRUDENCIA ANOTADA

A continuación pasaremos revista a una selecta jurisprudencia pronunciada por la Cámara de Familia, con sede en la ciudad de San Salvador.

PÉRDIDA DE LA AUTORIDAD PARENTAL POR ABANDONO NO JUSTIFICADO (Art. 240 causal 2ª] C. F.).

De acuerdo a un nutrido número de fallos en igual sentido, REF.: 54- A-2001, del 3/9/2001; 88- A- 1999, del 16/12/1999, entre muchos otros, en procesos de pérdida de la autoridad parental, vistos en apelación por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, sintetizadamente se ha dicho:

“Que el abandono puede establecerse siguiendo a dos criterios, uno objetivo que alude a los casos más graves y consumados, para el cual nos remitimos al Código Penal, que en su artículo 199, tipifica y sanciona el abandono de persona y en lo pertinente dice: “El que teniendo deber legal de velar por un menor de dieciocho años o una persona incapaz... los abandonase poniendo en peligro su vida o su integridad personal o los colocare en situación de desamparo...”.

Que, en nuestro derecho de familia, de acuerdo a las nuevas corrientes, para valorar el abandono como causa de pérdida de autoridad parental, se adopta



también un criterio subjetivo de abandono, puesto que se entenderá que hay abandono aun cuando el menor “abandonado” sea recogido por el otro progenitor o un tercero que lo ampare. Se atiende, como dijimos antes, al incumplimiento de los deberes de asistencia al menor, sin causa justificada. Para estos casos, lógicamente y por su subjetividad, la ley no define parámetros para tener por establecida la causal de abandono, pero tal como lo reconoce la doctrina, el criterio determinante es la intencionalidad del abandonante; aún más, nosotros agregaríamos otro, el cual sería la falta de interés del padre en no procurar o agotar los medios necesarios para asistir a su hijo menor de edad en los aspectos morales, educativos, efectivos y económicos. Todo ellos, los aspectos morales, educativos, efectivos y económicos, deben ser valorados por el juzgador, en cada caso concreto, tomando en consideración los principios rectores del derecho de familia.

LA RECUPERACIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL EN CASO DE PÉRDIDA POR ABANDONO INJUSTIFICADO

En la sentencia de apelación REF. 88- A-1999, ya citada, emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en un proceso de pérdida de la autoridad parental, se dijo lo siguiente:

”Queremos dejar constancia que no obstante estamos de acuerdo en sancionar con la pérdida de autoridad parental a aquellos progenitores que no cumplan con sus deberes y obligaciones comprendidos dentro de ésta; es decir, a los irresponsables, que no se encuentran a tono con los deberes que la ley les impone para con sus hijos, consideramos que cuando la pérdida de la autoridad parental se decreta con base a la causa 2ª del artículo 240 C. F.; es decir, por abandono injustificado, valorado éste desde una óptica subjetiva o aún en el criterio objetivo seguido por el Código Penal, debe quedar abierta la posibilidad, para que en un futuro el padre que ha cometido esa conducta indebida, perfectamente pueda cambiarla y demostrar que su comportamiento irresponsable ha cesado. De no ser así, es dejar de reconocer que la conducta humana es dinámica y que las personas puedan cometer hoy conductas indebidas y



corregirlas mañana. Nos atreveríamos a decir, incluso, que nuestro legislador erró al incluir el abandono como causa de pérdida de la autoridad parental y más bien debería ser una causa de suspensión de la misma. El yerro legislativo es más grande cuando no estipuló expresamente su restablecimiento”.

ABUSO SEXUAL INFANTIL

De acuerdo a una reciente e interesante sentencia de apelación REF.: 45-A-2003, del 21/5/2003, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en un proceso de pérdida de autoridad parental, se pronunció con relación al Art. 240 causa 1ª] C. F., en el siguiente sentido:

“Que tal disposición comprende tres acciones sancionadas con la pérdida de la autoridad parental: a) Corromper; b) Promover; y, c) Facilitar la corrupción.

Que los vocablos corromper y promover denotan una intención dolosa por parte de los autores o partícipes del hecho. En cambio, facilitar no implica necesariamente una conducta orientada de forma directa a un propósito determinado, pues también significa el dejar de hacer lo que la prudencia de una persona común le manda, o dejar de cumplir con lo preceptuado en una obligación prevista legalmente.

Que en estos procesos de pérdida de la autoridad parental están comprometidos valores y bienes jurídicos, tales como el pudor, la salud mental y física del niño o niña, los cuales se deben de ponderar si se configuran los siguientes presupuestos: a) Si existe actividad corruptora de un niño o niña; b) El tipo de actividad; c) Las personas involucradas en el suceso. Estos tres elementos deben ser examinados como circunstancias objetivas; y, d) La existencia o no de algún deber legal de la madre para con su hija y si se ha quebrantado ese deber, como elemento subjetivo de la persona involucrada, activa o pasivamente (por omisión).

Con respecto al acto de corrupción (elemento del literal a)], la Cámara siguiendo la opinión de la especialista argentina Virginia Berlinerblau (médica forense), definió el abuso sexual infantil, así: “El contacto genital entre un o una menor de edad (dieciocho años o menos) y un adulto que lo manipula, engaña o



fuerza a tener comportamientos sexuales. Los tipos de contacto incluyen: penetración, intento de penetración, estimulación del área vaginal o rectal del niño o niña, por el pene, un dedo, la lengua o cualquier otra parte del cuerpo del abusador, o por un objeto usado por el perpetrador; también, incluye cualquier tipo de contacto genital o anal del perpetrador por parte de la víctima”.

Además de ello, dicha definición engloba conductas o comportamientos sexuales en los que no media contacto físico alguno entre adulto y el niño o niña, como conversaciones y miradas seductoras a un menor de dieciocho años, por los padres u otras personas que ejercen poder sobre él, cuando dicha charla viola fronteras generacionales o personales; así como, permitir o forzar al niño o niña a observar películas o material pornográfico; ser victimizado a través del exhibicionismo o *voyeurismo*, dentro de la familia o en un medio íntimo en forma reiterada. En definitiva implica un abuso de poder, porque una persona con fuerza, sofisticada, obtiene ventaja sobre una más joven o más pequeña, con el propósito de satisfacer sus propios deseos sin importarle los sentimientos o deseos del niño o niña”.

El tribunal de alzada fue del criterio que podría bastar un solo hecho de las conductas señaladas en la norma, para que se produzca la pérdida de la autoridad parental. Ello es así, “porque un solo hecho intenso es capaz de marcar de por vida a un niño o niña, ya que la vida depende de momentos, instantes de tiempo que cambian vertiginosamente la dirección de la misma, los cuales están supeditados a que los padres tomen decisiones sobre la vida de los hijos”. De ahí que, si lo que se pretende es proteger al niño o niña, “no debe esperarse una cadena de hechos que pongan en peligro la salud, la seguridad mental y física o su moralidad”.

Además, “no es indispensable que el facilitador de la corrupción esté en concierto previo con el perpetrador directo del abuso sexual, basta que con sus actos negligentes y graves ponga en peligro al niño. Como en el presente caso, ha sido suficiente que la madre haya dejado a su hija en reiteradas ocasiones con el señor XXX, así como el exhibir a su hija el comportamiento sexual que ella desempeñaba con éste”.



La Cámara sostuvo que “en el presente caso, el abuso sexual se demuestra con el estudio psiquiátrico, los testimonios y el estudio psicológico efectuado por la psicóloga del tribunal *a quo*. Por la privacidad en que ocurren esos acontecimientos, no es indispensable poseer prueba directa, basta en sede penal analizar la declaración de la misma ofendida o los indicios aportados por los testigos. En sede familiar, existen otros elementos a evaluar, como los estudios de los especialistas que aunado a otros datos aportados dentro del proceso puedan dar lugar a establecer el abuso”.

Asimismo, “en lo atinente al elemento mencionado en el literal b) y c), es decir, el tipo de acto corruptor y las personas involucradas en el hecho, se estima: El tipo de acto corruptor es el abuso sexual cometido por el señor XXX, como sujeto activo directo; si bien es cierto que no se busca sancionarlo, pues no es parte en este proceso (sin perjuicio de incoar la acción penal), es indispensable delinear la existencia de este abuso a fin de configurarlo como premisa de la conducta (por omisión) achacada a la señora XXX”.

En cuanto al acto sexual que tiende a corromper a la niña, “por su corta edad, el conocimiento de la sexualidad se espera que sea limitado a diferencia del obtenido por un adulto, lo que ha sido experimentado bruscamente por provocaciones y tocamientos del señor XXX, en su cuerpo, entre otros hechos”.

Por otro lado, “la niña se encuentra tensa, con culpa, vergüenza, inseguridad, desconfianza, deseos de escape, por los eventos ocurridos; todos éstos hechos, según la psicóloga del tribunal *a quo*, son indicadores típicos del abuso sexual”.

Así las cosas, “los actos de abuso sexual y su facilitación, quedan comprobados con los estudios psicológicos, psiquiátricos, la escucha o diálogo de la niña con la Jueza y la prueba testimonial analizados; mismo criterio sostiene la doctrina para demostrar esos hechos, explicándose que el abuso sexual es diagnosticable sobre la base de la historia previa, del examen clínico genital y del examen psíquico, que debe incluir la obtención y el análisis de la entrevista del niño”.



Continuó la Cámara sosteniendo que “los actos alusivos al abuso sexual, son antagónicos a la moral de nuestra sociedad y a la moral de la familia. No estamos frente a una familia con cánones morales “liberales”, sino tradicionales, donde resulta inmoral, que la niña XXX observe a su madre sostener relaciones sexuales con su novio o que éste en forma recurrente sugiera a la niña la satisfacción de sus apetitos sexuales (pedofilia), mediante miradas, tocamientos, gesticulaciones, besos, entre otros.

Son el respeto por la sexualidad, la inocencia y la integridad de la niña, el conjunto de valores que persiguen ser materializados mediante la pérdida de la autoridad parental, por el motivo invocado y el cual debe ser examinado en el presente caso, con el objetivo que no se vuelvan a repetir, en función de la protección de la niña”.

Asimismo, “en lo tocante al literal d), referente a la existencia o no de algún deber legal de la madre para con su hija y si se ha quebrantado, como elemento subjetivo (atinente a la persona involucrada activa o pasivamente); estimamos que existe un deber legal encomendado a los padres de cuidar con esmero a sus hijos, dentro de los elementos básicos que constituyen la institución de la autoridad parental, Art. 211 y 216 C. F.”.

Más adelante, se dijo “Consideramos en relación a la pretensión presentada, que la conducta descrita en la demanda y comprobada en el proceso atribuida a la madre de la niña, no era necesario decidirse en proceso penal previo y sólo posteriormente acudir a la vía familiar para obtener la pérdida de la autoridad parental; estimamos que no es necesario acudir primeramente a la vía penal, pues la ley no requiere un requisito de procesabilidad objetiva, consistente en sentencia condenatoria penal que posibilite la pretensión en estudio. Distinto es el caso de la causal contemplada en el Art. 240 Ord. 4º) C. F., que estipula, que la pérdida de la autoridad parental procederá cuando la madre o padre fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijos”.

Por otro lado, como medida cautelar en este proceso, el tribunal de alzada determinó el cuidado personal provisional de la niña a sus abuelos, por un período



de dos años prorrogables a criterio prudencial de la jueza *a quo*, según los Arts. 216 y 219 C. F.; y además ordenó la exclusión del hogar familiar por parte de la madre que facilitó la corrupción de la niña.

La sentencia de primera instancia fue confirmada en lo principal, es decir, en decretar la pérdida de la autoridad parental de la madre.

3. SUSPENSIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL

Desde sus orígenes, se le denominó suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues el término se utilizaba como una derivación de la realidad que consistía en la inhabilitación del ejercicio de la “patria potestad” de los padres, mientras duraba su ausencia declarada judicialmente.

Asimismo, la “patria potestad” quedaba suspendida en el caso de interdicción del progenitor; por su inhabilitación a causa de embriaguez habitual, uso de estupefacientes o disminución de sus facultades mentales, hasta que fuera rehabilitado; y además, en los casos en que hubiere sido condenado a prisión o reclusión por más de tres años.

En estos casos no se trataba de establecer un juicio de reproche al progenitor, sino que éste, material o jurídicamente, por su imposibilidad física o mental, no podía ejercer la “patria potestad”, sea porque estuviere ausente, o recluido en centro hospitalario o carcelario, o bien estuviere representado o asistido para sus propios actos por medio de un curador.

De ahí que, la suspensión del ejercicio de la “patria potestad” era una consecuencia de tales hechos, que operaba por ministerio de ley, sin necesidad de resolución judicial al respecto.

Sin embargo, otra cosa ocurría supuesto que los padres entregasen al hijo menor de edad a un establecimiento de protección, pues, en tal caso, la suspensión del ejercicio de la “patria potestad” dependería de una decisión judicial. Evaluada la situación por el juez, éste decidía si para el hijo realmente resultaba conveniente la suspensión de la autoridad parental, considerando las razones que llevaron a los padres a adoptar aquella actitud; y en caso de que se



dispusiera tal suspensión, se confería la guarda del hijo a un tercero o se designaba a un tutor.

En este caso especial de la entrega del niño a un establecimiento de protección, los jueces estaban facultados para tomar las medidas de protección más convenientes al hijo; por ejemplo, el nombramiento de un tutor o la entrega del hijo a un tercero guardador quien, además, eventualmente podía solicitar su adopción.

Tratándose del internamiento en un establecimiento de protección, dicha institución actuaba como un organismo que coadyuvaba al ejercicio de la patria potestad, bajo el control jurisdiccional.

En suma, de acuerdo al régimen del Código Civil, los supuestos en que quedaba suspendida la patria potestad, eran los siguientes:

a) Por la simple ausencia declarada judicialmente: Este supuesto tenía lugar cuando una persona había desaparecido del lugar de su domicilio o residencia, sin que de ella se tuvieran noticias, en cuyo caso el juez podía, a instancia de parte, designar un curador de sus bienes y de su persona.

b) Por interdicción de uno de los padres: Ello ocurría cuando se había comprobado y declarado la demencia de una persona por el juez competente, cuya consecuencia era la incapacidad absoluta para dirigir a su propia persona y bienes.

Esta interdicción producía el efecto de suspender el ejercicio de la “patria potestad”, en el período que durase tal incapacidad y mientras no hubiesen sido rehabilitados tanto el padre o la madre, a través de una nueva resolución judicial.

c) Por inhabilitación judicial de uno de los padres: Este caso tiene sus orígenes en el derecho francés y que posteriormente ha desarrollado la doctrina argentina, en los supuestos de embriaguez habitual y uso de estupefacientes, así como en las personas con disminución en sus facultades mentales.

d) Por condena penal por más de tres años de reclusión o prisión: Se trataba del caso que el progenitor era condenado por más de tres años de prisión o reclusión, de tal suerte que el ejercicio de su “patria potestad” quedaba suspendido de pleno derecho.



e) Por la entrega del hijo a un establecimiento tutelar: Ocurría en el caso especial comentado recientemente.

3.1. DEFINICIÓN

La suspensión del ejercicio de la autoridad parental es una medida preventiva que no implica necesariamente, como en el caso de la pérdida, una sanción al padre o la madre.

De acuerdo a Zannoni, de lo que aquí se trata es evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación fundada, por lo que la suspensión procede en los supuestos en que aun sin mediar conducta culposa o dolosa de uno de los progenitores, éstos no puedan proveer a su hijo de aquella asistencia y representación.

Para la doctrina española, la suspensión del ejercicio de la autoridad parental constituye “la pérdida o privación temporal del ejercicio de la patria potestad”⁸.

En nuestra legislación, la suspensión del ejercicio de la autoridad parental no rompe definitivamente la relación jurídica parento-filial, como ocurre en la pérdida de la misma.

En ese sentido, el Art. 244 C. F. establece que “La autoridad parental podrá recuperarse cuando cesaren las causas que dieron lugar a la suspensión o cuando se probare la regeneración o la curación del padre o de la madre”.

3.2. CAUSAS

Las causas de suspensión del ejercicio de la autoridad parental pueden tener lugar a consecuencia de situaciones naturales o condiciones de anormalidad pasajera o temporales de los padres.

Sin embargo, en el Código de Familia se incluyeron otros motivos que, en principio, por su gravedad podrían ser también suficientes para solicitar la pérdida de dicha autoridad. Tales son los casos de “maltrato habitual al hijo” o de su corrección con excesiva severidad; así como “el alcoholismo, drogadicción o

⁸ Cfr. LÓPEZ, MONTÉS, ROCA, y otros, *Ob. Cit.*, Pág. 357.



inmoralidad notoria que ponga en peligro la salud, la seguridad o la moralidad del hijo”.

A pesar de la gravedad de tales conductas, el legislador prudentemente las eligió como causas de suspensión, a efecto de concederles a esos padres, en interés superior del hijo, y de ellos mismos, la oportunidad de reorientar dichos comportamientos, lo cual puede lograrse con su buena voluntad y el auxilio adecuado con profesionales especializados.

Por otro lado, consideramos que si bien esas conductas son dañinas para el hijo de familia, son de una menor entidad que las señaladas como causas de pérdida de la autoridad parental, por lo que su ubicación en la norma resulta adecuada.

1ª) Por maltratar habitualmente al hijo o permitir que cualquier otra persona lo haga:

Cuando se presenta esta situación es necesario que el juez adopte inmediatamente algunas medidas cautelares de protección personal a favor de los hijos, porque se debe tomar en cuenta que esta suspensión del ejercicio no rompe definitivamente la relación jurídica de la autoridad parental. Caso de suspenderse, la misma podría recuperarse en la medida que los padres se auxilien de profesionales especializados que puedan orientarles en el deber de corrección, conforme al Art. 215 C. F.

Esta causa legal de suspensión del ejercicio de la autoridad parental se produce muy frecuentemente en nuestra sociedad, por lo que el legislador ha establecido que dicho maltrato sea habitual en el hijo o bien, cuando a éste se le corrige con más severidad de la debida.

2ª) Por alcoholismo, drogadicción o inmoralidad notoria que ponga en peligro la salud, la seguridad o la moralidad del hijo:

Asimismo, la práctica de algunos vicios o enfermedad de los padres, tales como el alcoholismo, la drogadicción, así como la mala conducta notoria, constituyen un motivo de suspensión del ejercicio de la autoridad parental, pues



tales conductas distan de ser un buen ejemplo a seguir por el hijo, afectando su integridad personal y moral.

Estos comportamientos, si bien son dañinos para el hijo, son de menor entidad que los señalados como causas de pérdida de la autoridad parental y constituyen el resultado de enfermedades, tensiones, necesidades emocionales insatisfechas, o de patrones culturales equivocados, o frustraciones, por lo que el legislador consideró de manera prudente que estos padres puedan recuperar el ejercicio de tal autoridad.

3ª) Por adolecer de enfermedad mental:

En este caso, el legislador estimó que la enfermedad mental de los padres es un motivo suficiente para suspender el ejercicio de la autoridad parental, porque la persona pierde su sano juicio y por ende su capacidad civil, que no le permitirá en lo sucesivo ejercer adecuadamente las facultades y deberes que dicha función le impone, en beneficio de su progenie.

En tal supuesto, el ejercicio de la autoridad parental será ejercido exclusivamente por el progenitor sano, aunque el enfermo conservará, desde luego, la titularidad de su autoridad.

4ª) Por ausencia no justificada o enfermedad prolongada:

En el primero de los casos, la razón ha sido obvia, ya que si el que debe cuidar, representar y administrar los bienes del hijo, se ausenta injustificadamente; se ignora su paradero; o si existe la incertidumbre que aún vive, de ningún modo podría ejercer ninguna de aquellas facultades y deberes. Lo mismo ocurre en el caso de la enfermedad prolongada, pues si el progenitor está internado en un centro hospitalario o nosocomio, también le será imposible ejercer la autoridad parental sobre sus hijos.



3.3. CASO ESPECIAL DEL DESACUERDO REITERADO DE LOS PADRES

El Art. 209 C. F. establece que “Si surgieren desacuerdos en el ejercicio de la autoridad parental, cualquiera de los padres podrá acudir al juez, quien procurará avenirles, y si esto no fuere posible resolverá sin formación de juicio lo que más convenga al interés del hijo.

Si los desacuerdos fueren reiterados o existiere causa de gravedad que entorpeciere el ejercicio de la autoridad parental, podrá el juez atribuirle total o parcialmente a uno de los padres. Esta medida tendrá vigencia durante el período que fije el juez, el cual no podrá exceder de dos años”.

En esta situación particular, el juez como medida de protección personal a favor del hijo, puede atribuir provisionalmente el ejercicio de la autoridad parental a uno de los progenitores, si los desacuerdos de éstos fueren graves y reiterados.

No consideramos que ello viole o conculque derecho alguno de los padres, pues la resolución atenderá primordialmente el interés superior del niño o niña, si en el procedimiento sumarísimo (similar al de las medidas cautelares) se escuchan a ambos padres.

Es evidente que la ley franqueó un medio expedito para salvaguardar el interés del hijo, sin esperar que ello se decida en un complejo proceso judicial. La situación es muy parecida, por la brevedad del trámite, a la solución alternativa de la mediación familiar.

3.4. JURISPRUDENCIA ANOTADA

En este apartado nuevamente haremos uso de la jurisprudencia emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro.

CUIDADO PERSONAL A FAVOR DE ABUELA MATERNA:

Según la sentencia de apelación REF.: 103- A- 1998, del 11/9/1998, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en proceso de suspensión de la autoridad parental, dijo:



“Que de acuerdo a la prueba recabada, analizada en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, se han llegado a establecer los siguientes hechos: Que el señor XXX y la señora XXX sostuvieron una convivencia durante cierto tiempo, producto de la cual nacieron el niño y la niña de que se trata; que los padres de los menores se separaron y los niños vivían con la madre y abuela materna, sin contar con la ayuda y el apoyo del padre; al fallecimiento de la madre de los niños, éstos continuaron viviendo con la abuela materna, no comprobándose en el proceso que el padre proveyera lo necesario para el sustento, crianza y educación de sus menores hijos.

Al no contar con la ayuda económica de la madre, por haber fallecido, ni la del padre, por su manifiesta irresponsabilidad; al grado que tuvo que ser denunciado penalmente para que contribuyera al sostenimiento de los niños; es natural que éstos se encuentren en precaria y lamentable situación biosicosocial; pues aunque los niños han contado con el afecto y atención de su abuela materna, no han podido suplir sus necesidades vitales, por la negligencia del demandado en el cumplimiento de sus deberes paterno- filiales”.

En este precedente, el tribunal de alzada confirmó lo resuelto en la primera instancia, en el sentido de desestimar la pretensión relativa a la suspensión de la autoridad parental y confiar el cuidado personal y representación legal de los niños a la abuela materna.

AUSENCIA NO JUSTIFICADA DE LA MADRE Y REPRESENTACIÓN LEGAL DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA:

De acuerdo a la sentencia de apelación REF.: 22- A- 1998, del 26/3/1998, dictada por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en proceso de suspensión de la autoridad parental y nombramiento de tutor legítimo, se dijo:

“Esta Cámara considera que la ausencia no justificada de la señora respecto a su menor hijo, ha sido comprobada en autos, si se tiene en cuenta la deposición de los testigos presentados, quienes coincidieron que aquella lo abandonó cuando el menor tenía cuatro años de edad y además, el estudio social



señaló que la madre demandada lo dejó a cargo de su padre cuando el menor tenía apenas dos años.

Con la prueba relacionada se configura la causal de ausencia no justificada de la madre, prevista en la ley.

Respecto a designar como tutor legítimo del referido menor al padre demandante, advertimos del estudio psicológico en el que consta que existen conflictividades entre ellos, y además el menor manifestó que no desea que el demandante fuera su tutor [...] Por lo expuesto, dado que existen conflictos de intereses entre el menor y el demandante, esta Cámara considera que en el presente caso, la representación legal del menor relacionado, debe asumirla el Procurador General de la República, mediante un Agente Auxiliar, a fin de que promueva o intervenga en las respectivas diligencias de nombramiento de tutor”.

Finalmente, el tribunal de alzada resolvió decretar la suspensión de la autoridad parental de la madre demandada, ordenándose el oficio correspondiente; y que la representación legal del niño correspondiera al Procurador General de la República, en tanto no se le nombrase tutor.

Por otro lado, según la sentencia de alzada REF. 142- A- 1998, del 4/12/1998, emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en proceso de suspensión de la autoridad parental, también se dijo:

“La causal invocada por el demandante es la primera de las enunciadas, es decir, el maltrato habitual del menor atribuido a la madre demandada [...] Para suspender la autoridad parental por el motivo indicado, es indispensable que el padre o madre demandados, maltraten habitualmente a su hijo, lo cual debe demostrarse en forma fehaciente, es decir, cuándo y en qué forma el niño ha sido sujeto de maltrato, así como la frecuencia de esos actos reprochables; en el presente caso y tal como analizó y evaluó la prueba la jueza inferior, esta Cámara tampoco considera que esos maltratos se hayan cometido o que la madre del menor haya permitido que otra persona lo hiciera [...] Tampoco se ha comprobado que la madre del menor carezca de capacidad para conservar el cuidado personal de su hijo. La causal invocada comprende aquellos actos que dañan o pongan en peligro la integridad física, psíquica, moral o sexual de los niños o niñas por parte



de sus progenitores [...] Por otra parte, aun cuando la madre desempeñe un trabajo humilde y carezca, por lo tanto, de medios económicos suficientes no por ello se le puede privar del cuidado personal de su hijo y menos del ejercicio de la autoridad parental, cual es la pretensión del demandante”.

En este precedente, la Cámara de Familia confirmó el cuidado personal del hijo conferido a la madre y estableció un régimen de visitas para que el padre se comunicara con su menor hijo.

4. DEL PROCESO DE FAMILIA

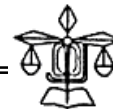
Como sabemos, el proceso de familia se distingue por ser de naturaleza mixta; así se dice que los actos procesales introductorios, como la demanda y su contestación, deben ser escritos, en tanto la continuación del proceso se desarrolla a través de audiencias orales.

El proceso comprende tanto las audiencias preliminar y de sentencia, siendo en esta última donde el juez dictará su fallo, según las pruebas que en ella se aportaren.

Las vicisitudes que tienen lugar en ocasión de la autoridad parental, tales como la pérdida y la suspensión de su ejercicio determinan que, por el interés público involucrados en ellos, el juez está facultado de oficio para iniciar el proceso correspondiente.

Por otro lado, el Juez de Familia también puede decretar la pérdida o la suspensión del ejercicio de la autoridad parental, aunque éstas no sean la pretensión principal del proceso, como lo autoriza el Art. 111 *in fine* C. F., que prevé: “Si el divorcio se decretare por el motivo tercero del artículo 106 y los hechos que hicieron intolerable la vida en común entre los cónyuges, constituyeren causa de pérdida o suspensión de la autoridad parental, en la sentencia de divorcio el juez decretará dicha pérdida o suspensión”.

Esta situación tendrá lugar cuando el divorcio se decrete por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges, según el Art. 106 Ord. 3°) C. F., siempre y cuando los hechos que se relatan constituyan causa de pérdida o suspensión de la autoridad parental.



En igual sentido, el legislador ha previsto en la Ley del Menor Infractor, que si en la investigación de los hechos atribuidos a un menor, se comprueba que los padres han incurrido en algunas de las causas de pérdida o suspensión de la autoridad parental, el Procurador de Menores deberá promover el juicio de pérdida o suspensión correspondiente, según el Art. 34.

Dicho artículo prevé: “El Procurador de Menores, cuando considere que los padres o tutores del menor han incurrido en una de las causales establecidas por la Ley, para privarles o suspenderles la autoridad parental o removerles de la guarda, promoverá el proceso correspondiente”.

4.1. FACULTAD DE INICIO OFICIOSO

Entre los principios rectores que rigen el proceso de familia destaca el inicio oficioso, cuando en el Art. 3 letra a) L. Pr. F., se dice: “En la aplicación de la presente Ley, deberán tenerse en cuenta los siguientes principios: a) El proceso se inicia a instancia de parte, salvo las excepciones legales”.

Por la naturaleza social del derecho de familia y el orden público involucrado, el juez está facultado de oficio para iniciar los procesos de nulidad absoluta del matrimonio (Art. 91 C. F.); los procesos de pérdida y suspensión del ejercicio de la autoridad parental (Art. 242 C. F.); así como, las diligencias de nombramiento de tutor (Art. 300 C. F.), entre otros.

El trámite en el inicio oficioso está diseñado en el Art. 41 L. Pr. F. que establece: “Cuando de conformidad al Código de Familia el proceso se iniciare de oficio, el Juez dictará resolución en que relacione los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone, la cual se notificará al Procurador de Familia y a los interesados; y se les citará o emplazará, según el caso, para que comparezcan al proceso.

El proceso también se podrá iniciar de oficio con sólo la manifestación verbal de los hechos por el interesado, en vista de la urgencia del asunto, calificada por el Juez, en el interés de la familia. En estos casos, se procederá de conformidad a lo dispuesto en el inciso anterior.



Si se desconociere el paradero de los interesados o éstos no se apersonaren, el proceso continuará conforme a lo establecido para ello en la presente Ley”.

De conformidad al Art. 242 C. F., “La pérdida y la suspensión de la autoridad parental deberán decretarse por sentencia judicial, a petición de cualquier consanguíneo del hijo, o del Procurador General de la República o por el juez de oficio. En la sentencia de suspensión el juez podrá ordenar, según el caso, que el padre o madre a quien se le suspenda la autoridad parental se someta a tratamientos sicopedagógicos o médicos, a fin de propiciar su curación o regeneración.

Si la pérdida o suspensión de la autoridad parental se decretare contra uno de los padres, aquélla será ejercida plenamente por el otro, pero si a ambos padres se les privare o se les suspendiere tal autoridad, se nombrará tutor como se establece en el Art. 299 del presente Código”.

Esta facultad de inicio oficioso se compadece con muchas otras atribuciones que concede la Ley Procesal de Familia, por ejemplo, decretar medidas cautelares de protección personal o patrimoniales, según el Art. 6 letra d) L. Pr. F., que puedan resultar procedentes para este tipo de procesos.

4.1.2. JURISPRUDENCIA ANOTADA

En cuanto al aspecto procesal, el mismo tribunal de alzada en un interesante fallo se pronunció respecto a la posibilidad de decretar la suspensión del ejercicio de la autoridad parental, siendo que en la demanda se había solicitado la pérdida.



DISTINCIÓN ENTRE ABANDONO NO JUSTIFICADO (Art. 240 causa 2ª] C. F.) Y AUSENCIA NO JUSTIFICADA (Art. 241 causa 4ª] C. F.). ¿PUEDEN LOS JUECES DECRETAR DE OFICIO LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL, AUN CUANDO SE DEMANDARE LA PÉRDIDA DE DICHA AUTORIDAD?

También la Cámara de Familia de la Sección del Centro, ha tenido oportunidad de pronunciarse con respecto a este punto, citando en la sentencia de apelación REF.: 54- A- 2001, del 3/9/2001, en proceso de cuidado personal y pérdida de la autoridad parental, lo que sigue:

“En muchos casos existe un lindero muy sutil para determinar cuándo estamos en presencia de un abandono o de una ausencia, puesto que ambas figuras resultan tener bastante similitud sobre todo en casos como el presente, donde el hecho de ausentarse la madre (salió del país) puede configurar o implicar un abandono de la hija, por omitir el cumplimiento de sus funciones paterno filiales

Sin embargo, analizando las circunstancias que rodean el caso y específicamente en lo relativo a la limitada comunicación y ayuda que la niña recibe, puede considerarse como un caso de ausencia no justificada.

El hecho de que la madre últimamente ha tenido y mantiene contacto con la niña, en forma limitada, por encontrarse fuera del país y que le ayuda con determinada cantidad de dinero, por estas circunstancias no se puede desvirtuar el incumplimiento de sus deberes materno- filiales a consecuencias del largo período de ausencia. Dicha ausencia no ha sido justificada por la madre ni se vislumbran en el estudio practicado, por lo que no aparecen de manifiesto ni pueden inferirse razones que justifiquen la ausencia de la madre del hogar, con la consiguiente desatención de sus obligaciones materno filiales y el entorpecimiento del ejercicio de la autoridad parental, de manera que los hechos establecidos configuran una causal de suspensión del ejercicio de la autoridad parental (Art. 241 causa 4ª] C. F.) y no de pérdida de la autoridad parental (Art. 240 causa 4ª] C. F.).



Ello no obstante que en la demanda se planteó la pretensión de pérdida de autoridad parental, por tratarse de derechos que afectan el interés superior de la niña, ya que se refieren al ejercicio de la autoridad parental, lo cual se considera de orden público, de tal suerte que los juzgadores pueden eventualmente decretar una pérdida o suspensión de la autoridad parental oficiosamente, aun cuando no sea ese el objeto del proceso”.

4. 2. MEDIDAS CAUTELARES

El Art. 243 C. F. establece que “Mientras se tramita el juicio de pérdida o de suspensión de la autoridad parental, el juez podrá ordenar la exclusión del ámbito familiar del padre o madre que haya dado lugar a la demanda y podrá decidir el cuidado del hijo a cualquiera de sus parientes más próximos, o en su defecto, a persona confiable y a falta de unos y otra, el ingreso del hijo a una entidad de protección, procurando en todo caso lo más conveniente para éste”.

Como sabemos, las medidas precautorias o cautelares pueden ser de dos clases, a saber: patrimoniales y personales. Estas últimas son también llamadas medidas de protección y el Art. 130 L. Pr. F. enumera tan sólo algunas de ellas.

De acuerdo al Art. 130 letras b), c) y j) L. Pr. F., “La medida de protección podrá incluir, entre otros aspectos, los siguientes: b) El confiar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero; c) La exclusión del hogar familiar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo; y, j) La asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos”.

4.2.1. JURISPRUDENCIA ANOTADA

Respecto a las medidas cautelares en esta clase de procesos, la Cámara de Familia de la Sección del Centro ha tenido ocasión de pronunciarse, en la sentencia de apelación REF.: 164- A- 1998, del 8/1/1998, sobre pérdida de la autoridad parental, señalando lo que sigue:

“El establecimiento de un régimen de comunicación y estadía, pretensión aducida con base al artículo 217 C. F., según el cual el progenitor que no convive



con su hijo debe mantener con él, relaciones afectivas y trato personal, que favorezca el normal desarrollo de la personalidad del niño o de la niña, constituye una medida cautelar que puede decretarse provisionalmente con base al artículo 75 y siguientes de la Ley Procesal de Familia, pues trata de evitar que se cause un daño grave o de difícil reparación en los derechos, en la integridad física y moral de las personas involucradas”.

Asimismo, “según las circunstancias, la prudencia nos induce a pensar que la conveniencia de un horario de comunicación requerirá de un previo tratamiento psico- social educativo, precisamente para evitar que su establecimiento en forma inesperada le ocasione traumas al niño, cuyo interés superior estamos obligados a preservar. Lo anterior no implica que estemos en contra del principio de las relaciones paterno filiales.

Precisamente para garantizar el derecho del niño a conocer a su padre y el de mantener relaciones personales y trato directo con ambos progenitores (artículos 351 ordinales 4º y 8º C. F. y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Estimamos que la corta edad del niño, es propicia para fomentar la relación paterno- filial y no esperar que éste crezca identificando como su padre a persona diferente, lo cual podría repercutir negativamente en dicho menor al conocer su verdadera filiación. Vale agregar que la frecuencia fijada (cada quince días) es apropiada para fomentar poco a poco la relación entre padre e hijo, pero con algunas variantes, pues la estabilidad que goza en el hogar familiar puede verse alterada con las visitas que el padre realice, en razón de lo cual es conveniente que éste vea a su hijo en casa de la abuela materna”.

Por otro lado, según la sentencia de apelación REF.: 73- A- 2001, del 10/10/2001, pronunciada por la misma Cámara, en proceso de pérdida de la autoridad parental, se dijo:

“La remisión a la Escuela de Padres que funciona en el Juzgado de Familia, debe aclararse que tal medida no constituye una sanción, sino que se trata de un programa educativo que tiene aspectos relativos a la crianza de los hijos. En el presente caso, la remisión a tal programa se justifica por la necesidad de que ambos padres conozcan y comprendan los derechos de su menor hijo. Siendo



necesario para la plena vigencia de estos que ambos padres, depongan sus desavenencias personales e independientemente de estas, establezcan relaciones de cooperación en interés de su hijo”.

4.3. DE LA PRUEBA

De acuerdo a la sentencia de apelación REF.: 73- A- 2001, antes citada, el tribunal colegiado, entre otras resolvió:

“El medio probatorio para establecer la existencia de cualquiera de las causales de pérdida y suspensión de la autoridad parental, es la prueba testimonial y en el caso específico del abandono tendría que establecerse de manera fehaciente con el incumplimiento absoluto e injustificado de los deberes paterno filiales.

En materia de familia para valorar el material probatorio no operan los criterios de la prueba tasada, sino que se utiliza el sistema de la sana crítica, según lo prescrito en el artículo 56 de la Ley Procesal de Familia. Por ello es posible tener por establecido determinado hecho con la declaración de un solo testigo, si ésta es libre, clara y espontánea.

En el presente caso, la testigo declaró que el padre del niño quiso acercarse a la madre, pero ésta se rehusó totalmente a que existiera algún contacto, siendo el motivo el de haber iniciado una relación afectiva con otra persona. La madre no le permite al padre que éste vea a su hijo, y que a pesar de ello, el padre desde el nacimiento de su hijo, le proporcionaba ayuda de alimentos, vestuario y medicamentos.

De tal testimonio se aprecia que si bien el demandado no desatendió completamente sus deberes paternos, ha existido una mínima disposición para ello, la cual ha sido obstaculizada por la madre del niño. Dicha declaración fue corroborada con informe social, el cual en la parte relativa a la “relación padre biológico e hijo”, dice: “dejó de relacionarse con su hijo cuando tenía diez meses de edad, él aportaba con ayuda en especies”.

En este caso, se desestimó la pretensión de pérdida de la autoridad parental.



4.4. EFECTOS DE LA SENTENCIA

Como lo hemos dicho, la pérdida y la suspensión del ejercicio de la autoridad parental deberán decretarse judicialmente, lo cual implica establecer mediante un proceso las causas invocadas, que dicho sea de paso, a nuestro entender son taxativas.

De lo anterior, inmediatamente surge una clara diferencia entre la extinción, y la pérdida y suspensión del ejercicio de la autoridad parental, que consiste en que la primera procede de pleno derecho, o sea *ipso iure*; en cambio, las dos restantes requieren una declaración judicial al respecto.

Así las cosas, las sentencias dictadas en los procesos de pérdida y suspensión del ejercicio de la autoridad parental, de acuerdo a la tradicional clasificación doctrinaria, corresponde a aquellas de carácter o naturaleza constitutiva, porque producen una modificación en la situación de hecho preexistente.

En el caso de la pérdida de la autoridad parental, el cambio produciría su efecto principal en cuanto a la titularidad de la misma; mientras tanto, en la suspensión, el efecto más importante tendría lugar en cuanto al aspecto dinámico de la autoridad parental, es decir, en la inhabilidad o separación de su ejercicio.

Sin embargo, en uno y otro supuesto, también existen efectos colaterales que podemos agrupar del siguiente modo:

En la pérdida de la autoridad parental, nuestra legislación civil señala entre las indignidades para suceder “el que cometió un hecho que la ley castiga como delito contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes “legítimos”, con tal que el delito se pruebe por sentencia ejecutoriada” (Art. 969 Ord. 2º] C. C.). El Código de Familia, por otro lado, establece a consecuencia de la misma que “no podrán adoptar quienes hubieren sido privados del ejercicio de la autoridad parental” (Art. 172); que perderá el derecho de pedir alimentos “el que hubiere perdido la autoridad parental” (Art. 269); y que no pueden ser tutores quienes “hubieren perdido la autoridad parental de los hijos” (Art. 301 Ord. 7º)].



Por último, la suspensión del ejercicio de la autoridad tendrá como efectos secundarios la prohibición para adoptar, según el Art. 172 C. F. que determina: “No podrán adoptar quienes hubieren sido suspendidos del ejercicio de la autoridad parental”; asimismo, aparejará la pérdida del derecho de pedir alimentos, conforme al Art. 269 Ord. 3º) C. F. que incluye, al “padre o la madre que hubiere sido suspendido en el ejercicio de la autoridad parental, salvo cuando la causa de la suspensión fueren la demencia o la enfermedad prolongada del alimentante, pero la pérdida se limitará al lapso en que tal ejercicio esté suspendido”; y, finalmente representará una inhabilidad para ser tutor, de acuerdo al Art. 301 Ord. 7º) del mismo Código, que prevé: “No podrán ser tutores los que hubieren sido suspendidos en el ejercicio de la autoridad parental”.

4.4.1. DIVERGENCIAS Y CONVERGENCIAS EN LOS EFECTOS DE LA PÉRDIDA Y SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL

La diferencia entre uno y otro supuesto, podríamos establecerla a partir de su recuperación.

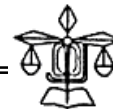
Una vez ejecutoriada la sentencia que decreta la pérdida de la autoridad parental, ésta ya no podría recuperarse, aunque llegado cada caso particular, consideramos que deberá examinarse si esa regla puede oponerse al interés superior del niño o niña⁹.

En ese orden de ideas, estimamos que no siempre la formulación amplia y abstracta de la ley favorece al mejor desarrollo integral de los niños o niñas, por lo que a priori no podemos afirmar que la solución contenida en el Código de Familia, negando la posibilidad que la autoridad parental pueda recuperarse, se funde “en el interés del hijo”, como lo ha entendido cierto sector de nuestra doctrina¹⁰.

En efecto, el interés superior del niño o niña no consiste en desarrollar tal o cual una fórmula jurídica, sino que su contenido requiere ser llenado en cada caso concreto, teniendo como norte principal “todo aquello que favorezca su desarrollo

⁹ En ese sentido, véase más arriba en el punto 2.3 Jurisprudencia anotada, la reflexión hecha por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la sentencia de apelación REF.: 88- A- 1999, del 16/12/1999.

¹⁰ Cfr. CALDERÓN DE BUITRAGO, A.; BONILLA DE AVELAR, E. D., y otros, Ob. Cit., Pág. 625.



físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”. Art. 350 C. F.

Así, como predica el Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En igual sentido, en el derecho comparado encontramos el Art. 308 del Código Civil argentino que establece: “La privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos”.

Al respecto, los doctores Bossert y Zannoni comentan que este artículo introduce una novedad, con relación a la legislación anterior, en el sentido que la pérdida de la patria potestad no será, en ningún caso, una sanción irreversible. Si circunstancias sobrevinientes demuestran que, en beneficio del interés del hijo, se justifica la restitución de la “patria potestad” al padre o madre que fueren privados de ella, el juez –previa apreciación de tales circunstancias- podrá decretarla¹¹.

En el caso de la suspensión del ejercicio de la autoridad parental, como ya se dijo, el Art. 244 C. F. establece que la misma podrá recuperarse, cuando cesaren las causas que dieron lugar a la suspensión, o cuando se probare la regeneración o la curación del padre o de la madre.

Esta diferencia se refleja también en la ley procesal, pues aquí se determina una clasificación entre sentencias que causan estado y otras que no causan cosa juzgada material.

De esa forma, el Art. 83 L. Pr. F. determina que “Las sentencias sobre alimentos, cuidado personal, suspensión de autoridad parental, tutorías, fijación de regímenes de visita, deber de convivencia y todas aquellas que no causan cosa juzgada de conformidad al Código de Familia, podrán modificarse o sustituirse de acuerdo a la Ley.

¹¹ Cfr. BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo Antonio, Régimen legal de filiación y patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1987, Pág. 365.



En el caso de las medidas de protección de menores, el Juez las revisará de oficio cada seis meses, a fin de mantenerlas, sustituirlas, modificarlas o cesarlas.

En los casos contemplados en los incisos anteriores, el expediente respectivo no se archivará en forma definitiva y en el mismo se hará constar el mantenimiento de modificaciones, sustituciones, revocaciones o cesaciones y la sentencia causa ejecutoria, no obstante la interposición de recurso”. El subrayado es nuestro.

Desde que la suspensión del ejercicio de la autoridad parental puede recuperarse, ello se hará a través de un proceso de modificación de la sentencia, si se acreditare que han cesado las causas que dieron lugar a dicha suspensión, o cuando se probare la regeneración o la curación del padre o de la madre, como ya se dijo.

Finalmente, como punto en común para ambas vicisitudes de la autoridad parental, el Art. 246 C. F. que determina: “La pérdida de la autoridad parental o la suspensión de su ejercicio, no eximen a los padres del cumplimiento de los deberes económicos que este Código les impone para con sus hijos”.

Esta solución la consideramos acertada, en virtud que los padres no pueden valerse de tales situaciones, para desatender sus responsabilidades y obligaciones legales; por ejemplo, las prestaciones de los alimentos y la contribución a los gastos de familia y de los hijos. Arts. 38, 221 y 247 C. F.



CAPÍTULO IV

COLOFÓN

1. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo hemos desarrollado la evolución histórica de la definición de la autoridad parental, para concluir que su naturaleza o esencia es la de una función, en interés de los hijos de familia.

Más allá de destacar las bondades de nuestra moderna legislación familiar, consideramos de suma importancia resaltar la finalidad que se orienta en este instituto parento-filial, cual es “la protección, educación, asistencia y preparación para la vida” de la progenie (Art. 206 C. F.).

Precisamente el derecho de familia se caracteriza por el alto significado humano y la solidaridad familiar (Art. 1 C. F.), por esa razón, conviene subrayar la flexibilidad que debe predominar en la interpretación y aplicación de cada uno de sus enunciados. Más en concreto, en las relaciones paterno-filiales debe guiarnos como norte el interés superior del niño o niña.

Y a ello no escapa, desde luego, el marco jurídico de la autoridad parental, así como sus vicisitudes. Entendidas éstas como los sucesos, acaso naturales y también provocados por el hombre, mediante los cuales la titularidad y el ejercicio de ese conjunto de facultades y deberes que la ley impone a ambos padres, sufren alteraciones o modificaciones sustanciales.

Decimos lo anterior, en virtud que hasta la actualidad, en el país predomina una estricta interpretación apegada a la ley, a veces sin sentido, otras veces sencillamente literal, que desnaturaliza el sentido común que debe suponer el análisis y solución de las complejas relaciones de familia.

Nos viene a colación la presunta irreversibilidad de la pérdida de la autoridad parental, utilizada en la norma y seguida por la única doctrina nacional, que dista en muy marcado criterio con el empleado por la Cámara de Familia de la Sección del Centro y que, desde luego, nosotras compartimos.



Nos queda por decir, pues, que mediante este trabajo se han dado respuestas que necesitan continuamente de una revisión y actualización jurisprudencial, para que sea enriquecido con opiniones favorables, contrarias, mayoritarias o no.

No podemos finalizar este sencillo ensayo, sino con el fruto de nuestras reflexiones -un pensar en voz alta- sobre lo que consideramos conveniente para sucesivas reformas.

2. RECOMENDACIONES

- a) Sugerimos un cambio en la denominación de “autoridad parental”, por la expresión “responsabilidad parental” (Cfr. Art. 171 Ord. 3º] C. F.), por ser ésta la más adecuada en la moderna corriente del derecho de familia.
- b) Recomendamos una reforma en el Art. 170 Inc. 2 C. F., relativa a la adopción de integración, en el sentido que se diga: “Cuando adopte uno de los cónyuges al hijo del otro, la autoridad parental no se extinguirá respecto a éste, quien la compartirá con el adoptante”. Ello es así, porque la adopción está incluida, en general, como una causa legal de extinción de la autoridad parental y no de pérdida.
- c) Propiciamos una reforma del Art. 244 C. F., en el sentido que se adicione un segundo inciso de la siguiente forma: “También la pérdida de la autoridad parental podrá recuperarse, si a juicio prudencial del juez, los padres demostraren que por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos”.
- d) Aconsejamos una revisión en el Art. 291 C. F. que señala las personas llamadas a ejercer la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados, en cuanto sea incorporado junto al cónyuge, “el o la conviviente que reúniere los requisitos del Art. 118 C. F.”, para que la autoridad parental no se restablezca a los padres, por haberse fundado una “familia”. Art. 245 Inc. 2 C. F.
- e) Recomendamos que en el Art. 240 causa 1ª] C. F. sea incorporado expresamente “el abuso sexual del hijo o hija”, porque dicho comportamiento eventualmente podría ser considerado como una causa de suspensión del



ejercicio de la autoridad parental, según el Art. 241 causa 1ª] C. F., que determina: “Por maltratar habitualmente al hijo o permitir que cualquier otra persona lo haga”. Consideramos que la conducta de los padres, en estos casos, deberá sancionarse mediante la pérdida de la autoridad; no obstante que la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar (1996) establezca como una forma de “maltrato” a la violencia sexual.

f) Que se diga expresamente en el Art. 242 C. F., que en la sentencia de pérdida y suspensión del ejercicio de la autoridad parental, según sea el caso, el hijo o hija, a través de su representante, pueda reclamar los daños morales a que diere lugar la conducta antijurídica de uno o ambos padres, en armonía con el Art. 144 literal f) L. Pr. F.

Esta última disposición reza: “En los procesos que tengan por objeto la protección del menor, el Juez podrá ordenar las medidas de protección y en la sentencia al reconocer el derecho deberá, cuando fuere el caso, además:

f) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor del menor deba pagar el infractor. La indemnización comprende el resarcimiento del daño moral y material ocasionado.

Lo anterior será aplicable en los procesos que tengan por objeto la protección del incapaz...”.



BIBLIOGRAFÍA

- BELLUSCIO, Augusto César, Manual de derecho de familia, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- BÍSCARO, Beatriz R., Régimen de filiación y patria potestad, Ley 23.264, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo Antonio, Régimen legal de filiación y patria potestad, Ley 23.264, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo Antonio, Manual de derecho de familia, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- 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, San Salvador, 1995.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de menores, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- LAGOMARSINO, Carlos A. R. y SALERNO, Marcelo U., Enciclopedia de derecho de familia, tomo III, Universidad, Buenos Aires, 1994.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.; MONTÉS PENADÉS, V. L.; ROCA I TRÍAS, E.; y otros, Derecho de familia, tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de familia, tomo III, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1996.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, tomo II, Centro de Información Jurídica, San Salvador, 1996.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge, Manuel de derecho civil. Personas, familia y derecho de menores, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- SIERRA RINCÓN, Néstor Antonio, Procesos ante los jueces de familia, ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Curso de derecho civil. Derecho de familia, Nascimento, Santiago, 1946.



LEGISLACIÓN

Constitución de la República de El Salvador (1983).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Código de Familia (1993).

Ley Procesal de Familia (1994).

Ley Contra la Violencia Intrafamiliar (1996).

Código Civil (1860).

Código Penal (1997).

Ley del Menor Infractor (1994).