

**22-A-2012**

**CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO; SAN SALVADOR, A LAS DIEZ HORAS Y DIEZ MINUTOS DEL DIA QUINCE DE MARZO DE DOS MIL DOCE.**

Conocemos del recurso de apelación interpuesto por el Licenciado JOSE ANGEL GOMEZ GUILLEN, en su carácter de apoderado de la señora [...], contra la resolución interlocutoria pronunciada por el JUEZ DE FAMILIA DE COJUTEPEQUE, Licenciado JULIO CESAR ESTRADA HUEZO, en proceso de CUIDADO PERSONAL promovido por la impetrante, contra los señores [...] y [...], abuelos paternos del niño [...], quien es de [...], hijo de los señores [...] y de [...], ambos con domicilio en los Estados Unidos de América. Asimismo ha intervenido la Procuradora de Familia adscrita al juzgado a-quo, Licenciada DOLORES MARGARITA BONILLA MARIN. Se ratifica la admisión del recurso por reunirse mínimamente los requisitos de ley.

I. La resolución impugnada fue pronunciada a las catorce horas y quince minutos del día tres de octubre de dos mil once (fs. 14), en la que se resolvió: Declarase manifiestamente improponible la demanda de Cuidado Personal promovida por la señora [...] a través del Licenciado JOSE ANGEL GOMEZ GUILLEN, en contra de los señores [...] y [...].

Inconforme con el proveído el Licenciado GOMEZ GUILLEN, por escrito de Fs. 18/22 interpuso recurso de apelación, el cual fundamentó en los siguientes términos:

Que no está de acuerdo con dicha resolución por cuanto en la misma se ha inobservado el Art. 1 L.Pr.F., y el Art. 219 C.F, ya que según se dice su representada no está legitimada para promover el proceso de cuidado personal pues según el juez no le asiste el derecho ni un interés legalmente reconocido en relación a la pretensión, y que por tal derecho para ejercerlo no se lo ha facultado el titular. Su representada es la abuela materna del niño [...], y el Art. 219 C.F establece que cuando exista cualquier otra causa y el hijo quede desamparado el juez del caso confiará temporalmente su cuidado a cualquiera de sus abuelos. En este caso no existe una decisión judicial que le haya otorgado a los abuelos paternos el cuidado personal del niño [...], ya que ambos padres han emigrado a los Estados Unidos sin haberse definido judicialmente la situación del menor en referencia.

La resolución carece a su juicio de fundamento legal al haber sido declarada improponible.

II. El objeto de la apelación consiste en determinar a partir del material que milita en autos si procede confirmar, modificar o revocar la resolución impugnada que declaró improponible la solicitud por los motivos expuestos por el a-quo.

La resolución impugnada se origina en la demanda de Fs. 1/ 2 en la que se manifiesta que el niño [...], es hijo de los señores [...] y [...], ambos domiciliados en los Estados Unidos de América, desde hace siete años el primero y seis años la segunda; que cuando la segunda de éstos se fue del país, dejó a su hijo [...] bajo el cuidado de la madrina, señora [...], quien lo tuvo bajo su cuidado un mes, ya que los abuelos paternos del niño [...], señores [...] y [...] se lo quitaron a la señora [...]; que mientras los padres del niño estuvieron juntos en Estados Unidos todo estaba bien, pero desde hace dos años que se separaron, los abuelos paternos de [...] le han cortado la comunicación con su familia materna, (abuela) al grado que la madre ya no tiene comunicación con su hijo vía telefónica como solía tenerla; por esa razón le ha pedido a su madre, (demandante) que pida el cuidado personal de su hijo para que pueda relacionarse con él, aunado al hecho que no obstante que ella envía dinero para el estudio de su hijo, y ropa y calzado, el niño estudia en una escuela pública, y le han dicho que no lo cuidan bien y que falta a clases; por lo cual la abuela materna está interponiendo la demanda.

III. Sobre la Legitimación Procesal. En cuanto a la legitimación procesal activa efectivamente los directamente afectados en este caso –abuelos - tienen habilitada la acción judicial, por cuanto es un derecho que como antes lo hemos afirmado es de carácter recíproco; por ello a nuestro criterio el conflicto para dar trámite a este proceso se origina en la falta de legitimación procesal.

Consta a Fs. 4 la certificación de partida de nacimiento del niño [...], donde aparece que sus progenitores son los señores [...] y [...].

EL Art. 206 C.F., a la letra reza: "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 y administren sus bienes. Hijo de familia es quien está sujeto a la autoridad parental."

El ejercicio de la autoridad parental incluye tres derechos-deberes que los padres deben ejercer respecto de sus hijos: el cuidado personal, la representación legal y la administración de bienes.

El Art. 223 inc. 1º C.F estatuye: "El padre y la madre que ejercieren la autoridad parental, representarán a sus hijos menores o incapaces y velarán por la conservación o defensa de los que

hubieren concebido. El padre o madre a quien se hubiere confiado mediante resolución judicial el cuidado personal del hijo, tendrá exclusivamente la representación legal del mismo." (Subrayado ausente del texto)

De lo anterior se concluye que la representación legal incluye la representación del niño(a) en juicio.

El Art. 207 inc. 1° C.F., señala "El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o a uno solo de ellos cuando falte el otro. Se entenderá que falta el padre o la madre no sólo cuando solocuando hubiere fallecido o se le hubiere declarado muerto presunto, sino cuando se ausentare del territorio nacional, se ignore su paradero o estuviere imposibilitado." (El subrayado es nuestro)

En ese orden de ideas los abuelos deben intentar la acción judicial contra el (los) representante(s) legal(es) del niño y habiéndose manifestado que ambos progenitores del niño [...] residen en el extranjero, la autoridad parental y por ende la representación legal del niño, es ejercida por ambos padres, y no por los abuelos maternos y/o paternos del niño, independientemente que sean éstos quienes ejerzan de hecho su cuidado personal.

Así pues, concluimos que la abuela materna del niño [...], no es legítima contradictora, porque no ha demostrado materialmente la titularidad del ejercicio provisional del derecho deber del cuidado personal de su referido nieto, independientemente que sea ella o los abuelos paternos los que ejerzan "materialmente" el cuidado del niño, ya que sus representantes legales son sus padres.

Es por esa misma condición que no tienen facultad para promover a su favor un proceso sobre el cuidado personal de su nieto, ello sólo compete a los representantes legales del mencionado niño, en este caso sus padres, acotando que aún y cuando son los abuelos de los niños quienes ejercen materialmente el cuidado personal de éstos, el cuidado personal se le ha conferido previamente ya sea a la madre o al padre del niño, según el caso.

Respecto al régimen de visitas a favor de los abuelos paternos., el Art. 217 C.F., regula el derecho de relación y trato de los hijos respecto de sus padres, derecho que se extiende a los abuelos, al efecto el citado artículo en su inc. 3° a la letra reza: "También tienen derecho de comunicación con el hijo, los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor"

Es decir que la ley reconoce el derecho de los niños de relacionarse con otros miembros integrantes de su familia extensa, como los abuelos, tíos y primos e incluso respecto de terceros que demuestren un interés legítimo, siempre que dichas relaciones no impliquen un perjuicio en la salud física y mental del niño(a), este derecho en principio corresponde a los progenitores en el ejercicio de la autoridad parental, pudiendo intervenir el órgano jurisdiccional en caso de negativa injustificada que no aporte un fundamento razonable para impedir dicha comunicación.

En otras palabras corresponde al padre y a la madre –al menos mientras los niños(as), no tengan la suficiente madurez para decidir por si mismos-disponer con quienes se relacionarán sus hijos, ahora bien, la Ley reconoce el derecho del niño(a) a relacionarse con su familia extensa y sólo si ésta representa un perjuicio para su salud física o mental podrán oponerse sus progenitores.

En el caso de los demás miembros de la familia extensa incluidos los abuelos es un derecho de carácter recíproco, por lo que ambos ostentan la calidad de titulares del mismo, por cuanto éste no es un derecho exclusivo del niño(a); en ese sentido si los progenitores o aquel que ejerza su autoridad parental se niegan injustificadamente a que su hijo(a) se relacione con sus parientes, estos últimos tienen habilitada la vía para accionar judicialmente. En este caso la persona (pariente) a quien se niegue el derecho de contacto tiene habilitada la acción para promover el establecimiento de un régimen de comunicación, pero también cualquiera de los progenitores puede iniciar diligencias de desacuerdo en el ejercicio de la autoridad parental, en el caso que esto suceda Art. 209 C.F.

Por ello en casos como el sub lite, puede la madre del niño [...] otorgar un Poder Especial para que en su nombre promueva su progenitora el cuidado personal de su hijo; pero no existiendo un legítimo contradictor como en el sub lite, la demanda no puede prosperar, y conforme lo establecido en los Arts. 65 y 66 CPCM, efectivamente la demanda en los términos planteados por la señora [...] deviene improponible.

Lo anterior sin perjuicio que se pueda solicitar una medida cautelar orientada a sus pretensiones, desde luego que su petición va encaminada a satisfacer derechos primordiales del niño [...], pues se advierte que según los hechos expuestos en la demanda los abuelos paternos están afectando los derechos de su nieto a relacionarse con su madre y abuela maternos y a recibir los alimentos que le corresponden, siendo estos derechos indisponibles.

IV. Finalmente debemos aclarar al apelante que aún cuando los derechos controvertidos en las diligencias se refieren a derechos del niño [...], y pretenden garantizar su interés superior, ello no es suficiente para habilitar el conocimiento de este proceso por no llenar los requisitos legales de procedibilidad; es que el interés superior del niño no constituye una figura a partir de la cual se habilite al incumplimiento de requisitos procesales básicos, en ese sentido es procedente confirmar la resolución impugnada.

No obstante lo anterior y por la trascendencia del caso el Juez a quo, está facultado para iniciar oficiosamente y previa investigación o informe del caso a través del equipo multidisciplinario, un proceso o diligencias de protección a favor del niño [...], en el cual de ser necesario se deberán decretar las medidas de protección que garanticen su integridad, y que favorezcan al desenvolvimiento favorable de su desarrollo psicológico y social.

Por los argumentos expuestos de conformidad a los Arts. 206, 207, 217, 223, C.F., 12 Lepina, 3, 7, 42, L.Pr.F., 20, 59, 65, 66, CPCM., SE RESUELVE: Confirmase la resolución impugnada que declaró improponible la demanda de Cuidado Personal del niño [...] promovida por la señora [...] por no tener ésta legitimidad para ejercer la acción y estar conforme a derecho. Oportunamente, devuélvase los autos a su tribunal de origen con certificación de este decisorio. Notifíquese.

PROVEIDO POR LAS MAGISTRADAS:

LICDA. ANA GUADALUPE ZELEDON VILLALTA

LICDA. PATRICIA ELIZABETH MOLINA NUILA.

SECRETARIO.