

CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: San Salvador, a las doce horas del día once de enero del año dos mil dieciséis.-

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

La presente providencia corresponde al Proceso Abreviado de **RESTITUCIÓN INTERNACIONAL POR RETENCION ILICITA**, con referencia **SM-JENA-PA-27-2015 (2) R-5**, promovido en el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de San Miguel, a favor del niño **XXXXXXXXXX**, de cuatro años de edad, y la niña **XXXXXXXXXX**, de seis años de edad, ambos de apellido **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, y de nacionalidad estadounidense, costarricense y salvadoreña, por parte del señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, mayor de edad, de nacionalidad costarricense, del domicilio de la Ciudad de Lourdes de Santo Vito de Coto Brus, Puntarena Costa Rica, representado por la defensora pública especializada de niñez y adolescencia, licenciada **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en contra de la señora **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** mayor de edad, del domicilio de San Francisco Javier, Departamento de Usulután y de nacionalidad salvadoreña, representada por el abogado de oficio, licenciado **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** quien fue nombrado en audiencia.- En este Tribunal de Segunda Instancia, el proceso ha sido registrado con la referencia 1-A-SM2-2016-1.

La Jueza Especializada de la Niñez y Adolescencia de San Miguel, suplente y en funciones, máster **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, pronunció sentencia a las nueve horas con treinta minutos del día veintiuno de diciembre del dos mil quince (Fs.115 al 128): en la cual resolvió: **“A) No ha lugar a la restitución internacional de los niños **XXXXXXXXXX** y **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, al país de Costa Rica, solicitada por el señor **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, por no haberse probado los supuestos establecidos en los artículos tres Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. b) *Certifíquese la presente a la licencia **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**”*.**

Inconforme con dicha resolución, la licenciada **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** interpuso recurso de apelación de ella.-

HECHOS Y PRETENSIONES

En la demanda, presentada por la licenciada **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**, en su calidad de defensora pública especializada de niñez y adolescencia, se narra que *“la Procuraduría General de la República, y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA) son Autoridad Central de la República de El Salvador, como país*

contratante de conformidad con lo establecido en los artículos 6, 7 literal f), y 42 inciso primero del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; razón por la cual el Patronato Nacional de la Infancia (Autoridad Central de San José Costa Rica), envió solicitud remitida al I.S.N.A a petición del señor xxxxxxxxxxxx quien peticona la restitución de sus hijos la niña _xxxxxxxxxxxxxxxx_ y del niño _xxxxxxxxxxxxxxxx...”.

La solicitud de restitución se fundamenta en que la niña xxxxxxxxxxxx y el niño xxxxxxxxxxxx viajaron en compañía de su madre señora xxxxxxxxxxxx y de su padre señor xxxxxxxxxxxx, desde Costa Rica hacia El Salvador, con fecha dieciocho de noviembre del año dos mil catorce, por motivos de vacaciones, las cuales tendrían una duración de un mes. Que al momento que el señor xxxxxxxxxxxx decide retornar a Costa Rica, la señora xxxxxxxxxxxx escondió los pasaportes de los niños y no dejó que los sacara de El Salvador, por lo que regresó solo a su país, el día dieciocho de diciembre dos mil catorce, calificando dicha conducta como una retención ilícita.

Asimismo, se señala como antecedente, que residieron nueve años en Estados Unidos, país donde nacieron los niños xxxxxxxxxxxx, posteriormente, decidieron viajar para residir permanentemente en Costa Rica, donde permanecieron aproximadamente un año, antes del viaje a El Salvador. De acuerdo a lo manifestado por el señor xxxxxxxxxxxx, sus hijos en El Salvador, viven en condiciones insalubres, en una zona de peligro, donde hay presencia de la mara dieciocho. Que su hija xxxxxxxxxxxx tiene un cateterismo en el corazón, condición médica que debe atenderse con un cardiólogo especializado. Asimismo, afirma que la señora xxxxxxxxxxxx obstaculiza la comunicación entre él y sus hijos.

La parte demandante considera que existen suficientes elementos de juicio para determinar que la señora xxxxxxxxxxxx, ha retenido ilícitamente a la niña xxxxxxxxxxxx y el niño xxxxxxxxxxxx, de conformidad a lo establecido en el artículo 3 literal b) del Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ya que en el momento de la retención, el derecho de custodia lo ejercían ambos padres. Solicita de conformidad al artículo 12 inciso primero del Convenio que ambos niños sean restituidos de forma inmediata a su residencia habitual, ubicada en Lourdes de San Vito de Coto Brus, Puntarenas, Costa Rica, por no haber transcurrido un año de dicha retención.

La señora xxxxxxxxxxxx, se mostró parte en la Audiencia Única, celebrada a las nueve horas con treinta minutos del día veintiuno de diciembre del año dos mil quince. En dicho acto fue representada por el abogado de oficio, licenciado xxxxxxxxxxxx, contestando la demanda en sentido negativo.

En los argumentos expuestos, en síntesis, se expresa que la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no está de acuerdo en que los niños salgan del país, por su triple nacionalidad, que pueden ser requeridos por los Estados Unidos, por ser los niños ciudadanos estadounidenses. Considera que hasta los diez años la persona idónea para cuidar a los niños es la madre, que la niña xxxxxxxx tiene seis años y el niño xxxxxxxxxxxx tiene tres años. Que se ha corroborado por medio del estudio psicosocial que se presentó por parte del equipo multidisciplinario que los niños están bien con la madre.

Que durante el tiempo en que el grupo familiar residió en los Estados Unidos, recibían ayuda económica del gobierno, debido a que el padre no cubría los gastos; ofreciendo como prueba una tarjeta de ACCES, con la finalidad de demostrar que durante un año el estado norteamericano sufragó los gastos de ambos niños. Solicitó que se incorporara las partidas de nacimiento estadounidense de los niños y el acta de la Procuraduría General de la República en la que el señor xxxxxxxxxxxx se comprometió a dar cien dólares mensuales en concepto de cuota alimenticia, y que el señor xxxxxxxxxxxx no está cumpliendo.

ADMISIBILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN

El recurso de apelación planteado cumple con los requisitos exigidos en el Arts. 153, por ser la resolución de la cual se recurre una sentencia definitiva. Asimismo, la licenciada xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en su calidad de Defensora Pública Especializada de la Niñez y Adolescencia, y en representación judicial del señor xxxxxxxxxxxx padre del niño xxxxxxxxxxxx, y de la niña xxxxxxxxxxxx, ambos de apellido xxxxxxxx, es sujeta de la apelación, por ser a quien le fue desfavorable la sentencia tal como lo establece el Art. 154 LPF.

La apelación se interpuso por escrito, dentro del plazo de los cinco días contados desde la notificación de la sentencia que les causa el agravio, como señalan los Arts. 148 inc.1º y 156 inc. 1º LPF.

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 la norma. En el presente caso, la licenciada xxxxxxxxxxxx señala, que en la sentencia definitiva que apela se aplicaron erróneamente los Arts. 3, y 12, inciso del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante el convenio). Asimismo, alega dicha profesional, que se aplicó erróneamente el Art. 43, en relación con los Arts. 12 y 94 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (en adelante LEPINA).

Por lo que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 160 inc. 2º LPF, se admite el recurso de apelación interpuesto por la apelante, en el carácter con que actúa, procediéndose a su conocimiento y decisión.

CONSIDERACIONES DE LA CÁMARA

La apelante señala como motivos de apelación, de conformidad a lo establecido en el Art. 158 LPF, que se ha aplicado erróneamente los Arts. 3 y 12 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores, y los Arts. 43 en relación con los artículos 12 y 94 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en adelante LEPINA. El concepto en que se ha aplicado dicha aplicación errónea radica en el hecho que, de acuerdo con la apelante, la jueza sustentó que no existía acreditación de un permiso que estableciera que xxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx deberían regresar a Costa Rica, y que el convenio no establecía la necesidad de un documento que estableciera tal circunstancia para determinar el año de plazo para decidir sobre la restitución.

Asimismo, la apelante justifica que la autoridad parental, que incluye la custodia, era ejercida de manera conjunta tanto por el padre como por la madre, al momento de la retención ilícita, y que si bien era cierto, existía un acta en la Procuraduría General de la República, ésta se refería a un régimen de comunicación y trato y a la aportación de la obligación alimenticia, más no al establecimiento de una custodia. Finalmente, justifica la apelante que no se valoró la opinión del niño xxxxxxxxxxxxxx, ni el interés superior de él y de xxxxxxxxxxxxxx, pues a la fecha el niño y la niña seguían siendo objeto de retención ilícita.

En ese sentido, el pronunciamiento de esta Cámara debe resolver los siguientes aspectos: a) El concepto y alcances de lo que es retención ilícita, de acuerdo con el convenio; b) La significación del plazo de un año para proceder a la restitución y las posibilidades que plantea el convenio; y c) El análisis del interés superior en el ámbito de los traslados o retenciones ilícitas y la valoración de la opinión de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales.

a) El concepto y alcances de lo que es retención ilícita, de acuerdo con el convenio

El Art. 3 del convenio establece: *“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:*

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al

derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.

De acuerdo con el Art. 3 del Convenio, la retención ilícita estaría configurada a partir de la obstaculización de un derecho de custodia o de visita, atribuido de pleno derecho al padre o a la madre, por decisión judicial o decisión administrativa, cuando el niño o la niña se encuentren en el territorio de un Estado diferente al de su residencia habitual. Dicho concepto se construye alrededor de lo que es la residencia habitual, esto es, el lugar donde el niño o la niña desarrollan todas las actividades cotidianas y ordinarias de su desarrollo en forma permanente, sea al lado de su padre o madre, de ambos o de una persona responsable, con antelación al traslado o retención transfronterizo.

Nótese que, de acuerdo con el convenio, que su finalidad es doble: Por un lado, asegurar, de forma expedita, la restitución, y, en segundo, lugar, velar, con dicha acción, los derechos de custodia y visitas en favor de los niños y niñas. Esto revela que lo que se pretende con el convenio no es discutir custodia o visitas, sino asegurar la restitución por haberse verificado un traslado o una retención con vulneración o inobservancia de dichos derechos.

El informe explicativo del convenio, elaborado por la magistrada española Elisa Pérez Vera, lo afirma de manera contundente: *“el Convenio no pretende resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En este punto, el principio no explícito sobre el que descansa el Convenio es que el debate respecto al fondo del asunto, es decir el derecho de custodia impugnado, si se produce, deberá iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado, tanto si éste ha tenido lugar antes de que se dictara una resolución respecto a la custodia - situación en la que el derecho de custodia violado se ejercía ex lege - como si el desplazamiento se ha producido incumpliendo una resolución preexistente”.*

Hay dos condiciones que favorecen la aplicación del convenio respecto de los derechos de custodia y visitas. La primera es que esos dos derechos deben estar ejerciendo de manera efectiva. Esto es, que sea el padre o la madre, o ambos, concretaran todas las acciones tendientes al cuidado y desarrollo de los niños y niñas en el lugar de residencia habitual.

La segunda está planteada en un sentido justificativo que previene el fraude de ley, por cuanto prevé el presupuesto de que esos derechos se ejercerían efectivamente si no se hubiera producido el traslado o retención ilícita. Por eso es que tanto el Art. 16 como el Art. 17 del convenio establecen un rango jerárquico preferente de aplicación de éste sobre cualquier decisión administrativa o judicial que pretenda definir custodia o visitas en el transcurso del trámite de la restitución.

Tres son, entonces, los motivos que determinan el ejercicio efectivo de la custodia y el régimen de visitas: La atribución legal de dichas funciones, la decisión institucional sobre las mismas y el acuerdo voluntario que sobre dichas funciones, adopten el padre y la madre o responsables.

Sobre el primero, el Art. 206 del Código de Familia (en adelante CF) señala que la autoridad parental es *“...el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes”*.

Esa función parental es otorgada e impuesta tanto al padre como a la madre por disposición de ley, y según el Art. 207 CF es de ejercicio conjunto, por regla general. Su contenido comprende el cuidado personal de los niños y niñas, y por ende, todas las modalidades de relación parento filial que hagan posible alcanzar su finalidad. No se precisa del dictado de una sentencia judicial o decisión administrativa para su configuración y ejercicio, pues desde la ley se dispone de esa manera.

La decisión institucional, por su parte, implica que, ante el no ejercicio de la función parental en modalidad conjunta, por determinadas circunstancias fácticas, se puede establecer, por sentencia judicial o por decisión administrativa, que dicha función parental se desarrolle de forma unilateral, o alguno de sus elementos específicos, como la custodia, se ejerza de manera individual, sea por el padre o por la madre. Los Arts. 216 y 217 CF establecen tal posibilidad.

Finalmente, se establece la posibilidad de que el padre y la madre, por acuerdo, decidan a quién de ellos le corresponderá el cuidado personal y cómo se establecerá el régimen de comunicación y trato en situaciones de suma urgencia, y en casos de separación o de divorcio.

En los tres supuestos debe tomarse en cuenta el interés superior de los niños y de las niñas, o personas adolescentes, pues tanto el padre como la madre deben garantizar que el niño o la niña se desarrolle en todas sus facetas, y adquiera el normal desarrollo de su personalidad. Esto debe suceder siempre, independientemente de que el padre y la madre estén a su lado, o que sólo lo haga uno de ellos por las razones que antes hemos apuntado.

A partir de los anteriores razonamientos, debemos analizar, entonces, si lo fundado por la jueza de niñez y adolescencia, al sostener que era necesaria la existencia de un permiso que estipulara la fecha de regreso a Costa Rica, y aun, sin la existencia de dicho permiso, sobre la necesidad de que el acuerdo voluntario del padre y de la madre indicara la fecha de regreso, es congruente con lo estipulado en el convenio a fin de determinar la ilicitud de la retención del niño y la niña.

El análisis que hace la jueza nos parece que genera contradicciones. Por un lado, sostiene que el ingreso a territorio salvadoreño del niño y la niña junto a su padre y madre era evidencia de un ejercicio conjunto del cuidado o crianza de dichas personas, y que era con finalidad de visita a la familia materna, y además, que lo dicho por el demandante, en su declaración, no fue controvertido por la demandada, particularmente lo referido al dieciocho de diciembre del año recién pasado como fecha límite para regresar a Costa Rica, y, por otro lado, el argumento de que no se acreditó una fecha determinada para el regreso del niño y la niña a dicho país, como sustento de la decisión de no restituir a dichas personas.

Es decir, si lo afirmado por el padre, en su declaración, no fue controvertido o refutado por otra prueba o elemento probatorio, incluida la declaración de la demandada, que nunca se dio, era factible de ser analizado en la perspectiva de que, en principio, tenía indicios de veracidad el que el ingreso a nuestro país de xxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxxxx se produjo con características de visita familiar, y que el dieciocho de diciembre era la fecha de regreso. No hay más elementos probatorios que contradigan esta circunstancia, según se puede apreciar en el expediente, y particularmente en el acta de audiencia única de folios 115 a 128.

De lo que sí hay constancia en el expediente es de la intencionalidad de la demandada por quedarse en el país, y que el motivo de la visita familiar, a su familia, en noviembre del año dos mil catorce, fue más bien una modalidad de poder ingresar a El Salvador, pero su idea era no volver con su hijo e hija a Costa Rica. Eso está contenido en el estudio psico social educativo agregado a folios 106 a 110. Las dos personas presentadas en calidad de testigos por la parte demandada no aportaron elementos que justificaran la retención del niño y la niña.

Una de ellas, más bien, afirmó que nunca vio peleas entre el demandante y la demandada, que podía dar fe de la relación entre ellos por un periodo de seis meses en Los Estados Unidos, pues vivieron en su casa, ratificando que había necesidades económicas pero que el demandante quería a la demandada, aunque era machista. La otra testiga sólo podía dar fe del periodo de tiempo que el niño y la niña han estado en El Salvador, pues era la persona contratada para cuidarles, y que lo que sabía era por referencia.

La prueba, entonces, se ha limitado a la declaración de parte del demandante y a las dos testigas de la demandada, así como a toda la prueba documental presentada junto a la demanda y

la que ha sido agregada en la audiencia única. Con la aportada por la parte demandada no se ha acreditado absolutamente nada en relación a la licitud de la retención de su hijo e hija, o a la existencia de una justificación objetiva que fortalezca la idea de la licitud de la retención.

En todo caso, si el argumento era que la restitución no procedía, debió acreditarse las excepciones establecidas en el convenio, que no permiten la restitución internacional, como, por ejemplo, las establecidas en el Art. 13 de su texto. Fuera de esos casos de excepción lo pertinente es acceder a la restitución, de manera tal que los asuntos de fondo sobre custodia o visitas se resuelvan por la autoridad competente en el lugar de residencia habitual del niño y la niña.

Esta última idea, sobre la necesidad de acreditación, ya la hemos planteado en anteriores precedentes, sobre el tema, analizando el artículo 3 del Convenio, afirmando que *“El mencionado artículo, relacionado con el Art. 7, letras f), g) y h) del mismo convenio, nos lleva a la conclusión de que existe una condición necesaria en este contexto, y es que los supuestos del Art. 3 deben acreditarse en el procedimiento que señala el Convenio de la Haya. Nótese que, si bien es cierto el Art. 8 del Convenio de la Haya parece dejar, de manera potestativa, la presentación de documentos y/o pruebas pertinentes, sólo es así para efectos del inicio del trámite ante la autoridad central, pero no lo puede ser en referencia al proceso judicial. Es más, el Art. 13 del mismo Convenio de la Haya da la pauta para sostener que hay necesidad de acreditar o demostrar los supuestos que pueden habilitar ya sea la negatoria a la restitución o su ordenación.”* (Sentencia con referencia 07/A/SM2/2012-2).

Tan importante es el carácter prioritario de la restitución que, incluso, las excepciones mismas deben interpretarse en forma restrictiva. Ello ha sido sostenido en el informe Pérez Vera, reseñado antes, donde se afirma: *“parece necesario subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas”*.

Nos parece, en sintonía con lo afirmado por la apelante, que la jueza ha aplicado erróneamente el Art. 3 del convenio, al sostener que era necesaria la existencia de un permiso que estipulara la fecha de regreso a Costa Rica, o que el acuerdo voluntario entre el padre y la madre de xxxxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxxxxxx debió tener una fecha de salida del país, para acreditar que efectivamente la madre de dichas personas los ha retenido de manera ilícita.

Claramente se puede deducir de lo que consta en el expediente, que tanto el padre como la madre, de pleno derecho, ejercían conjuntamente la función de crianza o cuidado de su hijo e hija, y que, lo que no ha sido controvertido o refutado es la idea que el viaje de la familia xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a El Salvador era temporal. Por tanto es factibles sostener que la retención del niño y la niña, por parte de su madre es ilícito, y que dicho viaje ha sido el motivo para regresar a nuestro país y sacar a su hijo e hija de Costa Rica, pero que la intención es no volver a dicho país.

b) La significación del plazo de un año para proceder a la restitución y las posibilidades que plantea el convenio.

El Art. 12 del convenio establece: *“Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.*

La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente”.

Dos son los supuestos que regula dicha norma: Por un lado, el hecho que el niño o niña haya sido trasladado o retenido ilícitamente, y el trámite, conforme al convenio, se haya iniciado en un periodo de tiempo menor a un año, en cuyo caso la idea fuerte es que se debe ordenar la restitución. Por otro lado, se afirma que si el inicio del trámite de restitución conforme al convenio se hace después de ese año, la restitución se ordenará cuando no se acredite que el niño o niña se encuentra integrado en su nuevo ambiente.

El factor tiempo es fundamental en el trámite de estos casos. Nótese que el periodo de tiempo de un año obedece a la idea que no se ha producido una integración plena en el nuevo ambiente en que se encuentran los niños y niñas, y todavía es factible no generar mayores afectaciones en el desarrollo de estas personas. Por ello es que la excepción contenida en el inciso segundo del Art. 12 del convenio sostiene que si se acredita una integración plena a ese nuevo ambiente, por el interés superior de dichas personas, ya no sería posible ordenar su restitución, y lo que quedará será la discusión de los aspectos de fondo sobre custodia y visitas en el nuevo ambiente o residencia de los niños y niñas.

Por eso es que el convenio insiste en la idea del tiempo expedito para tramitar estos casos. El Art. 11 habla de un tiempo mínimo de tramitación de seis semanas para resolver, y de

la obligación de resolver el asunto con urgencia. Asimismo, el Art. 2 señala que debe recurrirse a los procedimientos de urgencia de que se disponga en el Estado requerido. La idea es evitar que ese origen ilegal de la presencia de un niño o niña en un territorio que no constituye su residencia habitual se consolide y adquiera respaldo jurídico.

La apelante sostiene, en ese sentido, que la jueza tuvo por acreditado que la custodia de xxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxx le correspondía a la madre, y que ello quedó constatado con el acta de la Procuraduría General de la República, en que el demandante aceptó dar un cuota alimenticia y tener un régimen de comunicación y trato con su hijo e hija, con lo cual el señor xxxxxxxxxxxx consintió que esa situación fuera así.

En la declaración de parte, como prueba admitida y concretada en la audiencia única, el demandante acepta que eso fue así para mantenerse en contacto con su hijo e hija, que firmó dicha acta en referencia a la comida pero no para que estas personas se quedarán en El Salvador. No hay constancia en el acta, ni en el resto del expediente que dicha circunstancia fuera objetada o refutada en el momento de producción de la prueba.

Es importante destacar que, desde el inicio del trámite, y durante el planteamiento de sus argumentos, la jueza ha orientado el análisis del caso a una discusión de aspectos referidos a la custodia de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxx, y ha dejado en un segundo plano lo realmente relevante: La discusión de si hay o no retención ilícita.

Esto lo podemos visualizar a partir de la resolución de folios 41 al 46, que más que una resolución de admisión o que previene aspectos a subsanar, parece una resolución que empieza a prejuzgar los hechos y las pruebas ofertadas en una etapa procesal en que no corresponde. En la resolución de folios 65 al 70, particularmente en el romano III, la jueza hace un análisis de custodia, que la lleva a ordenar un estudio psico social educativo sólo en la persona de la demandada, y que no tomó en cuenta al demandante, para verificar, precisamente, aspectos que tienen que ver con la discusión del fondo de una custodia.

Es más, esa situación la hace realizar el análisis de que el caso es complejo y que no se puede señalar una fecha cercana para la realización de la audiencia, bajo los requerimientos del Art. 233 LEPINA. Eso propició que el proceso se dilatara en el tiempo, infructuosamente, pues comenzó a propiciar un debate de custodia contrariando la naturaleza y finalidad del convenio. En efecto, la demanda se presentó el día treinta de noviembre del año dos mil quince, y se llegó, en la fase de admisibilidad, hasta el nueve de diciembre del mismo año. La audiencia se fija hasta el día veintiuno de diciembre del año recién pasado, y el plazo para apelar comenzó a correr a partir del día veintidós de diciembre del año dos mil quince, prologándose hasta el seis de enero del corriente año, pues por el periodo de vacaciones de fin de año se interrumpió.

Es decir, la jueza incumplió las obligaciones que le plantea el Art. 7 LPF, orientando la tramitación y discusión del caso a aspectos de custodia. Debió limitarse al análisis de la circunstancia de retención ilegal que era denunciada, por petición de la autoridad central de nuestro país, y a determinar de acuerdo a las pruebas documentales existentes, si era factible o no la restitución. Eso perfectamente se pudo producir mucho antes del periodo de vacación de fin de año. Al no hacerlo de esa manera ha coadyuvado en que se siga consolidando en el tiempo una circunstancia ilegal, anómala, la cual ha respaldado jurídicamente al decidir la no restitución.

Consideramos que, efectivamente, la jueza ha aplicado erróneamente el Art. 12, inciso primero del convenio. La razón: Ha tenido por acreditado la asignación de una custodia, por decisión administrativa, que homologó una conciliación, dejando de lado que esa acción se circunscribía en un escenario de discusión de una retención ilícita, y además, suponiendo, tácitamente, que la custodia había sido objeto de dicho acto.

En efecto, se podría concluir que el señor Xxxxx consintió que el cuidado personal lo tuviera la madre. Sin embargo, es sólo una de las posibilidades interpretativas, pues cabe pensar, además, que esa acción estaba destinada a mantener la comunicación que se había obstaculizado por parte de la madre, o que sólo era una conciliación en sede administrativa, y que no había sido objeto de un proceso judicial de custodia. Debe tomarse en cuenta que esa diligencia de conciliación sólo se inició hasta el día veinte de enero de dos mil quince, es decir, prácticamente un poco más de un mes después del conflicto suscitado ante el no retorno de la madre con su hijo e hija.

Antes de dicha conciliación, en el momento de la decisión de la madre del no retorno, lo que operaba, de pleno derecho, es que tanto la madre como el padre tenían la custodia de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxxxxxx, y que habían venido de vista a la familia materna, un aspecto afirmado tanto por el demandante como por la demandada, es decir, no controvertido. Ahí comienza el conflicto, y se evidencia con los procesos iniciados a partir de mediados de enero de dos mil quince. Argumentar que el demandante consintió tácitamente la custodia significa, a nuestro juicio, dar legitimidad a una circunstancia que tiene un origen ilegal.

Tanto es así, que el mismo convenio, en su Art. 17 establece que *“El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio”*.

La norma en mención posiciona las reglas del convenio de manera ventajosa, por encima de lo que pueda significar la discusión de aspectos de fondo. Es así, por cuanto la finalidad del convenio, lo reiteramos, no es discutir custodia o visitas, sino dar lugar urgentemente, de manera expedita, a la restitución. La parte final de la norma, si bien establece que la existencia de decisiones sobre custodia debe valorarse, esa valoración se debe producir tomando en cuenta las reglas del convenio. Estos es, tomar en cuenta lo que significa un traslado ilícito, una retención ilícita, las excepciones para la no restitución, y fundamentalmente, la obligación de cooperación del Estado para dar cumplimiento al convenio.

Sobre el particular, en el informe Pérez Vera se enfatiza dicha idea, agregándose que “14. *Es frecuente que la persona que retiene al menor trate de conseguir que una resolución judicial o administrativa del Estado de refugio, legalice la situación de hecho que acaba de crear; no obstante, si no está segura del sentido de la resolución, es asimismo posible que opte por la inactividad, dejando así la iniciativa a la persona privada de su derecho. Ahora bien, incluso si ésta actúa rápidamente, es decir, aunque evite la consolidación en el tiempo de la situación creada por el traslado del menor, el secuestrador estará en una posición ventajosa, dado que será él quien haya elegido la jurisdicción que va a juzgar el caso, una jurisdicción que, en principio, considera la más favorable para sus pretensiones.*

15. *En conclusión, se puede afirmar que el problema abordado por el Convenio -con todo lo dramático que conlleva el que se refiera directamente a la protección de la infancia en las relaciones internacionales adquiere toda su importancia jurídica por la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial. En efecto, por esta vía, el particular puede alterar la ley aplicable y lograr una resolución judicial que le sea favorable. Ciertamente, tal resolución, sobre todo cuando coexista con otras, dictadas por otras jurisdicciones, de contenido contradictorio, tendrá una validez geográficamente limitada pero, en cualquier caso, aportará un título jurídico suficiente para "legalizar" una situación de hecho que ninguno de los sistemas jurídicos afectados deseaba.*”

Las normas del convenio forman o constituyen un sistema normativo que, en su conjunto, está ideado para facilitar, favorecer, la restitución inmediata de un niño o niña. Su interpretación debe ser integral, y por tanto en la solución del presente caso se tuvo que tomar en cuenta, particularmente, los Arts. 2, 3, 10, 11, 12, 13, 16 y 17 del convenio.

Un aspecto esencial y en este caso evidente, es que la demandada no alegó, ni ofertó probar ninguna de las excepciones contenidas en el convenio para que no se decretara la restitución. Es más, hay que decir, que la prueba aportada por la demandada es deficiente, y no aporta ningún elemento en orden a acreditar la procedencia de la no restitución. La demandada no fue ofertada en su declaración de parte, como prueba, se presentó a dos testigas de referencia,

y su abogado se concentró más bien, hasta en la fase de alegatos, a expresar la idea de que la restitución no era posible sin respaldo probatorio.

Con esos elementos, reiteramos, consideramos correcta la apreciación de la apelante respecto a que la jueza aplicó erróneamente el Art. 12, inciso primero del convenio.

c) El análisis del interés superior en el ámbito de los traslados o retenciones ilícitas y la valoración de la opinión de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales.

La apelante también afirma, en su escrito, la aplicación errónea del Art. 43 LEPINA en relación a los Arts. 12 y 94 del mismo cuerpo legal.

El Art. 43 LEPINA dice lo siguiente: *“Se prohíbe el traslado y la retención ilícitos de niñas, niños y adolescentes, aun cuando dicha práctica tenga como origen el ejercicio de la autoridad parental, la guarda y cuidado personal, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país. En consecuencia, el Estado garantizará la erradicación de dicha práctica.*

Las niñas, niños y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes, siempre que esto no contravenga el interés superior de aquéllos.

El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr la reintegración familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo, y en el marco del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”.

El diseño de la norma está en sintonía con el texto del convenio de la Haya. Destaca que los casos de restitución deben verse conforme a dicho convenio, que debe respetarse el interés superior de los niños, y niñas, y que siempre puede configurarse el traslado o retención ilícita aun cuando el motivo de fondo lo constituya el ejercicio de la función parental.

Debemos destacar, con particular énfasis, la conexión que hay entre el inciso primero de dicha norma, y el contenido de los Arts. 3, 16 y 17 del convenio. Es decir, el convenio sostiene la idea que la función parental si bien, puede estar atribuida de pleno derecho, por decisión institucional o acuerdo parental, también pueda dar origen a un traslado o retención ilícita, cuando dicha acción se fundamente en las obligaciones y deberes que impone la función parental.

Lo anterior se conecta, asimismo, con la idea del interés superior, en los términos del Art. 12 LEPINA y Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Art. 12 LEPINA, en sus incisos segundo y tercero, recalca la idea de la autoridad parental como función,

indicando que *“Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.*

La madre y padre tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de la niña, niño o adolescente. Incumbe a la madre y padre o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño o adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de éstos y el Estado lo garantizará”.

La función parental debe verse desde la óptica del niño, niña o adolescente. Desde ese enfoque se entiende, en su verdadero sentido, la condición de estas personas como sujetos titulares de derechos, y, entonces, el padre y la madre van a realizar todas las acciones necesarias para lograr que se desarrollen plenamente. Esto se traduce, a contrario sensu, en que el padre y la madre no pueden anteponer sus intereses particulares a los de sus hijos e hijas menores de edad, en lo que respecta a su desarrollo, a su evolución, sino que deben favorecer que progresivamente estas personas vayan adoptando sus propias decisiones en todo aquello que les afecte o vincule.

Como parte de dicha consideración está lo atinente a la participación de los niños, niñas y adolescentes en la tramitación de los procesos. Particularmente es relevante su derecho de opinión, al cual la LEPINA le da un posicionamiento tal que al no permitir la escucha u opinión de estas personas, u obligar a las mismas a que participen y emitan dicha opinión, en todo aquello que les afecte o vincule se sanciona con la invalidez del acto, tal como se señala en los Arts. 94, inciso final, y 223 LEPINA.

De acuerdo con el Art. 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el comité de los derechos del niño tendrá como una de sus tareas la de sugerir y recomendar todos aquellos aspectos necesarios para lograr el efectivo cumplimiento de la convención. En esa lógica, dicho comité, en su observación general número doce, ha sustentado la importancia de este derecho de opinión, y ha identificado hasta una metodología que involucra la serie de actos a realizar en un proceso de escucha. Así, ha establecido que esos actos van desde la preparación, la audiencia, la evaluación de sus capacidades, la información sobre la consideración otorgada a la opinión de estas personas, hasta el establecimiento de mecanismos de denuncia, desagravio y recursos. Lo planteado por el comité se sitúa en la misma orientación: realzar la condición del niño, niña o adolescente como persona, titular de derechos.

En el presente caso, al analizar el argumento de la apelante sobre la aplicación errónea de las normas apuntadas antes, y desde luego verificar el expediente, nos damos cuenta que en el acta de audiencia única, folios 127, la jueza dedicó únicamente doce líneas para abordar o

realizar la evaluación o valoración de la opinión de xxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxxxx. En dichas líneas no se puede advertir con claridad las razones por las que externó que la opinión del niño y la niña eran favorables para estar con su madre.

Más bien el análisis de la opinión del niño y la niña muestra contradicciones. Cuando se refiere a la niña, que tiene actualmente seis años, aduce que su opinión es favorable, y cuando se refiere al niño, que tiene cuatro años, afirma que éste quiere estar con su padre, pero introduce el concepto de ambivalencia, entendemos, para no dar crédito o valor a dicha opinión, y expresa que, a pesar del contenido de dicha opinión, ésta debe considerarse favorable a la idea de que se queden con la madre.

Nos parece, en primer lugar, inadecuada la forma en que se dispuso el acto de escucha del niño y la niña, cuyas edades son muy cortas, y que, evidentemente, han sido involucrados en un conflicto por su padre y por su madre que, a lo mejor, dada esa corta edad, no tienen la capacidad de comprender. No aparece constancia de que se haya seguido un proceso de preparación, de información a estas personas sobre lo que estaba sucediendo, sobre el proceso, sobre su finalidad, y sobre la idea de que él y ella decidieran estar en esa audiencia o no. Por la falta de información de dicha circunstancia en el acta de la audiencia única se podría, incluso pensar, en que fueron obligados a participar, aunque se haya dispuesto que el padre y la madre se salieran de la sala.

En segundo lugar, la valoración de la jueza sobre dichas opiniones, además de contradictoria, es muy escueta, y no permite advertir la estructura lógica de su argumento de que dichas opiniones son favorables a la estadía del niño y la niña con su madre.

Compartimos, en ese sentido, con la apelante que la jueza ha aplicado erróneamente los Arts. 43, 12 y 94 LEPINA, pero no por su argumento de que no valoró la opinión de xxxxxxxxxxxxxx, sino, en general, por no encontrarse los elementos necesarios para la valoración de ambas opiniones, y por haber dispuesto la escucha de estas personas de manera inadecuada.

Sobre la decisión:

De acuerdo con todos los argumentos expuestos, lo procedente es revocar la decisión de la jueza de no ordenar la restitución de xxxxxxxxxxxxxx y de xxxxxxxxxxxxxx, y, consecuentemente, ordenar inmediatamente la restitución de dichas personas a Costa Rica, en Lourdes de San Vito de Coto Brus, Puntarenas, que ha constituido antes de este proceso su lugar de residencia habitual.

ACTOS DE COMUNICACIÓN

La presente sentencia debe ser notificada de conformidad con el artículo 141 del Código Procesal Civil y Mercantil, comisionando en ese sentido, al Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia dos, de San Miguel, para que notifique la presente resolución: 1) a la licenciada **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, defensora pública especializada de niñez y adolescencia; en la sede de la Agencia Auxiliar de la Procuraduría General de la República de San Miguel, ubicada en la tercera avenida sur, número seiscientos seis, Barrio San Nicolás de dicha ciudad (folios 160); 2) al licenciado **XXXXXXXXXXXXXXXX**, abogado de oficio, en el telefax 2606-0118, o en su defecto por medio de comisión procesal, en su oficina jurídica ubicada en la Plaza Sagitario, en avenida Roosevelt Norte, segundo nivel, local número 19, San Miguel (ver folios 162 vuelto). 3) Al licenciado **XXXXXXXXXXXXXXXX** defensor público especializado de la niñez y adolescencia adscrito al Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de San Miguel, en la sede del tribunal. Una vez diligenciada la comisión procesal, deberá informarse a esta cámara la práctica de dicha diligencia.

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) **REVOCASE** la sentencia definitiva pronunciada por la señora Jueza Especializada de la Niñez y Adolescencia de San Miguel suplente y en funciones, master **XXXXXXXXXXXXXXXX**, a las nueve horas con treinta minutos del día veintiuno de diciembre del dos mil quince. b) **ORDÉNASE** inmediatamente la restitución del niño **XXXXXXXXXXXXXXXX** y de la niña **XXXXXXXXXXXXXXXX** ambos de apellidos **XXXXXXXXXXXXXXXX** a Costa Rica, en Lourdes de San Vito de Coto Brus, Puntarenas, que ha constituido antes de este proceso su lugar de residencia habitual, para lo cual la señora Jueza Especializada de la Niñez y Adolescencia de San Miguel suplente y en funciones, máster **XXXXXXXXXXXXXXXX**, deberá tomar todas la providencias necesarias para la ejecución de lo ordenado.

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 sentencia, 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**