

CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: San Salvador, a las catorce horas del día diez de septiembre del año dos mil doce.-

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

La presente providencia corresponde al Proceso Abreviado de **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL POR RETENCIÓN ILÍCITA**, con referencia **05-J2(230)-2012-3**, promovido en el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de Santa Ana, a favor del niño xxxxxxxxxxxxxxxx, de tres años de edad, y la niña xxxxxxxxxxxxxxxx, de dos años de edad, ambos de apellido xxxxxxxxxxxxxxxx, o xxxxxxxxxxxxxxxx como se ha relacionado en la sentencia, y de nacionalidad estadounidense, por parte del señor xxxxxxxxxxxxxxxx, mayor de edad, de nacionalidad estadounidense, del domicilio de la Ciudad de Los Ángeles, Estado de California, de los Estados Unidos de Norte América, representado por su apoderado general judicial, licenciado xxxxxxxxxxxxxxxx, en contra de las señoras xxxxxxxxxxxxxxxx conocida por xxxxxxxxxxxxxxxx y por xxxxxxxxxxxxxxxx, empresaria, y xxxxxxxxxxxxxxxx **conocida también como** xxxxxxxxxxxxxxxx, estudiante, ambas mayores de edad, del domicilio de Santa Ana, Departamento de Santa Ana y de nacionalidad salvadoreña, representadas por su apoderado nombrado en audiencia, licenciado xxxxxxxxxxxxxxxx.- En este Tribunal de Segunda Instancia, el proceso ha sido registrado con la referencia 11/A/SA2/12-2.-

La Jueza Especializada de la Niñez y Adolescencia de Santa Ana, licenciada Dilcia Ninoska Hernández Flores, pronunció sentencia a las quince horas con treinta minutos del día veintiuno de agosto del año dos mil doce (Fs.499 al 509): en la cual resolvió: “**A) HA LUGAR la restitución inmediata de los niños y xxxxxxxxxxxxxxxx ambos de apellido xxxxxxxxxxxxxxxx, a su país de origen los Estados Unidos de América, junto con su padre, señor xxxxxxxxxxxxxxxx, por existir RETENCIÓN ILÍCITA por parte de las señoras xxxxxxxxxxxxxxxx conocida por xxxxxxxxxxxxxxxx; y, xxxxxxxxxxxxxxxx conocida también como xxxxxxxxxxxxxxxx.** **B) SEÑÁLESE** como fecha para la entrega de los niños a su padre, el día treinta y uno de agosto del presente año. **C) INFÓRMESE** lo conducente a la Autoridad Central de los Estados Unidos de América, mediante oficio respectivo”.

Inconforme con dicha resolución, el licenciado xxxxxxxxxxxxxxxx, interpuso recurso de apelación de ella.-

ADMISIBILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN

Conforme lo establece la Ley Procesal de Familia (en adelante LPF), en su artículo 158, son dos los motivos en los cuales se debe fundar el recurso de apelación contra toda sentencia definitiva, siendo el primero, la inobservancia de un precepto legal y el segundo, la errónea aplicación de un precepto legal.

En cada caso en concreto se debe analizar el cumplimiento del motivo invocado para establecer la procedencia o no del recurso interpuesto y únicamente si se cumple el motivo invocado se procederá a la admisión o no del recurso planteado.

Al analizar el recurso de apelación interpuesto por el licenciado xxxxxxxxxxxxxxxx, el mismo señala, que en la sentencia definitiva que apela no se han observado las disposiciones del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante el convenio), en sus Artículos 3 literal b), 5 literal a), 8 literales e) y f), 12, 13 literal a), y 16

El recurso de apelación planteado cumple con los requisitos exigidos en los Arts. 153, 154, 148, inciso 1º y 156, inciso 2º LPF, en referencia al tipo de resolución impugnada, a los sujetos intervinientes y al plazo señalado para la interposición del mismo.

No obstante, mencionar estos artículos en su escrito de interposición de recurso en el apartado **FUNDAMENTOS PARA LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA**, folios 535 tercera pieza, en el desarrollo del mismo no se encuentra fundamentado amplia y claramente, los motivos que considera el apelante, han sido inobservados y erróneamente aplicados. Se ha limitado a relacionar las disposiciones, en forma genérica, sin haber efectuado un contraste entre la norma y como se ha violentado la misma en el caso en concreto por la señora Jueza a quo.

No obstante lo anterior, a fin potenciar el derecho fundamental de acceso a la justicia, siempre que del texto del recurso se pueda inteligir la inconformidad del recurrente y las normas jurídicas inobservadas o aplicadas erróneamente, aunque éstas no se planteen en forma expresa, por la vigencia del principio iura novit curia (el juez conoce el derecho) debe privilegiarse el conocimiento del recurso, tal y como hemos sostenido en anterior precedente (sentencia emitida por esta Cámara, a las doce horas del día veinte de abril del año dos mil doce, en el expediente con referencia 3/A/SS2/12-1).

Por lo que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 160 inc. 2º LPF, se admite el recurso de apelación interpuesto por el licenciado xxxxxxxxxxxxxxxx, en el carácter con que actúa, procediéndose a su conocimiento y decisión en los siguientes puntos: 1. Inobservancia del Art. 8, inciso tercero, letras e) y f) del Convenio de la Haya. 2. Inobservancia de los Arts. 3, 5, 12 y 13 del Convenio de la Haya, y 3. Inobservancia del Art. 16 del Convenio de la Haya.

HECHOS Y PRETENSIONES

En el escrito de la demanda, presentado por el licenciado xxxxxxxxxxxxxxxx, se narra que los señores xxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx, contrajeron matrimonio el veintidós de julio del año dos mil cinco, no obstante mantener un noviazgo desde aproximadamente a fines del mes de mayo del dos mil cuatro, todo ello se da en la ciudad de Marina del Rey, Estado de California, Estados Unidos de América. Dentro de dicha unión matrimonial procrearon dos hijos xxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx ambos de apellidos xxxxxxxxxxxxxxxx, quienes en la actualidad se encuentran residiendo junto a la abuela materna señora xxxxxxxxxxxxxxxx conocida por xxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx; y a la tía materna xxxxxxxxxxxxxxxx conocida también como xxxxxxxxxxxxxxxx en la jurisdicción de Santa Ana, departamento de Santa Ana.

Que por motivos de habersele diagnosticado, por segunda ocasión, un tumor cerebral a la señora xxxxxxxxxxxxxxxx y que su estado de salud era delicado en su segundo embarazo, los señores xxxxxxxxxxxxxxxx con fecha uno de abril del dos mil diez, otorgan permiso para que el niño

xxxxxxxxxxxxxxxxx viajara a El Salvador con la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, mientras la salud de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxx mejoraba. Posteriormente, al nacimiento de la niña xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, la salud de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxx se desmejora y es así que con fecha veinte de julio del dos mil diez, los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxx otorgan permiso para que la niña xxxxxxxxxxxxxxxxxxx viajara a El Salvador con la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Se indica, asimismo, que a finales del dos mil diez, la señora xxxxxxxx viaja a El Salvador y fallece el día dieciocho de marzo del dos mil doce. El señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, se entera del fallecimiento de su esposa el día diecinueve de marzo del dos mil doce, por una llamada de una familiar de su esposa, por lo que intento comunicarse con la familia de su esposa sin tener éxito, por lo que con fecha del veinte de marzo del presente año, interpuso una denuncia en la embajada de los Estados Unidos con sede en Washington DC, donde le sugirieron que hiciera contacto con la embajada norteamericana en El Salvador, quienes gestionaron que la familia materna entregara a los niños al padre, rehusándose a entregarlos. El señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxx viaja al país el día veintiséis de marzo del dos mil doce, se presenta en la residencia de las demandadas sin poder llevarse consigo a sus hijos y a partir de esa fecha ha realizado diferentes acciones administrativas y judiciales para recuperar a sus hijos, sin que a la fecha sea posible, por lo que alega retención ilícita y solicita que se ordene el retorno de ambos niños hacia los Estados Unidos de América.

CONSIDERACIONES DE LA CÁMARA

Es preciso determinar los límites que marcarán el conocimiento del presente recurso, dada la imprecisión que caracteriza el escrito presentado por el apelante, el cual, además de no especificar, de manera clara, las normas inobservadas o erróneamente aplicadas, como lo ordena el Art. 158 LPF, introduce elementos que no pueden ser objeto de pronunciamiento en esta instancia.

Uno de esos elementos es el referido al incidente de litispendencia planteado en la audiencia única. La jueza a quo resolvió no ha lugar a la existencia de Litispendencia en el presente caso, y no hay constancia en el expediente de que se haya impugnado dicha decisión, por la vía del recurso de apelación.

De acuerdo a las normas que dicta la Ley Procesal de Familia, Arts. 155 y 156 LPF, la regla general es que las resoluciones que se dicten en audiencias serán o deberán ser impugnadas, si es el caso, en el mismo acto de su dictado. En el caso de la apelación, se señala que la apelación deberá interponerse en modalidad diferida, si no estamos en las resoluciones que indica el Art. 155 LPF, lo cual quiere decir que el conocimiento en segunda instancia se hará junto con la apelación de la sentencia.

En este caso, entonces, al no haberse impugnado la decisión de la jueza a quo de declarar no ha lugar la litispendencia, de conformidad a lo establecido en el Art. 40 LPF, adquirió firmeza, y por tanto ya no es posible un pronunciamiento en esta instancia.

Otro de los elementos que no es susceptible de pronunciamiento es lo referente a las condiciones de idoneidad del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxx para ostentar la custodia de su hijo xxxxxxxxxxxxxxxxxxx y de su hija xxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

En forma recurrente hemos sostenido, en anteriores pronunciamientos, que de acuerdo al Art. 1 del Convenio la finalidad del mismo es doble: Por una parte, garantizar la restitución

inmediata de niños, niñas o adolescentes trasladados o retenidos de forma ilícita, y, por otro lado, velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en los Estados parte se cumplan.

Es decir, no se puede estar discutiendo, a través de los mecanismos establecidos por el Convenio, el establecimiento de un derecho de custodia o de un derecho de visitas, tal como se le llama a éste en el mismo, pues ello desnaturalizaría la finalidad por la que fue diseñado el convenio. Ello deberá discutirse y establecerse de acuerdo a las exigencias normativas de cada Estado parte, y sólo su incumplimiento, o no ejercicio efectivo, posibilitará en el futuro la determinación de un traslado o retención como ilícitos.

Así, lo que concierne al contenido del Convenio se orienta a la calificación de un traslado o retención de niños, niñas o adolescentes como ilícito. Para ello el Art. 3 establece los supuestos a considerar: 1. Determinación de la infracción de un derecho de custodia previamente establecido, y 2. El ejercicio efectivo de dicho derecho interrumpido por el traslado o retención, o la imposibilidad de su ejercicio. (Ref. 8/A/SM2/12-1. CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: San Salvador, las quince horas con cuarenta minutos del día trece de julio del año dos mil doce).

Por lo mismo, entonces, debe desvincularse totalmente, en el presente caso, el tema relacionado al establecimiento de una modalidad de custodia en el análisis de una retención ilícita. En razón de ello, nos circunscribiremos a las normas que ya mencionamos antes y que han sido invocadas como inobservadas y erróneamente aplicadas por la jueza a quo

1. Inobservancia del Art. 8, inciso tercero, letras e) y f) del Convenio.

El apelante alega que la jueza a quo no le dio cumplimiento a esta disposición del Convenio. En su argumento expresa que para acreditar la existencia de un derecho de custodia previo, el demandante tuvo que dar cumplimiento a lo establecido en las letras e) y f) del Art. 8 del Convenio, es decir, debió presentar una copia legalizada que revelara el acuerdo o decisión asignativa de la custodia, así como una declaración jurada o certificación de la autoridad central en que conste el derecho aplicable en la materia.

El reclamo se origina en que, según el apelante, la jueza a quo tuvo por acreditada la infracción al derecho de custodia, en favor del demandante, con prueba testimonial, la cual, a su juicio, no era procedente, pues el Art. 8 precitado exige los documentos enunciados.

No compartimos la observación del apelante, por cuanto, desde la mera literalidad de la norma, se plantean dos escenarios: 1. El contenido obligatorio de la solicitud, y 2. El carácter facultativo de la incorporación de algunos documentos a la solicitud.

Hasta la letra d) del Art. 8 la norma se estructura, lingüísticamente, en un sentido obligatorio, y es todo lo relativo a la individualización del niño, niña o adolescente, y su ubicación espacio/geográfica, así como la expresión de los motivos que originan la solicitud que, demás está decirlo, deben dar cumplimiento a los supuestos del Art. 3 del Convenio.

Las letras e) y f) del mencionado artículo están planteadas en sentido facultativo, es decir, la solicitud puede o no puede ir acompañada de los documentos mencionados en tales literales. No es obligación su incorporación junto a la solicitud. Las razones son varias: La restitución, desde el convenio, exige un trámite urgente y rápido (Art. 11), el primer supuesto de existencia de un derecho de custodia es la atribución de pleno derecho, lo cual implica, por regla general, al padre y

a la madre (Art. 3), las posibilidades de tener en cuenta directamente la legislación de los Estados parte por los organismos judiciales y administrativos (Art. 14), la aplicación preferente del convenio (Art. 16), etc.

1.1. Infracción de un derecho de custodia:

La incorporación de los documentos, a que hacen referencia las letras e) y f), del Art. 8 del convenio, además de no ser necesarios, tampoco han constituido un óbice para la determinación de la infracción del derecho de custodia sobre su hijo e hija por parte del señor xxxxxxxxxxxxxxxx.

El contenido del Art. 8, letras a) y d) del Convenio se acreditó con la prueba documental y testimonial aportada tanto por el demandante como por la parte demandada.

Efectivamente se acreditó que, de forma voluntaria, el señor Cepero autorizó la salida de Estados Unidos de su hijo xxxxxxxxxxxx y de su hija xxxxxxxxxxxx, pero que ello se dio en el contexto de la grave enfermedad que padecía la madre de los mismos, a fin de favorecer condiciones de tiempo para la atención de la misma.

Es importante recordar que la titularidad de la responsabilidad parental, de acuerdo a las normas del Código de Familia (Arts. 206 y ss), recae en la persona del padre y de la madre. Esto además, está sustentado en la Convención sobre los Derechos del Niño, como en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (en adelante LEPINA), estableciéndose que es al padre y a la madre a quienes les corresponde ejercer la función parental para potenciar el desarrollo de sus hijos e hijas.

Una autorización por escrito, orientada a autorizar la salida del país de un hijo o hija, no puede significar, bajo ninguna circunstancia, el relevo de las responsabilidades que implica para el padre y la madre el ejercicio de la responsabilidad parental en todos los ámbitos o elementos que señala la ley. Incluso, si bien el Art. 216, inciso primero, del Código de Familia prevé la posibilidad de que el padre y la madre, de forma conjunta, pueden decidir otorgar la custodia de sus hijos o hijas a una tercera persona, debe entenderse que esa delegación es temporal, atendiendo a circunstancias de suma urgencia.

Esa “*suma urgencia*” de la que habla el Art. 216, inciso primero CF, es precisamente lo que puede concluirse del análisis de la prueba aportada en el presente caso, es decir, el señor xxxxxxxxxxxx otorga la autorización de salida de su hijo e hija por la emergencia que representaba en su momento la enfermedad de la madre de estos. Por tanto la resignificación que la parte demandada da a dicha autorización como el otorgamiento definitivo de la custodia del niño y la niña es ilegal.

2. Inobservancia de los Arts. 3, 5, 12 y 13 del Convenio:

El apelante alega que no existe convenio, ni resolución judicial ni administrativa que acredite que el señor xxxxxxxxxxxx tenían un derecho de custodia respecto de xxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx, y que más bien lo que ha habido es un abandono absoluto del referido señor para con su hijo e hija, y que además tanto la niña como el niño han estado bajo el cuidado personal de la madre y de la abuela materna, y que están adaptados en su entorno familiar, lugar en el cual reciben todo lo necesario para su normal desarrollo.

El apelante ignora el primer supuesto de asignación de custodia, que señala el Art. 3 del Convenio, y es la atribución de pleno derecho. De acuerdo con el Art. 206 CF, el hecho de ser padre y madre trae como consecuencia el otorgamiento e imposición de la función parental o responsabilidad parental que, dentro de uno de sus elementos, incluye el cuidado personal de los hijos e hijas. Es decir, de pleno derecho la custodia está considerada por el hecho de ser padre y madre.

En ese sentido, en el caso del señor Cepero no es necesario que haya una decisión administrativa o judicial para asignar un derecho de custodia. Reiteramos que, en el presente caso, más bien lo que se configuró es lo que señala el Art. 216, inciso primero del CF, es decir, por razones de suma urgencia se otorgó una autorización de salida del país, con la idea que, temporalmente, xxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxx estuvieran al lado de la familia materna. La titularidad de la responsabilidad parental debe entenderse en cabeza del señor xxxxxxxxxxxxxxxx, y por tanto, de acuerdo a las circunstancias especiales de este caso, es a él a quien corresponde de pleno derecho la custodia de su hijo e hija.

Los abuelos y abuelas y demás familia extensa, más bien tienen, desde la ley, y por regla general, un derecho de comunicación y trato con sus nietos y nietas, y excepcionalmente, la posibilidad de ostentar la custodia de estos. Así lo dejan entrever los Arts. 217, inciso final y 219, inciso primero CF, que encuentran fundamento constitucional en los Arts. 33 y 36 CN. Por tanto el pretendido derecho de custodia que se pretenden arrojar, a los fines de la aplicación del convenio, la abuela y demás familia materna no se adecua a las disposiciones del Código de Familia.

2.1. Obstaculización del derecho de custodia y comunicación:

A los fines de la aplicación del Convenio, es importante destacar que, de la prueba vertida en el proceso, lo que se puede concluir es que ha habido una obstaculización del derecho de custodia del señor xxxxxxxxxxxxxxxx respecto de su hijo e hija por parte de la familia materna.

Es importante destacar el resultado del estudio psico social educativo practicado en este caso, que si bien no es prueba, si nos revela la situación del entorno familiar del niño y la niña, como del padre y de la familia materna. Tanto el niño como la niña tienen edades muy cortas. El estudio revela que xxxxxxxxxxxxxxxx ha sido afectado en su proceso evolutivo, en especial en el área motora y de lenguaje, y que emocionalmente la separación de su padre ha sido importante para él. La niña, en cambio, dada su edad, ha demostrado una mejor adaptación a su situación.

Fue significativo, en los dos encuentros del niño y la niña con el señor xxxxxxxx, favorecidos por la jueza a quo, como ambos pudieron reconocer la figura del padre, con quién se mostraron muy afectivos. Este es un elemento esencial en orden a considerar que ha habido una obstaculización importante de parte de la familia materna para con el señor xxxxxxxx.

Hay indicios importantes en el expediente que robustecen esta tesis. Así, encontramos que con los mismos datos de identificación y ubicación de la abuela y demás familia materna, personeros de la Embajada de los Estados Unidos de América se contactaron con la familia materna y trataron, por la vía del diálogo, resolver la situación de custodia a favor del señor xxxxxxxx.

Esto es importante, por cuanto una de las cosas que la parte demandada aduce es precisamente la situación de abandono total que ha propiciado el señor xxxxxxxxxxxxxxxx respecto de su hijo e hija, el cual, según su apoderado, ha incumplido completamente sus obligaciones de padre.

Sin embargo, hay que decir que los indicios que se encuentran en el expediente nos llevan sostener una alta posibilidad de obstaculización del derecho de comunicación y de custodia del señor xxxxxxxxxxx con xxxxxxxx y xxxxxxxxxxx por parte de la abuela y demás familia materna.

Otro hecho que llama la atención en este caso, y que tiende a reforzar la conclusión anterior, es precisamente la situación delicada de salud que vivía la señora xxxxxxxxxxx, la cual, según la declaración de una testigo de la parte demandada, los últimos cuatro meses antes de morir había perdido la capacidad de hablar, la enfermedad le progresó, tenía expansión tumoral, e, incluso, se decía que tenían que marcarle para que llamara por teléfono. La testigo, si bien no actuaba en calidad de perito, es médico internista de profesión y por tanto su testimonio posee mucha relevancia.

Si ese era el cuadro clínico de la señora xxxxxxxxxxx, cuatro meses antes de morir, a folios 360- 361, consta que ésta, un mes antes de morir, otorga una declaración jurada por medio de la cual autoriza que el cuidado personal de su hijo e hija lo ejerza la abuela materna. Tal declaración, analizando su contenido, es bastante compleja, con mucha relación de artículos, y aparece firmada por la señora xxxxxxxxxxx. Su firma evidencia trazos que no revelan ningún tipo de dificultad.

No es necesario ser perito como para sostener que ese documento, su entendimiento por parte de la señora xxxxxxxxxxx, y la firma de la misma, nos parece muy sospechoso. Valorando ese elemento en base a la sana crítica, particularmente con los elementos de la experiencia común y la lógica, nos llevan a dudar de que realmente una persona, en la condición médica de xxxxxxxxxxx, haya sido capaz tan siquiera de entender el contenido del documento, mucho menos como para firmarlo con los trazos de una persona en condición de normalidad. La misma testigo de la demandada, quien es médico internista, adujo que hasta le tenían que marcar para hablar por teléfono, porque no podía hacerlo por sí misma.

Pero también, es preciso afirmar que el otorgamiento de tal documento violenta las normas sobre asignación de custodia que establece el Código de Familia. La regla general, como uno de los elementos que forma parte de la responsabilidad parental, es que la decisión de la custodia le corresponde al padre y a la madre de forma conjunta, los cuáles lo pueden derivar en una tercera persona en situaciones de suma urgencia, o, en casos de desacuerdo, será el juez o jueza competente el que decidirá al respecto, Arts. 206 al 216 CF.

Ese documento de declaración jurada, delegador de custodia, nos parece que además de la sospecha que le irradia el haberse otorgado y firmado en las condiciones desmejoradas de salud de la señora xxxxxxxxxxx, no cumple con los requisitos de legalidad establecidos en la ley, y por ello no puede darse al mismo las consecuencias que se derivan de su contenido.

Es un indicio con la suficiente fuerza como para sostener que es otro de los mecanismos de obstaculización que se concretó para que el señor xxxxxxxxxxx no pudiera ejercer la función parental. Tan importante y relevante nos parece dicho dato, que es preciso ponerlo en conocimiento de la Fiscalía General de la República, a fin de que se investigue la probable comisión de un ilícito penal. A ello hay que agregar que el estudio psicológico, la abuela materna padece de un duelo patológico por la muerte de su hija, lo cual no ha podido superar, y que esa situación la hace aferrarse a su nieto y nieta.

Otro aspecto, que se constituye en un indicio importante en este caso, es el hecho que los procesos en la jurisdicción de familia, por ostentar legalmente la custodia de xxxxxxxxxxx y

xxxxxxxx, aparecen precisamente hasta que el señor xxxxxxx se encuentra en el país. El demandante llega al país el día 26 de marzo del corriente año, y ya el 30 de marzo aparece el primer proceso, de los cuatro planteados, en su contra.

En este punto, nos parece totalmente cuestionable la tramitación de los procesos familiares que ha realizado el señor Juez Segundo de Familia de Santa Ana. Incluso, nos parece claro que ha violentado los derechos constitucionales del señor xxxxxxx, al decretar medidas en su contra y notificarlas vía tablero por ignorarse el paradero del mismo. Es un contrasentido procesal esa decisión, pues no permite la facultad de control de la misma por el destinatario de la medida lo cual nos parece inconstitucional.

Pero además, nos parece que también ha faltado al principio de imparcialidad que debe caracterizar la función judicial. En el primer proceso de pérdida de la autoridad parental, declara inadmisibles las demandas, pero contrariamente otorga el cuidado personal provisional a la abuela materna. Esto nos parece inadmisibles en el plano procesal. Si la decisión es que la demanda no se ajusta a los requisitos que exige la ley, ello excluye cualquier posibilidad de otorgar una medida cautelar, pues precisamente la parte demandante no ha sido capaz de fundar adecuadamente su demanda. Por el contrario, no ha tenido el mismo tratamiento para el señor xxxxxxx cuando este ha planteado su demanda de cuidado personal, con lo cual, también, ha violentado el elemental principio de igualdad.

Nos parece evidente la finalidad dilatoria y obstrusiva de los procesos iniciados en materia de familia para dificultar el ejercicio de la función parental del señor xxxxxxxxxxx sobre su hijo e hija. Si hubiera un interés legítimo por la situación de xxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxx, y si la situación fáctica narrada por la parte demandada se adecuara a la realidad, los procesos en mención hubiesen aparecido muchísimo tiempo atrás, y no precisamente cuando aparece el reclamo del padre del niño y la niña.

Las excepciones que se plantean en los Arts. 12 y 13 del convenio no han podido ser acreditadas en orden a denegar la restitución inmediata de xxxxxxx y xxxxxxx. El transcurso del tiempo, mayor a un año, no ha sido una circunstancia que haya propiciado el señor xxxxxxx, sino más bien ha sido debido a la obstaculización de su derecho. Tampoco se ha acreditado que el señor xxxxxxxxxxx no ejerciera el derecho en forma efectiva, pues en realidad las circunstancias excepcionales, que antes hemos planteado respecto del Art. 216, inciso primero CF, hicieron que xxxxxxx y xxxxxxx se vinieran a El Salvador. Eso debe entenderse que se hizo en forma provisional.

De igual manera no se ha acreditado que la restitución vaya a crear una situación de riesgo o de peligro para el niño y la niña. Más bien, los dos contactos que se han favorecido entre ellos y su padre han revelado la identificación de la figura paterna. La afectación, particularmente a xxxxxxx, se ha favorecido desde el entorno familiar materno, y dada la corta edad de ambos, la restitución inmediata favorecerá el restablecimiento de la relación parento filial.

En suma, pues, nos parece que la jueza a quo ha hecho una valoración adecuada de la prueba aportada en este caso, y que su decisión de ordenar la restitución inmediata está fundada, desde el punto de vista fáctico y jurídico. La actitud hostil y amenazante de algunos miembros de la familia materna, que se relatan en el resultado del estudio, nos hace concluir en que el resultado final del proceso plasmado en la sentencia corresponde a la realidad, y que ha sido así, por cuanto se

ha demostrado que efectivamente existe un derecho de custodia a favor del padre el cual, tanto la abuela como el resto de la familia materna se han empeñado en obstaculizar desde siempre.

3. Inobservancia del Art. 16 del Convenio

El apelante alega que de darse la restitución no se garantiza el normal desarrollo del proceso de pérdida de autoridad parental iniciado en el Juzgado Segundo de Familia de Santa Ana.

Hay que decir que más bien el contenido del Art. 16 del Convenio establece una regla de aplicación preferente del convenio por sobre la iniciación de cualquier otro proceso en el que pueda pronunciarse una decisión sobre la custodia del niño, niña o adolescente que esté involucrado en una solicitud de restitución.

Esa regla de aplicación preferente, contenida en el Art. 16 del Convenio, está por encima, jerárquicamente, de las disposiciones del Código de Familia, no sólo por estar regulado en este artículo, sino porque, desde la Constitución, en su Art. 144, está favorecido el cumplimiento del convenio. Es algo que los jueces y juezas vinculados al conocimiento de vulneraciones de derechos a niños, niñas o adolescentes debemos tomar en cuenta.

Por tanto, lo alegado por el apelante más bien beneficia al demandante, señor xxxxxxxxx. La solicitud de restitución, éste la ha planteado en el mes de agosto del corriente año, luego de haber agotado una serie de instancias tendientes a recuperar la custodia de su hijo e hija: Avocarse a la Embajada de los Estados Unidos de América, en busca de ayuda por tratarse de niños con nacionalidad estadounidense, y promover un proceso de guarda y cuidado, en el que solicitó medidas de protección como el cuidado provisional.

Al no tener éxito en sus gestiones iniciales, decidió plantear directamente la solicitud de restitución, lo cual está permitido por el Art. 29 del Convenio. En ese sentido, el Juez Segundo de Familia de Santa Ana tenía la obligación de advertir el contenido del Art. 16 del Convenio, y, bajo esa perspectiva, aplicar el Art. 27 LPF que le obliga a suspender oficiosamente el proceso hasta que lo relativo a la restitución no se haya decidido. Es decir, en el último proceso de pérdida planteado ante su autoridad debe suspender su conocimiento, mientras se decide la restitución. Es lo que exige la existencia de los Arts. 7, letras a) y b), 27 LPF, 16 del Convenio, y 144 de la Constitución.

4. Sobre la decisión:

De acuerdo con el Art. 214 de la LEPINA lo referente a niñez y adolescencia forma parte de la rama del derecho de familia, y todas las incidencias relativas a los derechos regulados en la misma les corresponde a los juzgados especializados de niñez y adolescencia.

En el presente caso se trata de decidir lo referente a la restitución inmediata de xxxxxxxxxx y xxxxxxxxxx al lado de su padre, señor xxxxxxxxxxxxxxxx. Ello forma parte de la competencia de los jueces y juezas especializadas en materia de niñez y adolescencia, y aunado al hecho de la aplicación preferente del convenio, por virtud del Art. 16 del mismo y en consonancia con el Art. 144 de la Constitución, lo procedente es confirmar la sentencia venida en apelación. Es decir, la restitución inmediata ordenada por la jueza a quo nos parece está conforme a las normas aplicables, y ha sido el producto de un análisis adecuado sobre todo el material probatorio que se vertió en el proceso.

Siendo así las cosas, es importante determinar que la decisión del Juez Segundo de Familia de Santa Ana, en cuanto a otorgar el cuidado personal de xxxxxxxxxx y xxxxxxxxxx a la abuela materna ha perdido vigencia, y de conformidad a lo establecido en los Arts. 7, letras a) y b), 27, 75 al 81 LPF, 43 y 214 LEPINA, 16 del Convenio, y Art. 144 de la Constitución, la decisión vinculante es la que decreta la restitución inmediata de xxxxxxxx y xxxxxxxxxx al lado de su padre.

Esto es así, por un lado, porque dicho funcionario judicial no ha observado el principio de legalidad en este caso, y se ha puesto a decidir un aspecto sobre el cual la ley no le da competencia, o al menos, le impone una condición de procesabilidad que no le permite pronunciarse sobre una medida de custodia cuando se está tramitando una solicitud de restitución internacional. Por otro lado, es así por cuanto, en la jurisdicción de niñez y adolescencia, tanto en primera como en segunda instancia, se ha decidido un asunto referido al derecho fundamental de un niño y una niña a reintegrarse a su medio familiar originario, esto es, al lado de su padre, ordenándose la inmediata restitución de ambos.

Se debe reiterar, entonces, la idea que, al haberse decidido en la instancia competente lo referido a la restitución, e invocando el contenido del Art. 16 del Convenio en relación con los Arts. 33, 36 y 144 de la Constitución, sobre la aplicación preferente y previa del mismo por sobre cualquier otra pretensión planteada en otro proceso, la medida de custodia provisional decretada por el Juez Segundo de Familia de Santa Ana ha perdido toda actualidad y efectividad, y es, entonces, esta decisión emitida en segunda instancia la que prevalece, por no haber, en la estructura ordinaria de conocimiento judicial, otra instancia decisoria, de acuerdo a lo establecido en el Art. 40 LPF en relación con el Art. 241 LEPINA.

OTRAS CONSIDERACIONES

De la lectura de las actas de la audiencia única, llama la atención la forma en que se ha realizado y documentado el desarrollo de la misma, concretamente en lo relativo a las suspensiones y sus respectivas continuaciones.

Debemos reiterar, lo ya establecido en anteriores resoluciones, con respecto a la obligación del juez de ser el director del proceso, y de dar el trámite que legalmente corresponda, de acuerdo a lo estipulado en el Art. 7, letras a) y b) LPF.

La audiencia estaba señalada para las catorce horas treinta minutos del día ocho de agosto de dos mil doce, (Fs. 104 a 105). Efectivamente se inició el día y hora señalados, y fue suspendida, por petición de parte, reprogramándose para las catorce horas del día trece de agosto del corriente año. Esta acta fue, legalmente firmada por los comparecientes ese día.

Luego, a folios 475 al 490, aparece constancia de la reanudación de la audiencia. Sin embargo, hay acá un primer yerro que no se ha justificado, y es el caso que la audiencia, programada inicialmente para las catorce horas, dio inicio a las once horas con cuarenta y cinco minutos, es decir, un poco más de dos horas antes del señalamiento inicial. No aparece ninguna justificación, en el acta, que determine las razones de tal proceder, lo que evidencia una mala gestión de la jueza a quo en la realización de las audiencias que, en otro escenario, puede causar reclamos por vulneraciones al debido proceso, particularmente por el no cumplimiento de los plazos.

Esa deficiencia en el manejo de las audiencias se siguió consolidando, cuando aparece constancia de que la audiencia, iniciada en fecha catorce de agosto, fue suspendida en tres ocasiones más (folios 477 vuelto, folios 486 frente, y folios 484 vuelto). No obstante las suspensiones, la forma en que aparece redactada el acta no detalla que las personas presentes al momento de la suspensión hayan firmado, sino que, de corrido, sólo aparece constancia de que se continúa la audiencia.

De acuerdo con las formalidades que establecen los Arts. 31 y 120 LPF, las actas revelan lo acaecido en un momento histórico concreto de la tramitación del proceso, y una formalidad esencial, es precisamente, que se firme al finalizar su lectura, lo cual debe ocurrir, al final de emitir la decisión de suspensión de la misma. En este caso, la jueza a quo, de manera errada, ha favorecido la redacción del acta de folios 475 al 490 como si la misma se ha realizado de manera ininterrumpida, cuando lo cierto es que mediaron tres suspensiones. Las exigencias legales nos indican que la jueza a quo debió favorecer la firma de cada una de las actas, por separado, previa lectura, cuando estas fueron suspendidas y ordenada su continuación en fecha posterior.

El diseño de las actas tiene por finalidad el dar certeza a los actos realizados, a fin de que quede constancia de los mismos, y la forma en que se hace constar lo acaecido en la continuación de la audiencia única, nos parece que no cumple las formalidades de ley. Aunque no hay una afectación directa a las partes involucradas, o al menos éstas no lo advirtieron así, es importante reiterar a la jueza a quo su obligación de cumplir con lo que la ley exige.

ACTOS DE COMUNICACIÓN

Esta providencia deberá notificarse de la siguiente manera: 1) al licenciado xxxxxxxxxxxxxxxx, apoderado de las señoras xxxxxxxxxxxxxxxx conocida por xxxxxxxxxxxx, mediante el telefacsímil número xxxxxxxxxx, propuesto a Fs. 537 Fte., si no fuere posible la transmisión mediante telefacsímil, el acto se verificará mediante el tablero judicial, por no haber señalado lugar para oír notificaciones en esta ciudad; 2) al licenciado xxxxxxxxxxxx, apoderado del señor xxxxxxxxxxxxxxxx, mediante el telefacsímil número xxxxxxxxxxxxxxxx, propuesto a fs. 7 vuelto, si no fuere posible la transmisión mediante telefacsímil, el acto se verificará mediante el tablero judicial, por no haber señalado lugar para oír notificaciones en esta ciudad; y 3) al licenciado xxxxxxxxxxxx, Defensor Público Especializado de Niñez y Adolescencia, se notificará mediante el telefacsímil número xxxxxxxxxxxxxxxx del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de Santa Ana al cual se encuentra adscrito.

LA DECISIÓN

En virtud de la motivación expuesta, de las disposiciones legales citadas y de lo que establecen los Arts. 149, 161 inc. 1º y 218 LPF y Art. 215 LEPINA, A NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, **FALLAMOS:** a) **CONFIRMASE** la sentencia definitiva pronunciada por la señora Jueza Especializada de la Niñez y Adolescencia de XXXXX, a las quince horas con treinta minutos del día veinticinco de agosto del dos mil doce. b) La resolución emitida, en el expediente con referencia 023-SA-F2-820(240)12, a las quince horas con diez minutos, del día tres de agosto del presente año, por el señor Juez Segundo de Familia de Santa Ana, en la que se

prorroga la medida de custodia provisional del niño xxxxxxxxx y de la niña x a las señoras xxxxxxxxxxxx conocida por xxxxxxxxxxxxxxxx y por xxxxxxxxxxxxxxxx, empresaria, y xxxxxxxxxxxxxxxx *conocida también como* xxxxxxxxxxxxxxxx, respecto de dicha medida, ha perdido toda vigencia y efectividad al confirmarse lo actuado por la Jueza Especializada de Niñez y Adolescencia de Santa Ana. En ese sentido, ordénase a la jueza *a quo*, remitir certificación de la presente sentencia al señor Juez Segundo de Familia de Santa Ana, para ser incorporada al expediente referido. C) **ORDÉNASE**, a la Jueza a quo emitir aviso a la Fiscalía General de la República, a fin de que se investigue la posible comisión de un ilícito penal en el mecanismo de otorgamiento de la declaración jurada emitida por la señora xxxxxxxxxxxxxxxx.

De conformidad con el Art. 241 LEPINA, y por no admitir recurso de casación, devuélvase el expediente del proceso al tribunal de origen con certificación de esta resolución, a fin de que la misma se ejecute en debida forma. **NOTIFIQUESE.-**

LICDA. SONIA DINORA BARILLAS DE SEGOVIA LIC. ALEX DAVID MARROQUIN MARTINEZ.

PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN,

**LICDA. KARLA PATRICIA CEA SÁNCHEZ
SECRETARIA**