

202-A-2002.

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO: SAN SALVADOR, a las quince horas con diecisiete minutos del día veintiuno de agosto de dos mil tres.

Conocemos de la alzada interpuesta por el Lic. EURÍPIDES MANUEL MELÉNDEZ QUIJANO, apoderado de la Sra. -----, mayor de edad, periodista, de este domicilio. Impugna la sentencia definitiva proveída por la JUEZA TERCERO DE FAMILIA de esta ciudad, Licda. EVELYN ROXANA NUÑEZ FRANCO, en el PROCESO DE GUARDA Y CUIDADO PERSONAL, clasificado al N.U.I. SS-F3-417-216-2001-4 promovido por el Lic. -----, mayor de edad, sociólogo, de este domicilio, patrocinado por la Licda. SANDRA MORENA BALCÁCERES MERLOS. Se ratifica la concesión del recurso por llenar los requisitos mínimos de ley.

VISTOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que en la sentencia recurrida de fs. 128/131, la Jueza *a quo* resolvió:

1. Conceder la guarda y cuidado personal de la menor -----, en una forma compartida, a favor de sus padres señores ----- y -----, por el plazo de seis meses cada uno, comenzando a ejercer dicho cuidado el padre.
2. Establecer un régimen de visitas a favor de los mencionados progenitores, para cuando no les corresponda ejercer el cuidado personal de la expresada niña: Los fines de semana comprendidos dentro del tiempo que el otro ejerza el cuidado personal.
3. Confirmar la cuota alimenticia fijada al Sr. -----, de CUATROCIENTOS DÓLARES MENSUALES a favor de su hija -----, cuando no ejerza el cuidado personal de la misma y a la Sra. -----, fíjese la cantidad de CINCUENTA Y SIETE DÓLARES CON CATORCE CENTAVOS DE DÓLAR MENSUALES (\$57.14) como cuota alimenticia a favor de su hija cuando no ejerza su cuidado personal.
4. Remitir al grupo familiar al Centro de Atención Psicosocial de Apoyo a los Tribunales de Familia de esta ciudad y a la Escuela de Padres que funciona en el Tribunal *a quo*.

II. Inconforme con la sentencia, el impetrante Lic. MELÉNDEZ QUIJANO, mediante escrito de fs. 132/136, fundamentó la alzada en síntesis así: Que ha habido una errónea aplicación del Art. 216 C. F., por cuanto dicho artículo regula la posibilidad para que cualquiera de los padres ejerza el cuidado personal de los hijos (en caso de desacuerdo entre ellos). Que la *a quo* no valoró aspectos como la edad y circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica. Que la teoría de la "custodia compartida" no es aplicable al presente caso.

Que la *a quo* no hizo una valoración adecuada de la prueba aportada al proceso, ya que los informes psicosociales demuestran la idoneidad de la Sra. -----.
Tampoco valoró la deposición de los testigos -quienes según el apelante- fueron

contundentes al declarar sobre los cuidados que la Sra. ----- brinda a su menor hija.

Que el Sr. ----- no es apto para el ejercicio del cuidado personal de la menor -----, por su comportamiento tan permisivo hacia todas las conductas de la mencionada menor. Resaltó la tesis de algunos autores que sostienen que: **"la educación permisiva es tan funesta y defraudadora como los castigos. Ambos conducen a la frustración y a los traumas; el justo medio es la corrección"**. Que es importante el informe emitido por la Dra. ANA ISABEL DE PÁRRAGA, médico psiquiatra forense del Instituto de Medicina Legal, que refleja la necesidad de tratamiento psicológico para el Sr. ----- . Pide que esta Cámara revoque la sentencia recurrida, deje sin efecto la decisión de que las partes ejerzan una custodia compartida de ----- y se decrete el cuidado personal de manera única y permanente a favor de la Sra. ----- . Propone un régimen de comunicación para que el Sr. ----- se relacione con la mencionada menor, cada quince días, los fines de semana a partir del sábado desde las catorce horas hasta el día siguiente domingo a las catorce horas.

La Licda. BÁLCÁCERES MERLOS no evacuó su traslado en el plazo de ley, por lo que se le declaró sin lugar la apelación adhesiva por ella interpuesta. Esta Cámara ratifica dicha inadmisibilidad. Por su parte la Procuradora de Familia adscrita al Tribunal, ANA MARÍA SOUNDY DELGADO pidió que este tribunal confirme la sentencia apelada, ya que en su opinión -en el caso concreto- la custodia compartida es la mejor solución, en tanto ambos progenitores garantizan el bienestar de la menor -----.

III. Así las cosas, el objeto de la alzada se circunscribe a determinar, si con la prueba aportada al proceso, procede conceder la GUARDA Y CUIDADO PERSONAL de la menor -----, en FORMA COMPARTIDA entre el Sr. ----- y la Sra. ----- o si se debe confiar solamente a la Sra. -----.

Para dirimir tal disyuntiva, es necesario tomar en cuenta que de conformidad a la ley, los padres están obligados a la crianza esmerada de sus hijos (as), debiendo proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad, teniendo en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones de los hijos, durante un período que inicia con la concepción del hijo (a) y concluye cuando éste (a) ha llegado a la mayoría de edad; finalizado sus estudios o adquirido una profesión u oficio, Arts. 211 Inc. 2°, 214 Inc 1° y 344 C. F.. El desarrollo de la personalidad de los hijos incluye la formación moral, religiosa y educación. Arts. 203 Ord. 3°, 346, 350, 351 Ords. 11° y 14°, así como la atención constante hasta lograr el desarrollo integral: bio-sico social de los hijos. Art. 351 Ord. 1° C. F..

En relación al cuidado personal de los hijos menores de edad, cuando los padres no logran ponerse de acuerdo, corresponde a los Jueces de Familia decidir al respecto. Si alguno de los progenitores faltare, ya sea por muerte, ausencia o cualquier otra

circunstancia que le impida estar al lado del hijo; será el padre o madre que esté presente quien ejerza el cuidado personal del niño (a). El Art. 216 C. F. autoriza al Juez de Familia otorgar el cuidado personal del menor a cualquiera de los progenitores que lo soliciten. En el presente caso, fue el padre quien pidió el cuidado personal de su hija, el cual era ejercido por la madre, Sra. -----.

Al decidir sobre el cuidado personal de los hijos, el juzgador debe confiárselo al progenitor que reúna las aptitudes que garanticen de mejor manera su desarrollo integral (Art. 216 inc. 3° C. F.), tomando primordialmente en consideración el interés superior del menor. Art. 350 C. F..

Es necesario señalar que al conferir el cuidado personal, el juzgador debe considerar lo dispuesto a partir de los Arts. 216, 219, 350 y 351 C. F. y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De tales disposiciones, la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales, ha elaborado los siguientes criterios que en cada caso concreto, sirven de sustento para conferir el cuidado personal. Ellos son:

- a. El progenitor que por sus condiciones personales garantice mejor el bienestar de los niños;
- b. Las condiciones de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica del entorno hogareño en el que se pretende tener a los menores;
- c. La edad de los niños, ya que no es conveniente separar a los niños muy pequeños de la madre, salvo circunstancias excepcionales;
- d. El principio de unidad filial que procura que los hermanos permanezcan juntos;
- e. La opinión de los menores, escuchada directamente por el juzgador, en virtud del principio de inmediación o evaluada a través de los estudios multidisciplinarios, en el caso de niños de muy corta edad;
- f. El arraigo de los menores en un entorno adecuado, es decir, tomar en cuenta con qué progenitor han residido antes de la interposición de la demanda; y
- g. Otras circunstancias que concurran en el caso concreto.

IV. En el *sub lite*, el recurrente centra sus argumentos en que la *a quo* no valoró los resultados de las evaluaciones psicológicas y psiquiátricas practicadas al Sr. ----- y a la Sra. -----, como también en la circunstancia de que no se valoró en su real dimensión la prueba testimonial aportada que acredita el buen cuidado que la Sra. ----- brinda a su menor hija. Sostiene que el Sr. ----- no es la persona apta para brindar a su hija los cuidados que necesita, a quien se le debe inculcar, en la formación de su conciencia el valor de la disciplina.

Respecto a los estudios practicados tanto por las especialistas del equipo multidisciplinario (fs. 46/53, 94/95 y 100/101), como de los peritajes psiquiátricos (fs. 102/113 y 116/124), así también los del Centro de Atención Psicosocial de San Salvador (fs. 89/90) y el antecedente psicosocial-educativo en proceso de violencia intrafamiliar (fs. 69/85), estimamos que el análisis de las conclusiones vertidas en los mismos, debe verse en forma integrada, sin particularizar algún contenido o aspecto de los mismos, individualizando aspectos negativos o positivos de cada involucrado, lo que no obsta para tomarlos en cuenta en mayor o menor grado, según corresponda.

Dichos estudios además, deben ser vistos en relación con todas las personas evaluadas, a fin de determinar –en la medida de lo posible- lo que más convenga o favorezca al desarrollo integral de la menor ----- . En ese sentido apreciamos dentro de las conclusiones del informe social-educativo (cfr. fs. 49 vto.), que en el párrafo 6°, se expresa que ambos padres están manipulando a la niña ----- con el fin de que acepte quedarse con uno de ellos, habiendo existido por parte de la madre amenazas hacia la menor de no volver a visitarla en el caso que su cuidado quedara al padre. Situación que esta Cámara descalifica porque si bien la opinión de la menor debe tomarse en cuenta, no es una condición que determine a quien de los padres se le otorgará su cuidado, advirtiéndose además a sus padres la obligación que tienen de brindar las atenciones necesarias a la menor, independientemente de quien ejerza su cuidado personal. Esto es así, porque tratándose de procesos que de alguna manera afecten a los menores, es esencialmente el interés de éstos el que prevalecerá por encima de los intereses y conflictos personales de las partes, quienes a su vez deberán anteponer a sus propios conflictos, el interés de su hija, en aras de su bienestar.

En las conclusiones del informe psicológico (cfr. fs. 52 vto.), aparecen dos situaciones que merecen ser destacadas:

- "La relación padre e hija resulta adultizada, no obstante se encuentran indicadores que favorecen la estructura de personalidad de la niña".
- "Durante la investigación se percibieron indicadores de una dinámica familiar de inestabilidad y hostilidad en el hogar materno de la niña". (sic). El subrayado es nuestro.

Estas dos situaciones son de especial importancia para la decisión final que se adopte.

De los informes de peritajes psiquiátricos practicados, encontramos que en las conclusiones respecto a la menor ----- se concluye (cfr. fs. 124) que ésta se encuentra afectada en su salud mental por la violencia imperante en su grupo familiar, lo que se refleja en su rendimiento escolar y su conducta agresiva que bien pueden ser síntomas de depresión infantil. Con los elementos que se tienen dentro del proceso se puede concluir que en la relación personal entre el Sr. ----- (demandante) y la Sra. ----- (demandada) no hay indicios de que se pueda llegar a un mínimo de acuerdos que siendo cumplidos pondrían fin a la inestabilidad de la menor -----.

El Sr. ----- es un profesional de la sociología, laborando actualmente en la Corte Suprema de Justicia, devengando un salario mensual de UN MIL DOSCIENTOS TREINTA 86/100 DÓLARES (\$1,230.86), equivalentes a DIEZ MIL SETECIENTOS SETENTA COLONES (¢10,770.00). Además de otros ingresos que percibe como capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura. Reside en casa de su madre, en el Barrio Santa Anita de esta ciudad; la cual reúne las condiciones mínimas de servicios para el desarrollo de cualquier menor (agua, luz, teléfono, etc.).

Por su parte la Sra. -----, es periodista, trabaja actualmente en el Tribunal Supremo Electoral, con el cargo de redactora y devenga un salario mensual de TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO 72/100 DÓLARES (\$385.72), equivalentes a TRES MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO COLONES (¢3,375.00). Reside en una vivienda más pequeña, pero con los servicios básicos necesarios (agua, luz, teléfono, etc.), ubicada en la Colonia Libertad de esta ciudad; donde también reside el joven -----.

Ambas partes tienen la particularidad de haberse conocido en ocasión del conflicto armado, como militantes de las fuerzas de insurrección que operaron en el país.

Cabe agregar, que no es cierto que el Sr. ----- refleje la necesidad de tratamiento psicológico, en el informe psiquiátrico practicado de fs. 107/113, como lo afirma el Lic. EURÍPIDES MANUEL MELÉNDEZ QUIJANO, lo que toma como elementos que lo descalifican para un saludable ejercicio del cuidado personal de su menor hija, pues en las conclusiones sólo se dijo que no presentaba ningún signo o síntoma de perturbación mental y en las recomendaciones se expresa que se practique test de personalidad para conocer mejor sus características. Similares conclusiones se dieron respecto de la Sra. ----- a fs. 120. Es más, en el informe del C.A.P.S. de fs. 90, de fecha veintiuno de marzo de dos mil dos, se concluyó que es necesario que ambas partes se sometan a tratamiento psicológico para resolver su problemática personal y familiar. Es importante destacar que en otro informe del C.A.P.S. de fs. 85, agregado también a este proceso, de fecha veintiuno de enero de mil novecientos noventa y nueve, en una de sus partes expresa que la Sra. ----- mencionó inadvertidamente algunas conductas o actitudes positivas de su exconviviente, de tal manera que se contradice en muchos aspectos de sus declaraciones, no obstante, al pedir que reflexione sobre ello no responde, agregando que no lo hace porque es una falacia, no aceptando de su parte ninguna responsabilidad en la problemática.

Es por ello que esta Cámara no comparte tal criterio y por considerar que los antecedentes en la vida del demandante no le inhabilitan para un buen cuidado de su hija, amén de que en ningún momento se ha establecido que ejerza alguna forma de maltrato para con ella. Tampoco se ha establecido ninguna conducta denigrante que sirva de mal ejemplo a dicha menor. De igual manera, sus acciones no reflejan la permisividad y falta de orientación en normas de conducta para con la niña, como lo ha sostenido la parte demandada o por lo menos no existe prueba respecto de esa afirmación.

Sin perjuicio de aceptar que efectivamente las conductas permisivas afectan también el desarrollo de la personalidad de -----, ya que ésta debe comprender dentro de su formación, que existen normas de comportamiento: éticas, sociales, religiosas, jurídicas, que toda persona debe observar para un normal y armonioso desenvolvimiento en la familia y en la sociedad.

Estimamos que los antecedentes del Sr. ----- no lo inhabilitan para ejercer el cuidado personal de la menor, precisamente porque será el progreso que se observe en la terapia psico-educativa que reciba en el C.A.P.S. (junto con los demás miembros del grupo familiar), la que conjugada con el ejercicio efectivo de la autoridad

parental –cuidado personal- lo que realmente reflejará su idoneidad para desempeñar su rol de padre y no como lo pretende el impetrante, quien considera que hasta que el Sr. ----- haya superado sus problemas personales –traumas- podrá optar al cuidado personal de la menor. Por ello sostenemos que resulta más beneficioso que la terapia psico-educativa y el ejercicio del cuidado personal se realicen simultáneamente.

Sobre los temores expresados por el Lic. -----, acerca de la conducta del joven ----- respecto de su menor hija, si bien es cierto, al momento no hay indicios que establezcan la veracidad de tales hechos, es importante no dejar desapercibida esa circunstancia, por cuanto que en el informe psicológico de fs. 51/52, en las conclusiones se dijo que la niña necesitaba atención psicoterapéutica, ya que existía prevalencia de preocupación relacionada con el área sexual y enuresis nocturna. En los rasgos de personalidad de la niña se encontró ansiedad y preocupación por el área genital, conflicto o miedo agudo respecto a lo sexual, tensión por controlar impulso sexual o temor a sufrir una agresión sexual, etc.; ignorándose los motivos de esos rasgos, pues no se abundó en más detalles al respecto. No obstante, una de las responsabilidades de un buen padre o madre es precisamente prestar el suficiente cuidado y atención sobre cualquier detalle que pudiera afectar a sus hijos, sobre todo en casos tan delicados como los de abuso sexual, los que tienen sus propias características, siendo ejercidos mayoritariamente en la propia casa y por un familiar o amigo cercano. Por tanto, sin aceptar que realmente los hechos se hayan cometido, es menester tomar las medidas necesarias por parte de la madre para prevenir que la niña ----- corra algún peligro o riesgo en ese sentido.

Por otra parte, ha quedado establecido que la relación entre los señores -----, ----- y el joven ----- ha sido bastante conflictiva y disfuncional, llegando incluso a faltarle el respeto de palabra o mediante ciertas acciones, lo que ha afectado indirectamente a la menor -----, pero es importante destacar que a pesar de esa disfuncionalidad, el padre ha tenido muy buena relación con su hija, preocupándose por su formación integral (clases extracurriculares). De igual manera, la madre ha tratado de ejercer bien su rol materno, aún cuando la niña en el estudio psicosocial de fs. 48 v., mencionó que ha recibido maltrato físico y verbal, ocasionalmente, por parte de la madre, y en el informe psicológico adicional de fs. 94 se detalla un incidente ocurrido en el colegio, en el cual la madre le dijo "que no la quería ver", pues no se quiso ir con ella sino con el padre. Todos estos detalles sin duda afectan a la niña y deben ser superados con la psicoterapia ordenada, confirmándose el cuidado compartido para la madre, principalmente por el arraigo de la niña al lugar de residencia y porque únicamente la apelación que ella interpuso es la que ha prosperado; habiéndose denegado la que en forma adhesiva planteó la apoderada del Lic. ----- por extemporánea.

También se ha mencionado en los estudios antes referidos, que la Sra. ----- y su hijo ----- no son aceptados por sus vecinos por ser personas problemáticas.

Con todo el material probatorio que consta en el proceso, es dable afirmar –como lo hace la *a quo*- que no existen suficientes elementos de juicio que conduzcan a la convicción de

desacreditar la aptitud al Sr. ----- para asumir el cuidado personal de su menor hija. Ambos padres garantizan el bienestar de la menor -----, pero la nula colaboración y entendimiento entre las partes dificulta la decisión sobre el mejor progenitor para su cuidado. Es por ello que en procura de garantizar el interés superior de la niña, quién ha permanecido bajo los cuidados de la madre y tomando en cuenta las condiciones morales, ambientales, familiares y económicas que en lo particular rodean el caso –como excepción a la regla general- la *a quo* consideró recomendable optar por un cuidado personal compartido, aplicando en la especie un tiempo de seis meses a favor de cada uno de los progenitores; decisión que comparte esta Cámara por considerar que por ahora es la decisión que mejor favorece el interés superior de la niña -----.

En relación a los *quantums* de las cuotas alimenticias con las que debe contribuir cada progenitor en los períodos en que no ejerza el cuidado de dicha menor, no entramos a un análisis prolijo del tema, por no haber sido objeto de apelación, confirmándose la sentencia en ese aspecto pero ampliándose o aclarándose lo resuelto sobre los regímenes de comunicación, trato y estadía, comúnmente denominado régimen de visitas para evitar cualquier tipo de fricción, estableciéndose los horarios en que se cumplirán.

Por último cabe señalar que este tipo de sentencias sobre cuidado personal y régimen de comunicación y trato, no causan estado, de conformidad al Art. 83 L. Pr. F. y eventualmente por su naturaleza quedan sujetas a revisión al cambiar las circunstancias que las motivaron.

Por tanto, de conformidad a los Arts. 211, 216, 350, 351 C. F.; 10, 12, 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 4, 9, 148, 149, 153, 160, 177 y 218 L. Pr. F.; 427 y 428 Pr. C., a nombre de la República de El Salvador, esta Cámara **FALLA: A)** Confírmase la sentencia definitiva venida en apelación que decreta la guarda y cuidado personal compartido de la menor -----, a favor de sus padres ----- y -----, comenzando a ejercer dicho cuidado el referido padre dentro de los ocho días siguientes de ejecutoriada esta sentencia, y para tal efecto deberá el tribunal *a quo* señalar día y hora para la entrega de la menor. **B)** Confírmase y aclárase el punto relativo al régimen de comunicación, trato y estadía que respectivamente corresponderá a cada padre, todos los fines de semana desde el sábado a las nueve de la mañana hasta el domingo a las seis de la tarde. La menor debe ser llevada al hogar de cada progenitor que se encuentre ejerciendo el cuidado en ese momento. **C)** En los períodos festivos de diciembre –Navidad y Año Nuevo-, la menor deberá permanecer durante el día con aquel progenitor que no esté ejerciendo el cuidado personal y será devuelta a más tardar a las seis de la tarde para que pueda disfrutar el resto del día al lado del otro progenitor. Comenzando el veinticuatro y treinta y uno de diciembre al lado de su madre. La misma regla se deberá observar cuando decidan celebrar junto con la niña los cumpleaños, tanto de los progenitores como de la menor. **E)** La Sra. ----- - deberá tomar los cuidados necesarios para que cuando la niña ----- permanezca bajo su responsabilidad, no corra ningún tipo de peligro o riesgo, sobre todo cuando ella no pueda pernoctar en su hogar. Queden confirmados todos los demás puntos de la sentencia. Devuélvanse originales al tribunal de origen al quedar firme este fallo, con su respectiva certificación. **NOTIFÍQUESE. PRONUNCIADA POR LOS**

MAGISTRADOS: DR. JOSÉ ARCADIO SÁNCHEZ VALENCIA Y LICDA. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ.