

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA (UCA)

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS



**“LA GUARDA Y LAS RELACIONES MADRE, PADRE E HIJOS
EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

Autor :

Jennifer Margarita Jiménez Lara

Tutor:

Msc. María Mercedes Martínez Guevara

Managua, julio de 2011

ÍNDICE

Introducción.....	4
Antecedentes.....	6
Justificación	9
Hipótesis	10
Planteamiento del problema	11
Objetivos.....	12
Marco Teórico.....	13
Capítulo I.....	13
La familia.....	13
Naturaleza jurídica de la familia.....	16
Derecho de Familia.....	20
Capítulo II.....	24
Legislación.....	25
Guarda.....	26
Relación padre, madre e hijos o Patria Potestad.....	30
Capítulo III.....	36
Guatemala.....	36
Honduras.....	44
El Salvador.....	48
Costa Rica.....	56
México.....	61
España.....	66
Capítulo IV.....	75
Concepto del interés superior del niño.....	75
Tutela en nuestra legislación.....	77
Un ejemplo en el ámbito nacional.....	78
Conclusiones.....	81
Recomendaciones.....	82
Bibliografía.....	83
Anexos.....	85

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio las figuras jurídicas ubicadas en Derecho de Familia, como son la guarda y las relaciones padre, madre e hijo, lo que se pretende evidenciar de estas dos figuras, es la gran importancia que tienen, al momento de un divorcio o separación de los cónyuges, ya que por regla general surgen controversias entre los padres porque ambos quieren ostentar la guarda y cuidado de los menores y nunca están conforme con el establecimiento de las relaciones padre, madre e hijo.

Este trabajo está dividido en cuatro capítulos:

CAPÍTULO I. 1. La familia, conceptos, 1.1. La familia en sentido amplio, 1.2. La familia en sentido restringido, 1.3. La familia en sentido intermedio, 1.4. La familia matrimonial y familia extramatrimonial, 1.5 Nuevas formas de familia. 2. Naturaleza jurídica de la familia, 2.1. Es o debe ser una persona jurídica. 2.2. La familia como organismo jurídico, 2.3 La familia como institución. 3. Derecho de Familia. 3.1 Concepto, 3.2 Ubicación entre las ramas del derecho, 3.3 Contenido, 3.4 Características esenciales

CAPÍTULO II. Regulación de la guarda y las relaciones madre, padre e hijos en las leyes de familia nicaragüense y las diferencias entre estas figuras. 1. Legislación, 2. Guarda, 2.1 Conceptos, 2.2 Tipos de guarda, 2.3 Incapacidades para ser guardador, 2.4 Remoción de los guardadores, 2.5 Excusas para servir el cargo de guardador, 2.6 Extinción de la guarda. 3. Relación padre, madre e hijo o patria potestad, 3.1 Concepto, 3.2 Deberes de los padres, 3.3 Suspensión y pérdida de la Patria Potestad, 3.4 Relación madre, padre e hijos en caso de divorcio o separación, 3.5. Diferencias entre relación madre, padre e hijo y guarda.

CAPÍTULO III. Regulación de la figura de la guarda y las relaciones padre, madre e hijos en el derecho comparado. 1. GUATEMALA. 1.1. Patria Potestad, 1.2.

Separación, Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad, 1.3. Tutela, 1.4 Clases de tutela: Testamentaria, Legítima, Judicial, Figura del Protutor, 1.5 Prohibiciones, remoción y excusas para la tutela. 2. HONDURAS, 2.1. La Patria Potestad, 2.2. Suspensión y extinción de la patria potestad, 2.3. Tutela, 2.4. Tipos de tutela: Testamentaria, Legítima, Dativa, 2.5. Prohibición y excusa para ser tutor, 2.6. Causas de remoción y término de la tutela. 3. EL SALVADOR, 3.1. Autoridad Parental, 3.2. Deberes de los padres en el ejercicio de la autoridad parental, 3.3. La Tutela o Guarda, 3.4. Deberes del Tutor, 3.5. Clases de Tutela: testamentaria, legítima o dativa, 3.6. Inhabilidades, excusas, remoción del tutor y fin de la tutela. 4. COSTA RICA. 4.1. Autoridad paternal o patria potestad, 4.2. Patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio, 4.3. Patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio, 4.4. Suspensión, término y recuperación de la patria potestad, 4.5. Tutela, 4.6. Incapacidades, separación y excusas de la tutela. 5. MEXICO, 5.1. Patria Potestad, 5.2. Término, pérdida, suspensión y excusa de la patria potestad, 5.3. Tutela, 5.4. Obligaciones del tutor, 5.5. Clases de tutela: Testamentaria, Legítima y Dativa, 5.6. Prohibiciones, separación, excusa y extinción de la tutela. 6. ESPAÑA. 6.1, Patria Potestad, 6.2. Deberes y facultades de la Patria Potestad, 6.3. Extinción de la Patria Potestad, 6.4. Guarda, 6.5. Obligaciones del tutor, 6.6. Prohibiciones, inhabilidades, remoción, excusa y extinción.

CAPÍTULO IV. El interés superior del menor, 1. Concepto de interés superior del menor, 2. La tutela legal en nuestra legislación, 2.1 Constitución Política, 2.2. Código de la Niñez y Adolescencia, 2.3. Decreto 1065, Ley reguladora de las relaciones padres, madres e hijos, 2.4 Ley de Responsabilidad Paterna y materna, 2.5 Dictamen del Código de Familia, 3. Un ejemplo en el ámbito nacional.

ANTECEDENTES

En el Derecho Romano, la patria potestad tenía una fundamental diferencia con la institución similar del derecho moderno, no estaba limitada a las relaciones entre los padres y sus hijos menores, sino que era el poder ejercido por el jefe de la familia (paterfamilias) sobre todas las personas libres que formaban el núcleo familiar, sin distinción de edad ni de que hubiesen contraído matrimonio o no; comprendía a todos los descendientes, a las mujeres entradas en la familia mediante el matrimonio cum manu y a los adoptados y arrogados.

Tanto en las relaciones personales, como en las patrimoniales, la institución sufrió una profunda evolución durante el desenvolvimiento del Derecho Romano.

En el primer aspecto, el pater tenía el derecho de vida y muerte (*ius vitae et necis*) sobre las personas sometidas a su potestad, pues le estaba permitido juzgarlos y castigarlos hasta con la pena de muerte. Podía enajenarlos (*ius vendendī*), abandonarlos o exponerlos (*ius exponendī*) y entregarlos en *noxae* a la víctima del delito por ellos cometido (*ius noxae dandī*).

El derecho de vida y muerte fue atenuado en la época republicana y desapareció en la imperial, transformándose en el derecho de corrección y de acusación ante los funcionarios competentes.

El derecho de venta se atenuó desde la Ley de las XII Tablas, fue limitado en la época imperial y desapareció totalmente en la era justiniana. El derecho de abandono fue suprimido en la época imperial y el de entregar en *noxae* al hijo fue abolido por Justiniano.

En cuanto al aspecto patrimonial, en un principio sólo el pater podía ser titular de un patrimonio, pero luego aparecieron los peculios de las personas sometidas a patria potestad: el profecticio, formado por una suma de dinero o masa de bienes

entregada por el pater al *alieni iuris* para su uso o goce y administración; el castrense, admitido en la época imperial respecto de los bienes adquiridos como consecuencia del servicio de las armas; el cuasicastrense, creado por Constantino e integrado por los bienes adquiridos con la retribución de funciones públicas, profesiones liberales y donaciones del emperador; y el adventicio, originado en la disposición de Constantino por la cual los hijos tenían la propiedad de la herencia de la madre, sin perjuicio del usufructo del padre, y configurado por Justiniano con iguales características, pero extendido a los bienes adquiridos de cualquier manera que no fuese por conducto del padre o actuando en su representación. (Belluscio A. , 2004, pág. 354)

En el derecho germánico, la relación paterno filial difería sustancialmente del sistema romano, pues la potestad paterna se ejercía fundamentalmente bajo el predominio de la idea de la protección del incapaz y cesaba a determinada edad. Tan grande era la diferencia, que Gayo sostenía que los demás pueblos desconocían la patria potestad y Loysel afirmó que no existía en el derecho germánico.

El Código Napoleónico trató de conciliar el derecho romano y el consuetudinario. Ya la Asamblea Legislativa había excluido la patria potestad sobre los mayores de edad en 1792. El Código confirmó ese criterio y, conservando la denominación romana, la organizó con predominio neto de las reglas consuetudinarias expuestas por Pothier. En el antiguo derecho español, la autoridad paterna era muy grande, pero se afirma que los atributos paternos se fueron moderando con el tiempo. (Belluscio A. , 2004, pág. 355)

Hoy está definitivamente triunfante la idea de que la patria potestad implica no sólo derechos, sino también deberes; y más aún, lo que importa primordialmente es la protección de los menores. La legislación moderna, a la inversa de la antigua, ha puesto el acento sobre los deberes y no sobre los derechos de los padres. De ahí un control cada vez mayor del Estado sobre la forma en que se ejerce la autoridad

paterna y la admisión de sanciones, incluso de orden penal, para los padres que no cumplen debidamente con sus obligaciones. (Borda, 1993, pág. 119). Sin embargo, en esta evolución, se corre el riesgo de ir demasiado lejos. Bajo pretexto de protección de los menores, hay una tendencia a acentuar demasiado la intervención del Estado en la vida íntima de la familia.¹ Se afirma que la potestad paterna es una función social.² Sin duda, tiene una función social; pero el concepto de la institución no se agota en los deberes que impone a los padres, ni en la función social contenida en el cumplimiento de esos deberes. Implica también derechos, que los hombres tienen en su calidad de tales, y que son, por tanto, verdaderos derechos naturales.³ Tal, por ejemplo, el de educar a los hijos, de plasmar su espíritu, de formarlos de acuerdo con sus ideales morales, religiosos o políticos. (Borda, 1993, pág. 119)

¹ De acuerdo: Busso, t. 2, coment. art. 264, n° 39; Josserand, Derecho Civil, ed. Buenos Aires, t. 1, vol. 2, n° 1080.

² Esta afirmación es hoy un lugar común; véase en este sentido, C. 2ª Apel., La Plata, 15/7/1949, L. L., t. 56, p. 602.

³ La C. S. N., afirmó que la patria potestad es un derecho natural, 28/11/1949, L. L., t. 60, p. 18.

JUSTIFICACION

La historia ha demostrado que el derecho de familia, es imprescindible, en la actualidad, ya que por medio de él se regulan todas las relaciones jurídicas que surgen en el quehacer diario de todas las familias.

Este trabajo encuentra su justificación en dos figuras de gran importancia dentro del derecho de familia como son la guarda y las relaciones madre padre e hijo, debido que a través de ellas se regula todo lo concerniente a los menores, que por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal.

Este trabajo servirá para dar a conocer las principales causas de controversias entre los cónyuges frente a la determinación de la guarda de los hijos menores y las relaciones padre, madre e hijo y los principales argumentos de los judiciales al momento de resolver las controversias que surjan.

HIPOTESIS

Las causas de controversias en el momento de la disolución del vínculo matrimonial, ya sea este de mutuo acuerdo o por voluntad de una de las partes, surgen al decidir a quién de los cónyuge le corresponde la guarda y al momento del establecimiento de las relaciones padre, madre e hijos.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la sociedad nicaragüense se encuentra regulada la figura del divorcio en sus distintas modalidades, sin embargo cuando de la unión matrimonial han nacido hijos, surge el conflicto acerca de la decisión de la guarda de los hijos menores. Generalmente se concede la guarda de los hijos menores a la madre, no obstante en la práctica judicial encontramos inconformidades respecto a esta decisión, cuando el cónyuge varón reclama que le sea otorgada a él; a este respecto también llama la atención, la inconformidad en cuanto al establecimiento de la relación madre, padre e hijos, sino que siempre se reclama la guarda definitiva de los menores por cualquiera de los cónyuges a quienes se les haya negado mediante resolución judicial.

Por tal razón, he decidido plantearme el siguiente problema de investigación ¿Cuáles son las principales causas de controversia que surge entre los padres al momento de solicitar la guarda de los hijos menores?

OBJETIVOS

- Objetivo General

Identificar la regulación normativa de la guarda y de la relación madre, padre e hijo y las principales causas de controversias entre los cónyuges frente a la determinación de la guarda de los hijos menores.

- Objetivos específicos

1. Reconocer la regulación de la guarda y las relaciones madre, padre e hijos en las leyes de familia nicaragüense y establecer las diferencias entre la figura de la guarda y la relación madre, padre e hijos.
2. Revisar la regulación de la figura jurídica de la guarda y la relación madre, padre e hijos en el derecho comparado.
3. Analizar la controversia entre los cónyuges por obtener la guarda de los menores mediante el estudio de casos.

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I. 1. La familia, conceptos, 1.1. La familia en sentido amplio, 1.2. La familia en sentido restringido, 1.3. La familia en sentido intermedio, 1.4. La familia matrimonial y familia extramatrimonial, 1.5 Nuevas formas de familia. 2. Naturaleza jurídica de la familia, 2.1. Es o debe ser una persona jurídica. 2.2. La familia como organismo jurídico, 2.3 La familia como institución. 3. Derecho de Familia. 3.1 Concepto, 3.2 Ubicación entre las ramas del derecho, 3.3 Contenido, 3.4 Características esenciales

1. LA FAMILIA

No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones: una amplia, otra restringida, y una intermedia. (Belluscio A. , 2004, pág. 3)

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado. Está integrada por un grupo de personas naturales con capacidades, habilidades y destrezas diferentes, unidas por el matrimonio o unión de hecho estable y vínculos de parentesco. ⁴

1.1 Familia en sentido amplio

En el sentido más amplio, familia como parentesco es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar.

Comprendería, según Fassi, "al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje", incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, que reciben la denominación de "parientes por afinidad"; a esa

⁴ Arto.31 del Dictamen de Código de Familia

enunciación habría que agregar al propio cónyuge, que no es un pariente. (Fassi S. , 1962, pág. 77)

Desde este punto de vista, cada individuo es el centro de una familia, diferente según la persona a quien se refiera. Responden a este concepto las definiciones de Díaz de Guijarro, de Spota y de Zannoni. Para Díaz de Guijarro, en definición compartida por López del Carril, "la familia es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación"⁵. Spota considera que "para nuestro derecho positivo la familia está constituida por las personas entre las cuales existe una relación de parentesco, así como por quienes se encuentran unidos en matrimonio".⁶ Y Zannoni la considera, desde el punto de vista jurídico como "el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, independientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación", y desde el sociológico, como un "régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación".

1.2. Familia en sentido restringido: pequeña familia, familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial

En el sentido más restringido, la familia comprende sólo el núcleo paterno-filial, denominado también "familia conyugal" o "pequeña familia", es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad.

La familia en sentido amplio, es definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares determina el campo del derecho de familia, se diferencia de la familia en sentido restringido, porque esta asume mayor importancia social que jurídica. Es el

⁵ Díaz de Guijarro, Enrique, La crisis de la familia, JA, 1978-IV-706. La familia en las constituciones modernas, JA, 1952-III, secc. doctrina., pág. 3.

⁶ Spota, Alberto G., Familia y parentesco, JA. 1955-11-161.

núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales del siglo XX, que tienden a imponer al Estado su defensa o protección. (Belluscio A. , 2004, pág. 5)

1.3 Familia en sentido intermedio, como un orden jurídico autónomo

En el concepto intermedio, familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Era éste el sentido de la familia romana, por lo menos en la primera etapa de su derecho histórico. Como supervivencia de la época romana, y también como reflejo de la ampliación de la esfera de la autonomía de la familia que acompaña al debilitamiento del Estado en la Edad Media, aparece de nuevo este concepto en la definición de las Partidas, que entienden por familia "el señor de ella, e todos los que binen so el, sobre quien ha mandamiento, así como los fijos e los sirvientes e los otros criados" (Belluscio A. , 2004, pág. 5 y 6)

1.4. Familia matrimonial y familia extramatrimonial

El ideal jurídico y ético es y ha sido ordinariamente la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Pero ello no implica que la unión de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que determinan también la existencia de una familia extramatrimonial, vínculos cuya regulación jurídica también es necesaria, sea cual fuere el criterio que se adopte para organizar su ordenamiento frente a la matrimonial.

En la doctrina ha sido motivo de discusión la existencia de tal familia extramatrimonial (o natural, o ilegítima), pues mientras algunos autores sostienen que no existe más que una sola familia, la fundada en el matrimonio, otros afirman que tanto lo es ella, como la constituida sin que medie entre los progenitores vínculo legal. (Belluscio A. , 2004, pág. 7)

1.5. Nuevas formas de familia

La profunda evolución de las costumbres que se ha producido en la segunda mitad del siglo XX, ha dado lugar a que se considere que frente al tipo clásico de familia (en sentido restringido), integrada por padre, madre e hijos, existen otros además de los integrantes de la pareja.

En primer lugar, se habla de familia monoparental, que es la formada por una persona sola con sus hijos. La circunstancia puede deberse a la muerte de uno de los padres, a la separación de hecho o judicial y el divorcio cuando la guarda de los hijos se confía o se ejerce de hecho por el padre o la madre, pero también a la procreación o la adopción por parte de una persona que no convive con otra.

También se habla de familia ensamblada, la integrada por el soltero, viudo o divorciado con hijos y que al contraer un nuevo matrimonio, establece parentesco con afinidad del nuevo cónyuge con aquéllos.

Finalmente, se plantea la cuestión de si puede existir una familia homosexual, especialmente en los países que asignan efectos jurídicos a la unión entre dos personas del mismo sexo, atribuyéndole algunos de los que corresponden al matrimonio o aun equiparándola con éste. Máxime si, como se acepta en algunos y se vislumbra en otros, ese tipo de pareja puede llegar a adoptar o a tener descendencia por medio de técnicas de procreación asistida, cuya evolución futura es difícil prever. (Belluscio A. , 2004, pág. 7 y 8)

2. Naturaleza jurídica de la familia.

2.1. Eso debe ser una persona jurídica.

Según la referencia de Cicu y de Gustavino, ya en el siglo XIX se sostuvo en Italia la idea de que la familia es una persona jurídica. El desarrollo de tal pensamiento

se debe a la exposición hecha en Francia por Savatier, quien sostiene que la familia es una persona moral. (Gustavino, 1962)

Tal personalidad moral estaría dada por la existencia de derechos extrapatrimoniales tales como nombre patronímico, derechos de potestad, de defender la memoria de los muertos, de ejercer la defensa jurídica de la familia contra sus enemigos) y patrimoniales como: propiedad del bien de familia, de los recuerdos de familia, de los sepulcros, reserva hereditaria, asignaciones; y prestaciones familiares, derechos de la familia agraria en la legislación sobre arrendamientos rurales, y patrimonio particular reconocido en algunos regímenes matrimoniales de bienes.

Williams sostiene que la familia es un ente que puede adquirir derechos y contraer obligaciones, derechos y obligaciones que enunció siguiendo a Savatier; además, consideraba que en ella se da la existencia del bien común, todo lo cual lo llevaba a sostener que es una persona jurídica.⁷

No cabe duda que la familia, no es persona jurídica, pues le falta la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, que es la nota distintiva de la personalidad. Los pretendidos derechos extrapatrimoniales de la familia son derechos subjetivos de cada uno de los componentes de la familia en particular. Lo mismo ocurre con los derechos patrimoniales. La legítima y las asignaciones familiares son derechos individuales de sus beneficiarios.

En ningún caso la familia es titular de derechos, el propietario del bien de familia, del sepulcro o del bien que constituye el recuerdo de familia, es el único que tiene el dominio de tales bienes, sin perjuicio de que sus derechos estén sujetos a limitaciones derivadas de la calidad del bien; y si los miembros de la familia tienen derecho de exigir la observancia de tales limitaciones o de atacar los actos que no

⁷ Williams, Jorge N., La familia en el orden jurídico, JA, 1957-III-131, secc. doctrina

las respeten, lo tienen individualmente y no como órganos o representantes de un ente jurídico familia, que no existe. (Belluscio A. , 2004, pág. 9 y 10)

2.2. La familia como organismo jurídico.

La tesis de que la familia es un organismo jurídico ha sido sostenida por el profesor italiano Antonio Cicu. Sostiene que, la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria, que en ese carácter se coloca junto al Estado pero es anterior y superior a él. Si bien reconoce que la familia no es persona jurídica, afirma que se trata de un organismo jurídico; carácter que estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no habría derechos individuales, sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes se las confiere la ley. (Cicu, 1947, pág. 214)

Se trata de una organización de caracteres jurídicos similares a los del Estado, en éste habría relación de interdependencia entre los individuos y sujeción de ellos al Estado; en la familia, las relaciones jurídicas serían parecidas, diferenciándose sólo en que la sujeción es al interés familiar. En este mismo sentido Lacruz Berdejo, expresa que la familia es un organismo, un conjunto orgánico, en el cual se atribuye a cada miembro una situación distinta y especial, y en el cual todos se pertenecen recíprocamente, sin formación de un núcleo jurídico distinto. (Belluscio A. , 2004, pág. 10)

2.3. La familia como institución

La mayor parte de la doctrina ve en la familia una institución. Sin embargo, es un concepto bastante impreciso, a pesar de que han intentado concretarlo los sostenedores de la "teoría de la institución", desarrollada para explicar la

personalidad jurídica pero aplicada también a la familia, a pesar de tratarse de un ente que le falta tal personalidad. (Belluscio A. , 2004, pág. 11)

Aun cuando el vocablo "institución" había sido utilizado con anterioridad, la teoría fue iniciada en Francia por Maurice Hauriou, y desarrollada luego por Georges Renard y Marcel Prélot. Según Hauriou, institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados; tales como la familia, la propiedad, un Estado en particular, que no pueden ser destruidos, ni siquiera por la legislación. (Hauriou, 1925, pág. 320)

A su vez, Prélot dice que institución es "una colectividad humana organizada, en el sentido de la cual las diversas actividades individuales, compenetradas de una idea directora, se hallan sometidas, para la realización de ésta, a una autoridad y a las reglas sociales". (Belluscio A. , 2004, pág. 11)

Más clara y sencilla es la explicación de la institución que da el sociólogo norteamericano Bierstedt. Dice este autor que los hombres realizan muchas actividades, de las cuales algunas están institucionalizadas y otras no. Toda persona, en algún momento de su vida, tiene ocasión de enseñar alguna cosa, mas no todos ocupan el status correspondiente a la enseñanza institucionalizada, no todos son maestros o profesores.

La institución sería así una manera regular, formal y definida de realizar una actividad, y siempre que existe una institución se halla también por lo menos una asociación cuya función es la de desarrollar la actividad institucionalizada. Una familia es una unión o asociación de personas, pero la familia es una institución, la institución de que se vale la sociedad para regular la procreación, la educación de los hijos y la transmisión por herencia de la propiedad. (Belluscio A. , 2004, pág. 12)

Sin embargo, Fassi negaba terminantemente que se tratase de una institución jurídica, dando como prueba de ello la imposibilidad de dar una definición de la

familia como tal, contrariamente a lo que ocurre con la filiación legítima, la patria potestad, etcétera. (Fassi S. , 1959, pág. 3)

Por fin, Gustavino aclaraba que la familia es más institución en sentido sociológico que jurídico. Explicaba que instituciones jurídicas son las constelaciones de normas de derecho organizadas sistemáticamente, orientadas por principios propios, y destinadas a establecer derechos y deberes en una determinada esfera de la vida social, con fines perfectamente preestablecidos y concientizados. En cambio, sociológicamente se entiende por institución los modos de pensar, de sentir y de actuar del individuo que se hallan preestablecidos y cuya transmisión se efectúa generalmente por vía de la educación. (Gustavino, 1962, pág. 33)

3. DERECHO DE FAMILIA

3.1. Concepto

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares, ese simple concepto o definición basta para caracterizarlo y ubicarlo entre las ramas del derecho, sin limitar su contenido. (Belluscio A. , 2004, pág. 23)

Para Lafaille, el derecho de familia es "el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia".

Por otra parte, Rébora lo definía como "el conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia; a las funciones que el mismo agregado llena y debe llenar, del punto de vista de la formación y protección de los individuos que lo integran; a las relaciones de estos individuos entre sí y con el agregado, como a las de éste con la sociedad civil, con la sociedad política y con los sucesivos órganos constitutivos de la una y de la otra, y a las instituciones apropiadas para su preservación y, según

las circunstancias, para su restauración o reintegración". (Belluscio A. , 2004, pág. 24)

3.2. Ubicación entre las ramas del derecho

La ubicación del derecho de familia entre las ramas del derecho, es un problema que la doctrina debate desde hace varias décadas.

Tradicionalmente, forma parte del Derecho Civil. Sin embargo, la circunstancia de que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y en otras circunstancias reguladas por él, esto ha hecho que la doctrina dude acerca de la ubicación correcta del Derecho de Familia. (Belluscio A. , 2004, pág. 24)

Existen diversas teorías sobre la ubicación del Derecho de Familia en las ramas del derecho, entre estas están:

- Teoría según la cual es parte del derecho público

La tesis de que el derecho de familia es parte del derecho público ha sido sostenida por Jellinek, según la referencia de Guastavino.

Según Rébora, la organización de la familia ha tenido un incesante movimiento, del orden doméstico, al derecho privado, y de éste al público, y Spota afirma que forma parte del derecho civil pero que se acentúa de manera innegable su aspecto de derecho público, por el interés estatal en el cumplimiento por los particulares de sus poderes-funciones en las relaciones jurídicas del derecho de familia.

- Teoría según la cual es una tercera rama del derecho

El mayor esfuerzo doctrinal por separar al derecho de familia del derecho civil, y aun del derecho privado, está constituido por la elaboración de Cicu, quien sostuvo

la tesis de la clasificación tripartita del derecho, según la cual el derecho de familia sería un tercer género distinto del derecho privado y del derecho público.

Cicu partía de una distinción entre el derecho público y el derecho privado, en el primero no es admisible un interés del individuo contrapuesto al del Estado, sino que sólo hay un interés, el del Estado y en el segundo los intereses tutelados son distintos y opuestos; y en el Derecho de Familia no se tutelan intereses individuales como autónomos, independientes, opuestos, sino que están subordinados a un interés superior a los intereses individuales, el interés familiar. (Belluscio A. , 2004, pág. 25) .

En oposición Borda admite que hay un interés familiar distinto del individual y del estatal, pero no cree que ello pueda ser el fundamento de la creación de una tercera rama del derecho, pues de lo contrario también habría que crear una cuarta en cuanto se refiere a las asociaciones, porque también en éstas hay un interés distinto del de los asociados y el del Estado. Niega la distinción entre el hombre como individuo y como miembro de la familia, y sostiene que desvincular la familia del derecho privado es un contrasentido, pues nada más privado que ella. (Belluscio A. , 2004, pág. 26)

- Teoría de la autonomía del Derecho de Familia dentro del Derecho Privado

La consideración del derecho de familia como una rama del derecho privado distinta del derecho civil fue, pues, la última opinión de Cicu. Parece ser, asimismo, la del derecho islámico, en el cual la fuente del derecho de familia es el Corán mientras que la del derecho civil es la legislación laica; la de Rusia y los países de Europa Oriental, que mantienen la separación legislativa de los códigos civiles y los de familia, siguiendo así la tradición soviética, la cual, sin embargo, había estado determinada más bien por la urgencia legislativa de adecuar la regulación de la familia a nuevas ideas que por motivos de teoría jurídica; y la de los países latinoamericanos que han sancionado códigos de la familia separados de los códigos civiles.

Participa de esta opinión, en México, Rojina Villegas, quien sostiene que las demás ramas del derecho privado tratan de materia patrimonial, mientras que en el derecho de familia la nota principal está dada por la regulación de vínculos no patrimoniales creados por el parentesco, el matrimonio y la incapacidad de ciertos sujetos, mediante normas de indiscutible interés público y superior. (Belluscio A. , 2004, pág. 30)

- Teoría según la cual forma parte del derecho social

Una nueva posición acerca de la ubicación sistemática del derecho de familia fue sustentada por el profesor de la Universidad Nacional de Tucumán, Jorge S. Antoni, quien afirmó, una nueva división tripartita del derecho, derecho público, derecho privado y derecho social. Sostiene que el derecho público tiene como sujeto al Estado, y hay en él una relación de subordinación y dependencia e interés de autoridad; hay un sujeto jerárquico y sujetos secundarios.

El derecho privado, en cambio, tiene como sujeto a la persona o al Estado como particular, y su fuente normativa es la voluntad, que sólo puede ser afectada por el orden público; no hay sujeto jerárquico, y las obligaciones y derechos nacen de aquella voluntad y finalmente, en el derecho social el sujeto es la sociedad, representada por los distintos entes colectivos con los cuales opera; por la naturaleza de la relación se está frente a una reciprocidad, y cuando se ejerce un derecho se cumple con un deber y es recíproca la exigibilidad. Dentro de ese esquema, colocó al derecho de familia como rama del derecho social, junto con el derecho del trabajo y el de la seguridad social. (Belluscio A. , 2004, pág. 30)

3.3. Contenido

El derecho de familia comprende normas reguladoras de las relaciones personales y de las relaciones patrimoniales de orden familiar.

Ha quedado superado actualmente el antiguo esquema que distinguía entre el Derecho de Familia y el derecho civil patrimonial, y que llevaba a esos códigos a legislar entre los contratos las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Desde otro punto de vista, el derecho de familia comprende el derecho matrimonial como promesa, celebración, nulidad, efectos extrapatrimoniales y patrimoniales, disolución del matrimonio y limitación de sus efectos; las relaciones jurídicas paterno filiales como la filiación y adopción y las relaciones parentales en sentido amplio, situándose bien en este último o bien independientemente las denominadas "relaciones cuasifamiliares", comprensivas de la tutela y la curatela.

También se estudian en el derecho de familia las consecuencias jurídicas de la unión de hecho. Sólo en las últimas décadas del siglo XX comenzó a elaborarse una teoría general del derecho de familia independiente de la parte general del derecho civil. (Belluscio A. , 2004, pág. 31)

3.4. Características esenciales

El derecho de familia tiene caracteres propios que lo diferencian de las otras ramas del derecho civil. Tales como:

- La influencia de las ideas morales y religiosas en la adopción de las soluciones legislativas referentes a los problemas que presenta, y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social, esto hace que su regulación sea un problema de política legislativa.
- La circunstancia de que los derechos subjetivos emergentes de sus normas implican deberes correlativos, lo que ha hecho que se los califique de derechos-deberes, o bien de poderes-funciones.
- El rango superior de las relaciones familiares puras u organizadoras de la familia, sobre las relaciones jurídicas reguladoras de los efectos pecuniarios de dicha organización. (Belluscio A. , 2004, pág. 32)

- La mayor restricción de la autonomía de la voluntad que en otras ramas del derecho civil, pues casi todas sus normas son imperativas.
- La participación de órganos estatales en los actos de emplazamiento en el estado de familia o en determinadas autorizaciones vinculadas a la familia o a su patrimonio. (Belluscio A. , 2004, pág. 33)

CAPÍTULO II. Regulación de la guarda y las relaciones madre, padre e hijos en las leyes de familia nicaragüense y las diferencias entre estas figuras. 1. Legislación, 2. Guarda, 2.1 Conceptos, 2.2 Tipos de guarda, 2.3 Incapacidades para ser guardador, 2.4 Remoción de los guardadores, 2.5 Excusas para servir el cargo de guardador, 2.6 Extinción de la guarda. 3. Relación padre, madre e hijo o patria potestad, 3.1 Concepto, 3.2 Deberes de los padres, 3.3 Suspensión y pérdida de la Patria Potestad, 3.4 Relación madre, padre e hijos en caso de divorcio o separación, 3.5. Diferencias entre relación madre, padre e hijo y guarda.

1. Legislación

La guarda y las relaciones madre, padre e hijos (patria potestad) están reconocidas en nuestra legislación en los siguientes instrumentos jurídicos:

- El Código Civil de Nicaragua.
- Reforma a la ley de la patria potestad. Ley No. 327 aprobada el 8 de febrero de 1974; publicada en la Gaceta No. 46 del 23 de febrero de 1974.
- Ley reguladora de las relaciones padres, madres e hijos. Decreto No. 1065 aprobado el 24 de febrero de 1982, publicado en la Gaceta No.155 del 3 de julio de 1982.
- Ley de responsabilidad paterna y materna. Ley No. 623 aprobada el 17 de mayo de 2007, publicado en la Gaceta No. 120 del 26 de junio del 2007.

Existen otros instrumentos que regulan de una forma indirecta las relaciones madre padre e hijo y la figura de la guarda, tales como:

- El Código de la niñez y la adolescencia. Ley No. 287 aprobada del 24 de marzo de 1998, publicado en la Gaceta No.97 del 27 de mayo de 1998.
- Ley de disolución de Vínculo Matrimonial. Ley No.38 aprobada el 28 de abril de 1988, publicado en la Gaceta No.80 del 29 de abril 1988.

Nuestro Código Civil regula la figura de la patria potestad en su Título III de Paternidad y Filiación, en el Capítulo IV, de los artículos 244 al 270. Con la entrada en vigencia del Decreto No. 1065 del 24 de junio de 1982, se cambia el término de patria potestad por relaciones entre madre, padres e hijos.⁸ La guarda está regulada en el Código Civil como un título, del artículo 298 al 408.

2. Guarda

2.1. Conceptos

Según la legislación vigente, el objeto de la guarda es el cuidado de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que no están bajo la patria potestad son incapaces de gobernarse por sí mismo.⁹

En el dictamen del Código de Familia, ya no se establece la figura de la Guarda, sino que se habla la figura de Tutela y la define como un cargo designado a ciertas personas para representar legalmente a las y los menores de edad que no estén sujetos a las relaciones madre, padre, hijos o hijas y mayores de edad declarados incapaces.¹⁰ Así mismo, establece que el objeto de la tutela es la representación legal, el cuidado y crianza, educación, la defensa y protección de los derechos patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los menores de edad y mayores de edad declarados incapaces y de las personas sujetas a pena de inhabilitación especial. La tutela se constituye judicialmente.¹¹

⁸ Decreto 1065, Arto.15 establece “En toda la legislación vigente donde se lea “Patria Potestad” se entenderá “Relaciones entre Madre, Padre e Hijos.”

⁹ Arto.298 de Código Civil de Nicaragua

¹⁰ Arto 332 del Dictamen de Código de Familia

¹¹ Arto 333 del Dictamen del Código de Familia

Están sujetos a guarda:

- Los menores de edad no declarados mayores.
- Los locos, imbéciles o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos.
- Los sordomudos y ciegos que no tengan la necesaria inteligencia Para administrar sus bienes.
- El que por consecuencia del vicio de embriaguez se halla imposibilitado de dirigir sus negocios.
- Los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.¹²

La guarda es ejercida por un solo guardador bajo la vigilancia del Juez que le hubiere discernido el cargo, y del Representante del Ministerio Público.¹³ El cargo de guardador no es renunciable, sino en virtud de causa legítima debidamente justificada.¹⁴

2.2 Tipos de guarda

La guarda puede ser:

Testamentaria: puede ser nombrada por los padres de los menores o por el que haya dejado la herencia o legado de importancia. Este tipo de guarda no solo puede hacerse por testamento sino también por escritura pública.¹⁵

Legítima: tiene lugar en los casos de impedimentos, suspensión o pérdida del poder paterno o materno, o cuando el guardador nombrado por testamento no entra a ejercer la guarda. La ley establece el orden a quienes les corresponde

¹² Arto.298 de Código Civil de Nicaragua

¹³ Arto.300 de Código Civil de Nicaragua

¹⁴ Arto.301 de Código Civil de Nicaragua

¹⁵ Artos. 306,307 y 308 del Código Civil de Nicaragua "El padre puede nombrar guardador para sus hijos menores, ya sean legítimos, ya ilegítimos reconocidos, a quienes, según el Arto, 288, está obligado a alimentar. Igual facultad corresponde a la madre. Los padres pueden nombrar guardador al hijo que está por nacer o para los derechos eventuales de éste"

ejercer la guarda legítima: al abuelo, a la abuela, a los demás ascendientes varones, a las demás ascendiente mujeres menores de setenta años, a los hermanos del pupilo y a los hermanos del padre o la madre, con preferencia a los de la línea paterna.

Judicial: esta es nombrada por el juez y tiene lugar cuando el menor no tenga designado guardador por sus padres, cuando no existan los parientes llamados a ejercer la guarda legítima, cuando hubiesen sido removida de ella, al menor que al entrar en mayoría de edad no esté en condiciones de manejarse por sí mismo.¹⁶

2.3 Incapacidades para ser guardador

Son incapaces de toda guarda:

- Los ciegos, los mudos.
- Los locos, imbeciles y dementes, aunque no estén bajo interdicción.
- Los quebrados y concursados, no rehabilitados.
- Los que carecen de domicilio en la República.
- Los que no sepan leer ni escribir.
- Los de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.
- Los condenados judicialmente a una pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad, aunque se les haya indultado de ella.
- El que ha sido privado de ejercer la patria potestad.
- Los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio consiguiente a ésta, han sido condenados por fraude o culpa grave a indemnizar al pupilo.¹⁷
- Los que no sean mayores de edad o no hayan sido declarados mayores. Sin embargo, si es deferida una guarda al ascendiente o descendiente legítimo o ilegítimo que en razón de su edad no pueda ejercerla, se aguardará que tenga la aptitud correspondiente para conferirle el cargo.¹⁸

¹⁶ Artos.321 del Código Civil de Nicaragua

¹⁷ Arto 387 del Código Civil de Nicaragua

¹⁸ Arto 388 del Código Civil de Nicaragua

- El que le dispute su estado civil.¹⁹
- Los acreedores o deudores, ni los que litigan con ella por intereses propios o ajenos, o cuando los que litigan con el menor sean el padre o madre del que se trate de nombrar guardador.²⁰

2.4 Remoción de los guardadores

Los guardadores serán removidos:

- Por incapacidad.
- Por no reclamar o no promover el inventario en los términos prescritos por la ley.
- Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, o por conducirse mal respecto del cuidado del pupilo y de la administración de sus bienes.
- Por ineptitud manifiesta.
- Por conducta inmoral de que pueda resultar daño en las costumbres del pupilo.²¹

La remoción podrá ser solicitada por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge, por el Ministerio Público, y aun por cualquiera del pueblo y de oficio. Podrá también solicitarla el mismo pupilo que haya llegado a la pubertad recurriendo al Ministerio Público, y conocerá de ello el Juez que discernió el cargo.²²

2.5 Excusas para servir el cargo de guardador

Pueden excusarse de la guarda:

¹⁹ Arto 389 del Código Civil de Nicaragua

²⁰ Artos.390 del Código Civil de Nicaragua

²¹ Arto.396 del Código Civil de Nicaragua

²² Arto.399 del Código Civil de Nicaragua

- Los individuos del ejército o la armada, que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado.
- Los que tienen que ejercer por largo tiempo o por tiempo indefinido un cargo o comisión pública fuera del territorio nicaragüense.
- El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y los de las Cortes de Apelaciones, los comandantes de armas o comandantes militares, el Representante del Ministerio Público, tesoreros, subtesoreros, contadores del Supremo Tribunal de Cuentas y los Jueces de Distrito.
- Los administradores y recaudadores de rentas fiscales.
- Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público fuera del Departamento o Distrito en que se ha de ejercer la guarda, y los que tienen su domicilio fuera del mismo Departamento o Distrito.
- Los que adolecen de alguna enfermedad grave habitual o han cumplido sesenta años.
- Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario.
- Los que ejercen ya dos guardas;
- Los que tienen bajo su patria potestad cuatro o más hijos legítimos vivos o ilegítimos reconocidos, contándoseles también los que han muerto en acción de guerra, bajo las banderas de la República.²³
- El que por diez o más años continuos haya servido la guarda, podrá excusarse de continuar en ella, pero no podrá alegar esta excusa el cónyuge, ni un ascendiente o descendiente legítimo o ilegítimo.²⁴

2.6 Extinción de la guarda

La guarda se acaba:

- Por la muerte del guardador, su remoción o excusación admitida por el Juez.

²³ Arto.402 del Código Civil de Nicaragua

²⁴ Arto.405 del Código Civil de Nicaragua

- Por la muerte de la persona en guarda, por llegar el menor a la mayor de edad o ser declarado mayor, o por contraer matrimonio.²⁵

3. Relación padre, madre e hijo o patria potestad

3.1 Concepto

La patria potestad, es un conjunto de derechos que le corresponde ejercer a los padres, como dirigir las personas de sus hijos menores, protegerlos y administrar sus bienes.²⁶ Es decir, la patria potestad es ejercida en conjunto por el padre y la madre y dicho ejercicio conlleva el cuidado, crianza y educación de sus hijos menores de edad. Lo mismo que la representación de ellos y la administración de sus bienes.

Según el dictamen del Código de la Familia, la autoridad parental o relación madre, padre e hijos o hijas, es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijos e hijas en cuanto a su persona y sus bienes, siempre y cuando sean menores de edad y no se hayan emancipado o mayores de edad declarados incapaces. Como podemos observar dicho dictamen establece otro termino para referirse a las relaciones madre padre e hijos, le denomina también autoridad parental.²⁷

La patria potestad, es el conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. La denominación es tradicional, proviene del Derecho Romano, pero en realidad no responde estrictamente a su concepto actual, pues el derecho moderno no la caracteriza simplemente como la autoridad paterna, sino como una institución del derecho de familia encaminada más bien a la protección del hijo

²⁵ Arto.480 del Código Civil de Nicaragua

²⁶ Arto.244 del Código Civil de Nicaragua

²⁷ Arto .264 del Dictamen del Código de Familia de Nicaragua

menor y a su educación y preparación, para su mejor desenvolvimiento en la vida. (Belluscio, Manual de Derecho de Familia, 2004) PAG.353

3.2 Deberes de los padres:

- Suministrar a los hijos la alimentación adecuada, vestido, vivienda y en general los medios materiales necesarios para su desarrollo físico y la preservación de su salud, así como de procurarles los medios necesarios para su educación formal.
- Velar por la buena conducta de sus hijos y estimular el desarrollo de su capacidad de decisión y su sentido de responsabilidad. Educar a sus hijos para la participación en el trabajo doméstico y en las decisiones familiares. Preparar a sus hijos para el trabajo socialmente útil y formal como miembros dignos de la sociedad.
- Representar judicial y extrajudicialmente a los hijos y administrar sus bienes: Conjuntamente, cuando vivan juntos los padres, y cuando los padres no hagan vida en común, la representación y administración corresponde al padre o madre que viva con el hijo, salvo que razones de conveniencia para los intereses del menor aconsejen otra cosa²⁸.
- Proteger la vida, la integridad física, psíquica, moral y social de sus hijas e hijos y tenerlos en su compañía.²⁹
- Orientar adecuadamente a los hijos e hijas, pudiendo auxiliarse de profesionales especializados, que podrán brindar asesoría psicopedagógica en centros educativos o bien en la delegación del Ministerio de la Familia, Niñez y Adolescencia.³⁰

Cuando vivan juntos los padres, decidirán conjunta o separadamente todo lo referente a la dirección de la persona de sus hijos menores presumiéndose, en este

²⁸ Arto. 1 Ley reguladora de las relaciones padres, madres e hijos. Decreto No. 1065 aprobado el 24 de febrero de 1982, publicado en la Gaceta No.155 del 3de julio de 1982.

²⁹ Arto.271 del Dictamen del Código de Familia inciso a

³⁰ Arto.271 del Dictamen del Código de Familia inciso f

último caso, que existe acuerdo entre ellos. Pero si se tratara de administración o disposición de los bienes del menor, deberán actuar en conjunto.³¹

Cuando el hijo viva sólo con uno de sus progenitores, a éste le corresponderán las decisiones relativas a la dirección de la persona del menor, pero si se tratare de la administración o disposición de sus bienes y se requiere autorización judicial, deberá ser oído siempre el otro progenitor. Cuando la autorización judicial no fuere necesaria, actuará independientemente el progenitor que viva con el menor.³²

3.3 Suspensión y pérdida de la Patria Potestad

El Código Civil establece las causales de suspensión y término de la patria potestad:

Suspensión:

- Por incapacidad del padre o madre, reconocida judicialmente.
- Por la ausencia de los mismos.
- Por sentencia pronunciada contra el padre o madre, que contenga en sus decisiones la interdicción temporal de la patria potestad.³³

Término:

- Por la muerte del padre o madre.
- Por la emancipación, mayor de edad o declaratoria de mayoría de edad de los hijos.
- Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, o lo pone en peligro de perder su vida o le causa grave daño.
- Cuando el padre o madre ha abandonado al hijo.

³¹ Arto. 4 de la

Ley reguladora de las relaciones padres, madres e hijos. Decreto No. 1065 aprobado el 24 de febrero de 1982, publicado en la Gaceta No.155 del 3de julio de 1982.

³² Arto. 4 párrafo segundo de la Ley reguladora de las relaciones padres, madres e hijos. Decreto No. 1065 aprobado el 24 de febrero de 1982, publicado en la Gaceta No.155 del 3de julio de 1982.

³³ Arto.268 del Código Civil de Nicaragua

- Cuando la depravación del padre o madre le hace indigno de ejercer la patria potestad.
- Por toda sentencia ejecutoriada que declare al padre o madre culpable de un delito que se castigue con penas que lleven consigo la pérdida de la patria potestad.³⁴

3.4 Relación madre, padre e hijos en caso de divorcio o separación.

La decisión sobre quien ejercerá el cuidado, crianza y representación del hijo o hija no conlleva al alejamiento entre éstos. Las hijas o hijos tienen derecho a relacionarse con su padre o madre en casos de separación de éstos. El que tuviera la autoridad parental, no podrán impedir tales relaciones y trato a no ser que sea perjudicial para el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes lo que deberá ser declarado judicialmente. El derecho al trato, comunicación y relaciones es aplicable para los demás miembros de la familia, siempre y cuando no sea contrario al desarrollo integral del niño, niña o adolescente.

Las hijas o hijos que no vivan con su padre o madre tendrán derecho como mínimo a relacionarse con sus progenitores un fin de semana cada quince días y durante las vacaciones escolares, de navidad y fin de año, de forma equitativa entre el padre y la madre, salvo que sea contrario al principio del interés superior de la hija o hijo.³⁵

3.5. Diferencias entre relación madre, padre e hijo y guarda

- La guarda constituye uno de los tantos derechos y deberes que tienen los padres al momento del ejercicio de las relaciones padre, madre e hijos, ya que la guarda implica entre otras cosas, la convivencia del o los padres en el mismo hogar.

³⁴ Arto. 269 del Código Civil de Nicaragua

³⁵ Artos.278,279 y 280 del Dictamen del Código de Familia

- Se diferencian, en que la relación madre, padre e hijo es inherente a los padres, sean biológica o por adopción, en cambio la guarda puede obtenerse de dos forma: por acuerdo entre los padre y judicialmente.
- La guarda se puede definir como una facultad “doméstica” en el sentido de que comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado Inmediato, imposición de normas de disciplina, consuelo, estudio, por el contrario las relaciones padre, madre e hijo, no únicamente son el cuido del menor sino que implica otras obligaciones como la representación legal y la dirección de la persona de su hijo. (http://www.derechofamilia.com/articulos/DIFERENCIAS_ENTRE-PATRIA_POTESTAD_Y_GUARDA_Y_CUSTODIA.pdf).
- Otra diferencia radica en que las relaciones madre, padres e hijos es ejercida única y exclusivamente por los padres, ya sea estando juntos o separados. En cambio la guarda puede ser ejercida por cualquier persona que designe el juez.³⁶

³⁶ Arto. 266 del Dictamen del Código de Familia “El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente o a uno de ellos cuando falte el otro. Se entenderá que falta el padre y la madre, no solo cuando hubiere fallecido, sino cuando se ausentare y se ignore su paradero o estuviere imposibilitado” y Arto. 333 del Dictamen del Código de Familia “La tutela se constituye judicialmente y tiene como objeto la representación legal, el cuido y crianza, educación, la defensa y protección de los derechos patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los menores de edad y mayores de edad declarados incapaces y de las personas sujetas a pena de inhabilitación especial”.

CAPÍTULO III. Regulación de la figura de la guarda y las relaciones padre, madre e hijos en el derecho comparado. 1. GUATEMALA. 1.1. Patria Potestad, 1.2. Separación, Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad, 1.3. Tutela, 1.4 Clases de tutela: Testamentaria, Legítima, Judicial, Figura del Protutor, 1.5 Prohibiciones, remoción y excusas para la tutela. 2. HONDURAS, 2.1. La Patria Potestad, 2.2. Suspensión y extinción de la patria potestad, 2.3. Tutela, 2.4. Tipos de tutela: Testamentaria, Legítima, Dativa, 2.5. Prohibición y excusa para ser tutor, 2.6. Causas de remoción y término de la tutela. 3. EL SALVADOR, 3.1. Autoridad Parental, 3.2. Deberes de los padres en el ejercicio de la autoridad parental, 3.3. La Tutela o Guarda, 3.4. Deberes del Tutor, 3.5. Clases de Tutela: testamentaria, legítima o dativa, 3.6. Inhabilidades, excusas, remoción del tutor y fin de la tutela. 4. COSTA RICA. 4.1. Autoridad paterna o patria potestad, 4.2. Patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio, 4.3. Patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio, 4.4. Suspensión, término y recuperación de la patria potestad, 4.5. Tutela, 4.6. Incapacidades, separación y excusas de la tutela. 5. MEXICO, 5.1. Patria Potestad, 5.2. Término, pérdida, suspensión y excusa de la patria potestad, 5.3. Tutela, 5.4. Obligaciones del tutor, 5.5. Clases de tutela: Testamentaria, Legítima y Dativa, 5.6. Prohibiciones, separación, excusa y extinción de la tutela. 6. ESPAÑA. 6.1, Patria Potestad, 6.2. Deberes y facultades de la Patria Potestad, 6.3. Extinción de la Patria Potestad, 6.4. Guarda, 6.5. Obligaciones del tutor, 6.6. Prohibiciones, inhabilidades, remoción, excusa y extinción.

1. GUATEMALA

1.1. Patria Potestad

El Código Civil de Guatemala establece que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho, y únicamente se ejerce sobre los hijos mayores de edad cuando hayan sido declarados en estado de interdicción.³⁷

³⁷ Arto.252 del Código Civil de Guatemala

La patria potestad en el caso de separación o de divorcio, la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado.³⁸

Los padres en el ejercicio de la patria potestad están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral y materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.³⁹

La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.⁴⁰

1.2. Separación, Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad

La separación de la patria potestad se da cuando, el que la ejerce disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración. Dicha separación ocurre a solicitud de los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad, o del Ministerio Público.⁴¹

La patria potestad se suspende:

- Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente;
- Por interdicción, declarada en la misma forma;
- Por ebriedad consuetudinaria;
- Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes.⁴²

La patria potestad se pierde:

³⁸ Arto. 255.- Reformado por el artículo 8 del Decreto No. 80-98, del Congreso, vigente desde el (31 de Diciembre de 1998)

³⁹ Arto.253 del Código Civil de Guatemala

⁴⁰ Arto.254 del Código Civil de Guatemala

⁴¹ Arto.269 del Código Civil de Guatemala

⁴² Arto.273 del Código Civil de Guatemala

- Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares;
- Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores;
- Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos;
- Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado;
- Por haber sido condenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona.⁴³

El que haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad o la hubiere perdido, no quedará exonerado de las obligaciones hacia sus hijos. Sólo podrán promover la acción sobre pérdida o suspensión de la patria potestad, los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad y el Ministerio Público. El progenitor inocente y el Ministerio Público serán parte en el juicio en todos los casos.⁴⁴

Restablecimiento de la patria potestad

El juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede, a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos:

- Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos;
- Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes;

⁴³ Arto.274 del Código Civil de Guatemala

⁴⁴ Arto.275 del Código Civil de Guatemala

- Cuando la rehabilitación fuere pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor.

En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intente rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva.⁴⁵

1.3.Tutela

Según el Código Civil guatemalteco, la Tutela procede cuando el menor de edad que no se halle bajo la patria potestad y aun siendo mayor de edad hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. La tutela comprende el cuidado de su persona así como de sus bienes.⁴⁶

La tutela se ejerce por un tutor y un protutor, cuyos cargos son personales y no pueden delegarse, pero pueden otorgar mandatos especiales para actos determinados. También son cargos públicos a cuyo desempeño están obligadas todas las personas que se encuentren en pleno goce de sus derechos civiles. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado.⁴⁷

1.4 Clases de tutela: Testamentaria, Legítima, Judicial, Figura del Protutor

Testamentaria, se instituye por testamento por:

- El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad;
- El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima;
- Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciere de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo;

⁴⁵ Arto.277 del Código Civil de Guatemala

⁴⁶ Arto.293 del Código Civil de Guatemala

⁴⁷ Arto:294 y 295 del Código Civil de Guatemala

- El adoptante que designe heredero o legatario o su hijo adoptivo⁴⁸.

La tutela legítima de los menores corresponde en el orden siguiente:

- Al abuelo paterno;
- Al abuelo materno;
- A la abuela paterna;
- A la abuela materna;
- A los hermanos, sin distinción de sexo, siendo preferidos los que procedan de ambas líneas y entre éstos el de mayor edad y capacidad.

La línea materna será preferida a la paterna para la tutela de los hijos fuera de matrimonio. Sin embargo, puede el juez nombrar tutor al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.⁴⁹

La tutela judicial procede por nombramiento del juez competente, cuando no haya tutor testamentario, ni legítimo. Para la designación de la persona del tutor, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo.⁵⁰

La figura del Protutor

El protutor intervendrá en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio.

La designación del protutor se hará en la misma forma que la del tutor, puede recaer en parientes del pupilo o en otras personas, siempre que reúnan las condiciones de notoria honradez y arraigo.

⁴⁸ Arto. 297 y 298 del Código Civil de Guatemala

⁴⁹ Arto.299 del Código Civil de Guatemala

⁵⁰ Arto.300 del Código Civil de Guatemala

Obligaciones del protutor

- A intervenir en el inventario y avalúo de los bienes del menor y en la calificación y otorgamiento de la garantía que debe prestar el tutor;
- A defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor;
- A promover el nombramiento de tutor cuando proceda la remoción del que estuviere ejerciéndola, o cuando la tutela quede vacante o abandonada;
- A intervenir en la rendición de cuentas del tutor;
- A ejercer las demás atribuciones que le señala la ley para el cargo.⁵¹

1.5. Prohibiciones, remoción y excusas para la tutela

No puede ser tutor ni protutor:

- El menor de edad y el incapacitado;
- El que hubiere sido penado por robo, hurto, estafa, falsedad, faltas y delitos contra la honestidad, u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años;
- El que hubiere sido removido de otra tutela, o no hubiere rendido cuentas de su administración, o si habiéndolas rendido, no estuviesen aprobadas;
- El ebrio consuetudinario, el que haga uso habitual de estupefacientes, el vago y el de notoria mala conducta;
- El fallido o concursado, mientras no haya obtenido su rehabilitación;
- El que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuges, con el menor o incapacitado;
- El que ha perdido el ejercicio de la patria potestad o la administración de los bienes de sus hijos;
- El acreedor o deudor del menor por cantidad apreciable en relación con los bienes del menor, a juicio del juez, a menos que con conocimiento de causa, haya sido nombrado por testamento;

⁵¹ Arto.304 y 305 del Código Civil de Guatemala

- El que no tenga domicilio en la República;
- El ciego y el que padezca enfermedad grave, incurable o contagiosa.⁵²

Serán también removidos de la tutela y protutela:

- Los que demuestren negligencia, ineptitud o infidelidad en el desempeño del cargo;
- Los que incitaren al pupilo a la corrupción o al delito;
- Los que emplearen maltrato con el menor;
- Los que a sabiendas hayan cometido inexactitud en el inventario, omitiendo bienes o créditos activos o pasivos;
- Los que se ausenten por más de seis meses del lugar en que desempeñan la tutela y protutela.⁵³

Pueden excusarse de la tutela o protutela:

- Los que tengan a su cargo otra tutela o protutela;
- Los mayores de sesenta años;
- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más hijos;
- Las mujeres;
- Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia;
- Los que padezcan enfermedad habitual que les impida cumplir los deberes de su cargo;
- Los que tengan que ausentarse de la República por más de un año.⁵⁴

Los que no fueren parientes del menor o incapacitado, no estarán obligados a aceptar la tutela o protutela si hubiere personas llamadas por la ley, que no tengan excusa o impedimentos para ejercer aquellos cargos.⁵⁵

(<http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwegua.htm>)

⁵² Arto.315 del Código Civil de Guatemala

⁵³ Arto.316 del Código Civil de Guatemala

⁵⁴ Arto.317 del Código Civil de Guatemala

⁵⁵ Arto.318 del Código Civil de Guatemala

2. HONDURAS

2.1 Patria Potestad

Según el Código Civil de Honduras, la patria potestad la ejercen los padres protegiendo y administrando los bienes de sus hijos menores.⁵⁶

Al padre es a quien especialmente corresponde durante el matrimonio, como jefe de la familia, dirigir, representar y defender a sus hijos menores, ante el juicio como si fuera de él. Sin embargo la madre participa del poder paterno y debe ser oída en todo lo que se refiera a los intereses de los hijos.⁵⁷ No tendrá el padre la administración de los bienes del hijo, cuando se suspenda la patria potestad por decreto judicial y se dará al hijo un curador para su administración.⁵⁸

La mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado disuelto y la viuda que pase a otras nupcias, no podrán ejercer mientras dure el nuevo matrimonio, la patria potestad sobre sus hijos habidos en el anterior. Esto es aplicable a la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo y a la madre natural que tenga hijos bajo su potestad.⁵⁹

2.2. Suspensión y extinción de la patria potestad

La patria potestad se suspende por:

- La prolongada demencia del padre,
- Estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes,
- Larga ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre ausente no provee.⁶⁰

⁵⁶ Arto.238 del Código Civil de Honduras

⁵⁷ Arto.239 del Código Civil de Honduras

⁵⁸ Arto. 254 del Código Civil de Honduras

⁵⁹ Arto.242 del Código Civil de Honduras

⁶⁰ Arto.261 del Código Civil de Honduras

La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el Juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello los parientes del hijo y un curador especial.

Extinción de la patria potestad. La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad, esta puede ser voluntaria, legal o judicial.⁶¹

2.3. Tutela

La tutela, es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de aquellas que no puedan dirigirse a sí mismas o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo patria potestad. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores y generalmente guardadores.⁶²

La tutela se extiende no solo a los bienes, sino a la persona de los individuos sometidos a ellas. Están sujetos a tutela los menores de edad no habilitados, a los cuales se les llama pupilos.⁶³ No se puede dar tutor general al que está bajo patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto judicial⁶⁴

La guarda se ejercerá bajo la vigilancia del Juez que hubiere discernido el cargo, y del representante del Ministerio Público⁶⁵.

2.4. Tipos de tutela: Testamentaria, Legítima, Dativa

La tutela testamentaria se constituye por medio de testamento. El padre puede nombrar tutor, no sólo a los hijos nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre materno, para el caso en que nazca vivo, y muera la madre sin nombrarlo.⁶⁶ También se puede asimismo nombrar tutor a los hijos mayores de edad que se

⁶¹ Arto.263 del Código Civil de Honduras

⁶² Arto 409 del Código Civil de Honduras

⁶³ Arto 411 , 412 y 417del Código Civil de Honduras

⁶⁴ Arto.419 del Código Civil de Honduras

⁶⁵ Arto. 424 del Código Civil de Honduras

⁶⁶ Arto. 427 del Código Civil de Honduras

hallen en estado de demencia o sean sordomudos que no entiendan, ni se den a entender por escrito.⁶⁷

Las tutelas testamentarias admiten condición suspensiva y resolutoria, y señalamiento de día cierto en que principien o expiren.⁶⁸ El nombramiento de tutor debe ser cierto e inequívoco; si fuere dudoso, no valdrá.⁶⁹

Tutela legítima, es la que se confiere por la ley y tiene lugar cuando falta o expira la testamentaria, viviendo el padre o la madre, el menor es emancipado y por la suspensión de la patria potestad por decreto del Juez.⁷⁰

La tutela legítima tiene lugar en el siguiente orden: al padre, a la madre y en defecto de éstos, el juez se oirá a los parientes del pupilo y elegirá entre los abuelos, y a falta de abuelos, a los hermanos varones del pupilo y a los hermanos varones de los padres o a la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare.⁷¹

Tutela Dativa, es la que confiere el Juez, cuando hay algún retraso para el nombramiento del tutor, por algún impedimento temporal. Mientras dura el impedimento el juez nombrará un tutor interino, que es el que se conoce como dativo.⁷² El Juez, para la elección del tutor dativo, deberá oír a los parientes del pupilo. Si hubiere tutor adjunto, se le dará preferencia.

Reglas especiales

- En cuanto a la crianza y educación del pupilo, el tutor está obligado a cumplir la voluntad de los padres o de la persona que lo nombró.⁷³ Si no se

⁶⁷ Arto. 428 del Código Civil de Honduras

⁶⁸ Arto.432 del Código Civil de Honduras

⁶⁹ Arto.438 del Código Civil de Honduras

⁷⁰ Arto.439 del Código Civil de Honduras

⁷¹ Arto.440 del Código Civil de Honduras

⁷² Arto.445 y 446 del Código Civil de Honduras

⁷³ Arto. 499 el Código Civil de Honduras

hubiese hecho tal designación, se le dará todo lo necesario al tutor, según las posibilidades de la familia.⁷⁴

- El tutor es responsable de los gastos inmoderados en la crianza y educación del pupilo; sin embargo, el tutor puede pedirle al Juez que fije el monto máximo de que deba de invertirse en la crianza y educación.⁷⁵
- En caso que el pupilo no tenga para su manutención, el tutor podrá recurrir a las personas que por su parentesco con el pupilo estén obligados a prestarle alimentos.⁷⁶

2.5. Prohibición y excusa para ser tutor

- No pueden ser tutores: Los ciegos , los mudos, los locos, imbéciles y dementes, aunque no estén bajo interdicción, los quebrados y los concursados no rehabilitados, los que carecen de domicilio en la República de Honduras , los que no sepan leer y escribir, con excepción del padre o madre, llamados a ejercer la guarda de sus hijos legítimos o naturales, los de mala conducta notoria o que no tienen manera de vivir conocida, los condenados judicialmente a una pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad, aunque se les haya indultado de ella, el que ha sido privado de ejercer la patria potestad, los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior,⁷⁷ los que no hayan cumplido veintiún años⁷⁸ y el padrastro o madrastra no pueden ser tutores ni curadores de su entenado o hijastro⁷⁹.
- Tampoco puede ser tutores, los militares en ejercicio de sus funciones, incluso los cirujanos militares y los que por su cargo tienen que residir fuera del territorio hondureño.

⁷⁴ Arto. 500 el Código Civil de Honduras

⁷⁵ Arto. 500 el Código Civil de Honduras

⁷⁶ Arto.503 del Código Civil de Honduras

⁷⁷ Arto. 556 del Código Civil de Honduras

⁷⁸ Arto. 559 del Código Civil de Honduras

⁷⁹ Arto.560 del Código Civil de Honduras

Pueden excusarse de la tutela: El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, los fiscales y demás personas que ejercen el Ministerio Público, los Gobernadores departamentales y los Jueces letrados, los administradores y los recaudadores de las rentas fiscales, los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público fuera del departamento en que se ha de ejercer la guarda, los que tienen su domicilio fuera de dicho departamento.

Las mujeres, los que adolecen de alguna enfermedad habitual o han cumplido sesenta años, los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario, los que ejercen ya dos guardas y los que estando casados o teniendo hijos ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales, los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos vivos, el que por diez o más años continuos haya servido la guarda de un mismo pupilo, con excepción del cónyuge, ni un ascendiente o descendiente legítimo, ni un padre o hijo natural.⁸⁰

2.6. Causas de remoción y término de la tutela

Son causales de remoción de los tutores, la continua negligencia del tutor en la crianza y educación del pupilo,⁸¹ la incapacidad, el fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, la ineptitud manifiesta, los actos repetidos de administración descuidada, la conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo.⁸²

La remoción podrá ser pedida por los parientes del pupilo, por su cónyuge, por el mismo pupilo que haya llegado a la pubertad, a través de tutor especial, por el Ministerio Público, por el juez de oficio y por cualquier persona del pueblo.⁸³

⁸⁰ Arto.569 y 572 del Código Civil de Honduras

⁸¹ Arto 573 del Código Civil de Honduras

⁸² Arto 592 del Código Civil de Honduras

⁸³ Arto 595 del Código Civil de Honduras

La tutela termina por llegar el menor a la edad de veintiún años, el matrimonio del menor que hubiere cumplido diez y ocho años, la habilitación de edad y la muerte del menor. (<http://www.honduraslegal.com/legislacion/civil.htm>)

3. EL SALVADOR

La autoridad parental y la tutela en El Salvador no está regulada en el Código Civil, sino que existe un instrumento jurídico especial que lo regula como es el Código de Familia.

3.1. Autoridad Parental

El Código de Familia de El salvador define la autoridad parental como “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”⁸⁴

La autoridad parental la ejercerán conjuntamente el padre y la madre o uno de ellos cuando falte el otro. Se entiende como falta del padre o la madre, cuando hubiere fallecido, se le hubiere declarado muerto presunto, cuando se ausentare del territorio nacional, se ignore su paradero o este imposibilitado. En el ejercicio conjunto de la autoridad parental los padres pueden acordar quien representara y administrara los bienes de los hijos menores o incapaces.⁸⁵

3.2 Deberes de los padres en el ejercicio de la autoridad parental

a) El cuidado personal, dentro de este deber encontramos:

- La crianza: El padre y la madre están obligados a cuidar a sus hijos desde el momento de la concepción y criarlos con esmero, este cuidado no es más que

⁸⁴ Arto. 206 del Código de Familia de El Salvador

⁸⁵ Arto. 207 del Código de Familia de El Salvador

proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados, proveerles lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad, con la excepción de que si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionarle los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión u oficio.⁸⁶

Cuando los padres no hicieren vida en común, se separaren o divorciaren, el cuidado personal de los hijos lo tendrá cualquiera de ellos, según lo acuerden. Si no hay acuerdo será la autoridad judicial quien decida a quien le corresponde el cuidado de los hijos, tomando en consideración: el bienestar de los hijos, la edad y si los hijos fueren mayor de doce años será oídos, la moral, las circunstancias de índole afectiva, familiar, ambiental y económica.⁸⁷

- La convivencia: Los hijos deben vivir con sus padres o con el que lo tenga bajo su cuidado y no podrán sin permiso dejar el hogar y si lo hacen los padres pueden hacerlo volver con los procedimientos que establece la ley para tal situación.⁸⁸

- Formación moral y religiosa: Los padres deben de formar a sus hijos dentro de los principios de moralidad, solidaridad humana, unidad familiar, responsabilidad y respeto a sus semejantes. La formación religiosa la decidirán ambos padres.⁸⁹

- La educación: los padres deben de educar integralmente, facilitar el acceso al sistema educativo y orientar en la elección de una profesión u oficio a sus hijos. Si el hijo tiene deficiencia física o mental, los padres deben brindarle

⁸⁶ Arto. 211 del Código de Familia de El Salvador

⁸⁷ Arto. 216 del Código de Familia de El Salvador

⁸⁸ Arto. 212 del Código de Familia de El Salvador

⁸⁹ Arto. 213 del Código de Familia de El Salvador

educación especial y si fuere discapacitado o minusválido, procurarle además, su rehabilitación.⁹⁰

— Corrección y orientación: Los padres deben de corregir a sus hijos de una forma adecuada y moderada y pueden apoyarse cuando sea necesario de personas especializadas.⁹¹

b) Relaciones y trato: Este deber se materializa cuando uno de los padres no conviven con los hijos, en este caso deben de mantener relaciones afectivas y trato personal que favorezca el desarrollo personal normal de los hijos. En los casos que sean necesarios el juez puede establecer el tiempo, modo y lugar para este tipo de convivencia. Es necesario dejar claro que el padre conviva con el hijo no puede oponerse o impedir tales relaciones y trato, a no ser que a criterio del juez se estimaren contrarios al interés del hijo. Así mismo tienen derecho a relacionarse con los hijos, los abuelos y los demás parientes cuando estos no perjudiquen la salud tanto física como mental.⁹²

c) Asistencia: Los padres deben de asistir moral y económicamente a los hijos cuando estos estén involucrados en proceso de menores o penales, así como suministrarle los gastos para la asistencia legal.⁹³

d) Representación legal: Por regla general la representación legal de los hijos le corresponde a los padres, pero por causas específicas la puede ejercer el Procurador General de la República.

Cuando los padres ejerzan conjuntamente la autoridad parental, representaran a los hijos menores o incapaces, velando por la conservación y la defensa de estos. 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, con excepción de: Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el

⁹⁰ Arto. 214 del Código de Familia de El Salvador

⁹¹ Arto.215 del Código de Familia de El Salvador

⁹² Arto.217 del Código de Familia de El Salvador

⁹³ Arto.218 del Código de Familia de El Salvador

hijo, de acuerdo con la ley y las condiciones de su madurez, pueda realizar por sí mismo, los actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres y cuando existieren intereses contrapuestos entre uno o ambos padres y el hijo.⁹⁴

El Procurador General de la República tendrá la representación legal de los menores huérfanos de padre y madre o de filiación desconocida, 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 de los actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres.⁹⁵

3.3. Extinción, pérdida, suspensión y prórroga de la autoridad parental

Se extingue la autoridad parental por las siguientes causas: La muerte real o presunta de los padres o por la del hijo, la adopción del hijo, el matrimonio del hijo y el cumplimiento de la mayoría de edad del hijo.⁹⁶

Perderán la autoridad parental sobre todos sus hijos, el padre, la madre o ambos, por cualquiera de las causas siguientes: Cuando corrompieren a alguno de ellos o promovieren o facilitaren su corrupción, cuando abandonaren a alguno de ellos sin causa justificada y cuando fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijos.⁹⁷

Se suspenderá al padre, o a la madre o a ambos del ejercicio de la autoridad parental, por las siguientes causas: Maltrato habitual al hijo o permitir que cualquier otra persona lo haga, alcoholismo, drogadicción o inmoralidad notoria que ponga en peligro la salud, la seguridad o la moralidad del hijo, padecer de enfermedad mental y ausencia no justificada o enfermedad prolongada.⁹⁸

⁹⁴ Arto.223 del Código de Familia de El Salvador

⁹⁵ Arto. 224 del Código de Familia de El Salvador

⁹⁶ Arto.239 del Código de Familia de El Salvador

⁹⁷ Arto.240 del Código de Familia de El Salvador

⁹⁸ Arto.241 del Código de Familia de El Salvador

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.

La pérdida y la suspensión de la autoridad parental, puede ser solicitada por cualquier pariente del menor o incapaz, por el Procurador General de la República y por el juez de manera oficiosa. Dicha perdida debe de declararse en sentencia judicial;⁹⁹ y no eximen a los padres del cumplimiento de los deberes económicos.¹⁰⁰

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.¹⁰¹

3.3. La Tutela o Guarda

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. Las personas que ejercen la tutela se llaman tutores o guardadores y los que están sujetos a la tutela se les denomina pupilos o tutelados.¹⁰²

Los parientes capacitados de los menores o incapaces están obligados a ejercer la tutela y a falta de estos, la podrá ejercer cualquier persona que cumpliera los requisitos legales.¹⁰³

3.4. Deberes del Tutor

⁹⁹ Arto.242 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰⁰ Arto.246 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰¹ Arto.244 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰² Arto.272 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰³ Arto.273 del Código de Familia de El Salvador

- El cuidado: El tutor tiene respecto de su pupilo las mismas facultades y deberes que la ley otorga e impone a los padres en relación a sus hijos, con las modificaciones y limitaciones legales. El pupilo debe respeto y obediencia a su tutor.¹⁰⁴
- La educación: Es deber del tutor educar y formar integralmente al pupilo, facilitarle acceso al sistema educativo y orientarlo en la elección de una profesión u oficio. Si el pupilo había iniciado estudios para obtener cualquier profesión u oficio, mientras estuvo bajo autoridad parental, el tutor no podrá variarlos sin autorización judicial, para lo cual el juez tomará en cuenta la opinión del menor y sus aptitudes y circunstancias.¹⁰⁵

3.5. Clases de Tutela: testamentaria, legítima o dativa

Testamentaria: Es la que se constituye por testamento, pueden ser tutores testamentarios: El padre o la madre para los hijos que estén bajo su autoridad parental, los abuelos, para los nietos que estén sujetos a su tutela y cualquier otra persona, para el menor o incapaz al que instituya heredero o legatario.¹⁰⁶

El tutor testamentario que se excusare del cargo perderá todo lo que se le hubiere asignado en el testamento¹⁰⁷.

Legítima: Es la que se confiere por la ley y se constituye a falta de la tutela testamentaria. Son llamados a la tutela legítima de los menores de edad, en el orden siguiente: Los abuelos, los hermanos, los tíos y los primos hermanos.¹⁰⁸

El tutor legítimo que fuere removido de la tutela, perderá el derecho de suceder abintestato al pupilo.¹⁰⁹

Dativa: Es la que confiere el juez. A falta de tutela legítima tiene lugar la dativa. El juez nombrará tutor a la persona que por sus condiciones personales y sus

¹⁰⁴ Arto.314 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰⁵ Arto.316 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰⁶ Arto.274 y 284 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰⁷ Arto.303 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰⁸ Arto.274 y 287 del Código de Familia de El Salvador

¹⁰⁹ Arto.305 del Código de Familia de El Salvador

relaciones con el menor o incapaz sea el más conveniente para éste. Por regla general se procurará que tutor y pupilo sean del mismo sexo.¹¹⁰

La tutela es ejercida bajo la supervisión del juez, ya sea de oficio o a solicitud del d Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, o de cualquier interesado.

El juez establecerá mediante resolución las medidas de supervisión y control que estime oportunas en beneficio del pupilo. Asimismo podrá en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del tutelado y del estado de la administración.¹¹¹

3.6. Inhabilidades, excusas, remoción del tutor y fin de la tutela

Inhabilidades: No pueden ser tutores, los menores de edad, los incapaces, los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena, los procesados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán convenientemente la tutela, los que hubieren sido removidos de otra tutela, o no hubieren obtenido la aprobación de las cuentas de su administración o no hubieren pagado el saldo que resultare en su contra, los que observaren conducta inmoral o padecieren de enfermedad o vicio que pudiere poner en peligro la salud, la seguridad o la moral del menor o incapaz.

Los declarados en quiebra o concurso, los que tuvieren pendiente litigio propio o de su cónyuge o compañero de vida, sus ascendientes, descendientes, o cónyuge o conviviente de cualquiera de éstos, contra el menor o incapaz, los que hubieren perdido la autoridad parental o hubieren sido suspendidos en el ejercicio de la misma, o se les hubiere privado de la administración de los bienes de los hijos, los acreedores o deudores del menor o incapaz, por cantidad apreciable en relación con los bienes de éstos, a criterio del juez, a menos que con conocimiento de la deuda o crédito, hayan sido nombrados por testamento, los ciegos, los sordos

¹¹⁰ Arto.274 ,277 y 299 del Código de Familia de El Salvador

¹¹¹ Arto. 283 del Código de Familia de El Salvador

cuando no pudieren darse a entender, los que carezcan de domicilio en la República, los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapaz y los enemigos de los padres y de los ascendientes del menor o incapaz.¹¹²

Excusas: Podrán excusarse de la tutela: Los que tuvieren a su cargo otra tutela, salvo si se tratare de pupilos hermanos, los mayores de sesenta años, los que tuvieren bajo su autoridad parental tres o más hijos, los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia, los que padezcan enfermedad crónica que les impida cumplir los deberes del cargo y los que tengan que ausentarse de la República por más de seis meses o lo hicieren reiteradamente.

Mientras se resuelve acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer el cargo, salvo que el juez resuelva otra cosa en interés del pupilo.¹¹³

Remoción: Serán removidos de la tutela: Aquéllos a quienes, después de discernido el cargo, les sobrevenga alguna de las inhabilidades, los que desempeñaren el cargo con negligencia, ineptitud o infidelidad, los que promovieren o favorecieren la corrupción o delincuencia del pupilo, los que maltrataren o abandonaren al tutelado, los que a sabiendas hubieren cometido inexactitud en el inventario, los que se ausentaren del lugar de su domicilio por más de seis meses y los que incumplieren grave o reiteradamente los demás deberes que impone el cargo.

Fin de la tutela

La tutela termina: Por alcanzar el pupilo su mayoría de edad, salvo que la tutela se haya prorrogado, por la muerte del pupilo o del tutor, por rehabilitación del incapacitado y por quedar el pupilo sujeto a autoridad parental. La terminación se marginará en la partida de nacimiento del pupilo.

¹¹² Arto. 301 del Código de Familia de El Salvador

¹¹³ Arto. 302 del Código de Familia de El Salvador

(<http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ed400a03431a688906256a84005aec75/2282df0f300344f606256d02005a39f9?OpenDocument>)

4. COSTA RICA

4.1. Autoridad paternal o patria potestad

Según el Código de Familia de Costa Rica, le compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente.¹¹⁵

Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse, ni modificarse por acuerdo de las partes.¹¹⁶ Tanto los padres como los hijos se deben respeto y consideración mutuos. Los hijos menores deben obediencia a sus padres.¹¹⁷

Los padres tienen la obligación de: educar, guardar, vigilar, corregir en forma moderada al hijo, faculta para pedir al Tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación de menor, administrar los bienes del hijo menor.¹¹⁸

El Código de Familia de Costa Rica hace la diferencia dentro de la figura de la patria potestad de los hijos nacidos en el matrimonio y de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

¹¹⁴ Arto. 330 del Código de Familia de El Salvador

¹¹⁵ Art.140 del Código de Familia de Costa Rica “Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial.”

¹¹⁶ Art.141. del Código de Familia de Costa Rica.” Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad no pueden renunciarse. Tampoco pueden modificarse por acuerdo de partes, salvo lo dispuesto para la separación y divorcio por mutuo consentimiento, en cuanto se refiera a la guarda, crianza y educación de los hijos.”

¹¹⁷ Arto:142 del Código de Familia de Costa Rica

¹¹⁸ Arto: 143 y 145 del Código de Familia de Costa Rica.” La autoridad paternal confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y en forma moderada, corregir al hijo. Faculta para pedir al Tribunal que autorice la adopción de medidas necesarias para coadyuvar a la orientación de menor, que pueden incluir su internamiento en un establecimiento adecuado por un tiempo prudencial.” “La patria potestad comprende el derecho y la obligación de administrar los bienes del hijo menor. El hijo menor administrara y dispondrá como si fuera mayor de edad los bienes que adquiriera con su trabajo. Se exceptúan de la administración paterna los bienes heredados, legados o donados al hijo, si se dispone por el testador o donante, de un modo expreso o implícito. En tal caso se nombrara un administrador”.

4.2. Patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio

Dentro del matrimonio tanto el padre como la madre ejercen los mismos derechos y obligaciones sobre sus hijos menores y en caso de conflicto entre estos, es el Tribunal, quien decidirá. En cuanto a la administración de los bienes, lo deben de decidir de común acuerdo o por disposición del Tribunal.¹¹⁹

En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptara las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de éstos.¹²⁰ En caso que los cónyuges se reconcilien o se casen nuevamente entre ellos, recobrara la patria potestad el cónyuge que la hubiere perdido.¹²¹

4.3. Patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio

En el caso de los hijos fuera del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad le corresponde exclusivamente a la madre, aun cuando esta fuera menor de edad y solo en casos especiales y atendiendo el interés de menor, el Tribunal a petición de parte, puede conferir el ejercicio de la patria potestad conjuntamente al padre y a la madre.¹²²

4.4. Suspensión, término y recuperación de la patria potestad

¹¹⁹ Arto.151 del Código de Familia de Costa Rica “El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el Tribunal decidirá oportunamente, aun sin las formalidades del proceso, y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional de derecho. El tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor. La administración de los bienes del hijo corresponde a aquél que se designe de común acuerdo o por disposición del Tribunal

¹²⁰ Arto:152 del Código de Familia de Costa Rica

¹²¹ Arto:153 del Código de Familia de Costa Rica

¹²² Arto:155 del Código de Familia de Costa Rica “La madre, aun cuando fuere menor, ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos. El Tribunal puede, en casos especiales, a juicio suyo, a petición de parte o del Patronato Nacional de la Infancia y atendiendo exclusivamente al interés de los menores, conferir la patria potestad al padre conjuntamente con la madre.”

La patria potestad puede suspenderse, modificarse, a juicio de Tribunal y atendiendo al interés de los menores, por las siguientes casusas: La ebriedad habitual, el uso indebido de drogas, el hábito de juego en forma que perjudique al patrimonio de la familia, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los partes, la dureza excesiva en el trato o las ordenes, consejos, insinuaciones o ejemplos corruptores que los padres dieran a sus hijos, la negativa de los padres a dar alimentos a sus hijos, el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen en las calles, el delito cometido por uno de los partes contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos, la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible, Incapacidad o ausencia declarada judicialmente y por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los partes, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes familiares o abandono judicialmente declarado de los hijos.¹²³

Termina La patria potestad: Por el matrimonio del menor, la mayoría adquirida, por la muerte de quienes la ejerzan, por la declaratoria judicial de abandono, es decir cuando carezca de padre y madre conocidos, sea huérfana de padre y madre y no se encuentre bajo tutela y se halle en riesgo social debido a la insatisfacción de sus necesidades básicas, materiales, morales, jurídicas y psicoafectivas, a causa del descuido injustificado por parte de quienes ejercen legalmente los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad, también cuando la persona menor de edad se encuentre en riesgo social y cuando la persona menor de edad haya sido objeto de violación, abusos deshonestos, corrupción o lesiones graves o gravísimas de quienes la ejerzan.¹²⁴

Cuando haya cesado el motivo de la suspensión o de la incapacidad, el suspenso o el incapacitado recobrará los derechos de la patria potestad, mediante declaratoria expresa de Tribunal que lo rehabilite, siempre y cuando la persona menor de edad no haya sido declarada judicialmente en estado de abandono con fines de adopción.¹²⁵

¹²³ Arto:159 del Código de Familia de Costa Rica

¹²⁴ Arto:158 y 159 del Código de Familia de Costa Rica

¹²⁵ Arto:163 del Código de Familia de Costa Rica

4.5. Tutela

El menor que no esté bajo la patria potestad estará sujeto a la tutela¹²⁶. Nadie puede tener más de un tutor¹²⁷.

La tutela puede ser testamentaria, quien ejerza la patria potestad podrán nombrar en testamento, tutor a sus hijos cuando estos no hayan de quedar sujetos a la patria potestad de padre sobreviviente.¹²⁸ Si no hay tutor testamentario, pueden ejercer la tutela: Los abuelos, los hermanos consanguíneos y los tíos. En caso de que existan varios parientes de igual grado debe el Tribunal nombrar tutor, al pariente que reúna las mejores condiciones de conocimiento y familiaridad con el menor, solvencia, idoneidad y preparación, que constituya una garantía para el desempeño satisfactorio de su cargo¹²⁹. A falta de los parientes, el Tribunal puede nombrar a cualquier persona que reúna las condiciones que establece la ley.¹³⁰

En el caso de los niños en abandono, quien lo haya recogido será preferido para el ejercicio de la tutela. Cuando el menor no sujeto a patria potestad fuere acogido en un establecimiento de asistencia social, el director o jefe de la institución será su tutor y representante legal desde el momento de ingreso.¹³¹

4.6. Incapacidades, separación y excusas de la tutela

No podrá ser tutor: El menor de edad ni la persona declarada en estado de interdicción, la persona que presente una discapacidad que le dificulte tratar personalmente los negocios propios, quien tenga deudas con el menor a no ser que el testador lo haya nombrado con conocimiento de la deuda y lo haya

¹²⁶ Arto:175 del Código de Familia de Costa Rica

¹²⁷ Arto:180 del Código de Familia de Costa Rica

¹²⁸ Arto:176 del Código de Familia de Costa Rica

¹²⁹ Arto:177 del Código de Familia de Costa Rica

¹³⁰ Arto:179 del Código de Familia de Costa Rica

¹³¹ Arto:183 del Código de Familia de Costa Rica

declarado, expresamente, en el testamento, el que tenga pendiente litigio propio o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge con el menor.

Quien no tenga domicilio en el territorio nacional, el que haya sido removido de otra tutela por incumplir sus obligaciones y aquel que al rendir cuentas, estas le hubieren sido rechazadas por inexactas, quien haya incurrido en ofensa o daño grave contra el menor o sus padres, el que no tenga oficio ni medio de vida conocido, o sea notoriamente de mala conducta, los funcionarios o empleados del Tribunal que conocen del caso, salvo que se trate de tutela legítima o testamentaria, quien hubiere sido privado de la patria potestad.¹³²

Será separado de la tutela: El que se condujera mal respecto del menor o en la administración de sus bienes y el declarado en estado de interdicción, el inhábil o impedido para ejercer la tutela, desde que sobrevenga su incapacidad o impedimento.¹³³ También pueden ser excluidos de la tutela el tutor que no haya promovido el inventario en el término de ley.¹³⁴

Puede excusarse de servir la tutela: El que tenga a su cargo otra tutela, el mayor de sesenta años, el que no pueda atender la tutela sin descuidar notoriamente sus obligaciones familiares, el que fuere tan pobre que no pueda atender la tutela sin menoscabo de su subsistencia, el que tenga que ausentarse de la República por más de año¹³⁵. Sin embargo una vez que cese la causa de excusa estas personas pueden ser obligadas aceptar la tutela.¹³⁶

5. MEXICO

5.1. Patria potestad

La legislación mexicana establece que la patria potestad es ejercida dentro del matrimonio en primer lugar por el padre y la madre, y a falta de éstos por los

¹³² Arto:187 del Código de Familia de Costa Rica

¹³³ Arto:189 del Código de Familia de Costa Rica

¹³⁴ Arto:188 del Código de Familia de Costa Rica

¹³⁵ Arto.190 del Código de Familia de Costa Rica

¹³⁶ Arto.194 del Código de Familia de Costa Rica

abuelos paternos o los abuelos maternos.¹³⁷ La patria potestad se ejerce sobre las personas y los bienes del hijo. Dicho ejercicio se refiere a la guarda, educación de los menores¹³⁸, la facultad de corregirlos, la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo¹³⁹ y la representación legal de los menores.¹⁴⁰

En el caso de los hijos adoptivos ejerce la patria potestad únicamente quien lo haya adoptado.¹⁴¹ Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuara ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.¹⁴²

Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.¹⁴³

5.2. Término, pérdida, suspensión y excusa de la patria potestad

La patria potestad se acaba: Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, con la emancipación, derivada del matrimonio y por la mayor edad del hijo¹⁴⁴.

La patria potestad se pierde: Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves, cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley penal y por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses¹⁴⁵.

¹³⁷ Arto.414 del Código Civil Mexicano

¹³⁸ Arto.413 del Código Civil Mexicano

¹³⁹ Arto.423 del Código Civil Mexicano

¹⁴⁰ Arto.425 del Código Civil Mexicano

¹⁴¹ Arto.419 del Código Civil Mexicano

¹⁴² Arto.417 del Código Civil Mexicano

¹⁴³ Arto.421 del Código Civil Mexicano

¹⁴⁴ Arto.443 del Código Civil Mexicano

¹⁴⁵ Arto.444 del Código Civil Mexicano

La patria potestad se suspende: Por incapacidad declarada judicialmente, por la ausencia declarada en forma, por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.¹⁴⁶

La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse cuando: Tengan sesenta años cumplidos, por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

5.3.Tutela

La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz.¹⁴⁷ Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores.

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima y el que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.¹⁴⁸

5.4. Obligaciones del tutor

- A alimentar y educar al incapacitado;
- A destinar, de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;
- A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituye el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con

¹⁴⁶ Arto.447 del Código Civil Mexicano

¹⁴⁷ Arto.449 del Código Civil Mexicano

¹⁴⁸ Arto.452 y 453 del Código Civil Mexicano

intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad;

- A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años;
- La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;
- A representar al incapacitado en juicio y fuera de el en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales y
- A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.¹⁴⁹

Los gastos de alimentación y educación del menor deben regularse de manera que nada necesario le falte, según su condición y posibilidad económica¹⁵⁰.

5.5. Clases de tutela: Testamentaria, Legítima y Dativa

Es la que se hace por medio de un testamento y la pueden realizar: quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor y el adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo.¹⁵¹

La tutela legítima tiene lugar cuando: No hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario y cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.¹⁵²

La tutela legítima la ejercen: Los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas y los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive. Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más

¹⁴⁹ Arto.537 del Código Civil Mexicano

¹⁵⁰ Arto.538 del Código Civil Mexicano

¹⁵¹ Arto.470 y 481 del Código Civil Mexicano

¹⁵² Arto.482 del Código Civil Mexicano

apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, el hará la elección.¹⁵³

La tutela dativa tiene lugar: Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la Ley corresponda la tutela legítima y cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente.¹⁵⁴

El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años, con la aprobación del Juez de lo Familiar. Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.¹⁵⁵

Los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aun de oficio por el Juez de lo Familiar.¹⁵⁶

5.6. Prohibiciones, separación, excusa y extinción de la tutela

No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo: Los menores de edad, los mayores de edad que se encuentren bajo tutela, los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, respecto de la persona y a la administración de los bienes del incapacitado, los que por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación

¹⁵³ Arto.483 y 484 del Código Civil Mexicano

¹⁵⁴ Arto.495 del Código Civil Mexicano

¹⁵⁵ Arto.496 y 497 del Código Civil Mexicano

¹⁵⁶ Arto.500 del Código Civil Mexicano

para obtenerlo, el que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad, los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta, los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado, los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento.

Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia, el que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela, los empleados públicos de Hacienda, que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto, el que padezca enfermedad crónica contagiosa.¹⁵⁷

Serán separados de la tutela: Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela; los que se desempeñen mal la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado, los tutores que no rindan sus cuentas en el tiempo estipulado, a los que se les sobrevenga una incapacidad y el tutor que permanezca ausente por más de seis meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela.¹⁵⁸

El Ministerio Público y los parientes del pupilo, tienen derecho de promover la separación de los tutores¹⁵⁹

Pueden excusarse de ser tutores: Los empleados y funcionarios públicos, los militares en servicio activo, los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes, los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia, los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela, los que

¹⁵⁷ Arto. 503 del Código Civil Mexicano

¹⁵⁸ Arto. 504 del Código Civil Mexicano

¹⁵⁹ Arto. 507 del Código Civil Mexicano

tengan sesenta años cumplidos, los que tengan a su cargo otra tutela, los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.¹⁶⁰

El que teniendo excusa legítima para ser tutor acepta el cargo, renuncia por el mismo hecho a la excusa.¹⁶¹

La tutela se extingue: Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad, cuando el incapacitado, sujeto a tutela, entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.¹⁶²

(<http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html>)

6. ESPAÑA

6.1.Patria potestad

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.¹⁶³

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.¹⁶⁴ Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.¹⁶⁵ Tampoco se

¹⁶⁰ Arto. 511 del Código Civil Mexicano

¹⁶¹ Arto. 512 del Código Civil Mexicano

¹⁶² Arto. 606 del Código Civil Mexicano

¹⁶³ Arto.156 Código Civil Español

¹⁶⁴ Arto.156 parte final Código Civil Español

¹⁶⁵ Arto.160 Código Civil Español

podrá impedirse sin justa causa, las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

6.2. Deberes y facultades de la Patria Potestad

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarlos y administrar sus bienes.¹⁶⁶

Los hijos deben:

- Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.
- Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.¹⁶⁷

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Con excepción de:

- Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.
- Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.
- Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.
- Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Arto.154 Código Civil Español

¹⁶⁷ Arto.155 Código Civil Español

¹⁶⁸ Arto.162 Código Civil Español

Los padres en el ejercicio de la patria potestad, administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador. Se exceptúan de la administración paterna:

- Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.
- Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.
- Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria.¹⁶⁹

6.3. Extinción de la Patria Potestad

La patria potestad se acaba:

- Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.
- Por la emancipación.
- Por la adopción del hijo.¹⁷⁰

El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.¹⁷¹

6.4. Guarda

¹⁶⁹ Arto.164 Código Civil Español

¹⁷⁰ Arto.169 Código Civil Español

¹⁷¹ Arto.170 Código Civil Español

La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante:

- La tutela
- La curatela
- El defensor judicial.¹⁷²

La tutela es un deber, que se ejerce en beneficio del tutelado y bajo la supervisión judicial.¹⁷³

Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares se deben de inscribir en el Registro Civil, se practicará en virtud de la comunicación que la autoridad judicial deberá remitir sin dilación al Encargado del Registro Civil.¹⁷⁴

Estarán sujetos a tutela:

- Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- Los incapacitados, cuando la sentencia lo hayan establecido.
- Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
- Los menores que se hallen en situación de desamparo.¹⁷⁵

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.¹⁷⁶

Para el nombramiento de tutor se preferirá:

¹⁷² Arto.215 Código Civil Español

¹⁷³ Arto.215 Código Civil Español “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.”

¹⁷⁴ Arto.218y 219 Código Civil Español

¹⁷⁵ Arto.222 Código Civil Español

¹⁷⁶ Arto.223 Código Civil Español

- Al designado por el propio tutelado,
- Al cónyuge que conviva con el tutelado.
- A los padres.
- A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.
- Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.¹⁷⁷

El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.¹⁷⁸

6.5. Obligaciones del tutor

El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

- A procurarle alimentos.
- A educar al menor y procurarle una formación integral.
- A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.
- A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.¹⁷⁹
- A ejercer su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica.¹⁸⁰

6.6. Prohibiciones, inhabilidades, remoción, excusa y extinción

Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

- Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.

¹⁷⁷ Arto.234 Código Civil Español

¹⁷⁸ Arto.267Código Civil Español

¹⁷⁹ Arto.269 Código Civil Español

¹⁸⁰ Arto.268 Código Civil Español

- Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
- Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título¹⁸¹

Si hubiere que designar tutor para varios hermanos, el juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona.¹⁸²

Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilitación.¹⁸³ Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.¹⁸⁴

No pueden ser tutores:

- Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación por resolución judicial.
- Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.
- Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras están cumpliendo la condena.
- Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.¹⁸⁵

Tampoco pueden ser tutores:

- Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
- Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado. Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.

¹⁸¹ Arto.221 Código Civil Español

¹⁸² Arto.240 Código Civil Español

¹⁸³ Arto.241 Código Civil Español

¹⁸⁴ Arto.242 Código Civil Español

¹⁸⁵ Arto.243 Código Civil Español

- Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes o los que le adeudaren sumas de consideración.
- Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.¹⁸⁶
- Los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.¹⁸⁷

Serán removidos de la tutela:

- Los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio.
- Los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.¹⁸⁸

El Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada decretará la remoción del tutor, previa audiencia de éste sí, citado, compareciere. Asimismo, se dará audiencia al tutelado si tuviere suficiente juicio.¹⁸⁹

Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.¹⁹⁰

Será excusable el desempeño de la tutela:

¹⁸⁶ Arto.244 Código Civil Español

¹⁸⁷ Arto.245 Código Civil Español

¹⁸⁸ Arto.247 Código Civil Español

¹⁸⁹ Arto.248 Código Civil Español

¹⁹⁰ Arto.249 Código Civil Español

- Cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.
- Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.¹⁹¹

El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento.¹⁹²

El tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquélla le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa.¹⁹³ Si la causa de excusa fuera sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento.¹⁹⁴

La tutela se extingue:

- Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.
- Por la adopción del tutelado menor de edad.
- Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.
- Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.¹⁹⁵

También se extingue la tutela:

- Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.
- Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.¹⁹⁶ (<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/L1.htm>)

¹⁹¹ Arto.251 Código Civil Español

¹⁹² Arto.252 Código Civil Español

¹⁹³ Arto.253 Código Civil Español

¹⁹⁴ Arto.255 Código Civil Español

¹⁹⁵ Arto.276 Código Civil Español

CAPÍTULO IV. El principio universal del interés superior del niño, 1.Concepto de interés superior del niño, 2.La tutela legal en nuestra legislación, 2.1 Constitución Política, 2.2. Código de la Niñez y Adolescencia, 2.3.Decreto 1065, Ley reguladora de las relaciones padres, madres e hijos, 2.4 Ley de Responsabilidad Paterna y materna, 2.5 Dictamen del Código de Familia, 3.Ejemplos reales.

Una vez señalado el procedimiento de la guarda y las relaciones madre, padre e hijo en nuestra legislación y en el derecho comparado, lo veremos plasmado en dos ejemplos reales, pero antes hablaremos de un principio denominado EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, el cual es de suma importancia al momento en que los jueces determinan a quien le otorgara la guarda y como se establecerán las relaciones padre, madre e hijo.

1. El principio universal del interés superior del niño

Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaban fuera de la regulación del Estado. Posteriormente se empieza a reconocer que los niños pueden tener intereses jurídicamente protegidos, distinto a los de sus padres. (www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)

Conceptos de interés superior del niño.

El principio del interés superior del niño o niña, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.

Daniel H. D'Antonio expresa que el interés superior del niño, se trata de un "estándar jurídico" es decir un "límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares",

¹⁹⁶ Arto.277 Código Civil Español

su naturaleza jurídica es la de un "principio o regla aplicable", que en forma clara la define como "medida de conducta social correcta". (D'Antonio, 1994, pág. 245)

Para Cecilia P. Grosman "es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal "interés" en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso" luego explica que el mismo debe "constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño". En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. Agrega que mas allá de la subjetividad del termino "interés superior del menor" este se presenta como "el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por si mismo". Por ultimo a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el "interés superior" con sus derechos fundamentales. (Grosman C., 1998, pág. 105)

Miguel Cillero (1998) plantea que la noción de interés superior es una garantía de que "los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los vulneren". Así éste autor considera que esta noción supera dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

Para el citado autor el concepto del interés superior del niño tendría por lo menos algunas funciones:

- Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.
- Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.

- Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.
- Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto "la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo". (http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm)

La Convención de los Derechos de los Niños y las Niñas

El Comité de los Derechos del Niño ha insistido en que el interés superior del niño es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño; aunque no es un concepto nuevo en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 ya lo definía en su Principio 2: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". No obstante, la previsión del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño comprende un amplio margen de aplicación, que supera la acción del Estado, para incluir a los organismos privados y abarcar todas las medidas concernientes a los niños. Así, se dispone: "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".

El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño subraya que las autoridades administrativas y legislativas, así como las instituciones públicas y

privadas deben cerciorarse de las repercusiones que tendrán sobre el niño las medidas que adopten, con el objeto de que el interés superior del niño sea siempre una consideración primordial. De ello, se advierte que las interpretaciones de aquello que constituye el “interés superior del niño” no pueden en ningún caso modificar o remplazar cualquier derecho garantizado por otros artículos de la Convención; así como también, el mencionado concepto adquiere un significado especial cuando otras disposiciones más específicas de la Convención no pueden aplicarse. (<http://lawiuris.wordpress.com/2007/11/04/el-interes-superior-del-nino/>)

Germán J. Bidart Campo, señala que cuando la Convención habla de una consideración primordial hacia el "interés superior del niño", "descubrimos en esta pauta una orientación que no es un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y, a la vez, en el área de las relaciones entre particulares". (Bridart Campos, 1995, pág. 65)

2. La tutela legal en nuestra legislación del principio universal del interés superior del menor

2.1. Decreto 1065- Ley reguladora de las relaciones entre madre, padre e hijos del 24 de junio de 1982.

En el Decreto 1065, el interés superior del niño se encuentra regulado desde el considerando V y en los siguientes artículos 4, 5, 6, 8,9,11,13 y 14, que en resumen establecen el deber de los padre a proteger a los menores y la protección por parte del Estado a través de los tribunales cuando existan desavenencias entre los padres.

2.2. Constitución Política de Nicaragua de 1987

Nuestra carta magna en su capitulo IV regula los derecho de familia en sus artículos 70, 71, 73,76 y 78. Establece la igualdad de derechos y obligaciones de

los padres para con la familia de igual manera establece la protección del Estado para la familia.

2.3. Ley No.38 – Ley para la disolución del matrimonio por voluntad de una de las partes del 28 de abril de 1988

El interés superior del niño en este cuerpo normativo queda evidenciado en el artículo 11, donde al momento de la distribución de los bienes se toma en cuenta si existen menores y a quien le corresponde la guarda de los mismo, queriendo el legislador salvaguardar los derechos de los menores por encima de los de sus padres.

2.4. Ley No.143- Ley de Alimentos del 22 de enero de 1992

En su esencia la ley fue creada para salvaguarda uno de los derechos mas importante que ostentan los menores como es el de recibir alimentos, pero en el articulo 16, se establece la maternidad y paternidad responsable que esta dirigido al deber de los padre de forma integralmente a los menores para un mejor desarrollo ya sea este social, intelectual y físico.

2.5. Código de la Niñez y la adolescencia- Ley No.287 del 24 de marzo de 1998

El espíritu del Código de la niñez y adolescencia refleja el interés superior del niño, tal como se expresa en los considerando II, IV, V, VI y en la mayoría de sus artículos principalmente del 1 al 52.

Sin embargo se destaca la importancia del artículo 10 del Código, porque define el principio del interés superior del niño y la niña como “todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie en su máximo grado.”¹⁹⁷

¹⁹⁷ Arto.10 del Código de la niñez y la adolescencia Ley No. 287 aprobada del 24 de marzo de 1998, publicado en la Gaceta No.97 del 27 de mayo de 1998.

2.6. Ley 623- Ley de responsabilidad materna y paterna del 17 de mayo de 2007

La ley 623 comienza a regular el principio del interés superior del niño desde los considerando I y V, así mismo lo regula en sus artículos 1, 2, 3, 4, 21 y 23, y al igual que el Código de la niñez y la adolescencia define en su artículo 3, el principio del interés superior del niño “Se entiende por este principio, todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social en consonancia con la evolución de sus facultades y que le beneficie en su máximo grado.”

2.7. Dictamen del Código de Familia

En su articulado el Dictamen del Código de la Familia, recoge el principio del interés superior de niño pero se ve claramente en los artículos 271, 273, 275 y 277, que establecen los deberes y facultades que tiene los padres al momento de las relaciones padre, madre e hijos, las obligaciones derivadas de la autoridad parental y la responsabilidad, derecho y deber de brindar dirección y orientación apropiada al hijo e hija, así como los artículos 451 y 454 del mismo cuerpo normativo que establece que en los procesos de familia los jueces se ajustaran sus actuaciones tomando en cuenta el principio del interés superior del niño y se ordenaran medida en cualquier momento del proceso si se amenazan o se vulneran algunos de los derechos de los menores.

3. Ejemplos de nuestra realidad

En los juicios que se ventilan en el sistema judicial nacional en materia de familia, ya sea por divorcio o separación de los cónyuges, que traen consigo la reclamación de la guarda o tutela de los hijos menores nacidos de la relación de pareja, encontramos que la controversia está centrada en la determinación del padre o madre a quién se le otorgará la tutela de los hijos e hijas.

Como regla general los jueces de nuestro país, conceden la guarda y tutela a la madre de los hijos menores, y regulan las relaciones con el padre en dependencia

de la edad y circunstancias particulares de los hijos; sin embargo, notamos que en los juicios de divorcio, donde el juez establece el derecho a la pensión alimenticia de los hijos menores o en los juicios de prestación de alimentos, a partir de la separación de la pareja en unión de hecho, es usual que los padres muestren inconformidades, por un lado la madre reclama que se amplíe el monto de la pensión. Por otra parte el cónyuge varón se muestra inconforme con la determinación de la pensión, razón por la cual piden que la guarda de los hijos se les conceda a ellos y no a la madre, como mecanismo que les permita evitar el pago de la prestación económica a la madre en las condiciones indicadas por el juez. En la mayoría de los casos, no prospera la solicitud del cónyuge varón por cuanto los jueces estiman que los hijos deben convivir con la madre, con excepción de los casos en que se consulta a los menores su voluntad o cuando existen evidencias en el proceso de maltrato o riesgo a la integridad del menor.

Caso No. 1 Disolución de vínculo matrimonial

Ejemplo de ello es un caso en donde la madre solicitó la disolución del vínculo matrimonial por voluntad de una de las partes, el juez en su resolución dio con lugar la demanda, otorgó la guarda de los tres menores a la madre y estableció al padre una pensión de alimentos del cincuenta por ciento. El padre no conforme apeló, solicitando la guarda de los menores bajo el alegato que existe evidencia de la incapacidad mental de la madre para ejercer dicha responsabilidad. Como medida para mejor proveer, el tribunal de alzada decidió realizar un comparendum, donde los dos hijos mayores de 19 años y 14 años, expresaron el deseo de seguir viviendo con su madre, no así el hijo menor de 16 años que vive con el padre, y que no fue llevado a dicho comparendum. El tribunal conforme al interés superior de los mismos y al Decreto 1065; Ley reguladora de la relaciones, padre, madre e hijo, otorgó a la madre la guarda de los dos hijos que comparecieron y la guarda al padre del hijo menor de 16 años, fijó al padre una pensión alimenticia del treinta y cuatro por ciento a favor de los hijos que quedan con la madre y estableció las

relaciones padre, madre e hijos, pasar con sus progenitores que no convivan fines de semanas alternos y a ser visitados entre semana.

En este caso se confirmó el problema mental de la madre y se estimó que la separación de los hijos de su lado profundizaría más su enfermedad: y además se estableció la relación entre padres e hijos para fortalecer el vínculo entre hermanos y con sus progenitores. La solicitud del padre de asumir la guarda de los tres hijos fue desestimada y se estableció más bien asumir la pensión alimenticia para los hijos que continuarían bajo la guarda de la madre.

Caso.No.2 Guarda y prestación de alimentos

La abuela materna demanda al padre del menor con acción de guarda y prestación de alimentos, alegando que desde que murió su hija, quien era madre del menor, este quedó bajo su guarda y cuidado, hasta que el padre solicitó ante el Ministerio de la Familia la guarda de su hijo, a lo que accedió la autoridad administrativa, sin embargo la abuela que el niño fue expuesto a abusos sexuales por parte de un familiar del padre.

Una vez probado el vínculo filial entre el menor, el padre y la abuela, el juez resuelve en base al interés superior del menor y al estudio realizado por el equipo multidisciplinario del juzgado, que concluyó que el abuso constituía una situación de mucha gravedad para la integridad física, moral y el desarrollo del menor y otorgó la guarda a la abuela materna, fijó a favor del menor una pensión alimenticia del treinta y tres por ciento al padre y establece las relaciones padre, madre e hijo donde el padre se llevaría al niño en la mañana y lo regresaría en la tarde.

En este caso también se manifestó el deseo del padre de obtener la guarda del niño a fin de no entregar la pensión a la abuela pero en detrimento de la integridad del menor puesto que sufrió abuso; situación que al ser analizada en su integridad

motivo la decisión de otorgar la guarda a la abuela materna, estableciendo una pensión a cargo del padre y las relaciones padre e hijo.

CONCLUSIONES

1. La evolución del derecho ha sido en este tema específico, para beneficio de los más vulnerables como son los niños, se puede observar que se da mayor atención a los deberes que tiene los padres para con sus hijos menores y no únicamente a los derechos que tienen éstos sobre ellos.
2. La protección de los niños dejó de ser exclusivamente privada de los padres, ya que existe cada vez mayor control del Estado sobre el ejercicio de la autoridad parental.
3. Al momento en que los jueces resuelven los casos de familia, toman en cuenta el interés superior del niño, lo que muchas veces crea inconformidad con los padres.
4. La legislación nicaragüense en materia de familia es muy dispersa.
5. Contamos con un proyecto de Código de Familia moderno, novedoso, completo que recoge y actualiza algunas de las instituciones en materia de familia y suprime otras que a lo largo de los años han quedado en desuso.
6. Del estudio del derecho comparado encontramos que estos conceptos y figuras jurídicas (guarda y relación padre, madre e hijo) tienen muchas similitudes y pocas diferencias en cuanto a su regulación.
7. Existe la percepción de que con la reciente creación de los juzgados especializados para atención a los casos de familia, se atenderá más científicamente el interés de los menores, al implementar de oficio algunas diligencias que les permiten conocer con mayor profundidad la situación particular del caso en cuestión, y con la intervención multidisciplinaria de funcionarios del poder judicial, quienes aportan con sus investigaciones e informes especializados, una visión más objetiva y permiten a los jueces actuar ajustados a la realidad que viven las familias.

RECOMENDACIONES

1. Mayor divulgación y conocimiento en las familias nicaragüenses para hacer valer los derechos de los menores, mediante la utilización de los instrumentos legales que al efecto se han creado.
2. Celeridad procesal, ya que las acciones en materia de familia son de gran importancia debido a que se demanda cuestiones que tienen que ver con el interés superior del menor, tales como, los alimentos, la guarda entre otras.
3. Estudio detenido de las herramientas creadas por el derecho para la protección de la familia por los operadores del sistema de justicia, así también otro tipos de herramientas como la psicología infantil, con la finalidad de determinar lo mejor para el menor.
4. Pronta aprobación del Código de Familia, ya que es integral, contiene las normas recogidas en los Tratados Internacionales y plasmadas en nuestra Constitución y en las leyes especiales, se han promulgado tales como: Código Civil de la República de Nicaragua, Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley para la Disolución del Matrimonio por Voluntad de una de las partes y su Reforma, la Ley Reguladora de las Relaciones Madre, Padre, Hijos e Hijas, y su Reforma, la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna y su Reglamento., la Declaración de los derechos de los niños y la convención.
5. Creación de más juzgados de familia para que las demandas que se den en esta materia, sean ventiladas y resueltas, con funcionarios judiciales y personal técnico de apoyo experto en materia de familia, lo que coadyuvara al buen funcionamiento y justo término de las demandas.

BIBLIOGRAFIA

1. Belluscio, A. (2004). Manual de Derecho de Familia. Tomo I. Edición Séptima. Buenos Aires: ASTREA.
2. Belluscio, A. (2004). Manual de Derecho de Familia. Tomo II. Edición Séptima. Buenos Aires: ASTREA
3. Birdart Campos, Germán J. Biachi, María del Carmen. (1995). El Derecho de los Chicos: Balance y perspectiva de las reformas legislativa. Edición Primera. Buenos Aires: ESPACIO.
4. Borda, G. (1993). Tratado de Derecho Civil. Buenos Aires: Abeldo-Perrot.
5. D'Antonio, Daniel. (1994) Derecho de Menores. Edición cuarta. Buenos Aires: ASTREA
6. Ferrajoli, L. (2001). Derechos fundamentales en Fundamentos de los derechos fundamentales. España: Trotta
7. Guastavino, E. (1962) Derecho de familia patrimonial. Bien de familia. Buenos Aires: Omeba
8. Grosman, Cecilia P.(1998). Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires: Universidad
9. Hauriou, M. (1925) Théorie de l'institution et de la fondation. Paris: LEAD
10. Fassi, S. (1959). La familia. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 98/99, p. 77.
11. El Código Civil de Nicaragua.
12. El Código de la niñez y la adolescencia. Ley No. 287 aprobada del 24 de marzo de 1998, publicado en la Gaceta No.97 del 27 de mayo de 1998.
13. Reforma a la ley de la patria potestad. Ley No. 327 aprobada el 8 de febrero de 1974; publicada en la Gaceta No. 46 del 23 de febrero de 1974.
14. Ley reguladora de las relaciones padres, madres e hijos. Decreto No. 1065 aprobado el 24 de febrero de 1982, publicado en la Gaceta No.155 del 3 de julio de 1982.
15. Ley de responsabilidad paterna y materna. Ley No. 623 aprobada el 17 de mayo de 2007, publicado en la Gaceta No. 120 del 26 de junio del 2007.

16. Ley de disolución de Vínculo Matrimonial. Ley No.38 aprobada el 28 de abril de 1988, publicado en la Gaceta No.80 del 29 de abril 1988.
17. Declaración de los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.
18. Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.
19. Código Civil de Guatemala. Recuperado el 14 de julio de 2011, <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwegua.htm>.
20. Código Civil de Honduras. Recuperado el 14 de julio del 2011, de <http://www.honduraslegal.com/legislacion/civil.htm>
21. Código de Familia del Salvador. Recuperado el 14 de julio 2011. <http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ed400a03431a688906256a84005aec75/2282df0f300344f606256d02005a39f9?OpenDocument>
22. Código de Familia de Costa Rica. Recuperado el 14 de julio 2011. http://www.iin.oea.org/badaj_v/docs/lcofcr74.htm
23. Código Civil de Mexico. Recuperado el 13 de julio de 2011. <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html> 13/07/11
24. Código Civil de España. Recuperado el 14 de julio de 2011. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/L1.htm>
25. Recuperado el 04 de julio de 2011.
http://www.derechofamilia.com/articulos/DIFERENCIAS_ENTRE-PATRIA_POTESTAD_Y_GUARDA_Y_CUSTODIA.pdf (DIFERENCIA ENTRE PATRIA POTESTAD Y GUARADA)
26. Recuperado el 24 de julio 2011
http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm
27. Recuperado el 24 de julio de 2011. <http://lawiuris.wordpress.com/2007/11/04/el-interes-superior-del-nino/>

ANEXOS