

CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO: San Salvador, a las catorce horas del día veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco.

El presente Recurso de Hecho, ha sido promovido por el Licenciado (***), en su calidad de Apoderado General Judicial del Licenciado (***), en contra de la sentencia interlocutoria proveída por la Señora (***), Licenciada (***), en el Proceso de Protección a Menores, iniciado por la Licenciada (***), en su concepto de madre de los menores (***), y (***), ambos de apellidos (***), de cinco y dos años de edad respectivamente.

En esta instancia han comparecido los Licenciados (***), y el Doctor (***), en concepto de Procurador de Familia Adscrito a esta Cámara, todos abogados, mayores de edad y de este domicilio.

VISTOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

I.- Que en la demanda de fs. 1 de la pieza principal, la Licenciada (***), en lo principal expone: Que el trece de Septiembre del año recién pasado, su cónyuge Licenciado (***), sustrajo a los menores hijos de ambos, (***), y (***), con rumbo desconocido y considerando que dicho señor es alcohólico, teme por la estabilidad emocional y física de sus menores hijos, ya que es una persona violenta, por lo que inicia proceso de protección al menor, solicitando al Tribunal adoptar todas las medidas cautelares y de protección establecidas en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional a fin de que se le entreguen a sus menores hijos y se le confiera el cuidado personal de los mismos.

A la petición se adjuntaron las Certificaciones de las Partidas de Matrimonio de los señores (***), y (***), y de Nacimiento de los menores (***), y (***), en las que consta ser hijos de los Señores (***), y (***).

II.- Que en vista de la solicitud, la Señora ceso de Protección al Menor y estableció como medidas cautelares las siguientes: Restricción migratoria del Señor (***), y de los expresados menores, librándose los oficios a distintas entidades; confiar provisionalmente el cuidado personal de los menores a la Licenciada (***), en su calidad de madre consanguínea y ordena al Señor (***), entregar los hijos procreados dentro del matrimonio, a la madre de éstos, es decir, a la Licenciada (***).

El Tribunal a quo fundamentó su resolución de fs. 10, en los Arts. 41 y 76 Pr. F., 346 y 351 Ord. 10 del Código de Familia, así como en el Art. 6 de la Declaración de los Derechos del Niño y Art. 130 literal b) de la Ley Procesal de Familia.

Se requirió a la peticionaria que manifestara si tenía conocimiento quien es el Procurador o Mandatario nombrado con arreglo a Derecho, por el Señor (***), expresando aquella tener conocimiento que el mandatario judicial del denunciado es el Doctor (***), Abogado, de este domicilio, a quien se le notificó la providencia judicial y que según consta a fs. 24 de la pieza principal, aparece como Apoderado conjuntamente con el Licenciado (***).

III.- En el escrito que corre agregado de fs. 31 en delante de la pieza principal, el Licenciado (***), como apoderado del demandado, concretamente pidió que se le tuviera por parte en el proceso; que se librara oficio al (***), a fin de que se le informe al Tribunal de Familia sobre la existencia de un juicio de Divorcio entre los cónyuges (***) que se tuviera por interpuesta por su parte la excepción dilatoria de LITIS PENDENCIA y que se tenga por interpuesto el Recurso de Apelación, para ante esta Cámara de Familia, de la Resolución dictada el veintiuno de Febrero del año en curso; y que se revocara la resolución que decreta las medidas cautelares.

El apelante fundamentó su Recurso en las consideraciones siguientes: a) Que la resolución impugnada fue emitida al establecer un hecho no probado y que no le consta, sino por el dicho de la peticionaria, dando a tal aseveración la calidad de juramento decoroso. b) Que la impetrante Señora (***), ha puesto en movimiento el Órgano Jurisdiccional promoviendo diferentes litigios, con el fin de privar a su cliente de gozar de la potestad parental y del cuidado personal de sus hijos, siendo víctima de la aplicación arbitraria de una ley social cuya aplicación debería ser más moderada y más prudente por parte de los juzgadores, ya que a la Señora Jueza no le consta que los menores estén inestables emocionalmente y que no se encuentran físicamente seguros; que por el contrario su mandante goza del apoyo suficiente del patrimonio familiar, para proveer a sus hijos de dichas garantías y derechos, con suficiente solvencia económica que le permitirá criarlos, educarlos y mantenerlos. c) Que la Señora Jueza, sin medir las consecuencias de orden legal o moral, ha proveído medidas cautelares que transgreden y violentan derechos constitucionales, señalando a su criterio los siguientes: Ordenar a la Policía Nacional Civil de la ciudad de Santa Ana, practicar allanamiento en la casa de habitación de los padres del Señor (***), Señores (***), el primero ciudadano norteamericano, quien goza de la protección de su Embajada y en cuyo país se respetan los derechos individuales. Que dicho allanamiento por orden judicial, realizado mediante un operativo de hombres armados, vestidos de traje oscuro, con desplantes de fuerza y prepotencia, provocó un detrimento en la salud de ambas personas de edad avanzada y que tuvieron que salir del país rumbo a la ciudad de Miami a hospitalizarse. Que dicha medida fue arbitraria y que de conformidad al Art. 212 de la Ley Procesal de Familia, la Señora Jueza Cuarto de Familia es responsable y que se ha violado el derecho constitucional contemplado en el Art. 20 de la Constitución por ser inviolable tal casa. Que también la Señora Jueza ha ordenado una cacería humana, al librar oficios a las autoridades del Viceministerio de Seguridad Pública y al Director de la Policía Nacional Civil, la coordinación de los organismos de Seguridad Pública, para la localización y aprehensión de los menores, con lo cual, dice el Licenciado (***), se está violando otro derecho constitucional garantizado en el Art. 10 de la Constitución. Que al privar a su cliente del cuidado personal de sus hijos la Señora Jueza no ha leído el contexto general de la Sección Tercera del Capítulo V) de la Ley Procesal de Familia, ya que esta medida de protección no opera en el presente caso. d) Que por haber un litigio pendiente en el Juzgado Cuarto de lo Civil, de este Distrito Judicial, promovido por la Señora (***), contra su mandante, en Juicio Ordinario de Divorcio y la custodia de los menores hijos de ambos, no es procedente admitirle la demanda, pues hay litigio pendiente. Art. 45 Ley Procesal de Familia.

Agrega en su escrito el Licenciado (***), otras consideraciones subjetivas y personales hacia la Señora Jueza, de lo cual esta Cámara tratará más adelante.

IV.- La Jueza a quo, por resolución de fecha diecisiete de marzo y que corre agregada a fs. 40, 41 y 42 de la pieza principal declaró sin lugar la apelación interpuesta y mandó a oír por tercero día a la otra parte, sobre la excepción de litis pendencia, fundamentando dicha resolución en consideraciones doctrinarias sobre los principios filosóficos del nuevo Código de Familia, su antecedente constitucional y en los siguientes preceptos legales: Arts. 34 Cn., 206, 209, 216, 350, 351 del C. F. y Arts. 37, 130 letra b) y 214 de la L. Pr. F. y Arts. 6 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño y Art. 19 del Pacto de San José.

V.- Esta Cámara considera que el recurso de Apelación en el presente caso es admisible, por lo que habiéndose denegado indebidamente por la Señora Jueza a quo, se le da el trámite de ley. En efecto, el Art. 153 literal f) de la Ley Procesal de Familia, señala como apelable la resolución pronunciada en primera instancia, que decrete, modifique, sustituya o deje sin efecto medidas cautelares; por lo que esta Cámara le ha dado trámite al recurso de hecho al estimar apelable la resolución que decreta medidas cautelares de cualquier clase; y por ello se admite la alzada y se entrará a conocer sobre el fondo de las mismas para decidir sobre lo solicitado por el impetrante Licenciado (***) , quien al expresar agravios en esta instancia, insiste con los mismos argumentos esgrimidos ante la Señora Jueza y agrega como alegatos nuevos, que a su cliente no se le ha citado, ni emplazado, ni mucho menos al Procurador de Familia y que semejantes fallas procesales acarrean la nulidad absoluta del proceso, que de este modo a su juicio se está cometiendo una arbitrariedad, no respetándose el principio del debido proceso, ni el principio de igualdad, así como el derecho de defensa, alegando también que las medidas cautelares ordenadas por la Señora Jueza, denotan su más absoluta parcialidad y ligereza, introduciendo en su petitorio una nueva figura jurídica procesal, al requerir de esta Cámara que declare nulo todo lo actuado por la Jueza a quo y que se revoque íntegramente el auto de fs. 10 de la pieza principal, para que cesen los efectos de las medidas cautelares dictadas.

VI.- Por su parte la Licenciada (***) al contestar la expresión de agravios manifestó en lo principal lo siguiente: Que las medidas tomadas por la Jueza a quo, son apegadas a derecho y fundamentadas en el Art. 130 letra b) Pr. F. en la cual se le faculta para proceder en auxilio de los menores a quienes se le ha vulnerado los derechos, que han sido establecidos en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Manifiesta que debido a la preocupación por el estado físico y emocional de sus menores hijos, por la inestabilidad emocional de que es objeto el señor (***) , ha concurrido a las diferentes instancias por no saber de sus hijos; dice que dichas instancias no han sido tocadas en forma antojadiza, ya que en cada una de ellas se ha visto que sí existe delito como consta en las declaraciones de los testigos a folios 23, 24, 25, 26, 40, 43 y 44 de la Certificación que solicita sea agregada en esta instancia; éstos son los motivos contundentes para que la Jueza a quo, tomara en cuenta para dictar las medidas de protección de los menores.

Asimismo la Licenciada (***), manifiesta que a sus menores hijos se les ha vulnerado su elemental e inalienable derecho de estar junto a su madre y recibir toda la atención y cuidado que su frágil y corta edad requiere; también considera que a ella se le ha violentado el derecho regulado en el Art. 207 Cod. Fam.

Finalmente contesta la dicente que el Licenciado (***) ; sólo busca el interés particular de su mandante, no importando ni tomando en cuenta los intereses familiares, no se sujeta a procesos pre-constituidos teniendo entre los principales procesos el derecho de familia como eliminar el rigor ritual, de conformidad al Art. 23 pr. F.; además comprueba con la Certificación de la Partida de Nacimiento del Señor (***) , que ostenta la nacionalidad salvadoreña y lo fundamentado en el Art. 10 C. de F.

Es por eso que considera que es importante y trascendental que no cesen las medidas impuestas por la Jueza Cuarto de Familia, y solicita a la vez que se tenga por evacuado el traslado que se le confirió, se confirme la resolución de la Jueza a quo, pronunciada a las once horas con veinticinco minutos del día veintiuno de febrero del presente año, que se agregue Certificación del Juicio Penal extendido por el Señor (***) de este distrito judicial y la Certificación de la Partida de Nacimiento del Señor (***).

VII.- En el escrito presentado pr el Doctor (***), Procurador Adscrito de esta Cámara, expresó en lo principal lo siguiente: Que la medida cautelar ordenada por la Jueza Cuarto de Familia, está apegada a derecho por que el Art. 76 Pr. F. la faculta ya que los menores han sido sustraídos del seno familiar, sin consentimiento de la madre.

También manifiesta que el Señor (***) de conformidad al Art. 209 C. Fam. Debió acudir al Juez de Familia exponiendo los desacuerdos que pudieran existir en el ejercicio de la autoridad parental con su esposa, y jamás hacerse justicia por sí mismo para el caso, sustrayendo a los menores ya que con tal actitud puede causar graves daños a sus menores hijos, así como también traspasar los linderos del derecho penal porque viola el Art. 280 y 485 Pn.

Que la medida de protección ordenada por la Jueza Cuarto de Familia en la que confía provisionalmente el cuido personal de los hijos a la madre la considera justificada porque está apegada a derecho.

Finalmente el Doctor (***) pide se confirme la Resolución de la (***) de esta ciudad, venida en Apelación.

VIII.- Hemos considerado necesario relacionar las alegaciones de ambas partes a fin de determinar con la mayor ecuanimidad su ponderación y los alcances de las diferentes posiciones, y así resolver los puntos que han sido cuestionados de acuerdo al recurso planteado por el demandado Licenciado (***), por medio de su Apoderado Licenciado (***).

En primer lugar debemos recordar que las medidas cautelares están previstas en el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia y aunque no se definen, de los respectivos preceptos legales se colige que son aquellas medidas de carácter jurisdiccional, provisorias, dirigidas a proteger a los miembros de la familia, cuyo objetivo principal, es garantizar los resultados del proceso, para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes involucradas en los conflictos de familia, antes de pronunciarse la sentencia definitiva y para asegurar provisionalmente sus efectos. De tal manera que dichas medidas pueden ser confirmadas, revocadas o modificadas en la sentencia que ponga fin al conflicto

principal; aunque como en el presente caso, el objeto de la medida cautelar de protección, puede coincidir con el objeto de la pretensión que se quiere hacer valer en el juicio; es decir, que la medida de protección y la cautelar, en general, pueden ser accesorias a una demanda principal o coincidir con aquella.

Estas medidas se encuentran en todas las legislaciones de Familia y en algunos países, España, Chile, Colombia, Costa Rica, Argentina, Panamá, Paraguay y en El Salvador, están diseminadas en diferentes preceptos de la legislación sustantiva y procesal, entendiéndose que no son taxativas. Así ocurre en nuestro derecho de familia, donde se deja al Juez la facultad de decretar aquellas medidas cautelares establecidas en las leyes y las que juzgue necesarias para la protección personal de los miembros de la familia ya sea de oficio o a petición de parte; es decir que se dictan en virtud de la índole de los intereses en juego y en el momento oportuno en que el juzgador considere la necesidad de proveerla.

Para decretarlas los Jueces de Familia no están obligados a notificar a la parte a quien va dirigida y cuando lo consideren de urgencia o por circunstancias graves, deberán decretarla provisionalmente y hacerla ejecutar sin más trámite. Tampoco es requisito el elemento probatorio de lo manifestado en la demanda. Así se hizo en el caso de autos, donde no se exigió prueba acerca de que el denunciado Licenciado (***) es persona alcohólica y violenta, o que realizó la sustracción de los menores o acreditar el lugar donde se encuentran escondidos o en poder de qué personas.

También es potestad del Juez de Familia, decidir sobre la guarda de los menores, que como medida de protección, lo que constituye un anticipo de la garantía jurisdiccional, mientras se da curso al proceso para dilucidar en definitiva, con la prueba que aún de oficio practique el Juez para determinar si existe el daño que se trata de prever cuya causa mediata deberá reconocerse con el aporte de esas probanzas, que en el momento oportuno, o sea en las audiencias comunes, preliminar o de sentencia previstas en el proceso por audiencias orales que establece nuestro sistema de justicia de familia.

Todo lo anterior está fundamentado en los Arts. 6 literal d), 37, 75, 76, 77, 80, 81, 129, 130 literal b) y 214 todos de la Ley Procesal de Familia. De conformidad al Art. 81 Pr. F., si una persona al solicitar judicialmente una medida cautelar, decretada con base en hechos o circunstancias expresados por el peticionario, cuya falsedad se comprobare posteriormente, es decir en audiencia, ésta será responsable de los daños y perjuicios que la medida causare, sin olvidar la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Por ello es que el legislador impuso al Juez el deber de dictar medidas cautelares, sin exigir la prueba robusta de los hechos que la originan.

Esta Cámara también considera que los Tribunales de Familia, antes de acceder a cualquier medida cautelar o de protección, deberán tener por establecido el principio de legitimación procesal y que el derecho sustantivo invocado tenga una pretensión legítima, con verosimilitud del derecho, o sea con fundabilidad, lo cual se perfila en el presente caso, pues se trata de personas que están unidas en matrimonio y de menores hijos procreados dentro del mismo, así como del derecho de ambos padres o tener la autoridad parental y a vivir con sus hijos, derechos tutelados por el Código de Familia y que no pueden ser vulnerados por uno de los cónyuges, atribuyéndose que sólo uno de ellos es el titular

absoluto de los mismos y que bajo ese supuesto, pretende tomarse la justicia por sus manos, ignorando que para dilucidar cualquier conflicto familiar, no importando su naturaleza o magnitud, están los Tribunales de Familia, que con una normativa adecuada y con el auxilio del personal multidisciplinario; Psicólogos, trabajadores sociales, asesores, Jueces especializados, podrán dentro de un breve y debido proceso, dirimir y resolver sus controversias bajo otra óptica y sin el apasionamiento de intereses personales, que a veces pueden llegar a la mezquindad o acciones delictivas, por lo que es preferible resolverlos por la vía pacífica y conciliatoria; todo en aras del interés superior de los niños y niñas, cuyos traumas causados por las desaveniencias de los cónyuges, se pretende evitar o minimizar. Pues es necesario que las personas mayores vayan comprendiendo que los niños y adolescentes no son cosas u objetos que pueden manejar a su antojo, sino que son sujetos de derechos y deberes; por lo que no se les puede sustraer de su entorno familiar sin ser oídas o tenerlos presentes, a fin de garantizarles su protección integral.

Con estos criterios ningún Juez de Familia estaría en capacidad legal, moral o ética, de abstenerse o rechazar la petición de una madre que implora y exige la intervención judicial, de tomar y decretar las medidas cautelares y de protección que juzgue necesarias para lograr el objetivo de que los menores hijos sean entregados a su madre. En este aspecto, la Cámara expresa su respaldo y conformidad de las medidas cautelares y de protección decretadas por la Jueza a Quo, haciéndole ver que en caso de incumplimiento a las mismas, como aparece en autos, que todavía no han sido cumplidas por el denunciado Licenciado (***)¹, la misma Ley Procesal le faculta para dictar las medidas necesarias sustitutas o complementarias, en aplicación de los Arts. 174 y 176 L. Pr. F. referentes al cumplimiento de una conducta específica por parte del obligado.

En cuanto a lo alegado por el Licenciado (***)¹, de que la Señora Jueza ha actuado en forma arbitraria, parcializada, que su resolución ha violado los principios de igualdad, del derecho de defensa y de protección a la morada que es inviolable al ordenar el allanamiento, tenemos que manifestarle al Licenciado, que a juicio de esta Cámara, todas las medidas cautelares y de protección decretadas, son perfectamente aplicables y recomendables en casos como el presente y que a nuestro criterio todas las medidas gozan del respaldo legal como son las restricciones migratorias con sus consecuencias, la guarda y cuido provisional a favor de la madre y la entrega de los hijos ordenada por la Señora Jueza, están incorporadas en nuestra legislación en forma expresa, habiéndosele notificado de esta resolución, al Procurador de Familia Adscrito a dicho Juzgado y también al Apoderado Judicial del demandado Doctor (***)¹, según consta en actas de notificación firmadas y recibidas por los mismos a fs. 11, 23 y 24 de la pieza principal. Por lo anterior se le recomienda al impetrante, que antes de presentar escritos o peticiones con aseveraciones falsas, debe leer detenidamente el proceso para no encontrarse en situaciones penosas que transgreden los principios de probidad, lealtad y buena fe, a lo cual están obligadas las partes y sus Apoderados a respetarlos Art. 3 literal h) L. Pr. F.

En relación a que la Ley Procesal de Familia ha sido aplicada violando principios constitucionales, aduciendo el Licenciado (***)¹, que no existen pruebas de la sustracción de los menores, que no se ha respetado el derecho de audiencia y que se ordenó el allanamiento de una casa de habitación, en la cual presumiblemente se encontrarían a los menores, esta Cámara considera que nuestra Constitución protege a la Familia como base

fundamental de la Sociedad y que el matrimonio descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges; en consecuencia, ninguno de los cónyuges puede, ni debe, tomarse la justicia por sus manos y ante problemas de convivencia familiar o desacuerdos, cualquiera de ellos, hombre o mujer, tienen el mismo derecho de recurrir ante los Tribunales de Familia.

Por otra parte, las medidas cautelares y de protección son provisionales y tendrán la duración que la ley o el Juez le señale, por lo cual, será en el proceso contradictorio, cuando ambas partes no lograren conciliar, el momento oportuno de probar sus pretensiones y si de ellas resulta que el demandado tiene la razón, el Juez ordenará que cesen los efectos de esas medidas cautelares, ya que con ellas se pretende impedir que el resultado de un proceso se vea frustrado por las contingencias que pueden acaecer durante el curso de la litis, tomando en cuenta que se ajusten a los valores en juego, atendiendo además a la mayor o menor verosimilitud del derecho, por lo cual dichas medidas no pueden ser inconstitucionales.

En lo que respecta al allanamiento, sólo debemos recordarle al Apelante, que en el Art. 20 de la Constitución, faculta el ingreso a cualquier casa de habitación o morada, por mandato judicial y no debe olvidar el Licenciado (***), que un Juez de Familia es parte del Organismo Jurisdiccional del Estado y sus resoluciones deberán ser cumplidas por los organismos auxiliares, en este caso, la Policía Nacional Civil, la cual si como dice el Licenciado (***); cometió arbitrariedades, prepotencia y humillación a los moradores, tiene en sus opciones el legítimo derecho de denunciar tales desmanes, si acaso fuesen ciertos y constitutivos de delito, pero el mandato judicial tiene asidero constitucional.

IX.- Sobre la petición de nulidad de lo actuado por la Juez a quo, hechas en esta Instancia, al expresar agravios, este Tribunal sostiene que cualquier nulidad procesal, tiene que señalarse en forma específica, determinada y con el precepto legal omitido o violado que la genere y no podrá decretarse una nulidad, sin siquiera enunciar los motivos de la misma. Es evidente que este tipo de peticiones denotan la intención de dilatar un proceso o desconocimiento de la ley por el solicitante, debiendo en consecuencia rechazarse esa solicitud.

Es de recomendar a la Señora Jueza, que en el futuro le de estricto cumplimiento al Art. 1244 del C. Pr. C. de no permitir que en los escritos se vierten expresiones indecorosas, injuriosas o calumniantes, ya sean dirigidas a los otros intervenientes o al funcionario judicial, previniéndole al infractor de que si así lo hiciere, lo comunicará a la Sección respectiva de la Corte Suprema de Justicia para que apliquen las medidas pertinentes, ya que el respeto a la dignidad del funcionario judicial y a las leyes de la República son parte importante en la depuración y el mejoramiento de la nueva administración de justicia.

X.- De conformidad a las razones expuestas, esta Cámara sostiene que las medidas cautelares y de protección decretadas provisionalmente por la Señora Jueza deben confirmarse plenamente y asimismo declararse sin lugar la nulidad planteada en forma indebida en esta Instancia por el apelante, por tanto con fundamento en los Arts. 206, 209, 216, 350, 351 del C. F.; Arts. 75, 76, 37, 130 literal b) 153 letra f), 149, 163, 164, 165, 166 y 167 de la L. Pr. F., a nombre de la República de El Salvador, FALLAMOS: a) Confirmase la resolución proveída por la Señora (***), que decreta las medidas cautelares y de protección en el proceso venido en Apelación. b) Declararse que no ha lugar a la nulidad

solicitada por el Apelante Licenciado (***) . Certifíquese en autos la prueba instrumental presentada por la Licenciada (***) , a quien se le devolverán originales. Devuélvanse las diligencias al Tribunal remitente con certificación de esta Sentencia. NOTIFÍQUESE.

PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.

AFS00395