

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**  
**SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2015**  
**PLAN DE ESTUDIOS 2007**



**Universidad de El Salvador**

*Hacia la libertad por la cultura*

EL DERECHO DE OPINAR Y SER OIDO DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y  
ADOLESCENTES Y SU INCIDENCIA EN LA RESOLUCION FINAL DEL  
CONFLICTO FAMILIAR EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:  
**LICENCIATURA (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR  
**PONCE RAMIREZ, YESIKA ROCIO**  
**TORRES, MARIA DEL TRANSITO**  
**ZAVALETA PORTILLO, INGRID ABIGAIL**

**MSC. ALEJANDRO BICMAR CUBIAS RAMIREZ**  
DIRECTOR DE SEMINARIO  
CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO 2016

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

LIC. LUIS ARGUETA ANTILLON

RECTOR INTERINO

PENDIENTE

VICE-RECTOR ACADEMICO

ING. CARLOS VILLALTA

VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO

PENDIENTE

SECRETARIO GENERAL

PENDIENTE

FISCAL GENERAL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA

DECANO/A

DR. JOSE NICOLAS ASCENCIO HERNANDEZ

VICE-DECANO

LIC. JUAN JOSE CASTRO GALDAMEZ

SECRETARIO

LIC. RENE MAURICIO MEJIA

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

## **AGRADECIMIENTO...**

A **DIOS** Todopoderoso, por darme fuerza, esperanza y mucha sabiduría, gracias infinitas porque desde aquel día de nuestra conversación, te dedique esta carrera que hoy puedo decir con entera satisfacción gracias a ti lo logré, **ESTO ES POR TI**, a mi Virgencita, por cuidarme y estar siempre a mi lado aun en los momentos más débiles a lo largo de esta trayectoria.

A mi Madrecita **Thelma del Rosario Ramírez**, por su amor y sacrificio inmenso los que me ayudaron para convertirme en una profesional, no te importaron los desvelos y siempre estuviste ahí animándome para que siguiera adelante, Mamita Linda, muchas gracias.

A mis hermanos, **Esmeralda y Fran**, tesoros y regalos de Dios, por los que he luchado, gracias por su comprensión, cariño y motivación, que brindaron en cada momento, son y serán mi inspiración, los amo.

A mi abuelito **Benjamín**, por sus oraciones, afecto y consejos, los que me ayudaron a forjar el camino.

A mi Jefe **Lic. Oscar Edgardo Calderón**, por su apoyo incondicional, en la construcción de este logro, muchas gracias.

A mi asesor de tesis **MSC: Alejandro Bícmar Cubías**, por su dedicación y sabia orientación.

A mis compañeras de tesis, por su comprensión, por los momentos de tristezas y alegrías que pasamos en esta etapa y finalmente a mis amigos que siempre levantaron mi ánimo especialmente a **Mary Torres**, mi mejor amiga.

Este trabajo de tesis significa,  
la finalización de una etapa en mi vida,  
en la que he aprendido, a no desmayar aun cuando las cosas parecen  
verdaderamente difíciles, que las cosas que más valor tienen  
son aquellas que más cuestan,  
que cada oportunidad que se presenta,  
se debe aprovechar al máximo, antes que sea tarde,  
que de cada experiencia ya sea buena o mala,  
sacar lo mejor y seguir adelante con la frente en alto  
y la confianza en el Todopoderoso, para poder aceptar cada consejo,  
para afrontar cada crítica, para levantarme de las caídas,  
todo esto ha sido útil para ayudarme a ser una mejor persona,  
sé que es el comienzo de lo que un día espere ser,  
agradecida y con la confianza puedo decir que lo que uno se propone  
se logra, con la ayuda de Dios.

He aprendido también y aprovecho a dejar plasmado,  
para que sirva a otros que hay que tener  
**Fe:** para esperar aun de las cosas más difíciles,  
valiosos resultados,

**Esperanza:** en lo que deseamos,  
no perdiendo el ideal por el que luchamos  
y sobre todo y la virtud más importante  
el **AMOR**, aun cuando todo se ve perdido,  
Dios jamás abandona y aparece en el momento preciso.

***Yesika Rocío Ponce Ramírez***

*Rouz*

## **AGRADECIMIENTOS**

A **Dios** por permitir que culminara con mi carrera, por iluminar mi mente y darme las herramientas y fuerzas necesarias para hacer de cada dificultad una oportunidad de triunfo, porque es solo por el que he llegado hasta aquí.

A mi madre **Mercedes Torres** y mi hermana **Sandra Yaneth Torres** por ese apoyo incondicional, ya que siempre estuvieron pendientes de todo mi proceso de formación académica, por su sacrificio que día a día hicieron por mí.

A toda mi familia por apoyarme día a día en lo que fuera necesario, por aconsejarme, guiarme y por confiar en mí, por estar conmigo en esos momentos más difíciles.

A mi grupo de oración que siempre estaban apoyándome, por esas oraciones que me fortalecían en los momentos difíciles.

A todos mis amigos especialmente a mi mejor amiga, **Yesika Rocío Ponce Ramírez**, compañera desde el inicio de la carrera que me apoyo en esos momentos difíciles que no encontraba la salida que siempre estuvo en las buenas y malas.

Finalmente a mi asesor **Msc: Alejandro Bicmar Cubías**, por brindarnos una excelente asesoría, muchas gracias

***María del Transito Torres***

## **AGRADECIMIENTOS**

Primeramente agradezco a **DIOS** por haber permitido culminar esta etapa de mi vida y guiarme a lo largo de mis estudios, y darme las fuerzas necesarias para afrontar cada reto que la vida me presenta.

Agradecer de manera especial a MIS PADRES **Adán Tomas Zavaleta Vásquez y María del Rosario Portillo de Zavaleta** por todo el apoyo incondicional, su comprensión, su amor que me han brindado durante toda mi vida, a mis hermanos **Mariela y Miguel** por acompañarme en este proceso y estar allí apoyándome siempre.

A mi HIJO **Luis Gerardo Martínez Zavaleta** por ser el motivo importante de culminar esta etapa de mi vida, y demostrarle que todo lo que en la vida se propone con sacrificio se logra y saber que para Dios no hay nada imposible, a mi conviviente por estar siempre apoyándome en todos mis estudios

A mis demás familiares que de una u otra forman me han acompañado desde que inicie esta etapa hasta que la finalizo.

Finalmente agradezco a mi asesor **Alejandro Bícmar Cubías** por habernos asesorado en el desarrollo del proceso de la investigación, por su tiempo dedicado y por haber tenido paciencia en la revisión de los documentos.

***Ingrid Abigail Zavaleta Portillo***

## INDICE

## PAGINA

<b>INTODUCCION.....</b>	<b>i</b>
<b>CAPITULO I GENERALIDADES SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO</b>	
1.1.Origen del Principio de Interés Superior del Niño.....	1
a) Evolución del Interés Superior del Niño en el Derecho Internacional.....	3
1.2 Antecedente histórico del Principio de Interés Superior del Niño en El Salvador.....	7
1.3 Marco doctrinal y conceptual.....	8
a) El niño en la sociedad tradicional.....	9
b) Primera valoración de la infancia	
c) El niño dirigido desde su interior.....	10
d) El niño en nuestro siglo	
1.4 Definiciones sobre el concepto del Interés Superior del Niño.....	11
Acepciones según la legislación.....	13
<b>CAPITULO II LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CONTEMPLADOS EN LA LEPINA</b>	
2.1. Generalidades sobre los derechos de la Niñez y Adolescencia.....	18
Derecho de supervivencia y crecimiento integral.....	20
Derecho a la salud.....	23
Derecho al nombre a la identidad y a la nacionalidad.....	25
Derecho a contar con una familia.....	26
Derecho de participación.....	27

Derecho de petición.....	30
Derecho a la libertad de expresión.....	31
Derecho a opinar y ser oído.....	32
Derecho de acceso a la información.....	33
Derecho de audiencia.....	34
2.2. Instituciones que promueven la aplicación de la LEPINA.....	36
2.2.1 Tribunales de Familia.....	37
2.2.2. Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia CONNA.....	41
2.2.2.1. Funcionamiento del CONNA	
2.2.2.2. Estructura organizativa del CONNA, relaciones con	
instituciones del Estado.....	42
2.2.2.3. Competencia del CONNA.....	43

### **CAPÍTULO III EL DERECHO DE OPINION DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS FAMILIARES**

3.1. Generalidades sobre los procesos familiares.....	46
3.2. Principales procesos de familia en los que se escucha la opinión de los niños.....	52
3.3. Historia del divorcio en El Salvador.....	53
3.4. Naturaleza jurídica del divorcio.....	57
3.5. Clases de divorcio.....	59
3.6. Finalidad de divorcio.....	64
3.7. Efectos del divorcio y su incidencia en la resolución final frente al Derecho de Opinar y ser Oído de las Niñas, Niños y Adolescente.....	65
3.8. Otros procesos de familia en los que se realiza audiencia de oír a Niñas, Niños y Adolescentes, proceso de Adopción y proceso de Alimentos.....	68
3.8.1. Institución de la Adopción, concepto de adopción.....	69



3.8.2. Proceso de Alimentos.....	70
----------------------------------	----

**CAPÍTULO IV MARCO LEGAL, DERECHO COMPARADO EN  
RELACION AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, CONCLUSIONES  
Y RECOMENDACIONES**

4.1. Constitución de la República.....	78
4.2. Ley Procesal de Familia.....	79
4.3. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	80
4.4. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	84
4.5. Convención sobre los Derechos del Niño.....	87
4.6. Derecho comparado en países como España, Argentina y Colombia.....	90
4.6.1. España	
4.6.2. Argentina.....	94
4.6.3. Colombia.....	99
4.7 Conclusiones.....	101
4.8 Recomendaciones.....	104
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>105</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>112</b>

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo.
C.F	Código de Familia
Cn.	Constitución de la República
Ed.	Editorial
ed.	Edición
etc.	Etcétera: “y lo demás”
Ibídem.	Igual que la referencia inmediata anterior
Inc.	Inciso
Lic.	Licenciado
Nº	Número
Op. Cit.	Obra citada
Ord.	Ordinal
p.	Página
pp.	Páginas
Red	Red de Atención Compartida
s.e.	sin editorial

## **SIGLAS UTILIZADAS**

CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura
C.O.N.N.A.	Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia
C.O.R.E.L.E.S.A.L.	Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña
D.U.D.H.	Declaración Universal de los Derechos Humanos
D.L	Decreto Legislativo
D.O	Diario Oficial
I.S.N.	Interés Superior del Niño
I.S.N.A.	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
L.P.F.	Ley Procesal de Familia
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia
MINED	Ministerio de Educación
PGR	Procuraduría General de la República
PNC	Policía Nacional Civil.
PNPNA	Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
U.N.I.C.E.F.	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

## INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación constituye el trabajo final de tesis titulado **“El Derecho de Opinar y ser Oído de las Niñas, Niños y Adolescentes y su incidencia en la resolución final del conflicto familiar en los procesos de Divorcio”** para ser presentado a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, como requisito previo para optar al título de Licenciado/a en Ciencias Jurídicas.

El propósito general de este estudio, es presentar sistematizadamente y desde el ámbito jurídico la problemática del Derecho de Opinión de la Niñez y Adolescencia, así como también el Interés Superior de los mismos, a través del estudio en los procesos de divorcio en la realidad salvadoreña, el documento que a continuación se presenta y que contiene el resultado de la investigación es dividido en cuatro capítulos así:

El Capítulo I, versa sobre las Generalidades del Principio del Interés Superior de los Niños y Adolescentes, conceptos y definiciones para entrar en detalle y comprender la importancia del tema, se hace un análisis histórico del origen del Interés Superior del Niño así como también la historia de los derechos del niño en El Salvador, hasta adoptar la legislación acorde encaminada a la protección integral de los niños y adolescentes, sentando las bases de los derechos de la niñez y su condición de sujetos.

El Capítulo II, es el estudio detallado de los derechos que tienen los niños y adolescentes, regulados en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, además se abordan las garantías y deberes que como sujetos de derecho les pertenecen, los principales derechos encaminados a la investigación son: Derechos de Protección, Derecho al Desarrollo y Derecho

de Participación, así mismo se estudia las infracciones y sanciones para los que incumplen en velar por los derechos de los niños y adolescentes.

El Capítulo III, establece el derecho de opinión en los procesos familiares, se desarrolla la institución del divorcio, como base de la investigación ya que es el escenario que se utiliza en esta investigación para dar oportunidad a los Niños y Adolescentes de expresarse frente a una realidad, la importancia que el juez competente debe valorar y tomar en cuenta de lo que expresan en la audiencia especial de Oír al Niño, asimismo los efectos y la incidencia en las resoluciones finales que emiten dichos tribunales frente al derecho de Opinar y ser Oído de las Niñas, Niños y Adolescentes, haciendo relevancia en respetar el Interés Superior de los mismos, se hace el análisis del derecho de opinión, los elementos del mismo y los alcances del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace un breve estudio del proceso de Adopción y proceso de Alimentos.

El Capítulo IV, establece el marco legal de la investigación y derecho comparado, es menester tratar este capítulo ya que tiene la base legal en la cual está respaldada dicha investigación, principalmente se inicia de la Constitución de la República, seguidamente de la Ley especial como es el Código de Familia, ya que aborda los procesos de los cuales trata la investigación, así como también hacer la comparación en países como España, Argentina y Colombia, para tener la idea de cómo se desarrolla este derecho en dichos países.

Se incluye en este capítulo un selecto número de conclusiones y recomendaciones que conllevan un aporte doctrinario y procedimental así como jurídico acerca del Derecho de Opinar y ser Oído de los Niños y Adolescentes, para ser consultado por los estudiosos del derecho y futuras investigaciones.

# **CAPITULO I GENERALIDADES SOBRE EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO**

## **1.1 Origen del Principio del Interés Superior del Niño**

Se considera que la aparición de la categoría interés del menor o mejores intereses del niño es el resultado de un cambio de percepción y el apareamiento de una visión romántica de la infancia, que reemplazo a la idea predominante, antes del siglo XVII, de que los hijos son propiedad de los progenitores, en particular del padre que tenía el rol dominante de la familia, en el que los intereses de los niños contaban muy poco o casi nada, a inicio del siglo XX surge la regla de la preferencia materna por la que se considera que el interés del niño va a estar mejor protegido, en su primera infancia si es la madre la que se encarga de su cuidado, a partir de este momento la tendencia cambia los jueces toman decisiones más precisas en cada caso, lo que implica un análisis de las circunstancias que rodean a la vida de los niños, esto da origen a la consideración de los intereses del niño frente a los intereses de sus progenitores.

Se reconoce que el interés del menor surge vinculado a decisiones judiciales o cuasi judiciales sobre matrimonio, adopción, hogares sustitutos, guarda y tutela, el interés superior del niño<sup>1</sup> ocupa un lugar central en la legislación, jurisprudencia y la doctrina referida al derecho de familia y a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es extenso.

---

<sup>1</sup> M. López Escudero y otros, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, (primera edición Bilbao, fundación BBVA, 2008), 38. Como se ha puesto de relieve, este criterio está ligado al hecho de que el niño en muchas ocasiones no puede ejercitar por sí solo los derechos y serán personas individuales y colectivas o instituciones que los hagan efectivos aparece como criterio o pauta de la aplicación de esas normas, el Interés Superior del Niño es un concepto amplio que hace referencia a su desarrollo integral, físico, mental, espiritual, moral y social, lo que sucede es que siempre habrá un cierto margen en su aplicación dependiendo del criterio de la persona, institución u organizaciones que lleven a cabo la protección y tengan que decidir por el niño.

Un análisis de cómo ha evolucionado el principio del interés superior del niño, deja ver que antes del siglo XIX, las leyes solo regulaban la situación de la niñez y adolescencia en lo relativo a los derechos de los padres sobre sus hijos, es a partir del siglo XIX que el concepto de interés superior del niño se va originando,<sup>2</sup> es en el siglo XX que el concepto se ve asentado y es así que a ese siglo de le llama “el siglo del niño”, con la adopción de distintos cuerpos normativos internacionales y el desarrollo de los Derechos Humanos el concepto se madura y el termino se usaba en Derecho de Familia.<sup>3</sup>

Los instrumentos jurídicos que rompieron el paradigma dominante del siglo XX, dejando de considerar al “menor” como objeto de compasión, tutela y represión, y reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos son la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia juvenil “Directrices de Riad”, todos estos instrumentos jurídicos constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia, sus lineamientos constituyen un marco que obliga a modificar el derecho de menores de nuevas fuentes normativas.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> R. Correa, *La conceptualización del principio del interés superior del niño*, (s.e, Panamá, 2005), 40.

<sup>3</sup> Anita Calderón de Buitrago y otros. *Manual de Derecho de Familia*, centro de investigación y capacitación, proyecto de reforma judicial, (San Salvador, 1995), 34. Establece como uno de los principios del derecho de familia la protección de los menores considerando que en todo lo relativo a menores dentro del código se trata de desarrollar la doctrina de la protección integral, establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual implica protección social y jurídica del menor ya que su interés superior será la consideración primordial con todas las medidas que afecten, es así como el niño es protegido por el Código desde la concepción, así mismo es la familia la base fundamental de la sociedad, la cual el estado es el principal obligado en brindarle protección tanto a la institución jurídica como a los niños desde el instante de la concepción.

<sup>4</sup> Laura N. Lora, “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño En: avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios”. Ediciones Suarez, Mar de Plata, (2006), 1. Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de “interés superior” pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho.

## a) Evolución del Interés Superior del Niño en el derecho internacional

En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedentes: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño 1959, en el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar, la Declaración de Ginebra de 1924 que se originó en Europa, esta fue la primera declaración de derechos del niño, de carácter sistemática, fue Declarada en Ginebra en 1924, redactada por Eglantyne Jebb fundadora de la organización internacional Save the Children, que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de septiembre de 1924, en la cual se tomó conciencia de que los niños deben tener un normal desarrollo materia y espiritual,<sup>5</sup> fue en el año de 1994, cuando por primera vez fueron reconocidos a nivel mundial los derechos del niño a través de la Declaración de Ginebra, se le conoció así al primer instrumento jurídico de la niñez, y que fue auspiciado por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia, en el seno de la Sociedad de las Naciones o Liga de las Naciones, que es el organismo internacional que antecedió a la actual Organización de las Naciones Unidas, y este documento recoge, por vez primera en la historia, una regulación encaminada a proteger a la infancia en todo el mundo.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Lilian Marisol Monterrosa Aguilar y Otros, *Como la Construcción del Sistema de Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia Efectiva los Derechos de los Niños y Adolescentes a partir de la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Municipio de San Salvador*, (2012), 32. La Declaración de los Derechos del Niño, contiene cinco principios: el niño debe ser puesto en condiciones para desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual, el niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño destapado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados, el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad, el niño ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación, el niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

<sup>6</sup> Hugo Alberto Ibarra Benítez, y Otros, *Los derechos del menor y su deficiente protección en El Salvador*. (s.e), 1.



La Declaración de Ginebra tenía que ser la base de un movimiento universal y de acciones de largo alcance, en donde sus cinco apartados recogen los principales derechos de la niñez, la sociedad de las naciones, en el curso de su quinta Asamblea, celebrada el 26 de septiembre de 1924, adoptó la Declaración de Ginebra como su Carta de infancia, esta la realizaron sin modificación alguna en su redacción<sup>7</sup>, en ella podemos encontrar solamente derechos sociales, y en rigor todavía no se podía hablar de derechos, ya que era una declaración de principios para algunos conocedores de la materia, esta era débil, ya que no era de obligatorio cumplimiento.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas quisieron disponer de su propia Declaración de los derechos de la infancia. Se pensó que las circunstancias que dieron lugar a la Declaración de Ginebra eran parecidas a la de la postguerra,<sup>8</sup> debieron transcurrir treinta y cinco años, luego de esta declaración, para que el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobara por unanimidad la Declaración de los Derechos del Niño.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Lilian Marisol Monterrosa Aguilar y Otros, *Op. Cit*, 33. En la Declaración de Ginebra fue el primer paso serio hacia la conceptualización de los derechos del niño, aunque todavía no se habla de derechos, el preámbulo o introducción utiliza “deberes de la humanidad”, en la declaración de Ginebra no aparece expresamente el interés del menor, solo nos dice que al niño se le debe otorgar “lo mejor que le pueda dar” la humanidad, el concepto de lo “mejor” podría interpretarse en el sentido de decir que todo el interés del menor, es lo mejor que la sociedad le puede ofrecer.

<sup>8</sup> Vicente Jiménez T. y Otros, *Los Derechos de los Niños: responsabilidad de todos*, (Universidad de Murcia, 2007), 175, se dice que no es vinculante porque no obligaba a ningún Estado a cumplirla,

<sup>9</sup> Hugo Alberto Ibarra Benítez y Otros. *Op. Cit*, 20. Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que:” En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” Este principio es muy importante ya que nos invita a desprendernos de los que hasta ahora habíamos considerado como ese interés, es decir, no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico- social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

En el año de 1959, se establece la noción de interés superior en un instrumento no vinculante, la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en ella consta 10 principios jurídicos básicos para la protección de la niñez, el que tiene especialmente relevancia es el Principio II,<sup>10</sup> *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludables y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad...”*. El principio VII, menciona: *“que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe, en el primer término a sus padres.*

Esta Declaración motivó a las Naciones Unidas para que en 1985 aprobara Las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, por ser firmado este documento en Beijing (China), y en su contenido están los principios, reglas y garantías judiciales a las que deben sujetarse los gobiernos, las instancias de la policía y de los jueces, en los casos de los juzgamientos de los menores que sean acusados de cometer alguna infracción a las leyes penales locales de cada Estado, también en el seno de las Naciones Unidas se han aprobados otros documentos muy importantes que se relacionan con la protección de la niñez, en casos especiales y entre otros documentos están: las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad en el año 1986, también en ese mismo año las Directrices para la prevención de la Delincuencia Juvenil, la expresión máxima del esfuerzo de la comunidad internacional en el reconocimiento y protección de los derechos de la niñez tuvo como fruto, la que hoy se conocemos como la Declaración sobre los Derechos del Niño.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Farith Simón Campaña, *Op. Cit*, 6.

<sup>11</sup> Hugo Alberto Ibarra Benítez y Otros, *Op. Cit*, 4. En la elaboración intervinieron varios países y especialistas en la materia, así como organizaciones no gubernamentales.

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue firmada el 20 de Noviembre de 1989, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas y representa el instrumento jurídico internacional más importante en la protección de la niñez del mundo, y en el que consignan las principales obligaciones que los Estados deben cumplir, para garantizar la existencia real y efectiva de los más importantes derechos humanos que existen a nivel mundial.<sup>12</sup>

Con la puesta en vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1990 y su posterior incorporación al ordenamiento jurídico nacional, al adquirir rango constitucional, el interés superior del niño, principio por ella consagrado, se erigió en el icono del derecho de menores siendo punto de partida ineludible de toda medida tutelar de los derechos de la infancia, este principio, entendido como la promoción del desarrollo integral del niño y adolescente, ha terminado por informar e impregnar la normativa reguladora del derecho de menores en los órdenes tanto nacional, como internacional, marcando un verdadero cambio en cuanto a la concepción del niño como sujetos de derechos.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Hugo Alberto Ibarra Benítez y Otros. *Ibidem*, 5. A partir de 1979, con ocasión del Año Internacional del Niño, se comenzó a discutir una nueva declaración de derechos del niño, fundada en nuevos principios, a consecuencia de este debate, en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, este tratado sin precedentes, que ya ha sido ratificado por todos los países del mundo con dos excepciones, explica los derechos de todos los niños a la salud, la educación, condiciones de vida adecuadas, el esparcimiento y el juego, la protección de la pobreza, la libre expresión de sus opiniones entre otros.

<sup>13</sup> Gonzalo Patricio Frías, *La obligación alimentaria y el interés superior del niño*, (Córdoba, Argentina, Advocatus, 2004), 10. Es de hacer mención que anteriormente a la niñez y adolescencia no se le tomaban en cuenta como sujetos de derechos, sino como simples receptores de ellos, es a partir de la Convención sobre los Derechos del niño que son sujetos de derechos, y que la sociedad y el estado tienen que garantizar su protección, dicha Convención sobre los Derechos del Niño formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el principio con satisfacción de ellos, la Convención, no es más que un documento con fuerza jurídica obligatoria, así cuando un Estado ratifica el texto de la convención queda automáticamente vinculado al cumplimiento de su contenido.

## **1.2 Antecedentes Históricos del Principio Interés Superior del Niño en El Salvador**

En El Salvador, las constituciones que tuvo en los años de 1939 y 1945, incluyeron algunas regulaciones sobre los derechos de la niñez, pero el reconocimiento de estos en la legislación salvadoreña, fue hasta en la constitución política de 1950, es en ella donde inicia la protección jurídica de los derechos de la niñez en El Salvador, en donde por vez primera son reconocidos los derechos de los niños como derechos sociales, y en este reconocimiento se incluyen: el derecho de protección a la familia, maternidad e infancia, así como el derecho de los niños a la salud física, mental y moral.

En 1974, El Salvador dicto El Código de Menores, en cual regula el procedimiento que debe seguirse para el juzgamiento de los menores, además los derechos que ellos tienen en esa condición, en la actual Constitución de la República de El Salvador vigente desde 1983 reconoce los derechos de la niñez en forma similar a la Constitución de 1950 con la diferencia que la Constitución de 1950 reconoce expresamente la igualdad de derechos entre los hijos independientemente del tipo de unión de sus padres, en 1988 se celebró en la ciudad de San Salvador la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, (O.E.A.).<sup>14</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue firmada por el Órgano Ejecutivo de El Salvador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el día 18 de Abril de 1990, la Asamblea Legislativa la ratifico el 27 de Abril del mismo año, fue publicada en el Diario Oficial el día 9 de Mayo de

---

<sup>14</sup> Hugo Alberto Ibarra Benítez y Otros, *Op. Cit*, 4. En el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “ Protocolo de San Salvador” nos dice que: reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana razón por la cual justifican una protección internacional.

1990, entro en vigencia y se convirtió en ley de la República de El Salvador, el día 18 de Mayo del mismo año.<sup>15</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño, integra toda categoría de derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos y de solidaridad, lo que permite un enfoque no solo de defensa sino también de promoción integral de los derechos, además a nivel de legislación para la niñez las Normas no pueden ser consideradas en forma aislada sino en sus múltiples interrelaciones entre si y su entorno.<sup>16</sup>

### **1.3 Marco doctrinal y conceptual**

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto derecho anglosajón como derecho codificado,<sup>17</sup> el análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, al revisar la historia que ha tenido las legislaciones que

---

<sup>15</sup> Hugo Alberto Ibarra Benítez, *Op. Cit*, 7, Este hecho ha significado un avance importante en este campo ya que ha obligado al Estado a procurar que exista para el niño una protección eficaz desde el punto de vista legal, social, económico y humanitario, lo más importante es que a través de la historia se ha venido analizando y mejorando el sistema de protección a los menores.

<sup>16</sup> Victoria del Tránsito Nieto Mata y Otros, *La Aplicación del Principio del Interés Superior del Menor de edad establecida en la Legislación Nacional e Internacional en los Tribunales de Familia y de Menores*, (2001), 22. Las razones expuestas por los Estados Partes para crear dicha convención se refiere únicamente a la necesidad de brindar protección a los niños y niñas, es decir que la visión de niños objetos de tutela o de niños objeto de derechos no se vi en ese momento suficientemente superada, sin embargo marco un punto importante en la historia, ya que es este el primer instrumento jurídico importante en donde de alguna manera, se coloca a niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos y promueve, junto con otros instrumentos de las Naciones Unidas, la doctrina de la protección integral.

<sup>17</sup> Miguel Cillero Bruñol, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. (s.e), 3.

regulan los derechos del niño, nos damos cuenta que ha tenido una gran evolución, la cual ha servido de base para muchos autores para elaborar una división en el tiempo de los diferentes periodos en que se ha desarrollado esta evolución en cuanto a la protección del niño, estos periodos son:

a) El niño en la sociedad tradicional

Este periodo comprende hasta el año 1750, caracterizándose por una falta de eficiencia en la medicina, de tal forma que la natalidad y la mortalidad llegan a considerarse “naturales”.

El niño recibe de la familia los escasos conocimientos que le son necesarios para vivir, es decir que cada miembro de la familia le enseña las sencillas operaciones que realiza en su trabajo, sin inculcarle la idea del aprendizaje, ni del entrenamiento duro, de ahí que el menor no sea tratado con paciencia, sino más bien, se le tolera tan solo si sabe comportarse como un adulto, algún autor se atreve a decir que el infante en esta época es considerado como un mal necesario.<sup>18</sup>

b) Primera Valoración de la Infancia

Este período comprende los años de 1750 a 1880, en el que se da un brote demográfico, atribuido a la industrialización rápida y a la urbanización progresiva, en algunos medios sociales elevados se inicia una corriente de ideas que producen un cambio de actitud respecto a la infancia, cambio producido, entre otras cosas, por Emilio de Rousseau, que sostiene que el niño tiene formas peculiares de sentir, pensar y existir, sin embargo, este cambio no es lo suficientemente grande como para que se proteja a los niños

---

<sup>18</sup> Farith Simón Campaña, *Op. Cit*, 114. El proceso de desarrollo del niño a partir de su proceso de indefensión y de dependencia, requiere de la intimidad del hogar en donde se le brindará cuidados y tiempo, los niños requieren y buscan aprobación de sus progenitores por el amor que sienten hacia ellos, necesitan identificarse con ellos, estos aspectos son fundamentales para el proceso de socialización y serían imposibles del lograr sin el control de sus padres, cuando llegan a su adolescencia tienen la necesidad de crear una identidad basada en la autoconfianza emocional, física y moral.

de la explotación en el trabajo, la historia del industrialismo en toda Europa es la historia del martirio de los niños, niñas de diez, siete, cinco y hasta tres años pasaban, a menudo, más de doce horas seguidas en la oscuridad de las minas.<sup>19</sup>

c) El niño dirigido desde su interior

En él se abordan los años comprendidos entre 1880 y 1930, en este periodo la familia es ya formada en sentido estricto y ha ido perdiendo funciones económicas, los padres toman conciencia que deben preocuparse de la instrucción de sus hijos durante un número de años, el cual, va en aumento a medida que se generaliza la escolarización obligatoria y se aumenta la edad en que pueden trabajar en las fábricas, la escuela se vuelve, una parte muy importante de la socialización del niño, incluso llega a sustituir en algunos casos a la familia, las familias llegan a tratar a los menores ya sea con gran indulgencia a con extrema severidad, esto debido a que la educación del infante se concibe como el éxito que no tuvieron sus padres en la instrucción, de ahí que se le llame el periodo de la dirección interna, es decir que el niño es dirigido desde el seno familiar.

d) El niño en nuestro siglo

El niño depende siempre de los padres, pero se está abriendo campo a ser considerado sujeto de derechos, de tal forma que todas las instituciones giran alrededor de él, la escuela continúa teniendo importancia en la función socializadora, el niño crece más de prisa, se desarrolla en una familia nueva en la que la disciplina ha adoptado formas diferentes, de muy pequeño se le acoge, si le conviene, en instituciones creadas para él, se atiende mejor al

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, 128, en la segunda etapa de la Revolución Francesa se proclama el derecho de instrucción, y en el Código presentado en la Convención el 9 de agosto de 1793, se establecía que los padres solo tenían deberes frente a sus hijos, que no eran ni propietarios, ni acreedores, sino por el contrario, eran deudores de sus hijos.

adolescente y los Estados piensan que aún no es suficiente la protección para ellos.<sup>20</sup>

#### **1.4 Definiciones sobre el concepto del Interés Superior del Niño**

El principio del interés superior del niño refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, como ya se mencionó anteriormente su primer referente normativo se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por la mayoría de países, se ha afirmado que el concepto esencial de interés del menor consiste básicamente en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como personas y fomentar el libre desarrollo de su personalidad.<sup>21</sup>

Es importante el problema de la conceptualización del Interés Superior del Niño, es tan necesaria como compleja la definición de un concepto o una idea, la necesidad de una definición viene determinada porque el razonamiento humano necesita términos claros y precisos para poder razonar bien, se necesita de las definiciones ya que es ver los límites de algo,<sup>22</sup> algunos autores sostienen que es de gran utilidad para brindar soluciones a la diversidad de casos que se presentan.

---

<sup>20</sup> Victoria del Tránsito Nieto Mata y Otros. *Op. Cit*, 6, los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto derechos, garantías frente a la acción del Estado y representan por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos que contemplan, en este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

<sup>21</sup> Carlos Alberto Quesada Rojas y Otros, *Instituciones que intervienen en el proceso de adopción y su función en la búsqueda del respeto a los Derechos de los Menores sujetos a adopción*, (2011), 97.

<sup>22</sup> Vicente Jiménez T y Otros, *Op. Cit*, 177, una problemática a la que se enfrenta el principio de Interés Superior del Niño en la actualidad es la cuestión de la indeterminación, dicho problema ha surgido principalmente en el campo jurídico y dejando a su lado consideraciones más técnicas, en la práctica significa que en los asuntos que atañen a la infancia y en los que no existe unanimidad o consenso sobre lo que es, o sobre lo que constituye su interés superior, el Interés Superior del Niño, es utilizado para fundamentar cualquier posición, incluso posiciones opuestas, no solo la diferencia cultural genera interpretaciones controvertidas a cerca de lo que es “bueno” (mejor) o “malo”(peor) para el niño, sino que la confluencia dentro de una misma sociedad de ideologías distintas convierte en muchos casos el Interés Superior del Niño.



El principio del interés superior del niño refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional; su primer referente normativo se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por la gran mayoría de los países del mundo, suceso que sirve como base para que cada Estado parte con posterioridad a la ratificación de este tratado desarrolle el principio en mención.

Actualmente, la infancia se ve expuesta a diversas situaciones que pueden amenazar o vulnerar sus derechos fundamentales, desde ahí, es necesario que los niños se le garanticen condiciones necesarias para que tengan una calidad de vida digna y dentro de la cual puedan disfrutar del pleno goce de sus derechos a fin que se potencialicen como personas hábiles, inteligentes y sanas que pueda contribuir política, social y culturalmente.<sup>23</sup>

Existen numerosos preceptos de Derecho internacional y nacional que recogen el principio de protección del menor en la medida en que este se considera sujeto merecedor de especial cuidado y atención por los ordenamientos jurídicos.

Borras, define que a partir del interés del menor significa englobar todas aquellas instituciones que, bajo cualquier forma, pretenden dar respuesta a su protección en sentido total desde el punto de vista del Derecho internacional privado, con independencia de cuál sea la situación personal o familiar del menor,<sup>24</sup> es tal su importancia que algunos países latinoamericanos lo han constitucionalizado de forma directa asumiendo un papel preponderante en sus legislaciones nacionales.

---

<sup>23</sup> Silvia Juliana Pradilla Rivera, *Aplicación del principio del Interés Superior del Niño como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella*, (Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Colombia, 2011), 331. La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la convención deben ser interpretadas sistemática y armónicamente.

<sup>24</sup> Victoria del Tránsito Nieto Mata, y Otros. *Op.Cit*, 7.

Joyal, define el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que la noción de interés debe asociarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley,<sup>25</sup> al decir Miguel Cillero que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista y una limitación a la discrecionalidad por cuanto obliga a que cualquier medida que se tome respecto de los niños, se adopten solo aquellas que protejan sus derechos y o las que los conculquen.

Según Manuel Dolz Lago, la idea de interés aplica al menor, unida a su benéfico nos abarca necesariamente a otro concepto, que es el de educación, y este al de libre desarrollo de la personalidad, todos ellos condicionados a nuestra sociedad, a su cultura, en una interpretación, todos ellos condicionados a nuestra sociedad, a su cultura, en una interpretación social de los mismos.

Desde este punto de vista el interés del menor es un principio general que abarca todos los aspectos que influyen en el desarrollo de su personalidad, y que vienen a propiciar la protección integral del menor.

Acepciones según la legislación

Existen numerosos preceptos de Derecho internacional y nacional que recogen el principio de protección del menor en la medida en que este se considera sujeto merecedor de especial cuidado y atención por los ordenamientos jurídicos.<sup>26</sup>

Por ello, se establece en los Tratados internacionales principios protectores que funcionan como mínimos, el art 25.2 de la Declaración Universal de

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, 8.

<sup>26</sup> Alejandra de Lama Ayma, "La protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de Edad". (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona) 90, el mandato que ha tenido mayor relevancia es el que se encuentra en el artículo 3 inc. 1, el cual nos dice: *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*, en el deben de enfocarse para dictar cualquier resolución cualquier institución administrativa, siempre velando por el bienestar y los intereses de los menores.

Derechos humanos de 1948 nos dice que la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencia especiales, todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a cuidados y asistencia especiales, todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección, el art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado”<sup>27</sup>

Cualquier decisión que afecte al menor de edad deberá venir presidida por el principio inspirador del interés superior del niño, en el ámbito nacional especialmente en nuestra legislación Constitucional encontramos el precepto constitucional del Principio del Interés Superior del Niño se expresa en el Art. 34 de la Constitución. *“Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.”*<sup>28</sup>

En el art. 35 de la Constitución nos menciona que El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de estos a la

---

<sup>27</sup> Alejandra de Lama Ayma, *Op, Cit*, 91, la Convención sobre Derechos de los Niños se centra en el principio de la no discriminación, ya que nos dice que todo niño debe ser tratado, protegidos y cuidados de la misma manera, sin embargo en nuestro mundo actual muchos niños son discriminados ya sea por su color, raza, religión, etc.

<sup>28</sup> Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983), en los art. 34 y 35 se reconocen los derechos fundamentales de los menores y la obligación del Estado de hacerle efectivos ordenando que la ley secundaria establezca los deberes del Estado y la creación de instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia, la infancia no es más que un periodo determinado de la vida de un niño o de una niña, medible por un intervalo de edad, dicho intervalo es totalmente convencional, de manera que no todo el mundo está de acuerdo a cerca de los años que abarca, consideramos que la infancia es una etapa de la vida caracterizada por un conjunto de factores propiamente del sujeto en estado de desarrollo en la legislación salvadoreña se encuentra regulado en el artículo 26 del Código Civil, reconociendo en esta etapa la calidad de infante a todo el que no ha cumplido siete años.

educación y a la asistencia, el Código de Familia es uno de los mayores protectores del Principio del Interés Superior del Niño art. 350, en la interpretación y aplicación de este régimen prevalecerá el Interés Superior del Niño, se entiende por Interés Superior del Niño todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

El Principio de Interés Superior del Niño se encuentra en la Convención de los Derechos del Niño, significa los derechos que tiene todo menor para que quien tenga su cuidado personal, se esmere por su desarrollo en el sentido amplio es decir, físico y psíquico, en este marco se enumeran y explican una serie de principios de la Declaración de los Derechos del Niño, donde se expone la definición de los principios básicos fundamentales que engloban el principio del Interés Superior del Niño.<sup>29</sup>

No se trata de un simple interés particular, porque consiste en un principio jurídico social de aplicación preferente en la interpretación y practica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes, este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos, constituyéndose e vinculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños.<sup>30</sup>

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la niñez y adolescencia en un sistema social, la Convención exige considerar con alguna prioridad a este sector de la población, dentro de una política de

---

<sup>29</sup> Victoria del Tránsito Nieto Mata y Otros. *Op. Cit*, 8.

<sup>30</sup> Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño, es decir, sus derechos no son asimilables al interés colectivo, por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada.

estado<sup>31</sup> ya que decide impulsar la creación de una ley que realmente viniera a encarnar el verdadero espíritu de la Convención sobre los Derechos del niño y atender las recomendaciones hechas al incumplimiento de la Convención, la ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia,<sup>32</sup> nace para responder los procesos de cambio que la ley necesita para ajustarse tanto a la Constitución de la República como a la Convención sobre los Derechos del niño, en la cual se delimitan con mayor precisión los derechos de las niñas, niños y adolescentes, dentro del marco de la doctrina de la Protección Integral con enfoque de derechos.

de tal manera que el interés superior del niño no significa de manera alguna lo que los adultos o las instituciones crean o conciben como más conveniente o beneficioso para los niños en una situación particular, ni las convenciones de estos adultos, ni su experiencia, ni su cultura o tradiciones porque la medida que tasa el interés superior del niño no es la discrecionalidad ni el libre arbitrio, sino los derechos y garantías de los niños.

Tampoco, el Interés Superior del Niño consiste en lo que el niño quiere o desea, o lo que piensa que es el más beneficioso, porque así como este principio limita la toma de decisiones por parte de los adultos, no permite que sea tampoco el niño el que vulnere o coloque en situación de amenaza sus propios derechos.<sup>33</sup> Si el deseo del niño o niña, o su creencia, es contraria a

---

<sup>31</sup> Miguel Cillero Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. 12.

<sup>32</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), esta ley considera niña o niño a toda persona desde el momento de su concepción hasta los doce años cumplidos y personas adolescentes quienes se encuentran entre los doce a dieciocho años.

<sup>33</sup> Farit Simón Campaña, *Op. Cit*, 25. Es importante la protección de los niños y adolescentes, ya que deben ser prioridad para toda la humanidad y no la simple convicción del beneficio que los adultos crean que se genere a favor de ellos, ya que en algunos casos se los violan pensando que hacen un bien, como quiera que los derechos humanos son objetivos no cabe duda que esas condiciones objetivas de derechos humanos se encuentran consagradas en la legislación nacional e internacional.

sus derecho aplicar el principio del interés superior significa prohibir esa conducta, con respeto a su dignidad y con alto grado de humanidad, un buen ejemplo puede ser que el niño o adolescente ingresa o se congregue a una secta religiosa y este pueda atentar contra su vida.

En el artículo 12 inciso primero dice que es Interés Superior del Niño, y nos dice que *es toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad*”, los artículos 12 a 15 del instrumento, artículo 12 derecho a la opinión, artículo 13 libertad de expresión, artículo 14 libertad de pensamiento, conciencia y religión, artículo 16 libertad de asociación y reunión, la dimensión protectora por el contrario se basa en la idea del desvalimiento, necesidad y vulnerabilidad, la función principal del interés superior, es estar al servicio de la dimensión liberadora y ocasionalmente está al servicio de la función protectora, artículo 18 responsabilidad de los padres a criar al niño, artículo 21 de la adopción, artículo 9 que establece las razones por las que se puede justificar la separación de los hijos de sus padres, artículo 37 la excepción al principio de que todos los niños deben ser separados de los adultos.

En su inciso tercero nos menciona que *la madre y el 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 en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño y adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de estos y el Estado lo garantizara.*<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> LEPINA art. 12, otro aspecto importante en este apartado se refiere a la intervención de los padres en el ámbito de la personalidad del menor ya que se justifica en la medida en que evita perjuicios graves en el menor y en que va dirigida a fomentar el desarrollo de su personalidad del menor ya que se justifica en la medida en que evita perjuicio graves en el menor y en que va dirigida a fomentar el desarrollo de sus personalidad y su madurez como persona de tal suerte que llegue a ser una persona adulta responsable e independiente.

## **CAPITULO II LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CONTEMPLADOS EN LA LEPINA**

### **2.1 Generalidades de los derechos de la niñez y la adolescencia**

En la Constitución de la República se reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico, así mismo reconoce otros derechos a fin de que la familia sea la base protectora de los niños que sobre ella se han de desarrollar.<sup>35</sup>

En la actualidad la niñez y adolescencia están protegidos por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, creada con la finalidad de garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de todos los niños, niñas y adolescentes en El Salvador, de esta manera se ha creado un Sistema Nacional de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia, teniendo en cuenta la participación de la familia, el estado y la sociedad, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, tratados y sobre todo la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que su principal objetivo es armonizar a los diferentes países que se adhieran a sus reglas para desempeñar un mejor papel en la construcción de los derechos vulnerados de la niñez y adolescencia.

---

<sup>35</sup> Constitución de la República, como se expresa en el artículo 32, para el Estado, es importante tomar como base, a la familia, ya que en ella es donde se inicia a formar a los niños y adolescentes para luego ser incorporados a la sociedad, son formados y es por esa razón que los Estados deben dar prioridad a la familia para que se garanticen los derechos de la niñez y la adolescencia, en el art 34 expresa: *“todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral para lo cual tendrá la protección del Estado”*, ambos artículos coinciden en que el estado es quien dará la iniciativa para velar por los derechos tanto de la familia como de la niñez.

El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas, probó por unanimidad la “Declaración sobre los Derechos del Niño” en la cual se reconocen los derechos y principios jurídicos básicos para la protección de la niñez,<sup>36</sup> la Constitución de la República reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictara la legislación necesaria y creara los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico, así mismo reconoce otros derechos a fin de que la familia sea la base protectora de los niños que sobre ella se han de desarrollar,<sup>37</sup> artículo 32 expresa que *la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictara la legislación necesaria y creara los organismos y servicios apropiados para su integración como bienestar y desarrollo social, cultural y económico*” el art. 34 menciona *“todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral para lo cual tendrá la protección del Estado”*

Ambos artículos coinciden en que es el Estado es quien dará la iniciativa para velar por los derechos tanto de la familia como de la niñez, Reconoce a la familia el medio natural e idóneo para garantizar la protección integral de los niños y adolescentes, ese papel implica la responsabilidad de la familia en brindar una orientación adecuada, educación y formación moral y Social, que permita a los niños y adolescentes a desarrollarse y desenvolverse.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Declaración sobre los Derechos del Niño, principios importantes que protegen a la niñez y adolescencia, los cuales son: 1° Derecho de gozar sin discriminación, es decir, sin distinciones de ninguna naturaleza, 2° Derecho de gozar de protección y cuidados especiales, 3° El principio de interés superior del niño, 4° El derecho al nombre y a la nacionalidad; 5° El derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, 6° El derecho a la atención prenatal y postnatal, 7° El derecho a la alimentación, vivienda, recreo, juegos y recreaciones, 8° El derecho a servicios médicos adecuados, 9° El derecho al amor y la comprensión de todas las personas, 10° El derecho a la educación, 11° Derecho de estar protegido contra la explotación, el abandono y la crueldad y 12° Derecho de proteger a los niños sin familia.

<sup>37</sup> Constitución de la República.

<sup>38</sup> CONNA, “Política Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia” (2014), 12.



Por ello, el Estado al tomar alguna medida a favor de la infancia, debe priorizar a la familia ya sea nuclear que se encuentra integrada por padre, madre e hijos, y la familia ampliada o extendida la cual puede incluir a los padres y madres con sus hijos, los hermanos de éstos con sus hijos y los miembros de las generaciones ascendentes como abuelos, tíos abuelos, bisabuelos, pudiendo abarcar parientes no consanguíneos, como hijos adoptivos, o de aquellos que se presume son hijos.

El Código de Familia también se convirtió en una herramienta que ayudo a que en el país se tuviera una mayor conciencia sobre los derechos del niño y también se transformó en una garantía para su protección adecuada frente a los mayores que los violentan desde que entró en vigencia en el año de 1994.

Actualmente, con la entrada en vigencia de la LEPINA, se derogaron las disposiciones contenidas en el Libro Quinto del Código de Familia, título primero, capítulo uno y dos, que regulaban los derechos fundamentales y deberes de los menores, así como la protección de los mismos y se regularon en esta ley.

**Derecho de Supervivencia y Crecimiento Integral:**

En esta categoría de derechos comprende el derecho a la vida, a un nivel de vida digno y adecuado, a la salud<sup>39</sup>, la seguridad social y a un medio ambiente saludable, irónicamente, el concepto de supervivencia a menudo se define en forma negativa: sobrevivir es no morir, sin embargo, puede considerarse que la

---

<sup>39</sup> Constitución de la República, artículo 4, en él se reconoce el derecho a la salud, la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no consiste únicamente en la ausencia de enfermedad o discapacidad según la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, aprobada en 1946, el derecho a la salud, por lo tanto, está estrechamente ligado a otros derechos humanos fundamentales y su materialización depende de la realización de estos otros, especialmente el derecho a al agua que incluye el derecho al acceso al agua potable y a saneamiento adecuado y el derecho a la alimentación.

supervivencia es más que la simple prevención de la muerte, vivir es un proceso cuyo fin no es solo la supervivencia, sino también la salud, el bienestar físico, mental y emocional.<sup>40</sup>

El Comité de los Derechos del Niño está sumamente preocupado por el elevado número de niños asesinados, muchos de los cuales son miembros de las “maras” a un ritmo de un niño cada día, preocupa al Comité que las autoridades no reaccionen ante estos delitos con medidas eficaces, tanto de como de protección, también le preocupa que a menudo estos delitos no sean investigados y enjuiciados, el Comité lamenta la escasa información facilitada por el Estado parte sobre esta gravísima situación de los niños en El Salvador.<sup>41</sup>

En la Constitución de la República, este derecho es el que se protege desde el momento de su concepción, se le asegura su protección para un óptimo desarrollo de su existencia, sobre este derecho nuestra Constitución, le da una notable importancia al ubicarlo en el Título II los Derechos fundamentales de la persona, especialmente en el artículo 2 nos dice que: *“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad”*, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: *“Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho a la vida, los Estados Partes garantizaran en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño”*, dicho artículo es considerado como un principio general que orienta la aplicación e interpretación de los derechos de la niñez y adolescencia.

---

<sup>40</sup> Luis Pérez Miguel, *Los niños de El Salvador necesidades educativas. Prácticas educativas*, (s.e), 592

<sup>41</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990) examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al art. 44 de la Convención sobre los Derechos de los niños, el Comité señala el nivel sumamente alto de delincuencia, violencia e inseguridad en el Estado parte, en el que cada día muere asesinada una persona menor de 18 años, en particular, el Comité reconoce el problema cada vez mayor que plantean las pandillas juveniles denominadas “maras”, que revela una situación de violencia estructural y constituye el resultado de muchos años de políticas represivas.

Lo anterior estipula que los derechos de supervivencia son considerados derechos de carácter universal, siendo parte fundamental y a la vez origen de los derechos humanos, pues su objetivo es garantizar y preservar la vida de la persona humana en condiciones de dignidad y calidad de vida, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia retoma los lineamientos de la Convención sobre los Derechos de los Niños, amparando su normativa en la Constitución de la República, la cual considera que la salud constituye un bien público.<sup>42</sup>

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia contiene en su Libro I, Título I, los Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral, desarrollados en 20 artículos desde el 16 hasta el 36, organizándose en dos capítulos así: el Derecho a la Vida que incluye: el derecho a la protección de las personas por nacer, medidas para salvaguardar del derecho a la vida, prohibición de experimentación y prácticas que atenten contra la vida, derecho a un nivel de vida digno y adecuado.

El otro capítulo incluye: Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente, este incluye: el derecho a la salud, la gratuidad del servicio de atención médica, obligaciones del Sistema Nacional de Salud, responsabilidades de la familia frente al derecho a la salud, responsabilidades de la sociedad frente al derecho a la salud, derecho a la lactancia materna, promoción de la salud de la niñez y

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, por lo tanto, manifiesta que el Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento, asimismo, establece que se crearan los mecanismos para velar también por la salud de los habitantes, es así que la protección de la vida es desde el momento en que se concibió al ser humano, llegando así más allá de lo requerido por la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que no solo se protege al menor como tal desde que nace, sino que la protección llega al momento de la concepción de este y a la protección de la madre que se encuentra en gestación, lo cual se ve reflejado en el artículo 110 del Código de Trabajo en donde se les prohíbe a los patronos el destinar a mujeres embarazadas a trabajos en los que requieran esfuerzos incompatible con su estado.

adolescencia, salud primaria y familiar, salud mental, salud sexual y productiva, prohibición de venta o distribución de material o sustancias que puedan generar daño a la salud mental y física, derecho a la seguridad social, derecho a un medio ambiente sano.<sup>43</sup>

Un derecho muy importante y fundamental es el derecho a la vida todo ser humano tenemos derecho a la vida, este derecho se engloba en los derechos de supervivencia, el derecho a la vida es un derecho universal, es decir que le corresponde a todo ser humano, es un derecho necesario para poder concretizar todos los demás derechos universal, el derecho a la vida significa tener la oportunidad de vivir nuestra propia vida, es un derecho tan importante ya que si no existe este derecho no existe ninguno más.

Para los niños el derecho a la vida<sup>44</sup> es la oportunidad de vivir su infancia y poder crecer, desarrollarse y llegar a la edad adulta. El derecho a la vida de los niños está compuesto por dos derechos fundamentales: el derecho a la supervivencia y al desarrollo, es por ello que los niños y adolescentes necesitan también una buena salud para tener un buen desarrollo dentro de la sociedad.

Derecho a la salud:

Este derecho consiste en que todo menor desde que es concebido tiene derecho a vivir en condiciones que protejan su desarrollo físico y mental, lo cual se logra al vivir en forma saludable, la salud hace referencia esencial a la calidad del proceso de desarrollo integral, físico, psíquico y espiritual de cada

---

<sup>43</sup> Zaira Lis Navas, *Estado de situación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en El Salvador*, (diciembre 2013), 29.

<sup>44</sup> Zaira Lis Navas, *Op. Cit.*, 30. El artículo 16 de la LEPINA establece que: “Se reconoce el derecho a la vida desde el instante de la concepción. La familia, el Estado y la sociedad tienen la obligación de asegurar a la niña, niño y adolescente su supervivencia, crecimiento óptimo y desarrollo integral en los ámbitos físico, mental, espiritual, psicológico y social en una forma compatible con la dignidad humana”.

niño y adolescente dentro de un bienestar sostenido,<sup>45</sup> el derecho a la salud tiene que ver con la prevención y el tratamiento de las enfermedades, la asistencia a los servicios médicos y hospitalarios, con la situación de aumento de enfermedades y mortalidad en los diferentes grupos de edad, con el problema de la maternidad precoz, la violencia, la inseguridad alimentaria; nutrición y desnutrición, el saneamiento básico, agua potable y adecuada disposición de desechos con el medio ambiente y la calidad del aire.

Por su parte, y de conformidad con el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del niño, todos los niños y niñas tienen derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso en el seguro social, estos derechos se reconocen constitucionalmente y también en leyes secundarias, en la Constitución de la República define a la salud como bien público, en su artículo 34 donde menciona que todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales estables que le permitan su desarrollo integral y que el Estado se encuentra obligado a brindar la protección al menor y a crear las instituciones para la protección de la infancia.

El derecho a la salud, primordialmente es uno de los derechos más violentados porque la realidad económica del país no permite el acceso a la salud a todas las personas e incluso el sistema nacional de salud tiene grandes deficiencias para aportar medicamentos a todos los enfermos que lo necesiten, el Ministerio de Salud presta atención a los sectores no cubiertos por otros sistemas, como el del Seguro Social, sin embargo se encuentran con problemas de presupuestos y cobertura para atender a la población en general y en especial a los menores bajo protección de instituciones del Estado.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Carlos Alberto Quesada Rojas y Otro, *Op. Cit*, 109.

<sup>46</sup> Carlos Alberto Quesada Rojas y Otro, *Op. Cit*, 110.

En la Declaración de Derechos Humanos nos dice en el artículo 25 “*que toda persona tiene derechos a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...*” en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>47</sup>, los Estados Partes reconocen a toda persona un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, en el párrafo 2 del mismo artículo, se reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre. Además, enumera medidas que deben adoptarse, a fin de acabar con el hambre, entre las que cabe mencionar el mejoramiento de los modelos de producción de los alimentos y la distribución equitativa de los mismos.

Derecho al nombre, a la identidad y a la nacionalidad:

El derecho a la identidad implica el reconocimiento y valoración del cuerpo, sexo, persona, familia y cultura, cuando se hace referencia a la cultura, se debe pensar en la lengua e historia, costumbre y símbolo, organización social, tecnología, característica de una población específica, estilo de vida comunitario y familiar, incluidas las conductas sexuales y reproductivas; niños, niñas y adolescentes pueden aprender a querer, valorar y mantener las manifestaciones culturales de su pueblo, a ello contribuyen los modelos significativos brindados por los adultos, especialmente en la familia, los niños abandonados carecen en muchos casos de nombre o identidad y eso es un gran problema, pues estos son abandonados y se desconoce de su origen, razón por la cual le corresponden al Procurador General de la República el asignar un nombre y apellido y asentar a esos menores abandonados en el

---

<sup>47</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), (16 de diciembre de 1966). Entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

registro en el registro de estado familiar en base al art. 10 de la Ley del Nombre de la Persona Natural.<sup>48</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 7, N°1 y 8, regula el derecho del menor a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento en el registro respectivos, en caso contrario, el Estado debe prestar la asistencia y protección apropiadas para establecerle rápidamente su identidad. También regula el derecho que tiene el niño o niña de gozar de un nombre y nacionalidad.

Por muchas razones gran cantidad de población de 0- 18 años de edad no están registradas en las alcaldías, tanto niñas, niños como adolescentes de zonas urbanas no se encuentran asentados en los respectivos registro del estado familiar y muchos también de ellos los encontramos en el ISNA, otros factores que impiden que la niñez y adolescencia no cuenten con un nombre o identidad es la falta de desinterés de los padres y madres, reflejado en el alto índice de abandono de niños en el país, lo cual limita sus posibilidades de incorporarse a un hogar sustituto, su inscripción escolar y cualquier trámite legal que demande su identidad, violado el art. 72 de la LEPINA, que regula el derecho a la identidad.<sup>49</sup>

Derecho a contar con una familia:

El intercambio de relaciones efectivas, se da en el hogar, donde se espera que el niño y niña vivan sus primeras manifestaciones de afecto con sus

---

<sup>48</sup> Ley del Nombre de la Persona Natural, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990)

<sup>49</sup> Carlos Alberto Quesada Rojas, *Op, Cit*, p. 112, un derecho al que todo niña, niño o adolescente tiene es el de contar con una familia que le oriente, eduque, le brinde el efecto que necesita y se encargue de su crianza, lo óptimo sería que esta responsabilidad pudiera cumplirla cabalmente los padres biológico; sin embargo, existen poblaciones infantiles que carecen de esta figura jurídica de la familia, ya sea porque no cuentan con un pariente que se encargue de ellos, muchas veces porque sus padres fallecen y no tienen más familiares, porque han sido abandonados, o porque sus padres no quieren hacerse cargo de ellos y buscan instituciones para dejar en ellas a sus hijos.

progenitores, pero puede suceder que los padres sean suspendidos para ejercerla autoridad parental sobre sus hijos y por tanto los menores no puedan vivir con sus padres y contar con una familia integral donde se le brinde todos los medios necesarios para un mejor desarrollo del menor.<sup>50</sup>

La LEPINA establece en su art. 78, el derecho de los niños a conocer a su madre y padre, además en el art. 79, nos establece también que los niños y adolescentes tienen derecho de mantener relaciones personales con sus padres y en el siguiente artículo se establece el derecho que poseen los niños y adolescentes de ser criado en el seno de una familia que los proteja.

Derecho de participación:

La protección y promoción del derecho del niño es una tarea del mundo apenas comenzada, los abusos, explotación y negligencia y el olvido de los derechos de la infancia están excesivamente generalizados en cualquier lugar del mundo, independiente de su nivel de desarrollo.<sup>51</sup>

Si bien es cierto que a esto se le suma la dramática situación económica y sociocultural que tiene cada país, así como también el no cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño.<sup>52</sup>

En el marco de éste estudio, la participación de los NNA, ha sido uno de los pilares fundamentales para garantizar la exigibilidad y el cumplimiento de los

---

<sup>50</sup> Carlos Alberto Quesada Rojas y Otros, *Op, Cit*, 2011,p. 113.

<sup>51</sup> Miguel Ángel Verdugo y Víctor Soler-Sala, *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*, (UNICEF1946-1996, 1ª edición, Salamanca, España, ediciones Universidad de Salamanca, diciembre 1996), 46, la protección y promoción no es solo responsabilidad de los Estados partes de la Convención de los Derechos del Niño, sino de toda una sociedad, así como también de distintos organismo nacionales o internacionales, gubernamentales como no gubernamentales, la Convención de los Derechos del niño define y establece los principios en que se deben basar las comunidades para facilitar un desarrollo y crecimiento de los niños, niñas y adolescentes.

<sup>52</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. *Op. Cit*, A través del cual se enfatiza que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, y se subrayan aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos.



derechos estipulados en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, es así que hoy en día podemos hablar de un interés por que se les respeten sus derechos y tener un mejor derecho al desarrollo.<sup>53</sup>

En este sentido, las niñas, niños y adolescentes, ya no son simples receptores de servicios o beneficiarios de medidas de protección. Son sujetos de derechos y en consecuencia, deben ser respetados como individuos que cuentan con una creciente capacidad para participar e influir en los procesos de decisión que afectan sus vidas, su desarrollo, su educación.

Por ello, la participación significa, expresar su opinión libremente, tener iniciativas y actuar en los asuntos que son de su interés, evaluar las políticas, programas, y servicios con el fin de garantizar que éstos sean diseñados conforme a su desarrollo evolutivo,<sup>54</sup> en la categoría de derechos de participación se agrupan derechos tales como el de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información, los derechos de opinión y petición, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como los derechos de reunión y asociación.

Los derechos de participación incluidos en la LEPINA, consideran entre otros, el derecho de petición, la libertad de expresión, de opinar y ser oído, contar con acceso a la información, la protección frente a información nociva e inadecuada, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de reunión y de asociación.

---

<sup>53</sup> Se le denomina derecho al desarrollo, a todas aquellas condiciones necesarias para que las niñas, niños y adolescentes, puedan desenvolverse y crecer de manera plena en la familia y en la sociedad contribuyen a mejorar la calidad de vida desde sus primeros años, entre ellos, cabe mencionar el derecho a la identidad, a ser criado en familia, a la educación y cultura, juego y recreación, entre otros.

<sup>54</sup> CONNA. *Política nacional de protección integral de la niñez y adolescencia, Op, Cit.*

Un aspecto que resalta la importancia y la complejidad para garantizar la efectividad de los derechos que se comprenden dentro de esta categoría, es que en El Salvador, no existe información estadística de base que permita analizar o reflexionar sobre los retos y obstáculos de la participación de los NNA en el seno de la familia y en la construcción de las políticas públicas. Ello indica una diferencia sustancial frente a otros derechos que como se han analizado, cuentan con información que permite monitorear el avance en su consecución.<sup>55</sup>

En este caso, en particular, la ausencia de información da cuenta del arduo recorrido que hay que iniciar para lograr el ejercicio del derecho de participación por parte de niños y adolescentes este derecho no solo coadyuva al desarrollo pleno de la niñez, sino que también permite que los NNA como sujetos plenos de derecho puedan participar activamente en las decisiones que les afectan y en aquellas que les permiten desarrollar sus capacidades como ciudadanos.

Téngase especialmente en cuenta que la participación implica el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como un actor, que usualmente ha sido invisibilizado, ignorado o marginado en el seno de las decisiones del hogar, de la escuela y en general de los espacios públicos y privados. El derecho de participación favorece en este sentido, el desarrollo de relaciones de convivencia horizontales frente a niños y adolescentes, permitiendo y favoreciendo la construcción de una cultura no-violenta, y no impositiva, sino dialogante y reflexiva, base del ejercicio de los derechos de ciudadanía en el seno de los Estados constitucionales y democráticos.

---

<sup>55</sup> CONNA, *Política nacional de protección integral de la niñez y adolescencia de El Salvador (PNPNA 2013-2023)*

Derecho de petición:

En el artículo 92 de la LEPINA<sup>56</sup> nos dice que es el derecho de petición, a esto nos menciona que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismo en forma respetuosa ante cualquier autoridad legalmente constituida y a obtener respuesta oportuna y congruente.

En niño gozará de protección especial del Estado salvadoreño y este está en la obligación de velar porque se le cumplan y se le respeten los derechos, es decir, que el niño puede dirigir sus peticiones ante las autoridades competentes y el Estado debe de ser lo más precisos a responder esas peticiones.

En su inciso segundo del artículo nos dice que reconoce a todas las niñas, niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su madre, a su padre, a sus representantes o responsables, las niñas, niños y adolescentes no tienen limitante a este derecho pueden presentar sus peticiones a las autoridades competentes sin ninguna restricción que las que tienen sus padres, facultades legales que el mismo Estado se las establecido en los cuerpo normativos, pero si a las niñas niños y adolescentes se les viola este derecho y los padres son los responsables el Estado debe de velar y proteger a esta parte de la población vulnerables.

Los peticionantes deberán expresar los elementos necesarios sobre su identidad y lugar para recibir notificaciones, a esto nos referimos en su inciso tercero del citado artículo, es decir que para presentar sus peticiones debe de

---

<sup>56</sup> Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia, el Estado salvadoreño debe de responder a esas peticiones que los NNA tienen como derecho, en la Memoria de Labores 2013-2014 del Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia nos menciona que resulta interesante observar que en torno al derecho de petición, las Procuradurías Auxiliares de la PGR, han recibido 2,410 solicitudes directamente por las y los adolescentes, las peticiones están relacionadas a la solicitud de alimentos, reconocimiento de hijas e hijos y rectificación de partidas de nacimiento.

respetar ciertos requisitos por ejemplo para recibir sus notificación cuando ya le han dado sus respuesta tendrá que haber dado sus generales, el lugar donde recibirá las notificaciones, este derecho facilita verdaderas herramientas para que las niñas, niños y adolescentes intervengan de manera activa en los espacios de su interés y en los asuntos que les afectan tanto en la familia, como en la escuela y la sociedad en general.<sup>57</sup>

Derecho a la libertad de expresión:

Toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos<sup>58</sup>, todas la personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación, sin discriminación por ningún motivo, inclusive los de raza, color religión o cualquier condición social.<sup>59</sup>

En la legislación salvadoreña y especialmente en la LEPINA se establece este derecho en el artículo 93 inc. 1°, y nos dice que las NNA tienen derecho a expresarse libremente, a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, de forma oral, por escrito, en forma artística, simbólica o por cualquier otro medio que elijan, sin más limitantes que las prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

---

<sup>57</sup> Como cualquier trámite administrativo se debe de respetar el Principio de Legalidad establecido en el artículo 3 inc. 1° del Código Procesal Civil y Mercantil, "Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente", es decir que las peticiones se harán ante la autoridad competente respetando el Principio de Legalidad, como ya hemos mencionado anteriormente ante la vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es el Estado mediante el CONNA la que vela por que se respete los derechos.

<sup>58</sup> Principio N° 2 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante sus 108° periodo de sesiones, celebrado en Washington D.C, del 2 al 20 de octubre del 2000.

<sup>59</sup> Carlos Correa y Otros, *Libertad de Expresión. Una discusión sobre sus principios, límites e implicaciones*, (Universidad Católica Andrés Bello, Montalbán, La Vega/Caracas, 2007), 16.

Las Niñas, Niños y Adolescentes, pueden expresarse libremente dando sus opiniones y a ser escuchados ya que es un derecho que se les debe de respetar y juega un papel fundamental en su desarrollo dentro de la sociedad, y es indispensable para una formación pública frente de ella.<sup>60</sup>

Derecho a opinar y ser oído:

Aunque muchas personas y la sociedad en general no lo saben o no quieren saberlo, los niños, niñas y adolescentes, tienen el derecho a opinar y a ser escuchados recogidos en las diferentes legislaciones de nuestro país, es así que no hace falta encontrar a un menor envuelto en un proceso judicial para que se escuche su declaración, como es lo más común.

Los niños y niñas tienen opiniones propias y fundadas en su experiencia y su conocimiento, normalmente acorde con su edad, los menores tienen derecho a opinar sobre todos los procesos sociales que les concierne, así como formar parte de debates sobre temas de actualidad, cultura y sociedad, y ser escuchados, por lo que la sociedad tiene el deber de tomar en cuenta la opinión de los mismos las niñas, niños y adolescentes.

El derecho de opinar y a ser oídos en cuanto al ejercicio de los principios, garantías y dificultades establecidos en la LEPINA, en su artículo 94, regula este derecho tan importante que en un futuro, este derecho podrá ser ejercido ante cualquier entidad, pública o privada y estas deberán dejar constancia en

---

<sup>60</sup> Los derechos de la niñez en la actualidad se ha convertido en uno de los temas de interés para ser abordado por diferentes sectores de la sociedad debido a las diferentes problemáticas, todos los niños tienen derecho a expresar sus opiniones y a que éstas sean tenidas en cuenta por su familia y profesores. Los niños tienen derecho a informarse y a comunicarse con los demás. También tienen el derecho a compartir sus puntos de vista con otros niños o personas adultas, en sus hogares, en sus familias, escuelas o en otros lugares donde ellos se pueden expresar libremente y puedan ser escuchados.

sus resoluciones de las consideraciones y valoraciones relacionadas con la opinión expresada por aquellos.<sup>61</sup>

Cuando el ejercicio de ese derecho no resulte conveniente al interés superior de las Niñas, Niños y Adolescentes, este se ejercerá por medio de su madre, padre, representantes o responsable, siempre que no sean partes interesadas ni tengan interés contrapuesto a los de los Niños y Adolescentes.<sup>62</sup>

Derecho de acceso a la información:

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>63</sup>, focaliza el derecho a la información hacia el rol de los medios masivos de información, pero igualmente se refiere a la obligación general del Estado en asegurar, especialmente, el acceso de la niñez a la información y a material de diversas fuentes.<sup>64</sup>

En la LEPINA se encuentra regulado este derecho y nos menciona que las Niñas, Niños y Adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y utilizar información a través de diferentes medios, bajo la debida dirección y orientación de sus padres, representantes. También nos menciona que es

---

<sup>61</sup> LEPINA. En la mayoría de ocasiones, es difícil que esto suceda, pues los adultos se enfrascan en la supremacía del poder de las experiencias que nos da la vida, por lo que puede considerarse que los niños, todavía en proceso madurativo no son conscientes de la realidad en la que se mueven.

<sup>62</sup> Art. 94 inc.2° LEPINA. Establece: *“La oportunidad que tienen los niños y adolescentes y el legislador establece que se haga efectivo el ejercicio personal de este derecho, especialmente en los procedimientos administrativos o procesos judiciales que puedan afectar sus derechos e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.”*

<sup>63</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. En su artículo 17, establece que los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedente de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

<sup>64</sup> UNICEF, *Derechos humanos de la niñez y adolescencia, la tarea pendiente*, (s.e), 86.

deber de la familia, el Estado y la sociedad asegurar y garantizar que las NNA reciban una información plural, veraz y adecuada a sus necesidades, así como proporcionarles la orientación y educación para el análisis crítico.<sup>65</sup>

Derecho de audiencia:

El artículo 2 de la Constitución de la República, establece: Art. 2.- *"Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos"*.

Al incluir el actual constituyente el derecho a la seguridad dentro de los enumerados por el artículo 2 constitucional, lo señala expresamente como un derecho fundamental, dejando de estar como un simple objetivo teleológico del Estado para convertirse en un derecho público subjetivo de toda persona, dicho principio de seguridad jurídica ampara contra la privación arbitraria de cualquier derecho, derecho que por otra parte encuentra su protección jurisdiccional en el artículo 11 de la Constitución al establecer el juicio previo para todo acto de privación de derechos.<sup>66</sup>

Este trascendental cambio tiene que significar necesariamente, un nuevo camino a la doctrina jurisprudencial constitucional ya sobre bases constitucionales expresas y seguras, así manifestó la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución en su Informe en relación con el artículo 2:

*"Este concepto de seguridad aquí incluido es, en opinión de la Comisión, algo más que un concepto de seguridad material, no se trata únicamente del derecho que puede tener una persona a que se le garantice estar libre o*

---

<sup>65</sup> Art. 95. *LEPINA*, como obligación del Estado y especialmente de los padres en garantizarles una información adecuada y el Estado debe de dar un acceso a la información veraz, creando instrumentos, mecanismos e instituciones responsables de su promoción y efectividad.

<sup>66</sup> Sandra Morena Laguardia, "La garantía de audiencia en la doctrina de la sala de lo constitucional" (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 1990), 90.

*ausente de todo peligro, daño, o riesgo, que ilegítimamente amenace sus derechos sino también se trata de la seguridad jurídica como concepto inmaterial, es la certeza del imperio de la Ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de la persona tal y como la ley los declara".*

La Constitución de la República regula el derecho de audiencia en el Art. 11 *"Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro derecho sin ser previamente oído y vencido en juicio..."*

Este derecho puede ser definido como la facultad que tiene todo imputado, y dicho más ampliamente todo justiciable, a ser escuchado por el órgano competente, que en un principio es la autoridad judicial, pero excepcionalmente puede serlo la policía durante la fase de prevención.<sup>67</sup>

El derecho de audiencia en la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene su origen en el Art. 2, inciso primero, donde sostiene *"los Estados partes respetan los derechos enunciados en la presente convención y aseguran su aplicación a cada niño sujeto en su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, de opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posesión económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición de niño, de sus padres o de sus representantes legales."*<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Gloria Angelina Carpio Avilés, *Los postulados en la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Penal Juvenil, la Garantía de Audiencia y el derecho a la Defensa Técnica*, (2006),116. El derecho de audiencia para Manuel Osorio, en el diccionario jurídico de ciencias jurídicas, políticas y sociales es el "acto de oír a las personas que oponen, reclaman o solicitan una cosa, también es ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en juicio para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en juicio o en expedientes.

<sup>68</sup> *Ibidem*. 117 asimismo los "Estados partes tomaran todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo..."



El derecho a ser oído se relaciona íntimamente con el derecho de defensas, según el precepto constitucional, derecho de audiencia se observa en el Art.11, si bien en su contenido implica el desarrollo de una actividad jurisdiccional, no por eso debe interpretarse que obliga solo a los Tribunales o no autoridades de los otros órganos del Estado cuando realizan materialmente la función de administra justicia.

## 2.2 Instituciones que promueven la aplicación de la LEPINA

En abril de 1990, El Salvador ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, iniciando un proceso de adecuación de los marcos legales e instituciones relacionados con la familia, la niñez y la adolescencia, es así que se crean diferentes instituciones estatales para poder tener una mejor protección hacia la base fundamental de la sociedad que es la familia, ello implica concebirla como prioridad en todas las líneas de acción política y no dejamos de lado a la niñez y adolescencia ya que se encuentra vinculada a lo relacionado con la familia.<sup>69</sup>

Es una responsabilidad ineludible para el padre o la madre que asume el cuidado y tutela del niño,<sup>70</sup> facilitar las relaciones afectivas con el que no tiene este poder, también deberá promover el vínculo afectivo con la familia del que no

---

<sup>69</sup> Berta Alicia Ruiz y otros. *Derechos Humanos de la Niñez, la tarea pendiente, base para un Código de la Niñez y de la Adolescencia.* (s.e), 63, el Estado se encuentra llamado a garantizar las condiciones mínimas de supervivencia digna del conjunto familiar y en ello adquiere una responsabilidad primaria, es por ello que está en la obligación de crear instituciones encargadas de proteger y velar por los derechos de los niños y adolescentes cuando el núcleo familiar decide dividirse y llegan a la conclusión de separarse.

<sup>70</sup> Código de Familia, artículo 272. Se debe señalar que algunas veces el derecho a mantener relaciones afectivas con el padre o la madre puede estar condicionado por la causa que ha motivado la separación, aquellos casos en los cuales la relación con uno de sus progenitores represente para el menor la posibilidad de un peligro inminente, será la autoridad judicial competente la que determine lo más conveniente para él.

tiene el cuidado del hijo, es por ello que en este capítulo se hará un estudio de las instituciones que promueven el desarrollo del Interés Superior del Niño.

### **2.2.1 Tribunales de Familia**

Tradicionalmente el Derecho de Familia ha sido enmarcado dentro del derecho privado, específicamente en el Derecho Civil, sin embargo, el hecho de poseer caracteres propios que le producen una especial fisonomía, ha despertado en algunos juristas la inquietud sobre si es correcto ubicar el derecho de familia como parte del derecho privado o si quedada mejor ubicado en el derecho público o si constituye una rama independiente de ambos, al principio se discutió si el derecho de familia pertenecía al derecho privado o al derecho público, después de una serie de teorías que sustentaban la posición de la familia frente al Estado, se estableció que no se podía separar uno del otro, sin embargo en un primer momento el derecho de familia pertenencia al Derecho Civil.<sup>71</sup>

Antes de dar una respuesta, es necesario dar marcha atrás, referimos al Código Civil de 1860, hacer un poco de historia en relación a algunas constituciones de El Salvador, para arribar finalmente a la Constitución de 1983 y al Código de Familia, El Código Civil de 1860, en materia familiar según

---

<sup>71</sup> La historia del Derecho Social empieza cuando se exponen con claridad las primeras ideas respecto a la protección, no de una clase determinada de la sociedad o de grupos específicos de ellas, sino del cuerpo social mismo mediante la integración de todos sus componentes en un régimen de justicia social, pero su ubicación precisa en el tiempo, es a partir de la Constitución Mexicana de 1917 reafirmada por la de Weimar de 1919, conformado por los "Derechos Sociales", este gran movimiento del Derecho de Familia se ha producido primero en Europa a partir de la primera post guerra mundial, posteriormente en América, pues en la mayoría de los países de ambos continentes se han elevado a la categoría de constitucionales preceptos relativos a la familia y al Derecho del trabajo que constituyen las bases del Derecho Social movimiento que se ha denominado "Constitucionalismo Social", este movimiento, como ya se ha dicho lo encabeza México que se adelantó a los países europeos con su constitución de 1917 seguida de la Constitución de Weimar en 1919, en las cuales la expresión de los derechos sociales y la protección de la familia alcanzan su máximo desarrollo.

afirma el Jurista salvadoreño Mauricio Guzmán: “En la época colonial regía el caos y la anarquía, había leyes contradictorias en compilaciones diversas, cuyo orden preferente estaba en tela de juicio, este caos se intensificó en El Salvador, luego de su independencia, ya que en los primeros lustros como apuntó el presbítero Isidro Menéndez se legisló hasta el prurito, sin tino ni orden.”<sup>72</sup>

Los tribunales de Familia, conocen de los conflictos familiares, en consecuencia conocen de los divorcios, materia en la cual descansa nuestra investigación ya que en las resoluciones que dictan los jueces competentes tienen importancia ya que en dichas resoluciones, no solo se decide dar el divorcio a los cónyuges, también se toma en cuenta el interés superior de la niñez y adolescencia y las necesidades de ellos frente a cada fallo, porque cada familia es diferente, es por esa razón que los jueces tienen una facultad delicada, porque en sus manos esta tomar una buena decisión.

En los tribunales de Familia de El Salvador, el daño moral a favor del hijo en un proceso de divorcio, se refiere cuando el padre ha desprotegido a su hijo y no le ha proporcionado la ayuda necesaria, se está frente a conductas propias de un padre irresponsable, estos comportamientos constituyen una restricción en las relaciones y trato al cumplimiento coercitivo de la obligación adquirida, por otra parte, la lesión a los sentimientos de la madre han producido un rechazo hacia su cónyuge, que no debe ser trasladado al niño, pese a ser un hecho

---

<sup>72</sup> En 1824 la primer Constitución ordenó al Congreso formar el Código Civil, el cual fue sancionado el 23 de Agosto de 1859, pero habiendo entrado en vigencia el año siguiente, se conoce como "Código Civil de 1860", cuya fuente inmediata es el Código Civil chileno, el cual a su vez se inspira en el Código Civil francés decretado por Napoleón, este último cuerpo de leyes en lo que respecta a la materia familiar, estaba profundamente influenciado por el Derecho Romano y por el Derecho Canónico, en consecuencia nuestra legislación familiar contenida en el Código Civil de 1860 tenía marcada influencia del Derecho Canónico, por lo que, tal como lo afirma el Dr. Mauricio Guzmán "el matrimonio religioso producía efectos civiles, la nulidad de tal acto jurídico debía ser declarado por funcionarios eclesiásticos, se establecían las categorías ominosas de hijos incestuosos y sacrílegos, la investigación de la paternidad natural carecería de acción procesal.

reprochable, por cuanto con ello se afectara más de lo que ya está su personalidad en formación, en los aspectos biológico, psicológico y social, tanto que actualmente el niño necesita terapia psicológica para mejorar las relaciones interpersonales con su progenitor, las relaciones que no son solidas ni se ha cimentado la afectividad, esa situación amerita una indemnización, por daño moral, la que será cuantificada según el juzgador.<sup>73</sup>

Es importante hacer mención de que es deber del juzgador escuchar la opinión de los niños en los conflictos familiares y en los que afecten el interés superior de los mismos, este criterio debe ser valorado mediante los estudios técnicos, con respecto a ello, la opinión de los niños, no es vinculante para los jueces, es decir no constituye un elemento que ata al juzgador a resolver en determinado sentido, cada niño o adolescente, por el hecho de ser persona, tiene la misma dignidad que una persona adulta, en lo que se refiere a esa dignidad el niño o el adolescente no es un ser inferior o secundario, no es una persona a medias, no es parte de otra persona ni grupo de personas, por el contrario debe ser visto, considerado y tratado a partir del reconocimiento de la autonomía propia de toda persona.<sup>74</sup>

En los tribunales de familia, las opiniones emitidas por los niños y adolescentes, deben ser debidamente valoradas, ponderadas y tomadas en

---

<sup>73</sup> Concejo Nacional de la Judicatura. *Líneas y criterios jurisprudenciales*. (primera edición, San Salvador, El Salvador, CNJ-ECJ, 2010), 44. En todo proceso familiar y en aquellos que afecten el interés superior de los niños, debe tenerse en consideración lo expresado por los mismos, en los asuntos en que de alguna manera les afecte, el juzgador toma en cuenta lo dicho por los profesionales del equipo multidisciplinario, sin embargo no es menos cierto, que lo que los hijos expresan no siempre será lo que mejor garantice su interés pudiendo aun emitir soluciones contrarias a su propio interés motivados o influenciados por el progenitor con el cual tengan mayor trato e identificación, generalmente por aquel con el cual convive.

<sup>74</sup> UNICEF. *Situación de los derechos de la niñez y adolescencia salvadoreña a diez años de la Convención sobre los derechos del niño*, (editorial Criterio, San Salvador, 2000), 34. El principio del interés superior del niño y del adolescente sirve de guía de carácter general para conjugar ambas realidades, el campo de aplicación de este principio es sumamente amplio, abarca en general a todas las decisiones que puedan afectar a los niños y adolescentes y en particular a todas aquellas acciones en las que esté en juego el reconocimiento y la aplicación de sus derechos.

cuenta por las personas obligadas a oír las, incorporando esta escucha en la construcción de la sentencia, el juez al tomar cualquier decisión en la que le afecte el entorno de los niños o adolescentes, debe basarse en el interés superior de los niños, aunque este interés no coincida con su voluntad, pues aunque la opinión es un factor importante para resolver el asunto, la decisión judicial debe ser autónoma y razonada debe responder a los hechos, motivaciones y circunstancias objetivas, valorando no solamente lo que exprese el niño literalmente, si no que valorando si la opinión esta matizada o influida.<sup>75</sup>

En la realidad salvadoreña, los tribunales de familia,<sup>76</sup> cumplen a manera de trámite meramente administrativo el hecho de escuchar la opinión de los menores, ya que cuando se escucha la opinión del menor en la audiencia especial, se le toma en privado, sin que ninguna de las partes pueda darse cuenta de lo que el niño, niña o adolescente pudo haber dicho en su declaración y posteriormente, dicha declaración es protegida, en sobre cerrado sin que nadie tenga acceso, de esta manera no queda consignada en el acta de sentencia lo dicho por el niño, en ese sentido los tribunales de familia, están faltando a aplicar el principio del Interés superior del niño y adolescentes, ya que el derecho de opinar constituye en la mayoría de los procesos judiciales, la única posibilidad que tiene la niña, el niño o el adolescente, de dirigirse directa y personalmente al juez y exponer su posición frente al conflicto planteado, la cual puede ser aun contraria a la de sus representantes, por lo cual debe

---

<sup>75</sup> Con ayuda de los equipos multidisciplinares se puede determinar mediante la participación de los profesionales encargados de tomar entrevista a los niños, verificar el grado de madurez y afectación que puedan tener las niñas, niños y adolescentes, respecto de las decisiones.

<sup>76</sup> Sentencia de Recurso de Apelación, Referencia 4-A-2012, (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección del Centro, 2012), 4 y 5, la sentencia señala que la LEPINA, se aparta de la concepción tradicional del Código Procesal Civil y Mercantil y que garantiza al niño, aun capacidad procesal para actuar, así también la Cámara señala que ante la no consignación de la opinión en el acta agregada al proceso, a pesar de constatar la comparecencia y firma de la niña afectada, el juez a quo, cometió una vulneración del derecho de audiencia, no obstante la Cámara no declaró la nulidad de lo actuado.

catalogarse como una garantía propia del proceso, de tal forma que si no deje constancia de ello, puede incurrir en la vulneración de derechos.

### 2.2.2 Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, CONNA

El artículo 134 de La Ley de Protección de la niñez y adolescencia establece la naturaleza y las funciones del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en adelante CONNA así: *“el CONNA, es una institución con personalidad jurídica, de derecho público, patrimonio propio y autonomía en lo técnico, financiero y administrativo, la cual se relacionara y coordinara con los demás órganos del Estado por medio del ministerio de Educación.”*<sup>77</sup>

*El CONNA tendrá su domicilio en la ciudad donde establezca su sede y su ámbito de actuación se extenderá a todo el territorio nacional, las funciones primordiales del CONNA son el diseño, aprobación y vigilancia de la Política Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia, la coordinación del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y la defensa efectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.*

#### 2.2.2.1. Funcionamiento del CONNA

El funcionamiento y organización del CONNA deberá observar rigurosamente el principio de prioridad absoluta de los derechos de la niñez y la adolescencia, de manera que todas sus atribuciones y competencia deberán ser ejercidas con el objeto de garantizar íntegramente los derechos y libertades fundamentales. Asimismo el interés superior del niño, niña adolescente deberá ser la consideración esencial y primaria en todas las acciones ejecutadas.<sup>78</sup>

Las funciones primordiales del CONNA, son el diseño, aprobación y vigilancia de la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia,

---

<sup>77</sup> Memoria de labores CONNA, *Op. Cit*, 26.

<sup>78</sup> Art. 2 inc. 2° y 3° del RICONNA.

PNPNA, la coordinación del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y la defensa efectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.<sup>79</sup>

Uno de esos derechos y de suma importancia es el Derecho a Opinar y ser Oído, el CONNA como ya se mencionó anteriormente es la institución encargada de velar porque se respeten los derechos de la Niñez y Adolescencia, es así que recientemente se creó un mecanismo de participación a nivel nacional, el cual es el Consejo Consultivo de la Niñez y la Adolescencia<sup>80</sup>, una organización con representación de la niñez y adolescencia a nivel nacional, integrado por Niñas, Niños y Adolescentes.

#### 2.2.2.2 Estructura organizativa del CONNA, relaciones con instituciones del Estado.

Para asegurar el logro de sus objetivos y el cumplimiento de sus atribuciones, el CONNA contará, con los siguientes órganos: El Consejo Directivo, la dirección Ejecutiva y las demás dependencias que se definan en su reglamento interno y de funcionamiento, dichas entidades contarán con el personal técnico y administrativo que fuere necesario.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> LEPINA Artículo 134.

<sup>80</sup> El Consejo Consultivo de la Niñez y la Adolescencia fue creado por Acuerdo de Consejo Directivo del CONNA, número cinco de la sesión ordinaria 28 de agosto de 2014, el Consejo ha sido concebido como una organización de Niñas, Niños y Adolescentes, que representan a la Niñez y a la Adolescencia del país, que ejercen ciudadanía activa, promueven el ejercicio pleno del derecho de participación y que busca incidir en la toma de decisiones de los integrantes del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, sobre los temas o asuntos que les implican.

<sup>81</sup> Según artículo 137 de la LEPINA. Los representantes del Órgano ejecutivo serán los titulares de las secretarías de Estado responsables de dichos ramos, los cuales solo podrán ser sustituidos exclusivamente por el vice-ministerio correspondiente, en el caso de la Procuraduría General de la República solo podrá ser nombrado para tal efecto el respectivo procurador adjunto y el presidente de la corporación de municipalidades de la República de El Salvador..

El órgano supremo del CONNA es el Consejo Directivo, el cual estará integrado por la máxima autoridad de las siguientes Instituciones:

Del Órgano Ejecutivo, los titulares encargados de los siguientes ramos: Seguridad Pública y Justicia, Hacienda, Educación, Trabajo y Previsión Social y Salud, la Procuraduría General de la República y cuatro personas representantes de la sociedad civil, elegidas por la Red de Atención Compartida, dos de las cuales deberán pertenecer a organizaciones no gubernamentales de los Derechos Humanos.

### 2.2.2.3. Competencia del CONNA

Las principales funciones del CONNA, según el artículo 134, son las siguientes: El CONNA es la máxima autoridad del Sistema de Protección Integral y tendrá las siguientes funciones: según artículo 134, LEPINA.<sup>82</sup>

*“Diseñar, consultar, aprobar, modificar y difundir la Política Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia”<sup>83</sup>*

*“Vigilar y asegurar la coherencia de las distintas políticas, decisiones y acciones públicas, con la Política Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia”<sup>84</sup> “Evaluar la Política Nacional de Protección de la Niñez y*

---

<sup>82</sup> Artículo. 134. LEPINA. *“El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, es una institución con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio y autonomía en lo técnico, financiero y administrativo, la cual se relacionara y coordinara con los demás Órganos del Estado por medio del Ministerio de Educación, este tendrá su domicilio en la ciudad donde establezca su sede, y su ámbito de actuación se extenderá, a todo el territorio nacional.”*

<sup>83</sup> La Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, implica el compromiso estatal de asegurar la materialización de los derechos de niñas, niños y adolescentes, mediante el impulso de un cambio cultural que debe ser asumido por el Estado, las familias y la sociedad, su eficacia radica en la institucionalización de las directrices establecidas en la misma, así como la inversión prioritaria que se destine en la niñez y la adolescencia, con la participación activa de todos los integrantes del Sistema Nacional de Protección en su implementación.

<sup>84</sup> El CONNA, ha dado prioridad a la difusión y promoción de los mecanismos que coadyuven a que los miembros del Sistema de Protección asuman la Política como eje orientador.



*Adolescencia, como mínimo cada tres años y formular las recomendaciones correspondientes”*

*“Planificar y coordinar la implementación y funcionamiento del Sistema de Protección Integral para el efectivo cumplimiento de sus fines”*

A manera de conclusión, en este capítulo sobre las instituciones que intervienen en los procesos de divorcio, se toma en cuenta a cuatro las cuales se consideran las más cercanas a promover la participación de la Niñez y Adolescencia, ya que son creadas entre sus diversos fines el de proteger los derechos de participación de las Niñas, Niños y Adolescentes.<sup>85</sup>

Los derechos de participación, se configuran como transformaciones sustanciales en las formas tradicionales de concebir a la niñez y la adolescencia, parten del reconocimiento de que los Niños, Niñas y Adolescentes, son sujetos de derechos y ciudadanos sociales, capaces de ejercer por sí mismos sus derechos de manera progresiva y responsable, con la intervención de las instituciones supra relacionadas.

Dichas instituciones se consideran herramientas para que los Niños, Niñas y Adolescentes, intervengan de manera activa en los espacios de su interés y en los asuntos que les afectan tanto en la familia, como en la escuela y la sociedad en general, también promueven el ejercicio de la ciudadanía social a través del ejercicio de derechos como el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de expresión e información, opinión y

---

<sup>85</sup> Todos estos derechos forman parte de ese nuevo paradigma en el cual los Estados deben enfocar sus esfuerzos, tanto para emitir políticas públicas destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos de todos los Niños, Niñas y Adolescentes, como para generar políticas especiales destinadas básicamente a atender circunstancias de grupos de niñas, niños y adolescentes en condiciones especiales de vulnerabilidad, en el marco de éste estudio diagnóstico, la participación de los Niños y Adolescentes, ha sido uno de los pilares fundamentales para garantizar la exigibilidad y el cumplimiento de los derechos estipulados en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

asociación, todo parecería indicar que el Modelo de Protección Integral, concebido y definido en la Convención de los Derechos del Niño y en los instrumentos normativos nacionales como la LEPINA, requieren e implican efectos, y pretenden construir por tanto, una protección integral y efectiva, por medio de la generación de políticas públicas de niñez y adolescencia que reúnan una serie de condiciones para garantizar los derechos, lineamientos que han sido puestos por cada una de las instituciones para fortalecer y servir de guía para los niños y adolescentes en pro del Interés Superior de los Niños y adolescentes.<sup>86</sup>

El marco de la participación de los Niños y Adolescentes, ha sido uno de los pilares fundamentales para garantizar la exigibilidad y el cumplimiento de los derechos estipulados en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en este sentido, las niñas, niños y adolescentes, ya no son simples receptores de servicios o beneficiarios de medidas de protección, son sujetos de derechos y en consecuencia, deben ser respetados como individuos que cuentan con una creciente capacidad para participar e influir en los procesos de decisión que afectan sus vidas, por ello, la participación significa, expresar su opinión libremente, tener iniciativas y actuar en los asuntos que son de su interés, evaluar las políticas, programas, y servicios con el fin de garantizar que éstos sean diseñados conforme a su desarrollo evolutivo.

---

<sup>86</sup> En la categoría de derechos de participación se agrupan derechos tales como el de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información, los derechos de opinión y petición, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como los derechos de reunión y asociación, un aspecto que resalta la importancia y la complejidad para garantizar la efectividad de los derechos que se comprenden dentro de esta categoría, es que en El Salvador, no existe información estadística de base que permita analizar o reflexionar sobre los retos y obstáculos de la participación de los Niños, Niñas y Adolescentes, en el seno de la familia y en la construcción de las políticas públicas, ello indica una diferencia sustancial frente a otros derechos que como se han analizado, cuentan con información que permite monitorear el avance en su consecución, se tiene especialmente en cuenta que la participación implica el reconocimiento de la Niñez y Adolescencia como un actor, que usualmente ha sido ignorado o marginado en el seno de las decisiones del hogar.

## **CAPITULO III EL DERECHO DE OPINION DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS FAMILIARES**

### **3.1 Generalidades sobre los procesos judiciales.**

Los procesos judiciales son un proceso justo cuando se adhiere a los principios de las democracias constitucionales, que respetan la esfera patrimonial de los sujetos de derecho, individual o colectivamente considerados, y las situaciones jurídicas que éstos ostentan en sus comunidades y que por lo tanto, les permite la participación activa en los trámites que los lleva de una situación jurídica anterior a otra posterior, esto es, cuando se les concede la oportunidad de intervenir en el juego procesal que resuelve las peticiones en las que ellos tienen un interés, todo lo anterior se traduce, por ejemplificar, en el respeto a ser oído y vencido en juicio.<sup>87</sup>

Existe proceso justo cuando el objeto de debate procesal ocupa la situación que verdaderamente le corresponde, precisamente, cuando tratándose de una persona, ella no es cosificada, sino que su humanidad es dignificada al ser considerada como fin superior en sí misma, de esta forma, la estructura del debido proceso no gira, únicamente, entorno a aspectos formales, como los que definen las fases y las actuaciones procesales, sino que también conlleva aspectos materiales o cualitativos, como los que exigen pronta justicia o una sentencia debidamente fundamentada por parte del juzgador, sin embargo, hay supuestos negativos que contradicen lo antes expuesto, como el hecho de cosificar a un hijo y verlo como objeto de ganancia de la pretensión.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Constitución de la República. Artículo 11, en términos generales es a lo que se refiere el referido artículo, en dar la oportunidad que las personas sean escuchadas y vencidas en juicio, la garantía de audiencia.

<sup>88</sup> Cristian Palacios, “La garantía de audiencia de la niñez y la adolescencia” PARTE I”. Publicado en la Revista Jurídica Digital Enfoque Jurídico, 28 de mayo (2015). <http://www.enfoquejuridico.info>

La capacidad progresiva, requiere de significaciones reales que se sustraen de la reflexión o meditación pura, es decir, el derecho es práctico, pertenece al mundo del ser, aunque se inspire en calificaciones que persiguen un estado ideal del deber ser, entonces, si el derecho es un argumento empírico, los sujetos que lo llevan al terreno de la realidad deben ser capaces de demostrarlo, esto es, deben ser capaces de argumentar, demostrar y vivir los derechos de los que se dicen ser titulares, no obstante ello, no todos los sujetos son capaces de demostrar el derecho, concretamente, algunos sujetos son mental o físicamente incapaces de exigir sus derechos y de cumplir con sus obligaciones.

El derecho romano ha heredado categorías que intentan explicar quiénes son capaces de ejercer derechos y de cumplir con obligaciones, en la antigüedad, en Roma, los sujetos capaces de ejercer derechos eran las personas, pero el título de persona devenía no por el simple hecho de pertenecer a la raza humana y vivir un instante de vida posible según teoría de la vitalidad, sino que se requería cumplir con una serie de requisitos como ser libre, ciudadano y no estar sometido a autoridades familiares, por lo tanto, capaz de ser titular de derechos y deberes, en otras palabras, capaz de argumentar o personificar el derecho, únicamente eran aquellos que cumplían con tales requisitos, significa, pues, que en Roma las personas capaces de materializar el derecho eran algunas, en virtud que la regla general era que no todos los seres humanos se consideraban como personas, en la actualidad la regla se invierte, pues se es persona por requisitos diferentes, lo que equivale a decir que, se es capaz de argumentar o demostrar el derecho por el simple hecho de pertenecer a la raza humana y vivir independientemente de la madre por un instante de tiempo.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño, 51º periodo de sesiones, Ginebra, 25 de Mayo a 12 de Junio de 2009. El derecho del Niño a ser Oído. Numeral 28. Es necesario tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño."

Además, se presume que todos son capaces de materializar o personificar el derecho, ya que todos son legalmente capaces, salvo aquellos que la ley imputa como incapaces, según lo confirma el artículo 1317 del Código Civil, por esto, la teoría de la capacidad legal está íntimamente relacionada con la teoría de la personalidad jurídica, ahora bien, sin ánimo de detallar la teoría de la incapacidad de las personas, artículos 1316 y siguientes del Código Civil, brevemente se puede decir que, la capacidad está referida a la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones por ser persona y la incapacidad a la imposibilidad de ejercer la titularidad de los mismos por alguna cualidad personal que afecta la aptitud real de ejercer tales derechos y tales obligaciones, de donde se deriva la idea de capacidad de goce y ejercicio y casi de forma correlativa, la idea de incapacidad relativa y absoluta.

La ley imputa como incapaces absolutamente a los impúberes e incapaces relativamente a los menos adultos, conforme al artículo 26 del Código Civil, impúber es el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce y menor adulto el que ha superado dichas edades, sin alcanzar la mayoría de edad, estos sujetos son portadores de un patrimonio, de derechos y acciones, pero no son capaces de hacerlos valer por sí mismos por determinados motivos, como la minoría de edad,<sup>90</sup> la necesidad de representación de un tercero o la inaptitud mental o física, en lo que a los niños y adolescentes concierne, se dicen que son sujetos incapaces relativamente, porque existe un parámetro biológico de madurez delimitado

---

<sup>90</sup> Cristian Palacios, *Op. Cit.* Contemporáneamente se estima que los niños y adolescentes se desarrollan de forma progresiva, motivo por el cual deben participar imperativamente en aquellos asuntos procesales en lo que tengan interés, en la medida que su madurez y discernimiento se los permita esta participación es forzosa, porque los niños y adolescentes son portadores de una capacidad progresiva, que vincula al juez a tomar en cuenta la realidad interiorizada por ellos al momento de emitir la correspondiente sentencia, para tal efecto, el juez debe escuchar la opinión que ellos tengan respecto del objeto de debate, en la medida que tengan la capacidad racional para comprender la realidad procesal a la que se enfrentan.

convencionalmente a través de la ley, que expresa que ellos no han alcanzado la mayoría de edad.

La anterior obligación es expresión de los principios de las democracias constitucionales que inspiran al proceso justo, ya que los hijos, por ejemplo, cuando integran el objeto de debate, también tienen derecho a participar en el asunto familiar que se discute, por ello, el artículo 7 letra j) de la Ley Procesal de Familia,<sup>91</sup> indica que es un deber del juez, “oír al menor cuando hubiere cumplido doce años de edad, en todos los procesos y diligencias que le afecten, antes de dicha edad, el Juez tendrá contacto con el menor y de ser posible dialogará con él”.

El incumplimiento de la anterior obligación puede ser objeto de nulidad de las actuaciones procesales, lo anterior constituye la garantía de audiencia de la niñez y adolescencia, más bien, una garantía de audiencia colateral o derivada, porque los niños y adolescentes no son partes directas en el juego procesal, sino que sólo integran el objeto de debate del mismo, existen situaciones especiales en las que esta garantía de audiencia colateral o derivada hace que el proceso tome direcciones muy particulares, que requieren de un delicado esfuerzo intelectual de parte del juzgador, como aquellos casos en los que la opinión del hijo significa una auto-vulneración de sus propios derechos, por ejemplo, existen casos en los que el niño o adolescente manifiesta que no desea recibir asistencia económica de parte de uno de los padres, que no quiere relacionarse con uno ellos, o que están de acuerdo en que se declare la pérdida de la autoridad parental que sobre él ejerce, a pesar

---

<sup>91</sup> Ley Procesal de Familia. El juez al tomar cualquier decisión en la que afecte la esfera de derechos del niño, debe basarse en el interés superior del mismo, aunque este interés no coincida con su voluntad, pues aunque la opinión es un factor importante para resolver el asunto, decisión judicial debe ser autónoma, razonada y debe responder a los hechos motivaciones y circunstancias objetivas, valorando no solamente lo que literalmente exprese el niño, sino que valorando si la opinión está elaborada e influida, para lo cual es idóneo el auxilio de profesionales en la conducta, a través de las evaluaciones correspondientes.

que de accederse a lo que solicita signifique la vulneración de sus propios derechos.<sup>92</sup>

El derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en todos los asuntos que puedan afectar su proyecto de vida futura, se consagra como uno de los principios formativos de los nuevos procedimientos de familia y exige al juez tener como consideración primordial al momento de fallar tanto el Interés Superior del Niño como la opinión de éstos, se busca responder interrogantes como las que siguen: ¿cómo se aplica este derecho en los tribunales de familia? ¿Qué acciones toman los jueces para cumplir adecuadamente con el mandato de la Convención? ¿Cómo se operacionaliza este mandato en la práctica?

Para ello, se definieron como materias objeto del estudio casos de cuidado personal, violencia intrafamiliar, divorcios, adopciones, ya que dichos procesos familiares son los escenarios en los cuales se desarrolla este derecho de la niñez y adolescencia,<sup>93</sup> una de las principales virtudes de la Convención de Derechos del Niño,<sup>94</sup> ha sido la de posicionar la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, esto significa considerarlos como sujetos de derechos humanos y civiles, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos, en función de su edad y madurez y de la salvaguarda de los derechos de sus padres y cuidadores.

---

<sup>92</sup> Cristian Palacios, *Op. Cit*, El derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta constituye un mandato legal que obliga a los jueces de familia a recoger sus deseos y sentimientos en una amplia gama de materias, la Convención de Derechos del Niño, no establecen cómo poner en práctica este derecho: ¿Quién debe escucharlos? ¿Desde qué edad en adelante? ¿En qué tipo de asuntos? ¿Con o sin presencia de sus padres o adultos significativos? Estas son algunas de las preguntas que surgen frente a esta temática, así como las dificultades y desafíos que entraña la aplicación práctica del derecho a ser oído.

<sup>93</sup> Código de Familia. Existen diferentes procesos en los que se escucha a los niños, entre los cuales se menciona: Proceso de Alimentos, Divorcios, Adopciones entre otros.

<sup>94</sup> Artículo 12: 1. "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

El derecho del niño a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, es uno de los pilares fundamentales donde se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos,<sup>95</sup> constituye, por una parte, una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, por otra parte y aun cuando esta norma no lo señala en forma literal- este derecho se ha entendido también como un derecho de participación de los niños, la observación general N° 12,<sup>96</sup> del Comité de los Derechos del Niño lo señala expresamente y postula que se trata de una participación que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo, escuchar a los niños y facilitar su participación no debiera ser una dificultad extra, sino que una parte fundamental de un sistema que protege y reconoce efectivamente sus derechos.

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula estrechamente y debe ser interpretado en consonancia con otros dos importantes principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyéndose en la práctica en elementos necesarios sino indispensables para su plena configuración en el caso concreto, nos referimos al principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo tercero y el de la autonomía progresiva, recogido en el artículo quinto de la citada Convención sobre los Derechos del Niño, la delimitación conceptual del Interés Superior del Niño en principio no ha estado exenta de polémicas. Se

---

<sup>95</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. *Op. Cit.*

<sup>96</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 12, El derecho del niño a ser escuchado, 51o período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.



trata de una noción cuyos contornos son de difícil precisión y que ha dado pie a múltiples definiciones doctrinarias y jurisprudenciales,<sup>97</sup> algunos sostienen que esta noción plantea dos problemas, por una parte, un problema de indeterminación no podemos saber cuál es el mejor interés de un niño ni siempre estar de acuerdo en los valores que importan y, por otra, un problema cultural los estándares de mejor interés no son iguales en las distintas culturas, el mejor interés<sup>98</sup> es general y especulativo y requiere de una individualización caso a caso, no obstante las diferencias conceptuales que existen, este principio "no puede ser entendido como una mera fórmula paternalista, además indeterminada en su contenido"<sup>99</sup> que justifique que las decisiones que afectan a los niños se tomen de acuerdo a las preferencias, los prejuicios o concepciones morales propias del juzgador.

### **3.2 Principales procesos de familia, en los que se escucha la opinión de los niños**

Los procesos de Familia regulados en el Código de Familia, tienen sumergido el principio del Interés Superior del Niño, ya que su objetivo es garantizar bienestar a la familia y principalmente la niñez y adolescencia, ejemplo de ello es el proceso de Cuidado Personal, regulado en el Artículo 211 del Código de Familia, el cual reza de la siguiente manera: *"el padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero, proporcionarles un hogar estable, alimentos*

---

<sup>97</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que el Interés Superior del Niño es un principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y "se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre Derechos de los Niños".

<sup>98</sup> *Ibidem*. La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, Segunda Edición, Documento 34, de fecha 29 de Octubre de 2008, el cual señala que: "En todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño".

<sup>99</sup> Jaime Couso, "El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído", (Revista de Derechos del Niño Nos. 3 y 4, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2006), 147.

*adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad. En la función de cuidado debe tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo”.*

### **3.3 Historia del divorcio en El Salvador**

Para exponer un poco acerca de la historia de la institución del divorcio en nuestro país es necesario que establezcamos una línea histórica a partir de la cual realizaremos dicha investigación y nos enfocamos desde el año de 1860,<sup>100</sup> para ese entonces el divorcio era conocido como “divorcio relativo”, y es que tres eran las disposiciones del código civil de 1860 que indican la manera clara de cuál era el criterio de nuestros legisladores en relación al matrimonio y el divorcio:

El primero de ellos es el art. 104, que al definir el matrimonio, lo señala como *“indisoluble y contraído por toda la vida de los cónyuges”*, podemos notar como era el criterio de los legisladores en ese año ya que era de manera muy cerrada al pensar que los cónyuges iban a entenderse por el resto de la vida, al decir que era indisoluble.

El segundo artículo 105, en el inciso dice que deja la autoridad eclesiástica *“el decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contratar o se ha contraído”* se observa en este año que el legislador otorgaba la facultad a la iglesia católica para determinar si era válido dicho matrimonio o no, cosa que

---

<sup>100</sup> Anita Calderón de Buitrago y otros, *Op. Cit*, 387. Se toma como base este año ya que según el estudio realizado, se puede observar que fue un poco más cambiante debido a las circunstancias y del entorno cambiante de la sociedad, en el Código Civil de este año se definía al matrimonio como indisoluble en su esencia, el divorcio estaba considerado en una forma tímida pues el Código Civil solo se refería a él como una excepción, nada decía al respecto del vínculo matrimonial y la razón de ello era que la institución del divorcio pertenecía a la autoridad eclesiástica, el juicio se seguía ante esta, quien pronunciaba la sentencia y para que el divorcio surtiera efectos civiles previstos por la ley, debían los cónyuges pedir al juez el reconocimiento del divorcio, presentándole copia auténtica de la sentencia que lo había decretado.

después cambio ya que la ley del hombre es muy diferente y cambiante a las leyes divinas, el tercer art. 125 reza: “*el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, acerca de las demás causas de disolución del matrimonio, toda a la autoridad eclesiástica juzgar y la disolución pronunciada por ella producirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte*” la ley rechazaba terminantemente el divorcio absoluto del matrimonio por virtud de las nulidades canónicas pero acepta la disolución del vínculo conyugal.<sup>101</sup>

Para el año de 1880 se hablaba de divorcio absoluto, el día 4 de mayo de ese año en la administración del Doctor Rafael Zaldívar, se publicó una ley que establecía el divorcio absoluto, sin perjuicio de la separación de los cuerpos, no fue recibida con general complacencia, antes bien, hubo como había de ser en aquella sociedad de rígidas costumbres, muy extendido escándalo, al ojo de un sociólogo experto, no podía escaparse que aquella institución nueva, establecida sin consulta previa de la realidad social,<sup>102</sup> el divorcio se diferencia por la separación de hecho, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país, puede tener o no algunos efectos jurídicos, respecto de la separación legal, esta si es reconocida legalmente en diversos ordenamientos jurídicos, teniendo en consecuencia un mayor numero de efectos jurídicos que la separación de hecho, aunque a diferencia del divorcio, no pone termino al matrimonio, en 1881 el legislador cambia de criterio un año entero no transcurrió sin que la ley de divorcio absoluto fuese derogada por la ley de 15 de marzo de 1981, porque según el legislador, no está en armonía con las costumbres y usos de los pueblos de El Salvador, que carece

---

<sup>101</sup> Hugo Lindo. *El divorcio en El Salvador: historia legislativa, jurisprudencia, anotaciones críticas*. (Universidad de El Salvador, 1959), 80. Analizando estas disposiciones y tomando en cuenta la supeditación en este sentido de la ley civil a las autoridades religiosas se advierte: que la ley rechaza terminantemente el divorcio absoluto, que admite la invalidez del matrimonio por virtud de las nulidades canónicas, que no son objeto de nuestro estudio, que acepta la disolución del vínculo conyugal.

<sup>102</sup> *Ibidem*. Es de esperar que había de resultar tan ineficaz como efímera, a pesar de haberlo buscado con interés especial, ningún caso de divorcio llevado a cabo con sujeción a la ley de 1880 y nos atrevemos a afirmar que, si algunos hubo, ni estos fueron muchos, ni los divorciados dejaron de sentir la presión de una sanción moral por parte de la colectividad.

del carácter general que debe tener toda ley para que sea justa y equitativa y para que produzca los beneficios que de ella se esperan, conviene ponerla en consonancia con las leyes que sobre tan importante materia existen, ya que la familia se considera el núcleo fundamental de la sociedad, debe de ser prioridad para lograr una plena vigencia de cada cuerpo normativo.

En 1894, el legislador<sup>103</sup> considero como un imperativo del progreso alcanzado por el país, el restablecimiento del divorcio absoluto que tan pasajera vida había tenido en nuestra legislación y por ley el 24 de Abril, lo restableció, a continuación los considerandos del decreto respectivos: Que la cultura y adelante del país exige la disolución del vínculo matrimonial, cuando por causas poderosas los cónyuges se odian y repelen, porque entre ellos ha desaparecido para siempre el amor que los unía, desapareciendo también el orden y tranquilidad de las familias con perjuicio de la sociedad en general, que la falta de disolución del vinculo matrimonial, además de causar graves perjuicios a los mismos cónyuges, puede dar lugar a crímenes y delitos atroces, es por ello que para no tener graves perjuicios dentro de la sociedad el país ha dado un verdadero desarrollo en la creación de normativas cuyas consecuencias debe prever el legislador, el nuevo sistema adoptado por la Ley está claramente determinado en el artículo 1° de la misma que decía: “*Se establece en la República el divorcio, o sea la separación legitima de los casados, ordenada por el Juez por causas legales, quedando disuelto el vinculo matrimonial*” las causales eran doce y estaban contenidas en el artículo

---

<sup>103</sup> Hugo Lindo. *Op. Cit*, 87. la disolución del matrimonio, o sea el divorcio absoluto, es conforme al derecho natural, cuando dicho contrato no tiene razón de ser entre los mismos cónyuges porque alguno de ellos o ambos no cumplen con las obligaciones que se impusieron al celebrarlo, quedando estos aptos solo para contraer segundo matrimonio, pero garantizando la familia y los intereses de los cónyuges divorciados, fijo dicha ley taxativamente, las cosas por las cuales podría decretarse, en lo sucesivo, la disolución del matrimonio, mas, consecuentemente el legislador con su propio criterio, vedo, en forma expresa, el acceso al divorcio absoluto por los caminos del mutuo disenso, también establece que no podrá decretarse el divorcio absoluto, en ningún caso, por el mutuo consentimiento de los cónyuges, esta es la nota más importante a juicio del legislador en tiempo de 1894 y dicha ley fue reformada por Decreto Legislativo de 24 de marzo de 1900.

2,<sup>104</sup> que decía: Art. 2º.- *“el divorcio absoluto procederá por cualquiera de las causas siguientes: 1) Por preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas con otro hombre anterior al matrimonio, 2) Homicidio frustrado o tentativa del homicidio de uno de los cónyuges contra el otro, 3) Graves ofensas y frecuentes malos tratamientos de obra entre los esposos, 4) Violencia física o moral ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarlo a cambiar de religión, 5) El adulterio de la mujer, 6) Adulterio de marido con escándalo público y abandono de su esposa, 7) Tentativa del marido de prostituir a la mujer, 8) Tentativa de los cónyuges para corromper a sus hijos o la complicidad en su corrupción o prostitución, 9) Por ebriedad escandalosa o consuetudinaria de cualquiera de los cónyuges, 10) Por ejercer cualquiera de los cónyuges granjerías inmorales o alcahuetería, 11) Por homicidio en sus hijos, 12) Por disipación o malversación del cónyuge y con abandono de este.”*

Tratado de 1901, con el objeto de fijar las bases sobre las cuales habría de uniformarse la legislación centroamericana, se reunió en San Salvador, hacia 1901, el segundo congreso jurídico centroamericano, se celebró pues entre otros un Tratado de Derecho Civil, reconocían el divorcio con disolución de vínculo, existen variables que presentan riesgo de divorcio, aunque no necesariamente se presume que estas sean causales directas del divorcio, aun por mutuo consentimiento de los cónyuges tanto que en la evolución histórica

---

<sup>104</sup> De esas causales llama la atención la 4) y la 10), dice la 4) *“violencia física o moral ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarlo a cambiar de religión”*, no obstante el haber independizado la institución del divorcio el control de la religión, no se había roto por completo los lazos con ella así vemos que la causal no indica a que la religión se refiere, no hay que olvidar que la católica era la que profesaba y profesaba la mayoría de los salvadoreños, viniendo a la aplicabilidad práctica de la causal, es indudable que debe haber sido muy difícil de probar, dada la naturaleza de los hechos que la constituían, la causal, 10) dice: *“por ejercer cualquiera de los cónyuges granjerías inmorales o alcahueterías”*, el refianismo y el celestinaje estaban castigados en esa forma por la ley, esta veía en el cónyuge que ejercitaba esos odiosos menesteres, un peligro latente de corrupción para los hijos y aun para el otro cónyuge, parte de que, sin ninguna duda es cosa terrible estar unido con el noble vínculo matrimonial a una persona de tan baja condición ética, actualmente, sin embargo, mientras no toque directamente al otro cónyuge, inmorales en la seguridad de su vida matrimonial no será perturbada por una demanda de divorcio.

del divorcio en la legislación salvadoreña,<sup>105</sup> ha pasado por diferentes etapas a grandes rasgos lo diseñamos de la siguiente manera: desde 1821 hasta la promulgación del Código Civil de 1860, desde 1860 hasta la Ley Reglamentaria del Matrimonio Civil publicada el 4 de mayo de 1880, desde 1880 hasta la Ley Reglamentaria del Matrimonio Civil, publicada el 31 de marzo de 1881, desde 1881 hasta el Decreto emitido por el Presidente Provisional de la República, General Francisco Menéndez, el 21 de octubre de 1885, desde 1885 hasta la Ley de Divorcio Absoluto, publicada el 24 de abril de 1894, desde 1894 hasta la Edición del Código Civil de 1904.

En El Salvador, la institución del divorcio se incorpora a la legislación a partir de la promulgación del Código Civil de 1860 y aparece regulado, como divorcio relativo o simplemente separación de cuerpos, en la cual se establecía el divorcio absoluto o vincular, sin perjuicio de la separación de cuerpos, es decir que se regulaba por una parte el divorcio vincular y simultáneamente el divorcio relativo.

### **3.4 Naturaleza jurídica del divorcio**

Explicar desde el punto de vista de la dogmática jurídica el significado de las instituciones propias del derecho, resulta un trabajo complicado, poner de

---

<sup>105</sup> Reinaldo González y otros, "El divorcio en El Salvador, análisis jurídico-social, relación con la Procuraduría General de la República" (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador), 40. El divorcio es igualmente antiguo como el matrimonio, ambas instituciones se remontan a la época en que las sociedades se organizan y crean el medio jurídico idóneo para legalizar la formación de la familia, esta institución divorcio, asumido diferentes formas y ha producido efectos diversos dependiendo de cada cultura, pero siempre ha estado presente en todos los ordenamientos jurídicos, en las historias más antiguas de los pueblos se encuentran testimonios que hablan de alguna manera del divorcio, éste se permitió siempre como un derecho exclusivo del varón para repudiar a su mujer por causas diversas: el adulterio, la esterilidad, la torpeza, la impudicia, la vida licenciosa, etc., y ocasionalmente como un derecho de la mujer pero únicamente al ser maltratada por su marido, el repudio fue la forma más usual de romper el matrimonio, en culturas como la antigua Babilonia, China, India, Israel, Egipto, etc, y consistía en la manifestación expresa de la voluntad del marido a través de un documento escrito que debía contener: la fecha, lugar, nombre de las personas involucradas y los antecedentes del caso.

manifiesto lo que esencialmente significa la palabra divorcio no es la excepción, se pretende, sin ánimo de establecer facultades que se maneja están lejos de cumplirse a cabalidad por los cónyuges,<sup>106</sup> se parte de que, para hablar del divorcio es necesario como antecedente la existencia de un matrimonio legalmente constituido, se concluye que el divorcio es el único medio legal para disolver el vínculo matrimonial por causas expresas señaladas por la ley.

El divorcio es considerado en sí mismo como factor de disolución y disgregación familiar, constituye la causa de la descomposición del núcleo social llamado familia, con todas sus negativas consecuencias es la expresión de un fracaso porque los cónyuges no encontraron en el matrimonio lo que esperaban de él y por diversas circunstancias dejan de entenderse, amarse y respetarse hasta decidirse por la separación legal en contraposición de lo anterior y haciendo a un lado todo lo negativo que pueda atribuirse al divorcio y constituye en muchos casos, la salida a este problema.

El Estado, por medio de sus leyes, facilita el divorcio, contribuye con ello a la disgregación familiar y a la descomposición paulatina del cuerpo social, con las ideas anteriores y tomando en cuenta lo negativo y positivo del divorcio, así como también la obligación del Estado de procurar bienestar y seguridad a la familia, se concluye dos grandes aspectos sobre la naturaleza jurídica del divorcio, así: aspecto jurídico: la naturaleza jurídica del divorcio es el acto judicial por virtud del cual se termina legalmente la institución del matrimonio,

---

<sup>106</sup> Reinaldo González y otros. *Op. Cit*, 67. puede afirmarse que a nivel doctrinario se ha llegado a confundir el divorcio propiamente dicho con la separación de cuerpos, resultando un error asimilar ambas figuras, ya que la anterior clasificación si bien es cierto es correcto, puede estimarse innecesario la utilización del adjetivo “vincular”, por la razón de que el divorcio propiamente como tal conlleva al rompimiento del vínculo matrimonial, por ello la mayoría de tratadistas han dividido cabalmente esta materia en divorcio y separación de cuerpos, en nuestra legislación el divorcio es la única forma conocida que produce la ruptura del vínculo matrimonial, una vez seguido el procedimiento legal establecido concluyendo con la sentencia correspondiente decretada por un juez competente, si bien es cierto que para que se dé la ruptura del vínculo matrimonial es necesaria la existencia de un matrimonio legalmente constituido.

aspecto social: la naturaleza jurídica del divorcio es: la solución de los problemas intrafamiliares que resultan con mayor incidencia en la formación, desarrollo y equilibrio de los hijos.<sup>107</sup>

### **3.5 Clases de divorcio**

Es una premisa de que no se puede prescindir, la sociedad entera y en consecuencia, el Estado, en su expresión político-jurídica, esta interesada en la familia, núcleo indispensable, siendo que el divorcio se acepta como una solución para casos extraordinarios, como un mal impuesto por la necesidad y no en calidad de disolvente de matrimonios bien constituidos, es lógico que no podrá el vínculo matrimonial ser jurídicamente extinguido por el mero capricho de los cónyuges o por su interés únicamente, de por medio están los intereses superiores de la comunidad social.<sup>108</sup>

La evolución histórica notamos que son dos las formas de divorcio que han sido admitidas por las leyes y la costumbre, el divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, que se conoce en el lenguaje jurídico con el nombre de divorcio relativo o simple separación de cuerpos y el divorcio con disolución del vínculo matrimonial, llamado por los autores divorcio absoluto o vincular.

En el actual Código de Familia, se establece los motivos de divorcio en su artículo 106 así: *“El divorcio podrá decretarse: 1º) Por mutuo consentimiento de los cónyuges, 2º) Por separación de los cónyuges durante uno o más años*

---

<sup>107</sup> El Estado tiene la obligación de procurar bienestar a la familia, no se puede condenar a los cónyuges a continuar en la relación de los cónyuges cuando ya no existe paz, amor, respeto y armonía que debe caracterizar la relación conyugal, por lo que ante esta situación, el divorcio viene a ser un remedio o un mal necesario para la sociedad, el calificativo de que el divorcio sea considerado como un mal necesario no debe de interpretarse en forma negativa, ya que muchas veces el destruir la relación conyugal implica atentar contra la unidad familiar y por ello, en razón de que existen casos en donde la continuidad familiar se hace imposible es procedente o resulta beneficioso, emplear la figura del divorcio como solución a los desequilibrios familiares, cuando la relación conyugal no se puede continuar.

<sup>108</sup> Reinaldo González, *Op, Cit*, 89. Para evitar el abuso de los medios de todo orden parece ser inclinación humana el legislador ha tenido que fijar taxativamente los hechos que pueden dar origen a la disolución del vínculo conyugal estos hechos constituyen causas o causales de divorcio.



*consecutivos, y 3º) por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges. Se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave semejante, en el caso del ordinal anterior el divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge que no haya participado en los actos o hechos que originaren el motivo”*

El anteproyecto del Código de Familia, se aparta del criterio de culpabilidad y enfoca el divorcio objetivamente, tomándolo como un remedio que pone fin jurídicamente a un matrimonio que en el hecho está destruido y sin entrar en el porqué del fracaso conyugal ni en que a quién de los cónyuges le es imputable.<sup>109</sup>

Divorcio por mutuo consentimiento, es considerado por la mayoría de autores que es aquel en el cual se pretende que las parejas cuyo matrimonio ha fracasado no tengan que recurrir a procedimientos y pruebas simuladas para obtener el divorcio,<sup>110</sup> con atención a las anteriores consideraciones, debería considerarse no ya como una causal de divorcio, sino más bien como la expresión de la existencia de una causa que los cónyuges preferían mantener, doctrinariamente ha existido una antigua controversia con relación a esta clase de divorcio, así se han dividido los criterios al respecto, los que sostienen que

---

<sup>109</sup> Comisión Revisora de La Legislación Salvadoreña, *Exposición de motivos y anteproyecto del Código de Familia*, Corte Suprema de Justicia, (San Salvador, 1990), 309, en adelante CORELESAL. Tal como se ha concebido, los motivos que dan lugar al divorcio en el anteproyecto, siempre serán actuales, finalidad lograda en la legislación mediante el perdón ya que en la nueva normativa desaparece por no ser ya necesario, de modo que, aunque ya no exista el perdón, la estabilidad del matrimonio siempre estará garantizada.

<sup>110</sup> Artículo 106, número 1, Código de Familia. Existe mutuo acuerdo para disolver el matrimonio, aunque no esté basado en ningún hecho susceptible de apreciación objetiva, sirve de base suficiente para el pronunciamiento de los cónyuges por medio del convenio respectivo en el cual se declara la decisión de disolver el vínculo por el mutuo consentimiento, la diferencia entre esta causa y el divorcio por cualquiera de las otras causales que establece el artículo 106 del Código de Familia, reside en que en el primero es necesaria la concurrencia de voluntades para interrumpir la vida en común, mientras en los restantes existe el supuesto de la decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges que interpone la demanda de divorcio ante el Juez de Familia.

no es aceptable legal, ni moralmente, dejar supeditada la ruptura del vínculo conyugal a la simple decisión de los cónyuges y los defensores de esta clase de divorcio, ellos sostienen lo contrario y argumentan que si la ley admite esta forma de disolver el matrimonio, es para que los cónyuges no se vean obligados a deshonrar a su familia, revelando hechos que puedan traer sobre el cónyuge culpable condenas y sanciones.

El divorcio contencioso iniciado por uno de los cónyuges, que se considera inocente, solicita se declare único culpable, este juicio se tramita de manera amplia en cuanto a pruebas y por ende largo en duración de tramite, se puede definir en que: es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente y en base a causa expresamente señalada en la ley, es necesario analizar entonces el divorcio contencioso, como un acto jurisdiccional que se alcanza a través de una sentencia,<sup>111</sup> debemos hacer una diferencia en cuanto a las causas de divorcio sanción y divorcio remedio, en el primero de los casos estamos frente una gama de posibilidades que tienen como objetivo la culpabilidad de uno de los cónyuges frente al otro y la sanción pertinente establecida previamente por el legislador y el divorcio remedio que se da en la nueva legislación de familia, es decir, causas contenciosas o de motivos no contenciosos.

---

<sup>111</sup> Anita Calderón de Buitrago y otros, *Op, Cit*, 399. El juicio de divorcio implica una controversia, que se tramita según las regulaciones establecidas en la normativa vigente artículos 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, del Código de Familia, el divorcio contencioso ofrece en el nuevo ordenamiento de familia una nueva imagen que esta basada en la teoría del divorcio remedio que trata de poner fin a una relación conyugal insostenible y que evidencia lo irremediable de la unión matrimonial, en todo caso se convierte en la liquidación total del vínculo matrimonial, con los consiguientes efectos jurídicos según el artículo 115, “ *la sentencia ejecutoriada que decreta el divorcio producirá los siguientes efectos: la disolución del vínculo matrimonial, quedando el hombre en aptitud para contraer matrimonio, pudiendo la mujer hacer lo mismo si ya hubieren transcurrido trescientos días contados desde la fecha de disolución del matrimonio, hubiere dado a luz o si comprobare que no está embarazada, o cuando el divorcio se hubiere decretado por separación de los cónyuges, en cuyos casos podrá contraer matrimonio en cualquier tiempo...*” y artículo 116, “*la sentencia que decreta el divorcio producirá efectos a partir de la fecha en que quede ejecutoriada, pero no afectará a terceros de buena fe, sino a partir de la fecha de la inscripción del divorcio en el Registro del estado Familiar...*”

El divorcio por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos, en similares circunstancias las separaciones de hecho, tienden a incrementarse, por una parte hombres y mujeres optan por vivir en unión libre y por la otra, los cónyuges optan por vivir separadamente, sin que haya sido pronunciado el divorcio, las razones de esa situación, son diversas, a veces las conveniencias, los escrúpulos morales o la esperanza de una reanudación a futuro de la vida en común con otra persona, el temor a los costos del proceso y las complicaciones de estos procesos, la mayoría de las veces, son el prelude de la acción judicial de divorcio por esta causal.<sup>112</sup>

Con frecuencia la separación, es el resultado del hecho de que uno de los cónyuges se marcha, deja el domicilio común abandonado, a su cónyuge y eventualmente a los hijos, este abandono contra la voluntad del otro esposo, constituye indiscutiblemente una violación al derecho-deber de cohabitación que el cónyuge abandonado puede alegar en apoyo de la petición de divorcio por esta causal.

La doctrina y algunas legislaciones, como la francesa contemplan, la separación de hecho justificada, cuando uno de los cónyuges le es permitido abandonar la residencia común, porque ha sufrido de hecho, por otra parte del otro cónyuge un trato cruel e indigno que le hace insoportable la vida en común.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Hugo Lindo, *Op, Cit*, 90, El matrimonio crea entre los cónyuges una comunidad de vida plena, la separación de hecho por lo tanto es una situación irregular al incumplir la obligación de convivencia, el grado de irregularidad, es cuestión de los límites que de comunidad de vida establece y depende de la manera en que se produce la separación, puede mediar entre ambos el derecho de no convivir y hacerlo separadamente o la voluntad unilateral de uno de los cónyuges.

<sup>113</sup> Artículo 106, nº 2, Código de Familia, en cierto modo se produce una suspensión de la obligación de comunidad de vida y el abandono se justifica si uno de los cónyuges no cumple las obligaciones legales o morales que le impone su condición de cónyuge, este derecho de separarse, con frecuencia ha sido considerado un beneficio de la mujer y los tribunales admitían que había lugar para dispensa de cohabitación, en el caso en que el marido fuera culpable de malos tratos, de relaciones sexuales extramatrimoniales, de violación del deber de cooperación en el hogar y de los demás derechos-deberes matrimoniales.

Divorcio por ser la vida intolerable en común, esta tercera causal del divorcio que señala el artículo 106 del Código de Familia, reúne la mayoría de los supuestos que contenida el artículo 145 del Código Civil derogado que regulaba taxativamente las causales de divorcio.

En el Código de Familia, el legislador, ha tratado de unificarlas en una sola causal con la finalidad de no legislar con el criterio de divorcio-sanción que era la tesis que aceptaba el Código Civil, sino que con la nueva proyección del divorcio-remedio que es la filosofía que sigue la legislación familiar actual, hay que diferenciar las causales tradicionalmente denominadas, causas subjetivas de divorcio o causas culpables, es decir imputables a título de dolo o de culpa a cualquiera de los cónyuges, las enumeradas en el Código de Familia, que toma en cuenta el criterio jurídico de divorcio-remedio.

En esta causal se engloba una serie de factores negativos, como el incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave, debe partir del criterio, que este tipo de incumplimiento o mala conducta sean continuas y que pongan en peligro la vida en común de los cónyuges.<sup>114</sup>

En el artículo 106 numeral 3, del Código de Familia establece: *Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges, se entiende que concurre este motivo, en caso de incumplimiento graveo reiterado de los deberes del*

---

<sup>114</sup> CORELESAL. *Op, Cit*, 309. Como puede apreciarse, en el anteproyecto del Código de Familia, se aparta del criterio de culpabilidad y enfoca el divorcio objetivamente, tomándolo como un remedio que pone fin jurídicamente a un matrimonio que en el hecho está destruido y sin entrar en el por qué del fracaso conyugal ni en quién de los cónyuges le es imputable, para decirlo con otras palabras, lo toma como un divorcio aséptico e inculpable, la distinción de esta causal con la de abandono es que el abandono se define como la inobservancia por parte de algunos de los cónyuges, de las obligaciones y deberes de cohabitación, socorro y ayuda mutua, por lo tanto, implica el incumplimiento de los deberes de asistencia a los que está obligado el cónyuge, la separación absoluta en cambio, es una infracción a uno de esos deberes de asistencia, infracción al deber de cohabitación, la separación material es la separación absoluta, impone una interrupción en tanto y en cuanto que los cónyuges no pueden compartir el lecho, techo y mesa.

*matrimonio, mala conducta notoria de uno de ellos o cualquier otro hecho grave semejante, en ese caso el divorcio podrá ser solicitado solo por el cónyuge que no ha solicitado en los actos o hechos que originare el motivo.*

La vida intolerable surge como ya está expresado por hechos o actos recíprocos de ambos cónyuges, pero al tenor literal de lo dispuesto en el precepto señalado, no legitimaría a ninguno de los cónyuges, para promover la demanda de divorcio, lo que conllevaría a que mientras no se configura otra causal, dichos cónyuges continúan viviendo en ese estado de conflicto.

En resumen, se hace intolerable la vida en común cuando la imposibilidad de continuar conviviendo se hace patente, por diversas razones que van desde la violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones derivados del matrimonio como las relaciones extramatrimoniales, maltratos en el hogar faltando al deber de respeto y consideración, como el hecho de realizarse el coito entre los cónyuges, sin la voluntad de uno de ellos, mediando la violencia física y verbal, esta causal muchas veces no solo es de alegarla sino también de saberla probar, ya que en muchos casos el divorcio no se decreta por la persona que demanda es quien corresponda la carga de la prueba o elementos necesarios e indispensables para poder probar la intolerabilidad de los casos.

### **3.6 Finalidad del divorcio**

Tanto, en la legislación vigente como en el anteproyecto del Código de Familia, se regulan la finalidad de la sentencia que decreta el divorcio,<sup>115</sup> el principal fin, con relación a la persona de los cónyuges, es que disuelve el vínculo matrimonial y extingue el régimen patrimonial que hubiere existido, pero difieren en cuanto a la aptitud nupcial, en el anteproyecto, artículo 120, los cónyuges la recobran hayan sido o no culpables del divorcio, el hombre inmediatamente y la mujer después de los trescientos días subsiguientes o

---

<sup>115</sup> Consejo Nacional de la Judicatura, *Líneas y criterios jurisprudenciales en Derecho de Familia*, (primera edición, San Salvador, El Salvador, CNJ-ECJ, 2010), 33.

después de haber dado a luz si estaba embarazada y en cualquier tiempo si demuestra que no está embarazada o si el divorcio se decreta por separación.

En la legislación vigente solo el cónyuge inocente recobra aptitud nupcial, el culpable no puede contraer ulteriores nupcias durante tres años después de pronunciada la sentencia de divorcio, en cuanto a la mujer, está sujeta casi a las mismas restricciones.<sup>116</sup>

En el anteproyecto del Código de Familia, en relación con los hijos, la sentencia de divorcio no suspende ni hace perder la autoridad parental al cónyuge que se le imputen los actos o hechos que originaron la causal de divorcio, excepto que los mismos sean constitutivos de causas de suspensión o pérdida de aquella autoridad, esto se refiere a que existe un proceso diferente para suspender o perder la autoridad parental en el Código de Familia lo encontramos regulado en el artículo 239 y siguientes del Código de Familia,<sup>117</sup> no se disuelve la autoridad parental ya que el cónyuge puede desempeñar un mal papel como cónyuge, pero puede ser un buen padre y como lo que se pretende en la investigación es el Interés Superior del Niño, es por ello que es necesario e importante mencionarlo.

### **3.7 Efectos del divorcio y su incidencia en la resolución final frente al derecho de opinión y ser oído de las niñas, niños y adolescentes**

Los obstáculos existentes en las normas y en las prácticas institucionales para el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos impidieron

---

<sup>116</sup> CORELESAL, *Op. Cit.*, 317. Lo diferente en cuanto a la aptitud nupcial obedece al sistema de divorcio adoptado, en esto el Código Civil en general sigue el sistema de divorcio-sanción y el anteproyecto acoge el del divorcio-remedio.

<sup>117</sup> Art. 239. Código de Familia. *Causas de extinción, la autoridad parental se extingue por las siguientes causas, 1) Por la muerte real o presunta de los padres o por la del hijo, 2) Por la adopción del hijo, salvo en el caso del inciso segundo del art. 170, 3) Por el matrimonio del hijo, 4) por haber cumplido el hijo la mayoría de edad.*

durante un largo período el amplio goce y ejercicio de éstos por parte de ellos mismos, específicamente, en relación al derecho de defensa puede apreciarse la evolución conceptual de su categorización normativa, es decir, desde la no necesidad de la figura del abogado defensor del niño en causas judiciales que lo afecten basadas en las leyes del clásico “tutelarismo de menores”, hasta el desafío actual de garantizar materialmente el derecho de defensa reconocido positivamente.<sup>118</sup>

Para ello, se intentará comenzar con un análisis de las implicancias jurídicas que la consideración de niños y niñas como sujetos de derechos ha traído, el concepto de derecho de defensa,<sup>119</sup> su análisis crítico, su reconceptualización en este marco y su fundamentación en la normativa, la Convención sobre los Derechos del Niño marca el reconocimiento normativo de los niños y niñas como sujetos titulares de derechos propios, sujetos activos de derechos y con capacidad de ejercicio, la consideración de los niños y niñas como incapaces, inimputables, objetos destinatarios de la protección benefactora de los adultos, propia de las prácticas más tradicionales del complejo tutelar, era un elemento necesario para su ignorancia como sujeto activo en los procedimientos donde se encontraban en juego sus derechos.

---

<sup>118</sup> Anita Calderón de Buitrago y otros. *Op. Cit*, 408. Adoptamos la denominación de derecho de defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes, ya que es más amplio que el concepto de garantía por abarcar el aspecto material y el aspecto técnico, este último garantizado por un abogado defensor oficial por el estado, y parte de la noción de los niños como sujetos de derecho que tienen derecho a participar como sujetos activos y capaces incluso en la posibilidad de coadyuvar materialmente en la construcción de la estrategia de defensa.

<sup>119</sup> Consejo Nacional de la Judicatura. *Líneas y criterios jurisprudenciales. Op. Cit*, 43. Un deber del juez competente es escuchar la opinión del niño o niña, pero siempre valorada mediante los estudios técnicos, con respecto a ello, la opinión de los menores no es vinculante para los jueces, es decir, no constituye un elemento que ata al juzgador a resolver en determinado sentido, por otra parte no debe dejarse de lado la situación psicológica y educativa de el niño o niña, debe considerarse que la opinión del niño no siempre será acorde a todo aquello que favorezca de mejor manera su desarrollo bio-psicosocial siendo el juzgador quien en todo caso velara porque este principio se cumpla aún en contra del interés y deseo particular de este y de los progenitores, quienes deben priorizar por encima de sus intereses y conflictos de los hijos.

El hecho de reconocer que niños y niñas tienen derechos y garantías propios, permite quebrar esa relación natural de similitud entre los derechos e intereses de niños y adultos, ocultadora de los primeros en función de los segundos, así, esta relación deja de ser “natural” y permite su construcción y reconstrucción en clave de ciudadanía y respeto de los derechos humanos de niñas y niños.<sup>120</sup>

De esta forma, la Convención sobre los Derechos del Niño, propone como solución que el ejercicio de los derechos del niño sea “*progresivo en virtud de la evolución de sus facultades*” artículo 5° de la Convención de los Derechos del Niño, que sienta las bases para afirmar que es deber del Estado y de la familia promover y proteger el desarrollo del niño o la niña de modo que adquiera progresivamente autonomía en el ejercicio de sus derechos.<sup>121</sup>

El divorcio crea efectos psicosociales en los hijos de los separados, y es que el creciente número de divorcios constituye un fenómeno social de la vida moderna que acarrea consecuencias negativas en los hijos, diferentes estudios sobre el tema dan cuenta de los efectos psicosociales en los hijos impactando completamente sus vidas, aunque los padres al divorciarse no podrán evitar que sus hijos se vean afectados, contar con información suficiente sobre el

---

<sup>120</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, una de las características fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño, es la construcción de una nueva concepción del niño y niña y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, la cual se basa en el reconocimiento expreso del niño y niña como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica.

<sup>121</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce también el desarrollo madurativo de los niños y su influencia en la participación procesal, evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto, la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años, por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.



tema les permitiría lograr una mejor comprensión del mismo y a lo mejor esforzarse para que el grado de afectación en sus hijos sea menor.<sup>122</sup>

En cuanto a la participación de estos en los procesos de divorcio en El Salvador se puede apreciar como un mero acto de formalismo, escuchar a los niños y adolescentes, es un requisito establecido dentro de los procesos de divorcios, ya que el juzgador, lo hace en la mayoría de casos por el simple compromiso de realizar la audiencia de oír a los niños y adolescentes ya que en ciertos casos se realiza solo como un mero acto protocolario.

### **3.8 Otros procesos de familia en los que se realiza audiencia de oír a niñas, niños y adolescentes, como procesos de adopción y procesos de alimentos**

En la práctica salvadoreña, se realizan audiencias de oír a niñas, niños y adolescentes como un derecho que les otorga la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 94, la idea es plantear el análisis de cómo en los procesos de familia en El Salvador, genera la opinión de niños y adolescentes, lo fundamental es visualizar un Derecho de Familia nuevo, en todo lo referente a niñez y adolescencia y la necesidad de interpretar las normas de naturaleza familiar encaminadas a proteger el interés superior de los

---

<sup>122</sup> Se crean además efectos generales, todos los hijos establecieron a lo largo de los años alguna vinculación entre la experiencia de crecer en el seno de una familia divorciada y sus experiencias actuales, la experiencia del divorcio agrega elementos a la identidad, modificándola, los hijos de padres divorciados, comparten actitudes, sentimientos e ilusiones y se consideran miembros de un grupo humano especial, el hecho de ser hijos de padres divorciados les otorga una identidad fija que los define y que afecta sus relaciones presentes y futuras. en ellos persisten, a lo largo de los años, sentimientos de pérdida, tristeza y ansiedad, se sienten menos protegidos, menos cuidados y consolados, comparten valores más conservadores que los de sus propios padres respecto al matrimonio: desean un matrimonio estable, comprometido, un amor romántico, duradero y leal, pero con la sensación de que hay pocas probabilidades de lograrlo, creen que es necesario evitar los matrimonios impulsivos, y que la convivencia previa es buena, ansían establecer relaciones perdurables, y les preocupa no poder hacerlo, los efectos a largo plazo se originan por los cambios producidos en sus actitudes y en su autoimagen, la crisis del divorcio determina la cosmovisión de los hijos que crecen en ella, respecto a sus relaciones y expectativas, aunque más difíciles de percibir que los cambios de conducta, estos cambios de actitud son a largo plazo más importantes para el individuo y la sociedad.

mismos y su incidencia en las resoluciones de procesos como Adopción<sup>123</sup> y Alimentos.<sup>124</sup>

### 3.8.1 Institución de la adopción, concepto de adopción

“El concepto de adopción puede verse desde diferentes enfoques, en principio el termino proviene del latín *ad* “a, para” y *optio* “elección” y esta, a su vez, concretamente del verbo *arrogare* “ad y rogo” que significa adoptar, *arrogare in locumfilli*, o sea, “adoptar como hijo.”<sup>125</sup>

Para D’ Antonio<sup>126</sup>, la adopción “es una institución de protección a la minoridad y que por sus características, encuentra justificación en los estados de desprotección o abandono en que se encuentre un menor” mientras que para Cabanellas la adopción es el acto por el cual se recibe como propio hijo, con autorización judicial o política a quien no lo es por naturaleza<sup>127</sup>

En este orden de ideas, el artículo 165<sup>128</sup> del Código de Familia de El Salvador establece que: “*La adopción es aquella por la cual el adoptado, para todo efecto, pasa a formar parte de la familia de los adoptantes, como hijo de estos*

---

<sup>123</sup> Artículo 165, Código de Familia. La adopción tiene por finalidad dotar al niño, niña o adolescente de una familia, a fin de garantizar su interés superior, se indica que la adopción deberá ser autorizada, previamente por la Procuraduría General de la República y por el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, según artículo 192 del Código de Familia, actualmente derogado por la LEPINA.,

<sup>124</sup> Artículo 247, código de Familia. En el derecho de familia se ha entendido que el concepto de alimentos es muy amplio y que no solo se reduce al sustento, ni a una cuota o aporte en dinero que satisfaga dicha necesidad.

<sup>125</sup> Miguel Ángel Cardoza Ayala, *La adopción en El Salvador: problemas actuales*, (tesis doctoral. 1º ed, San Salvador, El Salvador, Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006), 3. La adopción es una institución de origen fundamentalmente legal, es la ley la que la crea, reglamenta y eventualmente extingue.

<sup>126</sup> Daniel Hugo D’ Antonio, *Derecho de menores*. (Cuarta edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, 29, citado por Cardoza Ayala, Miguel Ángel), *Op.Cit.* 4.

<sup>127</sup> Carlos Alberto Quezada Rojas. “Instituciones que intervienen en el proceso de adopción y su función en la búsqueda del respeto a los derechos de los menores sujeto a adopción.” (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2011), 8.

<sup>128</sup> Art. 165. Código de Familia. “*la adopción es la institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral*”

*y se desvincula en forma total de su familia biológica respecto de la cual ya no le corresponderán derechos ni deberes”*

En este proceso el principio del interés superior del niño,<sup>129</sup> es una categoría de difícil definición, en la cual la mayoría de autores se inclinan por decir que es un concepto jurídico indeterminado y que depende de cada situación en concreto, según el ámbito en que aplica, aunque siempre se parte de criterios objetivos que se consideran cuando se aplica este concepto, pero es claro que para darle vida, también hay que tener presente otros aspectos subjetivos que individualizar al caso concreto, busca permitir el libre desarrollo de su personalidad y está mucho más en función de su futuro que de su presente, buscando su interés en base a lo que le conviene.

### **3.8.2 Proceso de Alimentos**

En el Código Civil salvadoreño, no dice que debe entenderse por Alimentos, pero en lenguaje jurídico esa palabra designa todo lo que sirve a una persona para atender a su subsistencia y así los alimentos comprenden el sustento, vestido, habitación, asistencia médica y enseñanza.

La obligación de suministrar alimentos<sup>130</sup> puede nacer de un contrato de un acto de última voluntad, de una disposición legal, en los primeros los alimentos se llaman voluntarios, porque su fuente es la voluntad manifestada en una

---

<sup>129</sup> Miguel Ángel Cardoza Ayala, *Op. Cit*, 19. El principio del interés superior del niño, debe traducirse primariamente en reconocer en su favor un estatuto jurídico, en la aplicación de este principio, se debe tener en cuenta valores para la determinación de los criterios que orientan lo más le conveniente al niño, la figura que desarrolla este principio, constituye una protección de alto espectro, en la cual caben todas las medidas que tanto las instituciones estatales como entidades privadas, realicen en beneficio de los niños y adolescentes, el artículo 1 de la Convención de la Haya, establece que las adopciones tendrán lugar en consideración al interés superior del niño, esto es lo realmente importante, que la figura se dé en conveniencia o en provecho del adoptado, prefiriéndose este en relación a cualquier otro interés que pueda intervenir en la adopción, incluso los de los futuros padres adoptivos.

<sup>130</sup> Sandra Patricia Navarro de García. *Análisis crítico del anteproyecto del Código de Familia*, (Biblioteca Judicial Corte Suprema de Justicia. Nueva San Salvador, Octubre 1991), 298.

convención o en un acto unilateral, cuando la obligación alimenticia nace directamente de la ley, los alimentos se llaman legales.

El objetivo de un proceso que verse sobre los alimentos es, con carácter general, una pretensión declarativa de condena que tiene por objeto obtener la satisfacción de las necesidades más perentorias del actor mediante la entrega periódica de una cantidad de dinero,<sup>131</sup> el juez de familia, tiene la delicada y difícil misión de resolver conflictos que no se agotan en el estricto marco de lo jurídico, para cumplir esta función, el juez se rige en una figura protagónica, con un rol diferenciado, asume concretas y ampliadas atribuciones, que abarcan una esfera de dirección, ya que se traducen en una mayor intermediación, en una búsqueda permanente de fórmulas conciliatorias,<sup>132</sup> en estos procesos los niños y adolescentes tienen la oportunidad de asistir a una audiencia especial en la cual el Juez competente, les hace una serie de preguntas encaminadas al proceso en el que esta ventilándose en ese momento, valorando la opinión de estos.

---

<sup>131</sup> Álvaro Gutiérrez Berlinch. *Los procesos de alimentos, prólogo de Andrés de la Oliva Santos*. (s.e.), 123. Tanto así de importante es dar alimentos al necesitado, que la misma ley de familia lo aclara: “*que por cada hijo, sin perjuicio de las personas establecidas en el artículo 251, del mismo cuerpo legal, será en proporción a la capacidad económica de quien esté obligado a darlos y a la capacidad económica de quien esté obligado a darlos y a la necesidad de quien los pide, se tendrá en cuenta la condición personal de ambos padres y las obligaciones familiares del alimentado.*”

<sup>132</sup> Mauricio Luis Mizhari, *Familia, Matrimonio y Divorcio*. (1º edición, Editorial Astrea, Buenos Aires. 1998), 47. El llamado procedimiento familiar exige el cumplimiento efectivo del principio de intermediación procesal y de la intervención dinámica y comprometida del Juez, ya que en cuanto a la intermediación y función conciliatoria, las partes en el proceso no deben aparecer como extrañas ante el juez, de allí la conveniencia de la vigilancia atenta del mismo, tomando medidas adecuadas en tiempo oportuno, convocándolas a audiencias para oír las personalmente cuando la índole del conflicto lo requiera, pues en la mayor parte de los casos lo concertado tiene un grado de acatamiento superior a lo impuesto y esta importante función conciliatoria requiere que el juez distinga lo esencial de lo accidental, que trate de establecer la comunicación rota entre las partes, desentrañando cuáles son sus intereses reales y que opciones se presentan, para tratar de llevar el planteo hacia criterios objetivos, es de este modo que si bien se viene pregonando el mayor activismo de los jueces en todo tipo de proceso, el juez de familia en forma acentuada no debe ser un mero observador neutral, sino que su papel debe ser activo, instalándose con su imperio en medio de la familia en crisis, apoyándola, poniéndole límites y entrenándola en el proceso de organización o reorganización en que se encuentre, los poderes que tiene un juez de familia son difíciles para ejercer plenamente su función y no caer en un exceso de jurisdicción.

Según la ley, pero en la práctica este supuesto no se da realmente como lo dicen las leyes referentes en materia de niñez y adolescencia, como anteriormente se expuso en el proceso de divorcio, en muchas ocasiones solamente son escuchados por el Juzgador, sin tomar muy en cuenta lo que digan los niños y adolescentes, en ese sentido es necesario aclarar que el Juez dará valor a lo que más le conviene al sujeto de derechos en este caso los niños y adolescentes, no dejando a un lado el interés superior del niño, ya que se le brinda la oportunidad de ser escuchado y sobre su aporte valorar sus necesidades.

En este punto se considera que "... el interés superior del niño es, nada más y nada menos que la satisfacción integral de sus derechos"<sup>133</sup>, de modo tal que el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta por el juez resulta funcional a la construcción del Interés Superior, no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle al niño la oportunidad de ser oído.

La capacidad de ejercicio directo de los derechos de la niñez, puede resumirse en tres particularidades: a) los niños y adolescentes tienen capacidad para ejercer directamente sus derechos y garantías así como también la tienen para asumir sus deberes y obligaciones, b) esta capacidad de ejercicio es progresiva y aumenta proporcionalmente al desarrollo en cuanto a edad y madurez y c) esta capacidad de ejercicio y autodeterminación, está sujeta a la debida orientación de los adultos responsables,<sup>134</sup> el derecho crea ideas acerca de cómo definir y llenar de contenido este principio rector de la Convención sobre

---

<sup>133</sup> Miguel Cillero, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, Op. Cit, 84.

<sup>134</sup> Juan Rafael Perdomo, *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oído en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. En AA.VV coordinado por Georgina Morales y Delia Martínez, *La garantía del Derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos*. (Primera edición, UNICEF, Caracas, 2008), 20.

los Derechos del Niño, la legislación utiliza la noción de "bienestar del niño"<sup>135</sup> y no de derechos, aporta interesantes elementos que ayudan a la configuración del Interés Superior en el caso concreto, la normativa en materia de niñez y adolescencia señala que frente a disputas sobre la crianza de un niño o la administración de sus bienes, el bienestar del niño será la consideración primordial.

El niño, por inmadurez propia de su edad, se encuentra expuesto a situaciones de vulnerabilidad y manipulación el niño, niña y adolescente necesita quien lo proteja, un referente, este rol es desempeñado por el adulto, en especial por los padres y madres, toda persona adulta que se encuentre a cargo de un niño debe saber y ser consiente, responsable de la educación, contención y protección, es el espejo donde el individuo en desarrollo reposa.<sup>136</sup>

El niño cree en sus referentes sin lugar a dudas, no se permite pensar que el adulto puede engañarlo o dañarlo, necesita de su protección, debe para sobrevivir confiar, por ello cuando vulnera el responsable el derecho de un niño, se provoca en la psiquis de los niños grietas irremediables, la participación de la niñez, puede verse también como un principio rector, que contribuye al cumplimiento de todos los demás derechos.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Para su determinación, los jueces deberán tomar en cuenta, en particular, los deseos y sentimientos de los niños, junto con su estado emocional, necesidades escolares, el efecto que el cambio de circunstancias pueda producir en su vida, su edad y sexo, entre otros elementos, en esta línea, se advierten sobre la creencia a propósito de planes de cuidado de niños en Inglaterra y Gales de que los adultos saben mejor que los niños cuáles son los intereses de los niños y que los profesionales asistentes sociales deben saber mejor que sus "clientes" cuáles son los intereses de éstos.

<sup>136</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1. El término niña, niño y adolescente ha suplido a la palabra "menores", cuando es parte de un proceso una persona menor a los dieciocho años, debe ser utilizado este término, en cuanto a la protección de los niños es necesario decir una vez más que ese rol le pertenece a los padres.

<sup>137</sup> Delia Martínez, *Comunicándonos con los Niños, Niñas y Adolescentes, en el ámbito judicial*, en AA.VV, coordinado por Georgina Morales, *La garantía del Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes. Op. Cit*, 150. El derecho del niño a ser oído, tal vez el más mentado por estos tiempos, no implica que el niño tenga capacidad para estar en juicio y elegir su representante o su futuro marca la diferencia entre capacidad de hecho como menor o adulto.

Es cierto que ver niños desnutridos o participando de guerras es aberrante, ver a un niño en el centro de una contienda de divorcio o disputa patrimonial de sus familias, no es menos lesivo, sobre esta situación se enfatiza en dicha investigación, destacando la sabia decisión del juez de familia, resulta interesante ver en el artículo 218, de la LEPINA, cuando menciona la capacidad jurídica procesal de los mismos.

La jurisprudencia muestra el resultado positivo en la práctica de hacer participar a los niños en las situaciones donde son incorporados por disputa de sus responsables, nótese que la norma en cuestión plantea tres escenarios 1) la participación de niños, niñas que de acuerdo al artículo 3 de la LEPINA, son quienes han alcanzado los doce años. 2) la participación de los adolescentes, a partir de los catorce años, y 3) la participación de adolescentes, como la suspensión o pérdida de la responsabilidad parental y la privación de la administración de bienes.<sup>138</sup>

La aprobación, en 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>139</sup> es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX, el análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el

---

<sup>138</sup> Alex David Marroquín Martínez. *Principales modificaciones al derecho de familia con la entrada en vigencia de la LEPINA en El Salvador*. (Ponencia presentada en el Primer Congreso Centroamericano de Derecho de Familia, realizado en San José Costa Rica, del 5 al 8 de agosto de 2014), 220. En general la norma es coherente con los artículos 5 y 12 de la LEPINA, en el sentido en que los derechos se ejercen por los niños y adolescentes, en la medida que tienen la suficiente madurez y capacidad de formarse un juicio, en todos aquellos asuntos que les afecten, se supone entonces que a mayor edad, hay un mayor grado de madurez y a la inversa de menor edad, mayor necesidad de ayuda y acompañamiento.

<sup>139</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. *Op. Cit.* El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención, la abundante normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios nunca sustitutivos de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas véase el art. 41 de la Convención, los niños gozaran de protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general, los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

Es algo novedoso para el Derecho de Familia, el que se reconozca ahora lo que en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye la piedra angular del nuevo modelo de la protección integral: la condición o reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos,<sup>140</sup> el principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es extenso, es por eso que al analizar la evolución de los derechos de los niños, revela una característica uniforme, el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres.<sup>141</sup>

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador

---

<sup>140</sup> Alex David Marroquín Martínez. *Op. Cit*, 221. La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria, por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños

<sup>141</sup> UNICEF. *Situación de los Derechos del Niño*, *Op. Cit*, 43. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos, posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres, esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres.



de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria,<sup>142</sup> el principio del Interés Superior del Niño,<sup>143</sup> dispone que es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades, más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades.

¿Qué es el interés superior del niño?<sup>144</sup> Es la satisfacción de sus derechos desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "Interés Superior del Niño" y es posible afirmar que el Interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos, el contenido del principio son los propios derechos, interés y derechos, en este caso, se identifican, todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho", por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".

---

<sup>142</sup> Convención sobre los derechos del Niño. El interés superior del niño como "principio garantista", la Convención contiene "principios" que a falta de otro nombre, se denominan "estructurantes" entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia, los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

<sup>143</sup> *Ibidem*. En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos.

<sup>144</sup> Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho".

El Comité de los Derechos del Niño, insiste de la necesidad de seguir armonizando, de manera integral, todo el ordenamiento jurídico para hacer efectiva la condición de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos titulares de derechos, esto debe implicar reformar todas aquellas disposiciones, particularmente del derecho civil, que han desarrollado milenariamente el tema de la incapacidad de dichas personas.<sup>145</sup>

El Salvador es uno de los países que se ha inclinado por una ley especial para los procesos familiares, incluso se puede afirmar que es el país, latinoamericano, que enfatiza de la menor manera la percepción de un derecho procesal de familia, ya que incluso en los planes de estudio de algunas universidades poseen una asignatura o curso que se denomina, “Derecho Procesal de Familia”, la Ley Procesal de Familia, vigente desde el uno de Octubre de 1994, tiene 220 artículos, distribuidos en ocho títulos, el artículo 91, señala que el proceso tiene por finalidad la decisión de los conflictos surgidos de las relaciones de familia.

En las legislaciones antes de la Convención, y lamentablemente en algunas que siendo después de la Convención, no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales, en el esquema paternalista, el Juez, o la autoridad administrativa "realizaba" el Interés Superior del Niño.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> Alex David Marroquín Martínez, *Op, Cit*, 222. En materia de familia, en lo que se refiere a la parte procesal, no existe una norma que hable de la legitimación, por lo cual en atención al artículo 218, de la Ley Procesal de Familia, automáticamente se esta a lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Civil y Mercantil, dicha disposición indica: “ *tendrán legitimación para intervenir como parte en un proceso los titulares de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión.*” “*también se reconocerá legitimación a las personas a quienes la ley, permita expresamente actuar en el proceso por derechos e intereses de los que no son titulares.*”

<sup>146</sup> Código de Familia. Artículo 4. En este artículo se debe interpretar desde los principios rectores de la Convención, tal como la protección Integral de los niños y adolescentes.

## CAPITULO IV MARCO LEGAL, DERECHO COMPARADO EN RELACION AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 4.1 Constitución de la República de El Salvador

El artículo 34 de la Constitución establece: *“todo menor<sup>147</sup> tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado, la ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia”*

El artículo 35 del mismo cuerpo normativo, nos dice que *“el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de estos a la educación y a la asistencia...”<sup>148</sup>*

Artículo 144 manifiesta la prevalencia de los tratados internacionales sobre la ley interna: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución, la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador,<sup>149</sup> en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”, mientras que el artículo 12 de la Ley de Protección

---

<sup>147</sup> Artículo 3 de la LEPINA, al entrar en vigencia esta ley en el año 2010, este artículo nos da la definición de niña, niño y adolescente de la siguiente manera: *“ los derechos y garantías otorgados en la presente ley serán reconocidos desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años de edad, para los efectos de esta ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos y adolescente desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad”*, no es conveniente llamar a este sector, “menores”, porque la LEPINA, establece que se les llamara niño, niña o adolescentes.

<sup>148</sup> El Estado salvadoreño, está comprometido con la niñez y adolescencia, para lo cual creara mediante los ministerios pertinentes las instituciones que velen por el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia, así mismo aprobara las leyes que a dicha materia se refieren.

<sup>149</sup> Artículo 144 de la Constitución, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Integral de la Niñez y Adolescencia consagra el Interés Superior del Niño como principio de interpretación, aplicación e integración de la norma:

*“En la interpretación, aplicación e integración de toda norma, en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías”.*<sup>150</sup>

#### **4.2 Ley Procesal de Familia**

En el artículo 7, literal j), de la ley procesal de familia, dentro de los deberes del juez, está el de *“Oír al menor cuando hubiere cumplido doce años de edad, en todos los procesos y diligencias que le afecten, antes de dicha edad, el juez tendrá contacto con el menor y de ser posible dialogará con él.”*<sup>151</sup> Las opiniones emitidas por niñas, niños y adolescentes, deben ser debidamente valoradas, ponderadas y tomadas en cuenta por las personas obligadas por ley a oír las, incorporando esta escucha activa, en el proceso de construcción de la decisión a tomar, valorándose como un elemento más para adoptar la decisión, en

---

<sup>150</sup> LEPINA. Es amplio y a la vez vinculante el objeto que engloba el extracto de este artículo, con la finalidad de asegurar el disfrute pleno de los derechos y el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, en este artículo se define el concepto de Interés Superior, el cual resulta difícil intentar explicar si no se tiene en consideración que este principio fundamental está intrínsecamente unido al resto de los principios, que anuncian e informan a toda la doctrina de protección integral de los niños, por esa razón ha de considerarse en el contexto del análisis que sigue los principios de igualdad, efectividad, prioridad absoluta, integralidad y corresponsabilidad como supuestos necesarios para interpretar acertada y correctamente el Interés Superior del Niño.

<sup>151</sup> Artículo 7, literal j, Ley Procesal de Familia. El juez al tomar cualquier decisión en la que afecte la esfera de derechos del niño, debe basarse en el interés superior del mismo, aunque este interés no coincida con su voluntad, pues aunque la opinión es un factor importante para resolver el asunto, la decisión judicial debe ser autónoma y razonada, y debe responder a los hechos, motivaciones y circunstancias objetivas, valorando no solamente lo que literalmente exprese el niño, sino que valorando si la opinión está elaborada o influida, para lo cual es idóneo el auxilio de profesionales en la conducta, a través de las evaluaciones correspondientes que permitan determinar los grados de madurez y de afectación que pueda presentar el niño, niña o adolescente.

razón de la edad y madurez del escuchado, sin embargo en la realidad Salvadoreña, la opinión de los niños y adolescentes no es valorada, como tal, ya que el juez utiliza la opinión de la niñez y adolescencia muchas veces como parámetro de cierta situación a pesar de que este derecho se consagra como uno de los principios formativos de los nuevos procedimientos de familia, la información recogida de la opinión del niño debe ser evaluada junto a las demás piezas de convicción, pero nunca podrá revestir el carácter de prueba definitiva para fundar de forma exclusiva la sentencia, pues el juez debe recordar que es independiente, autónomo e imparcial y que de desde esa visión la opinión escuchada le permite deducir argumentos y razones que deben ser tomados en cuenta para determinar el interés del niño, en el caso en concreto y adoptar la mejor decisión, que asegure su desarrollo integral y el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos.

#### **4.3 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**

El artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece el Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, este principio es de suprema importancia en la garantía de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, tal como lo hacen las legislaciones latinoamericanas y del Caribe adecuadas a la Convención sobre los Derechos del Niño como lo son República Dominicana, Guatemala, Venezuela, Ecuador, Colombia, entre otros, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia,<sup>152</sup> ha dedicado un extenso texto que califica de obligatorio cumplimiento a este principio para la aplicación, interpretación e integración en

---

<sup>152</sup> Art. 12 LEPINA. *“En la interpretación, aplicación e integración de toda norma, en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías...”*

la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, en el encabezado de Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, ha definido el concepto de Interés Superior, este principio fundamenta su base para asegurar el disfrute de los derechos y el desarrollo integral y puede interpretarse de manera incongruente con el significado doctrinario, ya que valora elementos subjetivos vinculados tal como expresa de manera literal “...*toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad...*”<sup>153</sup> por tal razón es necesario puntualizar lo mas importante con respecto al Interés Superior del Niño, ya que es un principio garantista que se limita a la libre discrecionalidad.<sup>154</sup>

Es por ello que resulta difícil explicar de manera suficiente el principio del Interés Superior del Niño en el marco de las disposiciones nacionales e internacionales sobre derechos de los niños, el interés superior del niño es un concepto triple, es un derecho, es un principio y es una norma de procedimiento, tomando una medida respecto de ellos, y se adopten las que promuevan y protejan sus derechos por lo que resulta tarea insuficiente ya que no se tiene en consideración que este principio fundamental esta intrínsecamente unido al resto de los principios que anuncian e informan a toda la doctrina de protección integral de los niños.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> La interpretación o aplicación del principio del Interés Superior del Niño, permite ponderar en la práctica ya sea judicial, administrativa o de otra índole, en cuanto se afecta positiva o negativamente uno o más derechos en la toma de una decisión determinada.

<sup>154</sup> Yuri Emilio Buaiz Valera, *Op, Cit.* La libertad de discreción o libre discrecionalidad judicial se instituye así en otras de las características del tutelaje que hace posible que un hecho inimaginable del mundo social se transforme en causa judicial.

<sup>155</sup> Por esa razón se considera el contexto del análisis que se sigue los principios de igualdad, efectividad, prioridad absoluta e integralidad, como supuestos necesarios para interpretar acertada y correctamente el de Interés Superior del Niño, se considera además cada vez que es necesario lo que se ha escrito e interpretado sobre el resto de principios de la doctrina de protección integral, la característica que rodea a los principios garantistas de derechos en la Convención sobre los Derechos del niño, reciben el nombre de “característica ideológica” para garantizar todos los derechos más allá de los derechos expresos o específicos.

Existe una excepción al Interés Superior del Niño, es decir, en los casos en que se puede tomar una decisión que podría afectar un derecho determinado, es solo cuando la ley expresamente lo ordena o autoriza, por ejemplo: en los casos previstos del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre separación familiar por maltrato u otras circunstancias que afecten sus derechos, es decir aquellas no comprendidas como carencias materiales, por supuesto, desarrollados en los artículos 78, 79 y 80 de la LEPINA o en los casos de los artículos 21 de la Convención de los Derechos del Niño, referido a la adopción.

Es necesario mencionar que aunque se prive del derecho a la familia, se trata de preservar derechos como la vida, la integridad o la expresión de libertad de los mismos, por lo que la decisión también estará orientada por el Interés Superior del Niño, que garantice aquellos derechos que la familia esta violentando o amenazando, se debe insistir en que la excepción es expresa en la ley, no en la mente del Juez, administrativo o Judicial, en razón de que en la práctica de algunos países usualmente se dictan, medidas o decisiones, aparentemente fundadas en este principio que se caracterizan por violentar derechos, tales como medidas de protección basadas en que “el niño tiene problemas de conducta en su familia”, separándolos arbitrariamente de ella e incluyéndolos en un programa de atención o institucionalización, nada mas contrario al Interés Superior del Niño<sup>156</sup> que tal medida, porque frente a este tipo de situaciones se amerita de una medida para fortalecer las relaciones intrafamiliares a través de un programa de atención ambulatoria que no prive al niño el derecho a su familia de origen y al mismo tiempo resuelva en su propio medio las relaciones y el buen trato en la familia, lo contrario es hacer responsable al niño de una situación multicausal, en la que el niño o niña es

---

<sup>156</sup> Se excepciona su aplicación cuando la ley expresamente lo contempla y la ley lo prescribe solo cuando se trata de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en un caso concreto, solo es posible entonces dejar de aplicar el Interés Superior del Niño por razón del mismo Interés Superior del Niño, aunque parezca una contradicción o paradoja.

víctima de violación de derechos y no causante de ello, por ser la excepción expresa en la ley, el Interés Superior del Niño, tiene así un contenido y función dialéctica, pues la excepción parte solo de su propia tesis, esto es, que la posibilidad de eximir su aplicación esta en el contenido mismo del Interés Superior del Niño.

Para hablar sobre la interpretación y la aplicación del principio del Interés Superior del Niño, es procedente la construcción de una regla de aplicación del mismo, con el fin de que permita ponderar en la practica ya sea esta judicial administrativa o de otra índole, en cuanto se afecta positiva o negativamente uno o mas derechos en la toma de una decisión determinada.<sup>157</sup> El Comité de los Derechos del Niño, ha observado la incontestable interpretación hecha a los artículos 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño, afirmando que este no fija una edad mínima para el derecho del niño a expresar sus opiniones, resulta evidente que el niño puede formarse un juicio desde pequeño, afirmado categóricamente este comité que si bien puede surgir problemas para oír su opinión este derecho deberá

---

<sup>157</sup> Al utilizar esa regla se impone además de enfrentar la decisión a los derechos que se afectan, tener que tomar decisiones que pueden ir en contra de un determinado Interés, del niño, niña o adolescente, como hemos explicado en el punto anterior, en tal circunstancia, jueces, fiscales, defensores u otros tomadores de decisiones, por lo general se encuentran en la disyuntiva de su aplicación, pues al interpretar el principio pesan, la prohibición de violar derechos y la necesidad de resolver dicho problema, por esa razón es que se dice que debe siempre en tal situación tomarse la medida que asegure la máxima satisfacción de derechos y la menor restricción de ellos, no solo cuantitativamente, sino en relación a su importancia relativa y adicionalmente a este principio, la aplicación del principio debe estimar la forma y mecanismos reales de restitución lo mas inmediato posible de los derechos que se están afectando cuando no queda otra alternativa que hacerlo, como por ejemplo, con la medida de separación del familiar que da malos tratos al niño, también debe considerarse claramente que la privación temporal de un determinado derecho en aplicación expresa de la autorización que prevé la ley, lo es por el menor tiempo posible y como medida de último recurso, analizadas como hayan sido otras soluciones de derecho que no afecten el Interés Superior del Niño, además se puede mencionar una particular situación de la niñez, en estrategias de supervivencia privados del medio familiar, no se justificara que en aplicación del Interés Superior del Niño se ordene una medida de abrigo o acogimiento de emergencia sin otros mecanismos paralelos, rápidos, eficaces de integración a la familia de origen o de localización de esta. Incluso, la inexistencia de programas de localización, apelando a las instituciones públicas, tales como policías, oficinas regionales de identificación, Tribunal Supremo Electoral u otros, dando órdenes o mandatos expresos para la localización familiar



garantizarse y respetarse aun en las situaciones en las que, aunque el niño sea capaz de formarse una opinión propia, no pueda comunicarla o cuando el niño no haya alcanzado la madurez o una determinada edad.<sup>158</sup>

Pues bien, el artículo 94, de la LEPINA, desarrolla suficientemente el pensamiento del organismo internacional citado e impone la obligación de cualquier entidad pública o privada de valorar las opiniones de la niñez y adolescencia, de forma motivada y explícita en sus resoluciones o decisiones.<sup>159</sup>

Resulta de interés la precisión de este artículo cuando establece que “...*La opinión de las niñas, niños y adolescentes será recibida con métodos acordes a su edad y será recibida con métodos acordes a su edad y será tomada en cuenta en función de su desarrollo evolutivo...*” y debe ser así, en razón de proporcionar la mejor y más adecuada forma para que el niño exprese su opinión en un asunto en el que tiene interés o se debaten sus derechos, o se deba tomar una decisión que le afecte.

#### **4.4 Declaración Universal de Derechos Humanos**

En el marco de los derechos humanos sobre los cuales esta sentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas,

---

<sup>158</sup> UNICEF. “Manual de Aplicaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño”, (editorial Criterio, San Salvador, 2000), 179. Algunos países han fijado una edad mínima para el derecho del niño a ser escuchado, por ejemplo en procedimientos de custodia relativos a la separación o el divorcio de los padres, la convención en cambio no comparte este punto de vista, y los estados parte no pueden invocar el principio del Interés Superior del Niño, para sustraerse a las obligaciones contraídas en virtud del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>159</sup> Artículo 94 LEPINA. debe ser de esa manera, en razón de proporcionar la mejor y más adecuada forma para que el niño exprese su opinión en un asunto en el que tiene interés o se debaten sus derechos, o se deba tomar una decisión que le afecte, al respecto, las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, establece los parámetros para asegurar procedimientos adecuados con el fin de proteger y satisfacer las necesidades especiales de los niños cuando estos sean víctimas o testigos de delitos cuando la naturaleza de la victimización afecte de distinta manera una categoría de niños, como sucede con niños y especialmente las niñas, son objeto de agresión sexual, indicando además las formas en que la niñez y adolescencia deben prestar su testimonio u opinar en determinados procesos judiciales.

permite a la aproximación de la definición de la protección integral a los niños, niñas y adolescentes, dicha protección tiene su fundamento en los principios básicos entre los que destacan el de igualdad o no discriminación, el de efectividad y prioridad absoluta, interés superior del niño y el de solidaridad social.

Tejeiro López<sup>160</sup>, dice que al interior del concepto de protección *“se encuentra la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades”*

La protección Integral, se define de la siguiente manera: es el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo, que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.<sup>161</sup>

En este apartado es importante hacer mención del principio de corresponsabilidad o principio de solidaridad social, ya que al igual que la protección integral está relacionado con el Interés Superior del Niño y la participación que ellos tienen al brindar su opinión en los procesos en que afecten sus derechos.

---

<sup>160</sup> Carlos Enrique Tejeiro López, *Teoría general de niñez y adolescencia*, (1998), 65, editado y citado por UNICEF. La definición de este autor está dirigida sin duda, al objeto final de la protección como acción dirigida a un grupo social determinado.

<sup>161</sup> Esta definición permite ubicar las claras diferencias que existen entre las políticas públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos o difusos de todos los niños, niñas y adolescentes, con las políticas especiales destinadas básicamente a entender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos también determinados de niños, niñas y adolescentes.

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece este principio de manera general: *“Los Estados partes respetaran las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otra persona encargada legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*<sup>162</sup>

La participación de la niñez y adolescencia en el ejercicio de los derechos es un asunto básicamente del niño o niña, es decir que la obligación de los padres, no es la de participar por el niño, sustituyendo la condición de sujeto social de derechos reconocidos, se cumple este principio en cuanto al niño le es tomada en cuenta la opinión en los procesos familiares y como base tomamos el divorcio, ya que de este se desprenden los demás procesos.

De esa forma el niño, niña o adolescente es el sujeto mas importante en el ejercicio de sus derechos, como tenedor titular, en cuanto al estado, la familia y la sociedad no pueden sustituir el ejercicio directo de los Derechos Humanos<sup>163</sup> de los niños, de manera que resalta la obligación en que están más bien, de generar las condiciones para que efectivamente el niño ejerza sus derechos, una consideración o practica distinta a esta afirmación conduce a entender a los niños o niñas como objetos de los adultos y de las instituciones, es deber del Estado cumplir los derechos de los niños y en tal sentido, debe producir las transformaciones y adecuaciones institucionales imprescindibles

---

<sup>162</sup> Artículo 5 Convención sobre los Derechos del Niño, son cuatro las implicaciones y sujetos de la participación que contiene esta disposición: el niño o niña, el Estado, la familia y la sociedad.

<sup>163</sup> Derechos humanos: El sujeto legitimo de la participación y del ejercicio directo es, en definitiva, el niño, niña o adolescente, el estado, la familia y la sociedad se comportan entonces respecto a ese ejercicio como garantes y ordenadores del efectivo disfrute de los derechos, con plena sujeción al carácter imperativo de las normas, para ello, la formación en un ambiente de libertad, justicia, participación y democracia, es parte de la formación y orientación para el ejercicio de los derechos.

para tal fin, los cambios para transformar deben estar apuntados a la visión del Estado, es decir que se trata de superar la re-decoración de sus instancias, profundizando en las contradicciones existentes entre la estructura del Estado y los Derechos Humanos.<sup>164</sup>

La participación de las niñas, niños y adolescentes, corresponde al Estado constitutivo de derechos, para abrir el camino de la participación de los niños en la toma de decisiones ya que esto altera la cultura que se tiene de autoritarismo que se representa y materializa con el solo hecho de decidir por ellos o sin ellos, no basta con aceptar la participación, es necesario que se impulse el ejercicio de los derechos de participación, por cuantos medios sea posible, por lo que en este punto la sociedad se convierte en vigilante del cumplimiento de los derechos de los niños e implica el deber de demandar su cumplimiento o restitución.<sup>165</sup>

#### **4.5 Convención sobre los Derechos del Niño**

El derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta la encontramos en las virtudes de la Convención de derechos del Niño, esta es la de posicionar la idea de que los niños tienen los

---

<sup>164</sup> Al hablar de profundizar en las contradicciones del estado, se refiere a la toma de decisiones y las oportunidades de participación de los niños en ellas y la satisfacción de necesidades reales de la niñez y adolescencia.

<sup>165</sup> Yuri Emilio Buaiz Valera. *Op, Cit*, 433. La responsabilidad social es compartida con los órganos del estado, participar en la prestación de programas mixtos o privados para la atención de niños o adolescentes, e particular a los que se encuentran amenazados en sus derechos, exceptuando los programas de privación de libertad para adolescentes que son de exclusiva responsabilidad del estado, coadyuva la sociedad con el estado a través de los programas de atención a la restitución de los Derechos Humanos infringidos, pero también lo hace con la prestación de servicios de defensa de estos derechos, bien promoviéndolos o difundiéndolos, bien a través de procedimientos conciliatorios extrajudiciales que permiten la solución de conflictos familiares no solo sin la intervención judicial, sino de manera rápida y más cercana a las comunidades y al momento más próximo de conflicto, en El Salvador esta última responsabilidad de la sociedad se ejecuta a través de las asociaciones de promoción y asistencia a los derechos de la niñez y adolescencia, definidas en el artículo 193 de la LEPINA. En otros países como Venezuela y Perú a las defensorías del Niño y del Adolescente, por lo que pretender judicializar la conciliación constituiría un evidente contrasentido que seguramente afectara la figura de la conciliación y resolución de conflictos por vía de servicios administrativos.

mismos derechos que los adultos, esto significa considerarlos como sujetos de derechos humanos y civiles, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos, en función de su edad y madurez y de la salvaguarda de los derechos de sus padres y cuidadores.

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>166</sup>, ya que es uno de los pilares fundamentales donde se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos,<sup>167</sup> constituye, por una parte, una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura.

Por otra parte y aun cuando esta norma no lo señala en forma literal este derecho se ha entendido también como un derecho de participación de los niños, el Comité de los Derechos del Niño lo señala expresamente y postula que se trata de una participación que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo,<sup>168</sup> escuchar a los niños y facilitar su participación no debe ser una dificultad extra, sino que una parte fundamental de un sistema que protege y reconoce efectivamente sus derechos.

---

<sup>166</sup> Artículo 12: 1. *"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten sus intereses"*

<sup>167</sup> Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

<sup>168</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 12, El derecho del niño a ser escuchado, 51o período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta se vincula estrechamente y debe ser interpretado en consonancia con otros dos importantes principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño constituyéndose en la práctica en elementos necesarios sino indispensables para su plena configuración en el caso concreto, nos referimos al principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo tercero<sup>169</sup> y el de la autonomía progresiva, recogido en el artículo quinto de la citada Convención de los Derechos del Niño.<sup>170</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el Interés Superior del Niño es un principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y "se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre Derechos de los Niños".

Una de las primeras referencias al Interés Superior del Niño de parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede encontrarse en el Informe Anual de 1997, el cual señala que: "En todos los casos que involucren decisiones que afecten la vida, la libertad, la integridad física o moral, el

---

<sup>169</sup> Artículo 3: Convención, 1) En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño, 2) Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas, 3) Los Estados Partes se asegurarán que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente.

<sup>170</sup> Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

desarrollo, la educación, la salud u otros derechos de los menores de edad, dichas decisiones sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño".

La delimitación conceptual del Interés Superior del Niño en principio no ha estado exenta de polémicas, se trata de una noción cuyos contornos son de difícil precisión y que ha dado pie a múltiples definiciones doctrinarias y jurisprudenciales, algunos sostienen que esta noción plantea dos problemas: por una parte, un problema de indeterminación no podemos saber cuál es el mejor interés de un niño ni siempre estar de acuerdo en los valores que importan y por otra, un problema cultural los estándares de mejor interés no son iguales en las distintas culturas, el mejor interés es general y especulativo y requiere de una individualización caso a caso.<sup>171</sup>

#### **4.6 Derecho comparado en países como España, Argentina y Colombia, en relación al Interés Superior del Niño**

##### **4.6.1 España**

En la jurisprudencia Española parece contario la capacidad parental, el interés superior del niño contra la sanción al progenitor, según el cual las medidas respecto a los hijos no pueden buscar una sanción para los progenitores, sino tan sólo el interés superior de los niños, la regulación inglesa, en la misma línea, prima la capacidad de la persona para satisfacer las necesidades del niño, independientemente de su conducta ante la crisis, a pesar de este criterio, a los tribunales ingleses sigue influyéndoles negativamente el hecho de la homosexualidad del progenitor de cara a concederle la custodia de los

---

<sup>171</sup> Convención sobre los derechos del Niño. Se sostiene que el niño, por su falta de madurez, física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

hijos, las enfermedades o discapacidades de los progenitores pesan a la hora de calificar la capacidad de cada uno de ellos, siendo más determinante.<sup>172</sup>

En España<sup>173</sup> existe otro criterio importante: mantener la unidad de los hermanos, salvo que en las circunstancias concretas no sea tan desaconsejable porque concurren otros factores que permitan hacer excepciones a esta regla y la medida resulte más ventajosa para el niño, guarda y custodia compartida, una de las soluciones más debatidas, en el empeño por encontrar fórmulas que satisfagan el interés de los niños, las niñas y los adolescentes.

Este sistema<sup>174</sup> nada tiene que ver con la idea de corresponsabilidad parental, comunicación entre los progenitores para procurar al hijo el mayor contacto posible con cada uno de ellos, en un entorno seguro y saludable, que, en nuestra opinión, debería subyacer a la idea de guarda y custodia compartida, los tribunales españoles, sin embargo, son bastante reacios a conceder estos

---

<sup>172</sup> Mauricio Luis Mizhari, *Familia, Matrimonio y Divorcio. Op, Cit, 109-115*. En general, en los supuestos de enfermedad mental que en los de limitaciones físicas, la convivencia con terceras personas no puede ser un factor decisivo en sí mismo que afecte a la capacidad del progenitor, pero si pueden derivarse de él circunstancias, como la relación de los niños con tales personas y sus consecuencias, que pueden tomarse en consideración para decidir cuál es el interés superior del niño, en este aspecto coinciden las prácticas española e inglesa.

<sup>173</sup> La jurisprudencia española ha admitido que existe la posibilidad legal de establecerla, y las cautelas más frecuentes de los tribunales se centran en su adecuación práctica en cada caso concreto, en determinadas ocasiones los tribunales han establecido guardas y custodias llamadas compartidas, que en realidad se basan en un reparto del tiempo y una alternancia de la residencia de los niños.

<sup>174</sup> Cuando un juez tiene que establecer dónde va a vivir el niño y cómo se va a asegurar un contacto adecuado con ambos progenitores y en su caso, con otras personas de la familia extensa y allegados, puede pensarse que éstos han fracasado en el ejercicio de sus funciones parentales, dejar a un lado esta regulación en la autoridad judicial, significa el fracaso previo de aquellos a quienes, primeramente y en beneficio de sus hijos, incumbía por consenso tomar tal decisión”, en Italia este derecho no se ha recogido legalmente, pero sí por la jurisprudencia, mientras que los tribunales alemanes son limitados a reconocer un derecho propio del niño a relacionarse con los abuelos y otros parientes y allegados, aunque esta postura está siendo criticada por parte de la doctrina, las decisiones que afectan a la organización de la vida familiar tras la ruptura de la pareja, entrañan una gran complejidad y lograr la mayor adecuación posible es crucial para garantizar el interés superior del niño, en el cumplimiento de los derechos que le son propios y que pueden verse afectados en estas circunstancias



regímenes y encontramos muchos ejemplos en los que no se han admitido, por otra parte, en ocasiones se conceden régimen de visitas tan amplios, que bien podría hablarse de una guarda y custodia compartida, aunque el niño pernocte siempre en el mismo domicilio.

Los procesos de separación y divorcio suponen una gran crisis en todos los órdenes afectivo, familiar, social y económico que afecta a los miembros de la pareja negativamente, disminuyendo en muchas ocasiones la capacidad para afrontar la situación de una manera adecuada y teniendo en cuenta, ante todo, a los hijos.<sup>175</sup>

La mediación del juez debería ser un recurso<sup>176</sup> que ayude a los progenitores a separar su conflicto de pareja del ejercicio responsable de la autoridad parental en beneficio de los hijos, pero, probablemente, no debería ser el único recurso, porque lo que es evidente es que las personas que atraviesan una crisis familiar necesitan ayuda y el sistema judicial no es el escenario más indicado para proporcionársela, no obstante lo anterior la ley primaria y secundaria reconocen los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La mediación ha demostrado ser un instrumento útil para crear un espacio de diálogo en el que los progenitores no pasen por alto sus necesidades, deseos e intereses con ánimo de salir del proceso judicial cuanto antes o como resultado de dejarse llevar por los sentimientos negativos que la confrontación con su pareja le produce.

---

<sup>175</sup> Por tanto se considera que se debería poner a disposición de estas familias servicios de orientación, de asistencia psicológica y de asesoramiento, así como fomentar el conocimiento y empleo de los mismos.

<sup>176</sup> Mary Beloff, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano*. (1<sup>o</sup> edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008), 109. Sentimientos que, con demasiada frecuencia, les conducen a utilizar a sus propios hijos aun cuando su intención no sea tal en lugar de velar por su bienestar, la relación entre una solución dialogada a los conflictos entre los progenitores y la salvaguarda del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes de las familias que pasan por estas situaciones.

En la génesis<sup>177</sup> de algunos de estos problemas comunes, es posible identificar, entre otros factores, sin duda, la indeterminación del principio del Interés Superior del Niño, se observa que, independientemente de la técnica legislativa que se emplee, la dificultad para dar con un contenido objetivo de lo que es el interés superior del niño, en las crisis familiares derivadas de la ruptura de la pareja, conlleva altas dosis de subjetividad en la toma de decisiones, al tiempo que deja la puerta abierta a la presencia de estereotipos y prejuicios sociales.

Como consecuencia, las medidas adoptadas por jueces y tribunales, en ocasiones no responden adecuadamente a la satisfacción de las necesidades infantiles y adolescentes en cumplimiento de sus derechos, cuando esto sucede, la situación se ve agravada por el hecho de que las decisiones las han tomado personas ajenas por completo al sistema familiar.<sup>178</sup>

El papel del juez se vería limitado al de garante de los derechos de las personas implicadas en el conflicto, especialmente de los niños, las niñas y los adolescentes, de esta forma sólo se impondrían soluciones una vez agotadas todas las vías previas, todo ello con el objetivo de promover la toma de conciencia por los progenitores sobre la continuidad de la autoridad parental a pesar de la ruptura de la pareja, por último, se debe atención a las fórmulas que permiten a los niños, a las niñas y a los adolescentes ejercer los derechos referidos: derecho a expresar su opinión libremente y conforme a sus capacidades en los asuntos que les afectan, derecho a recibir apoyo y

---

<sup>177</sup> Se forma un criterio externo a las posiciones enfrentadas de los progenitores, que puede reforzar a uno en perjuicio de otro o no satisfacer a ninguno de los dos, la diferencia del criterio judicial reside en su imposición coactiva, justificada por la necesidad de proteger el interés superior del niño, considerado un interés público.

<sup>178</sup> La consecuencia de los riesgos derivados de la excesiva judicialización de la vida familiar a los que se ha hecho referencia, es visto que el principio de mínima intervención judicial con sus consecuencias bien definidas debería formar parte del contenido del interés superior del niño, pero para que esta medida fuera acertada y eficaz, debería ir acompañada de recursos que permitan la derivación de las familias a servicios más adecuados, entre los que podrían estar la mediación, el asesoramiento sobre las necesidades infantiles y adolescentes y el apoyo psicológico

asistencia de ambos progenitores y derecho a mantener el contacto con parientes y allegados, las medidas podrían situarse en dos planos.<sup>179</sup>

#### 4.6.2 Argentina

El derecho del niño a ser oído, plantea una serie de problemas importantes de cara a evitar que su ejercicio con lleve perjuicios para su desarrollo y bienestar emocional, la asunción de responsabilidades que no le corresponden, los daños que podría producirle las presiones externas y el tener que decidir entre uno y otro progenitor, así como la pérdida de autoridad de ambos ante el hijo y la inseguridad que pueden generar los escenarios judiciales, son algunos de los riesgos que podrían derivarse de un mal ejercicio de este derecho, no se trata de poner en cuestión la necesidad y el derecho de los niños a participar en su entorno y a ser escuchados y tenidos en cuenta, sino de buscar las formas adecuadas de materializarlo, con el objeto de que, de un derecho que pretende servir el interés superior del niño, no se derive un daño para este.<sup>180</sup>

No es necesario encontrar a un niño envuelto en un proceso judicial para que se escuche su declaración, como es lo más común, pero la base de la investigación si abarca los procesos de familia,<sup>181</sup> en Argentina la Ley Nacional

---

<sup>179</sup> El más general, referido a la necesidad de implementar políticas integrales de infancia y familia que fomenten la escucha de los niños en el ámbito familiar, así como la autoridad parental y el diálogo durante todo el proceso de crisis y ruptura, así como una vez reorganizada la familia y otro más específico, relativo a la práctica del derecho de audiencia y a la toma de decisiones sobre custodia y régimen de visitas

<sup>180</sup> La opinión manifestada, en su caso por el niño, no es vinculante para el juez, sino que se trata de un factor más entre los que deberá tener en cuenta al observar que el interés del niño no puede ser considerado solo como su deseo así expresado.

<sup>181</sup> La jurisprudencia refiere no implantar una doctrina sobre lo que es el Interés Superior del Niño, por entender que priman las circunstancias específicas de cada situación.

Argentina 26.061 reconoce en su artículo 2,<sup>182</sup> el derecho de los niños a ser oídos, pudiendo darse por cualquier medio de manifestación o expresión, por el cual se den a entender, de igual forma, la ley de la Provincia de Buenos Aires, consagra también el derecho de los niños a ser oídos en cualquier etapa del proceso, señalando los derechos a peticionar, a expresar sus opiniones y que estas sean tenidas en cuenta en toda decisión que afecte sus derechos.

En el artículo 24 de la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes derecho de opinar y ser oídos, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho: *“a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés, b) que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes, entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”*.

Cuándo un niño está en condiciones de ejercer la facultad de opinar, la Convención sobre los Derechos del Niño, supone predeterminar una edad o rangos de edades para escuchar a los niños, determinación respecto de la cual ni la doctrina ni la práctica judicial es pacífica, en Argentina, por ejemplo, se señala que la edad adecuada para escuchar la opinión de los niños y adolescentes son 10 años y 14 años o depende de cada situación concreta y que muchos siguen el parámetro que da el Código Civil que establece la responsabilidad por los perjuicios a partir de los 10 años.

Se considera que uno de los riesgos de establecer un rango fijo de edad para escuchar a los niños es la manera rígida en la aplicación de estos parámetros, sin considerar que los niños tienen experiencias de vida y formas de

---

<sup>182</sup> El artículo de la ley 26.061 dispone *“los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera que sea la forma en que se manifieste n en todos los ámbitos”*, señalando los artículos 19, 24 y 27 de la misma ley, el valor que debe darse a tal opinión.

expresarse distintas, no todos los niños son iguales, por ello hay que establecer estándares flexibles, que permitan a los operadores ponderar caso a caso las condiciones del habla de los niños en función de su edad, pero también de su madurez, lo anterior nos conduce a la necesidad de fortalecer las competencias de los operadores del sistema para oír a los niños, especialmente a los más pequeños.

Por ello y siguiendo a Couso,<sup>183</sup> consideramos que todo niño que esté en condiciones de decir algo relevante respecto de una decisión que le afectará está en condiciones de formarse una opinión, la expresión: decir, debe entenderse en un sentido más allá del: decir con palabras, razón por la cual cobran importancia las competencias para oír de los operadores del sistema y los tiempos que se le den al niño para ello.

La forma de "hablar" con el niño depende de la edad, con los más pequeños (*very young children*), el contacto consiste observar al niño y cómo se relaciona, con los del medio (*young children*) además de la observación, frecuentemente se juegan con el niño, algunos diseñados especialmente para ese propósito y con los más grandes (*older children*), el contacto incluye "hablar",<sup>184</sup> por otra parte, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que se dará la oportunidad al niño de ser oído, "ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado", la

---

<sup>183</sup> Jaime Couso, *Op. Cit.*, 153. cuando el menor de edad no tiene suficiente capacidad de autogobierno, la protección se ejerce de forma activa mediante el ejercicio de la autoridad parental de los padres los cuales deberán respetar los deseos y opiniones del menor en la medida en que éstos son reflejo de su personalidad, esta voluntad puede ser una voluntad en sentido jurídico, es decir, una voluntad libre y consciente.

<sup>184</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, *Op. Cit.* el derecho de defensa es una garantía de rango constitucional, alcanza también a los niños en su calidad de personas, un niño, no puede estar ajeno a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, que son parte constitutiva e inescindible del derecho a la defensa, en estos casos, adquiere una especial connotación y se materializa a través del derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, contiene además una doble dimensión, por una parte, el derecho personal del niño de ser escuchado y el deber correlativo del juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando se pueda ver afectado en sus derechos por medio de un pronunciamiento judicial.

conjunción "o" que contiene esta norma da la posibilidad a los Estados de optar porque los niños sean escuchados a través de otras personas, razón por la cual se sostiene que para cumplir con el mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño, bastaría con un sistema de asistencia estatal que se hiciera cargo de recoger y transmitir la opinión del niño.<sup>185</sup>

El derecho comparado nos muestra una diversidad de modelos de defensa jurídica y de representación especial de niños y adolescentes, existen cuatro modalidades distintas, para este tipo de representación.<sup>186</sup>

Existe un sistema de carácter más bien administrativo, en el que prima la voluntariedad de los afectados para la aplicación de medidas de protección a cargo de la instancia administrativa, en los acuerdos para aplicar medidas de protección siempre se requiere el consentimiento del menor si tiene más de 14 años y éste tiene derecho a consultar a un abogado.<sup>187</sup>

En esta línea, existen mecanismos<sup>188</sup> que sostienen que los niños tienen derecho a ser oídos, a preparar su defensa y a ofrecer resistencia a la posible decisión restrictiva de sus derechos, sostiene que no existe ninguna norma que

---

<sup>185</sup> Jaime Couso, *Op, Cit.* 160. La aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se entronca también con el derecho al debido proceso, uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, entendido por la doctrina como la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y pruebas.

<sup>186</sup> "Guardián ad litem abogado": Consiste en la designación de un abogado que representa el Interés Superior del Niño, "Guardián ad litem no abogado": Es similar al anterior, pero como su nombre lo indica este representante no es abogado, "Conjunción entre guardián ad litem abogado y abogado tradicional": Se designa siempre un guardián que actúa como tal y, en casos excepcionales, se designa además a un abogado tradicional que representa el interés manifiesto del niño, "Abogado tradicional": Aquel profesional que representa los intereses manifiestos del niño y se ciñe a sus instrucciones.

<sup>187</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. *Op, Cit.* en países europeos se establece el derecho de los niños a tener información pertinente, a ser consultados y emitir su opinión, a ser informados de las consecuencias de la puesta en práctica de su opinión y de toda decisión, así como el derecho a ser asistidos por una persona a su elección.

<sup>188</sup> Mecanismos de recuperación de la voz de los niños, de acuerdo a la información recabada, además de la representación por sus padres o adultos significativos, la participación de los niños parece reducirse.

impida instruir a los niños sobre el derecho al recurso que los asiste y que consagran las convenciones de derechos humanos, los mecanismos de recuperación y factores que determinan que la voz del niño sea tomada en cuenta en los procesos de familia, permiten afirmar la participación de los mismos, ya que en los juicios de familia los niños carecen de la calidad de parte, los adultos tienen un rol protagónico, mientras los niños cuando participan de alguna manera en el proceso tienen papel secundario y accesorio.

La "no participación",<sup>189</sup> corresponde a aquellas situaciones en las que la voz del niño no se recupera ni en forma directa a través de la audiencia reservada ni en forma indirecta por medio de peritajes, informes diagnósticos o la representación de sus derechos a través de un curador *ad litem*, sino que por los dichos de terceros, los factores o criterios utilizados por los jueces de familia para determinar en qué casos oír o no a un niño en el marco de un proceso judicial, se encuentra con tres grandes criterios que parecen incidir en esta definición: la materia sobre la cual versa la causa, la edad de los niños y la forma de término del caso, sin embargo, se observa que no existen criterios uniformes entre los jueces ni protocolos estandarizados que establezcan dichos criterios, todo indica que éstos son apreciados por los jueces de familia<sup>190</sup> en forma personal caso a caso.

---

<sup>189</sup> Se refiere a aquellos casos en que los adultos hablan "en nombre" del niño, interpretan sus deseos, intereses, temores y expectativas, en general, ello se traduce en lo que los adultos "creen que el niño quiere" o "creen que es mejor para él", pero que puede no coincidir con el interés manifiesto de los niños, esto sucede no sólo a través de la intervención de las partes y sus abogados, sino también en algunos casos a través de los testigos de éstas, quienes no hacen sino replicar los argumentos de las partes.

<sup>190</sup> Silvina Alegre y otros. *El Interés Superior del Niño. Interpretaciones Latinoamericanas*. (s.e, 1989, editado por UNICEF), 3-4, materia sobre la que versa la causa, en aquellos casos en los cuales los "protagonistas", las partes procesalmente hablando, son los adultos, como por ejemplo, cuidado personal, en la gran mayoría de los casos de violencia intrafamiliar, la participación de los niños es muy reducida, no es posible visibilizar su voz e incluso en algunos casos no es posible ni siquiera encontrar los datos mínimos de identificación de los niños nombre, edad o sexo, sólo se los reconoce como los "menores" o los "hijos".

### 4.6.3 Colombia

La integralidad como principio en derechos humanos, se refiere a que todos los derechos humanos, se refiere a que todos los derechos están ligados unos a otros, interrelacionados e interdependientes, teniendo la misma jerarquía e igual nivel de importancia, por lo que deben ser garantizados, siendo importante destacar que en el caso de la niñez y adolescencia, como sujetos de derechos, gozan de todos los derechos que ostentan los adultos adicionándose derechos específicos que le son inherentes en sus condición de niñas, niños y adolescentes.<sup>191</sup>

Al hacer un análisis de la condición de la niñez y el cambio introducido con la Convención, históricamente, el niño es ubicado junto con los incapaces sin considerar distinción alguna entre niños y adolescentes, ni aceptar que los mismos hacen significativas contribuciones en la toma de decisiones familiares y sociales de tal forma, que se ha sostenido doctrinariamente,<sup>192</sup> que la representación de un niño, refiriéndose en general a niñez y adolescencia, se encuentra por regla general en cabeza de los padres, debido al sometimiento legal del hijo a la autoridad parental, por lo que cualquier derecho, la ley le confiere la representación de los padres,<sup>193</sup> en el año de 1989, Colombia firma la Convención Internacional de los Derechos de los niños y niñas, y en el mismo año, se expide el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989, como norma

---

<sup>191</sup> Carlos Enrique Tejeiro López. *Teoría general de la niñez y adolescencia*. (1º edición, UNICEF, Colombia, 1998), 65. Con la integralidad se busca la construcción de soluciones sociales a través de programas y planes específicos, así como del cumplimiento del principio de corresponsabilidad, apartándose de la visión tutelar de dar respuestas jurídicas a los problemas sociales.

<sup>192</sup> Roberto D. Campos, *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*, (1º edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires. Argentina. 2009), 151. Existe una clara visión de la incapacidad de la niñez y adolescencia de tal forma que son los padres los que obligatoriamente deben representar en juicio los derechos de los hijos.

<sup>193</sup> José Roberto Gutiérrez Romero y otros, *El ejercicio de la autoridad parental según la ley de protección integral de la niñez y adolescencia en los procesos de cuidado personal*. (tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador).



interna dando cumplimiento a tal Convención, en este Código se establecen siete situaciones irregulares en que podía encontrarse un menor de edad y que eran necesarias para poder definirse por parte de la autoridad competente su situación legal, tales situaciones irregulares como el abandono total, parcial, el abuso sexual, la explotación económica y el maltrato.

Solamente a partir de 1991, en Colombia se da aplicabilidad por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional al Principio del Interés Superior en la infancia, consagrado universalmente desde 1989, y que sólo se implementó legalmente con el Código de la Infancia y de la Adolescencia Ley 1098 de 2006, aunque antes de la expedición de la Ley de Infancia, ya la Corte Constitucional venía reconociendo en sus fallos, el interés superior de los niños, conforme lo establece la Constitución Nacional de 1991, de esta manera se estableció una especial protección a esta etapa de la vida del ser humano definitiva para siempre, es por ello que planteamos una revisión de los fallos constitucionales para determinar cual es la línea jurisprudencial en la corte constitucional del principio de interés superior para la primera infancia.

*Artículo 8. “Interés superior de los niños, las niñas y adolescentes, se entiende por ello el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependiente.”<sup>194</sup>*

---

<sup>194</sup> Código de la Infancia y de la Adolescencia, Ley 1098 de 2006. Es una realidad la consagración normativa y jurisprudencial en el derecho colombiano del principio del Interés Superior de los Niños y las Niñas, es así como en el artículo 8° de la Ley de Infancia y Adolescencia 1098 de 2006 se define este principio, en el artículo 44 de la Constitución Nacional se denominan como prevalentes los derechos de la infancia y en lo jurisprudencial hasta la fecha hemos identificado 120 sentencias de la Corte Constitucional donde se reconoce tal principio universal, encontrando fallos constitucionales desde 1992, fundamentados en la Convención Internacional de los derechos de los niños de 1989 y ratificado por Colombia en 1991, el Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.”

## 4.7 CONCLUSIONES

1. Los niños, niñas y adolescentes han sido históricamente invisibilizados, ya que no se les consideraba como sujetos titulares de derechos humanos evolucionando esta situación con la entrada en vigencia de la Convención de los Derechos del Niño.

2. El Estado de El Salvador, ha incumplido con la responsabilidad de velar por la niñez y adolescencia, principalmente aquella que se encuentra desamparada, ya que no se les brinda educación ni ayuda económica, mucho menos protección.

3. Los compromisos asumidos en varios instrumentos nacionales e internacionales, no son ejecutados por parte del Estado de El Salvador, lo que evidencia el poco interés por parte de éste para combatir la falta de protección a la niñez y adolescencia.

4. Hasta el momento, todas las políticas sociales a favor de la niñez y la adolescencia en El Salvador han sido formuladas como políticas gubernamentales, pero las mismas no tienen como finalidad alcanzar el bienestar integral y el cumplimiento efectivo de los derechos de la niñez y adolescencia.

5. En la esfera histórica el Interés Superior del Niño se originó a partir del siglo XX, en los aspectos relativos a la familia, se reconoció de manera progresiva el concepto de Interés o necesidades de la infancia, tanto que ese siglo se le denominó Siglo del Niño.

6. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece la garantía del derecho de opinión de todo niño, niña y adolescente, por lo que la

vulneración de su cumplimiento en todo proceso judicial acarrea la nulidad de lo actuado y lo que fuera su consecuencia, ya sea por el hecho de no constar que se realizó la escucha por parte del funcionario competente o que la opinión vertida no fue objeto de valoración.

7. El divorcio es considerado en sí mismo como factor de disolución y disgregación familiar, constituye la causa de la descomposición del núcleo social llamado familia, con todas sus negativas consecuencias es la expresión de un fracaso porque los cónyuges no encontraron en el matrimonio lo que esperaban de él y por diversas circunstancias dejan de entenderse, amarse y respetarse hasta decidirse por la separación legal en contraposición de lo anterior y haciendo a un lado todo lo negativo que pueda atribuirse al divorcio, éste constituye en innumerables casos, la única salida para eliminar males mayores, cual es la expresión constante de las bajas pasiones de uno o de ambos cónyuges frente a sí mismos o frente a los hijos por lo que se debe tomar en cuenta la opinión de los niños en estos casos, cuando existe un divorcio.

8. Los obstáculos existentes en las normas y en las prácticas institucionales para el reconocimiento de niños y niñas como sujetos de derechos impidieron durante un largo período el amplio goce y ejercicio de éstos por parte de ellos mismos, específicamente, en relación al derecho de defensa puede apreciarse la evolución conceptual de su categorización normativa, es decir, desde la no necesidad de la figura del abogado defensor del niño en causas judiciales que lo afecten basadas en las leyes del clásico “tutelarismo de menores”, hasta el desafío actual de garantizar materialmente el derecho de defensa reconocido positivamente.

9. La participación de los niños en los procesos de divorcio en nuestro país podemos hablar como un mero acto de formalismo, escuchar a los niños y adolescentes, es un requisito establecido dentro de los procesos de divorcios,

ya que el juzgador, lo hace en la mayoría de casos por el simple compromiso de realizar la audiencia de oír a los niños y adolescentes ya que en ciertos casos se realiza solo con un mero acto protocolario.

10. En la práctica salvadoreña, se realizan audiencias de oír a niñas, niños y adolescentes como un derecho que les otorga la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 94, la idea es plantear el análisis de cómo en los procesos de familia en nuestro país, genera la opinión de niños y adolescentes, lo fundamental es visualizar un Derecho de Familia nuevo, en todo lo referente a niñez y adolescencia y la necesidad de interpretar las normas de naturaleza familiar encaminadas a proteger el interés superior de los mismos y su incidencia en las resoluciones de procesos como Adopción y Alimentos.

11. En los tribunales de Familia de El Salvador, el daño moral al hijo en un proceso de divorcio, se refiere cuando el padre ha desprotegido a su hijo y no le ha proporcionado la ayuda necesaria, se está frente a conductas propias de un padre irresponsable, estos comportamientos constituyen una restricción en las relaciones y trato al cumplimiento coercitivo de la obligación adquirida.

12. Escuchar a menores en apariencia, es un exceso a funciones del juez ya que el juez puede estimar escuchar a los niños menores de 12 años, aunque la LEPINA, estima que la edad es a partir de los 12 años, ciertos tribunales de familia tienen como estrategia no emitir lo dicho por los niños en las audiencias para no crear conflicto entre las partes.

#### **4.8 RECOMENDACIONES**

1. La Comisión Nacional de la Niñez y Adolescencia debe crear y fortalecer programas de apoyo y protección a la familia y de atención a la niñez y adolescencia en situación de vulnerabilidad, para protegerlos en salud, nutrición y educación previniendo así el maltrato, abuso y violencia intrafamiliar.

2. El Estado debe fortalecer los vínculos de coordinación y cooperación entre instituciones estatales e internacionales relacionadas con la niñez y adolescencia y propiciar la conexión del gobierno central con los gobiernos municipales para incrementar la capacidad y compromiso del Estado en la atención y protección integral de la niñez y adolescencia.

3. El Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, debe de reformular una política de Estado, tomando en cuenta que los niños, niñas y adolescentes, tienen el derecho a participar y a ser escuchados en todas aquellas acciones y decisiones que se tomen para bien de los mismos.

5. El Estado, a través del Ministerio de Educación, debe dar prioridad a la problemática de los menores y adolescentes a fin que se promueva una cultura de respeto a los derechos humanos, concientizando y sensibilizando a los padres y madres de familia, maestros, autoridades gubernamentales y municipales, empresarios y políticos, sobre la realidad cotidiana en que viven las niñas, niños y adolescentes en El Salvador.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **LIBROS**

**Acuña San Martín, M.** Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio. Editorial Dykinson, Madrid. 2014

**Alegre, Silvina y otros.** El Interés Superior del Niño. Interpretaciones Latinoamericanas. s.e, 1989.

**Bellucio, Augusto Cesar,** Manual de Derecho de Familia Tomo II, 7º edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.

**Benavides Santos, Diego.** Tendencias del proceso familiar en América Latina. s.e, San José, Costa Rica, 2006.

**Bertrand Galindo, Francisco y otros,** Manual de Derecho Constitucional Tomo II, 3º edición, talleres gráficos UCA, San Salvador.

**Calderón de Buitrago, Anita y otros.** Manual de Derecho de Familia, 2º edición, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1995.

**Carbonnier, Jean.** Derecho Civil. Tomo I, edición, Bosch. Barcelona, España. 1961.

**Casados Flores, Juan y otros,** Niños maltratados, editorial Díaz de Santos,

Juan Bravo, 3-a 2006 Madrid.

**Cillero, Miguel.** El interés superior del niño en la Convención sobre Derechos del Niño. s.e, editorial Temis, Buenos Aires 1999.

**Consejo Nacional de la Judicatura.** Líneas y criterios jurisprudenciales en Derecho de Familia, 1º ed, San Salvador, El Salvador, CNJ-ECJ, 2010.

**Correa, Carlos y Otros,** Libertad de expresión, una discusión sobre sus principios, límites e implicaciones, Universidad Católica Andrés Bello Montalban, Caracas, 2007.

**Correa, R.,** La conceptualización del principio del interés superior del niño, s.e, Panamá, 2005.

**D' Antonio, Daniel Hugo.** Derecho de menores.4º ed, Astrea, Buenos Aires, 1994.

**Davila, P., y otros,** Derechos de la infancia y educación inclusiva en América Latina, 1º edición, Ed. Gránica, Buenos Aires, 2011.

**Flores, M.** Infancias judicializadas: itinerarios de niños bajo tutela judicial, 1º ed. Villa María, 2011.

**Gutiérrez Berlinches, Álvaro.** Los procesos de alimentos, prologo de Andrés de la Oliva Santos. s.e.

**López Escudero, M., y otros,** Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo, primera edición Bilbao, fundación BBVA, 2008.

**Marroquín Martínez, Alex David.** Principales modificaciones al derecho de familia con la entrada en vigencia de la LEPINA en El Salvador. Ponencia presentada en el 1º Congreso Centroamericano de Derecho de Familia, realizado en San José Costa Rica, del 5 al 8 de agosto de 2014

**Martínez Osorio, Martin Alexander.** Temas fundamentales de la niñez y adolescencia en la justicia penal juvenil. 1º ed, San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. 2013.

**Mizhari, Mauricio Luis,** Familia, Matrimonio y Divorcio. 1º ed, Editorial Astrea, Buenos Aires. 1998.

**Moreno Raúl, MEJIA Vilma,** Migración y Niñez en El Salvador, una mirada a sus causas estructurales, FESPAD, 1ª ed, San Salvador, El Salvador, 2008.

**Navarro De García, Sandra Patricia.** Análisis crítico del anteproyecto del Código de Familia, Biblioteca Judicial Corte Suprema de Justicia. Nueva San Salvador, Octubre 1991.

**Padial Albas, M.** El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada, Ediciones de la Universidad de Lleida, 2012.

**Ramos, Carlos Guillermo.** América Central en los noventa: problemas de juventud. 1ª edición, editorial Criterio, San Salvador, 1998.



**Trejo Saravia, Isela Guadalupe,** El interés superior del niño principio prevalente, s.e, Argentina, 1998.

**Verdugo, Miguel Ángel y otro.** La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI, 50 aniversario UNICEF, 1946-1996, 1ª edición, Salamanca España.

**Vicente Jiménez, T., y otros,** Los Derechos de los Niños: responsabilidad de todos, Universidad de Murcia, 2007.

## **TESIS**

**Campaña, Farit Simón.** Interés Superior del Menor: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva, (Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Salamanca, Salamanca 2013).

**Cardoza Ayala, Miguel Ángel.** La adopción en El Salvador: problemas actuales, tesis doctoral. 1ª ed, San Salvador, El Salvador, Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006.

**De Lama Aymá, Alejandra,** La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, s.e, Barcelona.

**Duque Camacho, Andrea Paola,** y otro. La adopción, una medida de protección, garantía y restablecimiento de derechos de las niñas, niños en

Colombia. Tesis de grado para optar al título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010.

**Gutiérrez Romero, José Roberto y otros**, El ejercicio de la autoridad parental según la ley de protección integral de la niñez y adolescencia en los procesos de cuidado personal. Universidad de El Salvador, tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.

**González, Reinaldo y otros**. El divorcio en El Salvador, análisis jurídico-social, relación con la Procuraduría General de la República. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador.

**Lindo, Hugo**. El divorcio en El Salvador: historia legislativa, jurisprudencia, anotaciones críticas. Universidad de El Salvador, 1959.

**Quezada Rojas, Carlos Alberto**. Instituciones que intervienen en el proceso de adopción y su función en la búsqueda del respeto a los derechos de los menores sujeto a adopción. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2011.

## **LEGISLACION**

**Código de Familia**, D.L. de fecha 11 de Octubre de 1993, publicado en Diario Oficial, N<sup>o</sup>, 231 tomo 321, de fecha 13 de diciembre de 1993.

**Constitución de La República de El Salvador**, D.L. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

**Convención Sobre los Derechos del Niño.** Decreto N° 487, de fecha 27 de Abril de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 108, tomo N° 307, de fecha 9 de Mayo de 1990.

**Ley de Adopción,** D.L. N° 1937, de fecha 28 de Octubre de 1955, publicado en Diario Oficial, N° 211, tomo 169 de fecha 16 de Noviembre de 1955.

**Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.** Decreto Número 839, de fecha 26 de Marzo de 2009, publicado en el Diario Oficial N. 68, Tomo 383, de fecha 16 de Abril de 2009.

**Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor.** Decreto N° 482, de fecha 22 de marzo de 1993, publicado en el Diario Oficial, N° 63, tomo n° 318, de fecha 31 de marzo de 1993.

**Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica.** D.L. N° 775, de fecha 03 de Diciembre de 2008, publicado en Diario Oficial N° 241 tomo 381 de fecha 22 de diciembre de 2008

**Ley Orgánica de Protección para la Niñez y Adolescencia,** Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas 2002.

**Ley Procesal de Familia,** D.L. N° 133, de fecha 14 de Septiembre de 1994, publicado en D.O N° 173, tomo 324 de fecha 20 de Septiembre de 1994.

**Reglamento Interno y de Funcionamiento de las Juntas de Protección de La Niñez y de la Adolescencia.** Acuerdo número 19, XIV, sesión ordinaria del CONNA,

de fecha 22 de Diciembre de dos mil once, publicado en el D.O N. 13, tomo 394 de fecha 20 de enero de 2012.

## **DOCUMENTOS**

**Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña**, Exposición de motivos y anteproyecto del Código de Familia, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1990.

**CONNA**. Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en: “Memoria de labores 2013-2014.” Parte I, N° 5, Junio de 2014.

**ISNA**. Memoria de Labores del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia. 2014.

**UNICEF**. Manual de Aplicaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Editorial Criterio, San Salvador, 2000.

**UNICEF**. Recopilación de Instrumentos Nacionales e Internacionales, relacionados con la protección integral de la niñez en situaciones de migración y desplazamiento y trata. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1º edición, San Salvador, Comisión Coordinadora del Sector Justicia. 2014.

## ANEXOS

**CAMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:** San Salvador, a las once horas con treinta minutos del día veintiuno de marzo del año dos mil trece.-

### IDENTIFICACION DEL PROCESO

La presente providencia corresponde al Proceso General de Protección, con referencia **JENA SS 249-226-11-J1C3**, promovido en el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de San Salvador, a favor de la niña " ", de cuatro años de edad, inicialmente por el licenciado " ", en su calidad de Apoderado de la señora " " en contra del licenciado " ", en su calidad de Director Ejecutivo del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia. Posteriormente se acumuló el expediente **JENA SS 175-126-11-J1C1**, iniciado por el licenciado " ", en su calidad de Defensor Público Especializado de la Niñez y Adolescencia, en representación de la niña " ", en contra del licenciado " ", señoras " ".- En este Tribunal de Segunda Instancia, el proceso ha sido registrado con la referencia **5/A/SS1/13-2.-**

La Jueza Especializada de la Niñez y Adolescencia de San Salvador, licenciada " ", pronuncio resolución a las nueve horas del día cuatro de marzo del año dos mil trece, en el incidente de incompetencia interpuesto por la licenciada " " en representación del señor " " y señora " " como terceros excluyentes, (Fs. 605 al 612): en la cual resolvió: " *se declara no ha lugar el incidente de incompetencia planteado por la Licenciada*

“”, y en consecuencia se seguirá conociendo del proceso general de protección por parte de la suscrita Jueza”.

Inconforme con dicha resolución, la licenciada “”, interpuso recurso de apelación de ella.-

### **ADMISIBILIDA DEL RECURSO**

Con respecto al recurso de apelación interpuesto por la licenciada “”, el tramite que legalmente corresponde está regulado por los Arts. 153 al 168 Ley Procesal de Familia, en adelante LPF. Refiriéndose a la admisibilidad del recurso, los Arts. 153, 156, 158 y 160 LPF, detallan el tipo de decisiones que admiten apelación.

En ese sentido, tratándose de una resolución interlocutoria, se debe advertir si tal resolución forma parte de las enumeradas en el Art. 153. Posteriormente, a verificar el tipo de resolución y si es susceptible de impugnación, se debe analizar el Art. 156 que señala la forma y el cumplimiento del plazo de interposición. Se debe de indicar la fundamentación del recurso.

En el presente caso, el recurso de apelación fue interpuesto de forma oral en el desarrollo de la audiencia, fundamentando la recurrente de forma general en el artículo 153 LPF, sin especificar el tipo de resolución de las contenidas en dicho artículo. Sin embargo, para posibilitar el conocimiento del recurso, ponderando la protección integral de los derechos de la niña “”, se conocerá del mismo por ser procedente de esta

Cámara la amplitud de criterio en cuanto, la fundamentación de las apelaciones, en los casos en los que se pueda determinar el agravio.

En tal sentido, y del análisis liminar del expediente, el agravio aludido se puede vincular entre las interlocutorias que pueden apelarse, según el literal i) del artículo 153 LPF *“La que deniegue la promoción de un incidente y la que lo resuelve”*, y que en el presente caso se refiere a la resolución que resolvió no ha lugar al incidente de incompetencia planteado por la licenciada “”, con respecto a la competencia del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de San Salvador de conocer el Proceso General de Protección a favor de “”, por encontrarse la niña en supuesta disposición de la Procuraduría General de la Republica en proceso de adopción.

Verificada la admisibilidad del tipo de resolución, y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 160 inc. 2º LPF, se admite el recurso de apelación interpuesto por la licenciada “”, en el carácter con que actúa, procediéndose a su conocimiento y decisión.

### **CONSIDERACIONES DE LA CAMARA**

El presente recurso se originó cuando la jueza de niñez y adolescencia de San Salvador, declara sin lugar la petición de la licenciada “”, en su calidad de apoderada de los señores “” de nacionalidad italiana, sobre el incidente de

incompetencia que alegaba, estableciendo que el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de San Salvador, no tenía competencia para conocer del caso, por considerar que al haber sido declarada la adoptabilidad de la niña " ", la niña se encontraba a disposición de la Señora Procuradora General de la Republica.

El antecedente que propicia el supuesto conflicto alegado por la licenciada " ", es la declaratoria de adoptabilidad de la niña " " a favor de sus poderdantes, emitida por la Oficina de Adopciones, de la Procuraduría General de la Republica, en adelante OPA, según resolución de las ocho horas del día diez de octubre del dos mil once.

Lo anterior conlleva analizar los requisitos para declarar la adoptabilidad de una niña, niño, o adolescente según la doctrina de protección integral regulada en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en adelante LEPINA. Es preciso, entonces, determinar cuáles son los límites de la instancia administrativa, y quien es el ente encargado de determinar su adoptabilidad en las condiciones actuales de la niña " " .

## **1. Sobre la aptitud de adoptabilidad**

Según la legislación familiar, la adopción es una institución de protección familiar y social, que responde al principio del interés superior de una niña, niño, o adolescente, que por diversos motivos no tiene o no puede



estar con su familia de origen, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y su desarrollo integral.

Los tratados internacionales y las legislaciones internas de cada país, establecen una serie de condiciones sociales, legales y etarias necesarias a fin de configurarse la adopción de una persona menor de edad, ya sea por personas nacionales o extranjeras.

En el presente caso, los hechos responden a una niña de cuatro años de edad que actualmente se encuentre bajo la medida de acogimiento institucional y a quien se le ha involucrado en un trámite de adopción internacional.

Una de las condiciones legales que encontramos es el Artículo 168 del Código de Familia, como garantía especial del interés superior de una niña, niño, o adolescente sujeto de adopción y el respeto de sus derechos fundamentales, es que la misma debe estar autorizada por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia y la Procuraduría General de la República y decretada por el juez o jueza competente, según los requisitos de ley.

Respecto a la adopción por persona extranjeras, existen condiciones especiales, como lo es haber agotado toda la posibilidad de colocación familiar o adopción en el país de origen. Esto responde a lo regulado por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 21 en el que se establece que: *“ Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de la adopción cuidaran del que el interés superior del niño sea la consideración*



En tal sentido dichos instrumentos internacionales, como parte de la doctrina de la protección integral, buscan garantizar y resaltar el derecho del niño o de la niña de ser criado en familia, tal como lo regula el artículo 80 LEPINA, y si bien existe una excepción a este derecho, para la aplicación de la misma debe probarse que ser criado por su familia de origen es contrario a su interés superior.

No consta en el expediente, ni en la certificación de la aptitud de adoptabilidad de la niña “”, que la OPA y el ISNA hayan agotado todas las opciones de colocación familiar, de familia sustituta o la adopción nacional, que les llevara a la conclusión que la adopción internacional era la única alternativa para la niña”, tal como lo exige la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio Relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción Internacional y la LEPINA.

## **2. límites de actuación de la instancia administrativa en el trámite de adopción.**

Aun cuando en El Salvador, el ISNA y la Procuraduría General de la República, se constituyen en la autoridad central en materia de adopción, sus actuaciones se deben regir dentro del marco de legalidad que establecen la Constitución de la República, los tratados internacionales y la ley secundaria. Asimismo, tienen límites que deben ser respetados frente a la ponderación de derechos y a la aplicación del principio de interés superior de la niña, niño y adolescente.

Respecto de la procuraduría general de la república, precisamente, uno de los límites legales que debe considerarse es la naturaleza de sus

procedimientos, tal como lo señala el artículo, 101 de su Ley Orgánica, el cual determina que: “ *los procedimientos en la Procuraduría son de carácter administrativo y las resoluciones por las que se resuelve los conflictos ante ella planteados son legalmente vinculantes, mientras no exista resolución judicial sobre el mismo litigio*”

Asimismo, respecto del ISNA, con la entrada en vigencia de la LEPINA y específicamente en su artículo 258, inciso primero, letra d) y art. 179, mediante el cual se deroga expresamente su ley orgánica y se le convierte en una entidad de atención, es evidente que, esta atribución de evaluar y autorizar la adoptabilidad de toda niña, niño y adolescente, que será puesto en adopción, ya no le corresponde al ISNA, por lo que el art. 168 del Código de Familia, se debe entender tácitamente derogado en cuanto a la inclusión de esta institución en el trámite de adoptabilidad.

Si bien, el art.180, letra i) LEPINA establece el ISNA, tendrá las competencias adicionales que el ordenamiento jurídico le señale, no se puede afirmar que el contenido del art. 168 Ley Procesal de Familia, le corresponda la razón de su inclusión en dicha norma familiar era que el ISNA, se constituía, como ente rector en materia de niñez y adolescencia con la aprobación de la LEPINA, dicha institución deja de ser el referente y órgano rector máximo, y se transforma en una entidad de atención, pues la función de la rectoría de el sistema le corresponde al CONNA, las funciones del ISNA, a partir de su nueva naturaleza, se sintetizan en actividades de coordinación y superación, diseño y ejecución de programas de difusión o divulgación de derechos, y ejecución de decisiones judiciales.

El art. 248 de la LEPINA, determina una situación de competencia muy clara respecto de los niños, niñas y adolescentes, que, al momento de entrar en vigencia, dicha ley, se encuentran en situación de institucionalización, es decir a partir de Enero de dos mil once, todos esos niños, niñas y adolescentes

institucionalizados pasaron a conocimiento de los jueces y juezas e materia de niñez y adolescencia, quienes iban a realizar y determinar su situación jurídica.

Las posibilidades de decisión de acuerdo con la misma norma, pasarían por la misma adopción de medidas de protección adecuadas que privilegiaran el respeto de sus derechos, fundamentales, debiendo perseguir, preferentemente las modalidades de acogimiento familiar, establecidas en la ley respetando el Interés Superior del Niño.

Con ello, queda claro entonces, la competencia para conocer de todos los supuestos de niños, niñas y adolescentes en condición de institucionalización por estipulación de la LEPINA, como ley especial, correspondía a los jueces y juezas de niñez y adolescencia. El Art. 248 LEPINA se posiciona como una norma de transición entre la situación anterior a la vigencia de dicha ley y el nuevo escenario de protección cuyo propósito fundamental es resolver jurídicamente la situación del fenómeno de la institucionalización de un número importante de niñas, niños y adolescentes a futuro, cualquier supuesto de conocimiento de casos de vulneración de derechos de estas personas se tramitaría bajo las reglas procesales, administrativas y judiciales que determina la LEPINA.

Por las razones apuntadas, entonces ya no es posible entender que la Procuraduría General de la República y el ISNA, deban seguir aplicando el contenido del art. 168 L.P.F, en la forma que se venía aplicando, antes de la entrada en vigencia de la LEPINA, el escenario ha cambiado y por tanto cuando medie conocimiento judicial de un caso de niños, niñas o adolescentes institucionalizados, ambas instituciones como entes administrativos pierden la competencia para conocer y declarar la adoptabilidad pues será el juez o jueza de niñez y adolescencia el que deberá dictaminar lo pertinente favoreciendo en todo momento las posibilidades de acogimiento familiar que sean pertinentes y solo en los casos en que se haya agotado toda posibilidad de acogimiento

familiar, será este mismo juez o jueza que deberá ordenar a la Procuraduría General de la República que verifique el proceso de declaratoria de adoptabilidad, en caso de presentarse como una alternativa viable y privilegiándose, siempre la adopción nacional, por sobre la extranjera.

Según el escenario planteado en el caso en comento, la declaratoria de adoptabilidad se realizó a pesar de que la niña \*\*\*\*\* , se encuentra a la orden del juzgado especializado de la niñez y adolescencia de San Salvador, por estarse tramitando los procesos generales de protección (JENA SS 249-226-11J1C3 y JENA SS 175-226-11 J1C1). Acumulados a su favor, y con resolución judicial a partir del día, veinticinco de julio del dos mil once, mucho antes de que la OPA, considerara a la niña \*\*\*\*\* , apta para ser adoptada y quedando a disposición de la señora Procuradora General de la Republica, tal y como consta en la certificación de la resolución de dicha instancia administrativa emitida a las ocho horas y cuarenta y cinco minutos del día diez de Octubre del dos mil once, folios 245 a 250.

Consta en el expediente que el juzgado especializado de la niñez y adolescencia en diferentes fechas y mediante oficios números 1505, 1766 , 1964, 385, según folios 239, 300 y 317 bis, 537, informo y ordeno a la OPA que se abstuviera de hacer la asignación de la niña \*\*\*\*\* , y dejara sin efecto cualquier trámite de adopción, sin embargo, dicha instancia administrativa hizo caso omiso y asigno a la niña \*\*\*\*\* , a través de la declaratoria, de la adoptabilidad, para que los señores \*\*\*\*\* , de nacionalidad italiana siguieran el proceso de adopción.

Tal situación es compleja, puesto que en los procesos acumulados la Procuraduría General de la Republica, es parte y representa los intereses de la niña \*\*\*\*\* , por lo que es contradictorio que la misma institución también intervenga en el procedimiento administrativo de adopción y

no se cumpla con lo establecido con el artículo 101 de su misma Ley Orgánica, la cual establece que las resoluciones administrativas, serán vinculantes mientras no exista decisión judicial en el presente caso, desde el 19 de Julio de dos mil once, hay decisiones judiciales sobre la situación de \*\*\*\*\* , y por tanto la procuraduría, no debía bajo ningún concepto seguir conociendo, pues ello devendría en ilegalidad.

Consta en el expediente que cuando el juzgado especializado le da trámite al expediente clasificado como JENA 175-226-11-J1C1, a través de la resolución de las quince horas con cuarenta y tres minutos del día nueve de Agosto de dos mil once, requiere a la Procuraduría General de la República, que se muestre, parte y efectúe las peticiones pertinentes a favor de la niña \*\*\*\*\* , sin embargo, y luego de cuatro requerimientos en el mismo sentido, dicha institución se muestra parte, esto se ve reflejado en los oficios números 1716, 2890, 2961, 179 de folios 384, 391, 403 y 419 y de diferentes fechas, respectivamente, remitidos al licenciado \*\*\*\*\* , coordinador local de la unidad de Defensa de la Familia, Niñez y Adolescencia y es hasta el día trece de febrero, del dos mil doce, seis meses después del último requerimiento que se muestra parte.

Por lo tanto se considera que la actuación de la Procuraduría General de la República tanto en el proceso administrativa de adopción como en el proceso judicial de protección, no ha sido idónea, para la protección, integral de los derechos de la niña \*\*\*\*\* , por no abonar a la solución de la vulneración de sus derechos de una forma expedita obviando, la existencia de resoluciones judiciales, previas que le imposibilitaban, por ley, a seguir adelante con el conocimiento de un proceso administrativo respecto a \*\*\*\*\* , con ello dicha institución ha faltado a su obligación de velar por el Interés Superior de la Niña, en consonancia con la normativa de niñez y adolescencia.

En el mismo sentido el ISNA, también ha tenido responsabilidad en la forma en que se ha diligenciado, el caso de la niña \*\*\*\*\* , pues en su función provisional de Junta de Protección tuvo conocimiento del mismo y fue dicha institución la que puso a la niña a la orden del juzgado el día diecinueve de Julio de dos mil once, es decir, si en atención al art. 248, LEPINA propició el conocimiento judicial para la revisión y decisión de la situación jurídica de la niña, no debió participar del conocimiento de un proceso administrativo para declarar la adoptabilidad de la misma, puesto que además de no tener competencia por la derogatoria de su Ley Orgánica y al nuevo papel que se le asigna en la ley, al mediar conocimiento judicial debió atenerse a las decisiones de la jueza de niñez y no ignorar la orden que el juzgado especializado le emitió a través de los oficios números 1504, 1765, 2892 según consta en los folios 238 y 298, 396, dirigidos al profesor \*\*\*\*\* , jefe del departamento de ejecución del ISNA.

Las actuaciones de la Procuraduría General de la Republica y del ISNA, conllevan responsabilidades tal cual lo señala el artículo 108 LEPINA, ya que no tenían respaldo legal, para conocer en la forma que lo hicieron, desconocieron la prevalencia del conocimiento judicial del caso de la niña, en donde han actuado como partes y en donde, además fueron exhortados a que se abstuvieran de seguir con el tramite de declaratoria de adoptabilidad de la niña \*\*\*\*\* . Lo anterior, a propiciado un desgaste judicial y administrativo innecesario por la falta de coordinación interinstitucional y aun mas grave, que siendo parte de las instituciones que conforman el sistema nacional de protección hayan violado la ley, al no propiciar la protección de los derechos de la niña, de su interés superior.

De la situación, que se evidencia en el proceso, se concluye que para evitar vulneraciones a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, deberá



ser el Juez o Jueza Especializado, el que debe evaluar las posibilidades de un niño, niña o adolescente en situaciones de institucionalización , y solo en el caso de haberse agotado cualquier posibilidad de acogimiento familiar, es que deberá ordenar a la Procuraduría General de la Republica que verifique el proceso de declaratoria de adoptabilidad, para su posterior puesta en conocimiento del Juez de familia competente.

Es completamente inadmisibles el argumento del apelante respecto de considerar por estar en conocimiento de un ente administrativo, ya la jueza de niñez y adolescencia debe dejar de conocer. Tal parece que para la apelante lo realmente importante es el tramite institucional que lleva a cabo por encima de la dignidad y condición de sujeto de derechos que tiene “”, tal como se plantea en el Art. 5 LEPINA. Las reglas del ordenamiento jurídico son claras: mediando trámite o conocimiento judicial, lo administrativo deja de tener prevalencia. El hecho de que la situación de la niña haya sido puesta en conocimiento de la jueza de niñez y adolescencia, implica que debe emitirse una decisión que garantice sus derechos fundamentales, preservando siempre las posibilidades de acogimiento familiar por sobre la institucionalización y/o procesos de adopción.

### **Sobre la decisión**

De los hechos facticos, se debe considerara que al encontrarse la niña “”, bajo la medida de acogimiento institucional, la garantía de su interés superior implica un deber para el Juez o Jueza de buscar todos los medios posibles para preservar, mejorar, fortalecer o restituir los vínculos familiares, priorizando el reintegro de los niñas, niños y adolescente sujeto de la medida, a su familia de origen o para adoptar la medida más adecuada.

En consecuencia, en el presente caso la declaratoria de adoptabilidad emitida por la OPA, riñe con el principio de legalidad, puesto que dicha declaratoria se produce con una clara inobservancia de las normas de la LEPINA, de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de la Convención de la Haya sobre Cooperación en Materia de Adopción Internacional. No hay, por tanto, un conflicto de competencia que dirimir, ya que lo que hay es una preferencia jerárquica, por virtud de ley, en cuanto al conocimiento del presente caso por parte de la Jueza especializada de Niñez y Adolescencia de San Salvador. En este escenario, y dado que "\*\*\*\*\*" esta bajo la jurisdicción de dicha Jueza, es a esta funcionaria a quien corresponde determinar si la niña en mención debe pasar a la orden de la Procuraduría General de la Republica , en orden a que se decrete su adoptabilidad y luego se pase al conocimiento del Juez de Familia competente, una vez que se hayan agotado las posibilidades de acogimiento familiar prescritas en la ley. Ello implica, por ejemplo, valorar la condición y perfil de la abuela y tías maternas que se han mostrado parte en el proceso para optar a la colocación familiar.

Queda claro entonces que, tanto el ISNA, como la Procuraduría General de la Republica, no deben continuar tramitando procesos administrativos de declaratoria de adoptabilidad en el caso de niñas, niños y adolescentes sometidos al conocimiento y decisión de los Jueces y Juezas especializados en materia de Niñez y Adolescencia. Así lo prescribe la LEPINA, como cuerpo legal especializado en el nuevo esquema de protección integral para la niñez y adolescencia. La Procuraduría, reiteramos, en atención al Art.101 de su ley orgánica, debe ceñirse a la decisión de la jurisdicción especializada de Niñez y Adolescencia, y solo por derivación judicial posterior podrá proseguir con un trámite administrativo de adoptabilidad.

### **OTRAS CONSIDERACIONES**

Llama la atención el trámite que la Jueza de Niñez ha dado al recurso de apelación interpuesto en audiencia. Dicho recurso se plantea, en forma oral, el día cuatro de Marzo, al correrse los traslados respectivos, a los abogados " ", Garay " ", aducen que se dan por notificados del traslado pero que se reservan el derecho de contestar el mismo por escrito. La Jueza por la resolución de folios 838, acepta dicha propuesta y tiene por concluido el plazo del traslado hasta el día doce de Marzo del año en curso, y el expediente fue recibido en esta instancia hasta el día catorce de Marzo.

Evidentemente, hay acá una clara violación de las normas procesales. El Art. 156 LPF determina que cuando se interpone un recurso en audiencia, contra una interlocutoria, el Juez o Jueza, decidirá tenerlo por interpuesto. Esto equivale a entender si lo tendrá por interpuesto, los traslados también se deben plantear en forma oral en el mismo acto de la audiencia. Ese es el trámite que legalmente corresponde en consonancia con los principios de economía, celeridad, concentración y oralidad que rigen al proceso de familia, según los Arts. 3 letras b), c) y d), y 7 letras a) y b) LPF.

Hacerlo en la forma que lo tramito la Jueza ha significado un atraso innecesario de la tramitación procesal, y ello, indudablemente, redundará en una afectación de los derechos de " ", pues la decisión sobre su situación jurídica no es expedita. La Jueza debió mandar de forma inmediata el expediente para el conocimiento en esta instancia y no dilatar el proceso, pues su obligación evitar su paralización, según el ART. 3 letra b) LPF, por ser la directora del proceso y la encargada de dar el trámite que legalmente corresponda.

No aparece constancia en el acta de la audiencia, que la Jueza se haya manifestado sobre lo que opinaron los abogados respecto del traslado, y más bien se deduce que se alineó a la misma. Con ello también la Jueza ha faltado

al principio de congruencia, regulado en el Art. 3 letra g) LPF, pues debió resolver, dando razones o argumentos, del porque aceptaba tal interpretación de los traslados que se hizo en audiencia. El proceso en materia de Niñez y familia es un proceso por audiencias: Todo lo que debe ser objeto de decisión y debate se concreta en forma oral en las audiencias respectivas.

Debe afirmarse que los Jueces y Juezas Especializados, en materia de Niñez, tiene la obligación de darle cumplimiento al principio de celeridad, en el sentido de tramitar los procesos en los plazos que la ley señala, ya que el trascurrir excesivo del tiempo en dicha tramitación se constituye en una forma de vulneración de los derechos de niñas, niños y adolescentes en sede judicial.

### **ACTOS DE COMUNICACIÓN**

Esta providencia deberá notificarse de la siguiente manera: **1)** a la Licenciada “”, apoderada de los señores “”, en Edificio Niza, local doscientos seis, Diecinueve Calle Poniente y Primera Avenida Norte, Barrio San Miguelito, San Salvador o al Tele facsímil número 2226-4511, folios 561 fte; **2)** a el Licenciado “”, en su carácter personal y en su calidad de apoderado de la señora “” en Condominio Héroes Norte, tercera planta, local 3-14, Boulevard los Héroes, San Salvador, frente a entrada a anexo Hospital Benjamín Bloom, a folios 9 vto.; **3)** al Licenciado “”, en su calidad de abogado en oficio de la Señora “”, en el Socorro Jurídico de la Universidad Tecnológica de El Salvador, a folios 606 fte. **4)** a la Licenciada “”, en la Unidad de Defensa de la Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la Republica, ubicada en Centro de Gobierno de San Salvador, folios 605; **5)** a los Licenciados “” en representación del ISNA, Institución demandada en su calidad transitoria de

Junta de Protección, mediante el tele facsímil número 2270-1348, o en la Oficina de Asesoría Legal del ISNA en Colonia Costa Rica, Avenida Irazú, final calle Santa Marta número dos, San Salvador, propuesto a fs.216 vto.; **6)** a los Licenciados “”, apoderado de las señoras “”, en Colonia Lomas Verdes, Pasaje las Margaritas y quinta calle poniente, numero ciento cuarenta y uno, San Salvador, folios 260 fte y 495 vto.;**7)**a la Licenciada “”, Defensora Publica Especializada de Niñez y Adolescencia, adscrita, en la sede del Tribunal.

### **LA DECISION**

En virtud de la motivación expuesta, de las disposiciones legales citadas y de lo que establecen los Arts. 147, 148, 149, 160 inc. 2º y 218 LPF. Art.215 LEPINA, esta cámara resuelve: a) **CONFIRMASE** la resolución de las nueve horas del cuatro de Marzo de dos mil trece, en el cual “*se declarano ha lugar el incidente de incompetencia planteado por la Licenciada “”, y en consecuencia se seguirá conociendo del proceso general de protección por parte de la suscrita Jueza*”. b) **ORDENASE** a la señora Jueza Especializada de Niñez y Adolescencia remitir certificación de esta resolución a la OPA, al ISNA y al CONNA.

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. **NOTIFIQUESE**

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

PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN

LICDA. KARLA PATRICIA CEA SANCHEZ SECRETARIA