

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS  
UNIDAD DE POSTGRADO



TESIS:

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA AUTONOMÍA PROGRESIVA COMO  
CRITERIOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE FORMA EXCEPCIONAL DEL  
DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES.**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO JUDICIAL

PRESENTA

LIC. JORGE SALVADOR CALDERON RAMIREZ

ASESORA

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO DE 2017

**TRIBUNAL EVALUADOR**

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO

PRESIDENTE

DR. HENRY ALEXANDER MEJIA

SECRETARIO

DRA. SANDRA CAROLINA RENDON RIVERA

VOCAL

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

MAESTRO ROGER ARMANDO ARIAS  
RECTOR

DR. MANUEL DE JESUS JOYA  
VICERRECTOR ACADEMICO

INGENIERO CARLOS ARMANDO VILLALTA  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO (INTERINO)

MAESTRO CRISTOBAL RIOS  
SECRETARIA GENERAL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA  
DECANA

DR. JOSE NICOLAS ASCENCIO HERNANDEZ  
VICEDECANO

MAESTRO JUAN JOSE CASTRO GALDAMEZ  
SECRETARIO

LICENCIADO RENE MAURICIO MEJIA MENDEZ  
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DOCTOR REINALDO GONZALEZ  
COORDINADOR UNIDAD DE POSTGRADOS

## Índice de Contenidos

Abreviaturas y siglas a utilizar	i.
Introducción	iii

### **CAPITULO I**

#### **DE LOS DERECHOS SEXUALES Y DERECHOS REPRODUCTIVOS, SU RECONOCIMIENTO Y CONTENIDO**

	Pág.
1. Evolución histórica de las concepciones sobre sexualidad	1
2. Origen y evolución del reconocimiento de los derechos sexuales y derechos reproductivos	7
3. Conceptualización de derechos sexuales y reproductivos, límites y alcances	14
3.1 Derecho a la salud sexual	15
3.2 Derecho a la libertad y la integridad sexual	15
3.3 Derecho a disfrutar una vida sexual libre de violencia y/o coerción sexual	17
3.4 Derecho a la privacidad sexual	18
3.5 Derecho a la orientación sexual e identidad de género	20
3.6 Derecho a la información y educación sexual	21
3.7 Derecho al placer sexual	22
3.8 Derecho al matrimonio voluntario y derecho a establecer una	24

	familia	
3.9	Derecho a la autonomía reproductiva	25
3.10	Derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva	28
3.11	Derecho a la maternidad segura y voluntaria	28
3.12	Derecho a la equidad sexual	30

## **CAPITULO II**

### **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA AUTONOMÍA PROGRESIVA COMO CRITERIOS A CONSIDERAR EN LA ADJUDICACIÓN Y EJERCICIO DE DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE**

1.	El interés superior del niño	33
1.1	El interés superior del niño desde la doctrina de la situación irregular	33
1.2	El interés superior del niño desde la doctrina de la protección integral	36
1.3	Naturaleza jurídica	39
1.4	Limitaciones al interés superior	44
1.4.1	Limites internos. Contenidos en el texto de la Convención.	44
1.4.2	Limites externos	45
2.	La autonomía progresiva del niño	47
2.1	La autonomía progresiva como principio de la doctrina de la protección integral y su rol en la adjudicación de derechos	47

2.2	Criterio de los límites de edad fijo	54
2.3	Criterio de la determinación de la competencia del niño	56

### **CAPÍTULO III**

#### **DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD SEXUAL DEL NIÑO Y ADOLESCENTE: ROL DE LA FAMILIA, EL ESTADO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN**

1.	Desarrollo de la personalidad en los niños	65
2.	Desarrollo de su identidad sexual e identidad de género	73
3.	Formación de la personalidad sexual del niño	76
3.1	Rol de la familia	76
3.2	Rol del Estado	80
3.3	Rol de los medios de comunicación	82

### **CAPITULO IV**

#### **DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL DEL ADOLESCENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL**

1.	Derecho a la libertad sexual del adolescente en el sistema internacional de protección de la niñez	87
2.	Derecho a la libertad sexual del adolescente en la Constitución de El Salvador	96
3.	Derecho a la libertad sexual del adolescente en el Código Penal en relación con las disposiciones legales que autorizan el matrimonio de niños en el Código de Familia	102

**CAPITULO V**  
**DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL DEL ADOLESCENTE: SU INTERES**  
**SUPERIOR Y EVOLUCION PROGRESIVA; EL PATERNALISMO DE ESTADO**  
**Y EDAD DEL CONSENTIMIENTO**

1.	Derecho a la libertad sexual y el principio de autonomía progresiva	110
2.	Derecho a la libertad sexual versus el interés superior del niño	115
3.	Derecho a la libertad sexual versus el paternalismo del Estado	118
4.	Derecho a la libertad sexual y la edad del consentimiento	122
	Conclusiones	132
	Recomendaciones	136
	Bibliografía	138

## Abreviaturas y siglas a utilizar

### Abreviaturas

Art.(s)	i. Artículo (s)
Cap.	Capítulo
Cf.	Confróntese
Cn.	Constitución de la República de El Salvador
Col.	Colección, columna
Doi	Identificador digital de objeto ( Digital objeter identifier, por sus siglas en inglés)
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
Ed.	Edición
Et al.	Y otros autores
Ibíd.	En el mismo lugar
Imp.	Imprenta, impreso en
n.º	Número
S. f.	Sin fecha
Op. Cit.	Obra citada.
P.	Página
Pp.	Páginas



## Siglas

CC.	Código Civil
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CF	Código de Familia
Cp. o CP	Código Penal
Cn.	Constitución de la República de El Salvador
CIDH o Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CSJ	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
ISBN	International Standar Book Number, en español número estándar internacional de libros
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
ONG	Organización No Gubernamental
ONU u NNUU	Organización de las Naciones Unidas
OEA	Organización de Estados Americanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## INTRODUCCION

Está reconocido que el Derecho es la respuesta del Estado a las conflictos que se generan dentro de la sociedad; sin embargo, no siempre aquel camina a la velocidad que se necesita para dar respuesta a estos conflictos. Por consiguiente, la discrepancia entre las normas jurídicas y los conflictos sociales que se pretende regular es constante; consecuentemente, la realidad siempre supera al Derecho.

Dentro de estos problemas están las desigualdades entre los miembros que integran la sociedad, lo cual genera grupos sociales vulnerables y excluidos de derechos; siendo uno de ellos, la niñez. Consciente de esto, la comunidad internacional busca que los Estados asuman obligaciones por medio de la firma de instrumentos de protección de derechos de este grupo social; de esta manera, surge la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual contiene los principios de la denominada doctrina de protección integral de la niñez, cuyo propósito es el reconocimiento de derechos y garantías fundamentales a favor del niño desde una perspectiva expansiva; esto es, un sistema normativo que desarrolle al máximo su potencialidad como persona, sobre la base de valores y principios, como la dignidad humana, la igualdad y la libertad. A partir de éste se han suscrito múltiples instrumentos jurídicos para dar efectividad a los derechos de la niñez y, al mismo tiempo, para protegerles de graves vulneraciones a sus derechos fundamentales.

Actualmente, uno de los graves problemas que aquejan a la niñez es la violación sistemática de su integridad sexual, aprovechando su vulnerabilidad; esta situación se refleja en el aumento considerable de delitos como el abuso sexual de niños, especialmente niñas, la prostitución infantil, la explotación sexual, entre otros, los cuales constituyen un menosprecio a su dignidad humana. El Estado salvadoreño no es ajeno a esta situación, razón por la cual desde el año de 1990, cuando se firma y ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, se han reforzado las medidas de protección de la niñez, creando jurisdicciones especiales como la familiar y de la niñez y adolescencia, además, fortaleciendo instituciones como el Instituto Salvadoreño de la Niñez y Adolescencia; en el mismo sentido, se ha utilizado el derecho represivo, creando nuevos tipos penales que responden a los nuevos fenómenos

delincuenciales, complementándose con la elevación las penas en los delitos ya existentes que afectan a la integridad sexual de los niños.

Ahora bien, este reforzamiento de las medidas de protección ha jugado en contra de los mismos derechos de los niños, al tomarse decisiones por parte del Estado que impiden el desarrollo normal de su personalidad sexual. Estas decisiones aparentan estar en sintonía con la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo, en el fondo, constituyen formas de instrumentalización del niño, como objeto de protección, perpetuando muchas veces patrones paternalistas y moralistas, restrictivos de derechos fundamentales del niño como la libertad, incluida la libertad sexual.

La presente tesis sostiene que desde la perspectiva del interés superior del niño y la autonomía progresiva, los adolescentes son titulares del derecho al libre ejercicio de su sexualidad de manera excepcional. Identificando como límite espacial de la tesis el Estado de El Salvador. Reconociendo que por el momento no se cuenta con tesis similares, porque que el tratamiento conjunto de derechos sexuales y niñez corre el riesgo de censura por sectores conservadores; en su lugar, se da énfasis a tesis que tratan sobre los delitos sexuales, el abuso sexual infantil, la protección de la niñez víctima de delitos sexuales, entre otros. Ante este vacío, se vuelve necesario plantear esta tesis, para que sea el inicio de discusiones académicas sobre la existencia y reconocimiento normativo de derechos sexuales a favor de la niñez.

La orientación iusnaturalista de los derechos humanos guía esta tesis, porque se fundamenta precisamente en valores y principios para el reconocimiento de derechos a favor de los niños; también, es una investigación jurídico-dogmática, sin que sea emitentemente formalista, porque permite mayor profundidad conceptual, por medio del análisis y síntesis de las diversas categorías jurídicas en discusión, las cuales son confrontadas con la realidad social; para lograrse se auxilia de fuentes bibliográficas nacionales e internacionales, utilizando información física y en formato digital encontrada en el espacio virtual.

Sin embargo, esta tesis no es un tratado de filosofía del derecho sobre iusnaturalismo, positivismo y neo constitucionalismo; ni un estudio de derecho penal, sobre teoría del delito, en cuanto a la estructura y configuración de bienes jurídicos, fines y funciones de pena; ni versa sobre el abolicionismo de las penas como política criminal. Tampoco, constituye una

obra sobre las diversas teorías sobre el desarrollo de la personalidad sexual. De todos estos propósitos, es ajena esta tesis. En cambio es la respuesta justa y razonable a la realidad que viven los adolescentes en nuestro medio, sustentados sobre aplicación y ponderación de los principios generales del Derecho, como el interés superior del niño y la autonomía progresiva relacionados con valores tales como la dignidad y el bienestar humano.

De esta forma, se hace: un estudio detallado de los derechos sexuales y reproductivos; un análisis, interpretación y ponderación de los principios de la doctrina de la protección integral, como son: El Interés Superior del Niño y la Autonomía Progresiva; un examen de la normativa nacional sobre la niñez y adolescencia; y la evaluación de los instrumentos jurídicos internacionales, opiniones consultivas de organismos internacionales, observaciones generales del Comité sobre los Derechos del Niño y de otras fuentes del sistema de derechos humanos. Concluyendo, como aceptable y necesario, el reconocimiento legal excepcional del derecho al libre ejercicio de la sexualidad por parte de los adolescentes en El Salvador, comprendiendo estos a los niños mayores de doce y menores de dieciocho años de edad.

Se selecciona los siguientes ejes temáticos: Los derechos sexuales y reproductivos; el Interés Superior del Niño y la Autonomía Progresiva; y el desarrollo de la personalidad sexual de la niñez. A partir estos ejes, se diseña la tesis en cinco capítulos:

En el capítulo I denominado de los derechos sexuales y derechos reproductivos, su reconocimiento y contenido, en este se afronta el reto de dialogar sobre conceptualizaciones básicas en cuanto a la sexualidad, así como una referencia histórica sobre ciertos momentos en los cuales se han discutido en los foros mundiales esta temática, y a partir de estos documentos se determina el contenido conceptual de cada uno de ellos; así como también en el ámbito normativo se incluye los documentos internacionales que sirven de base para colmar su contenido.

En el capítulo II designado el interés superior del niño y la autonomía progresiva como criterios a considerar en la adjudicación y ejercicio de derechos del niño y del adolescente, se desarrolla el contenido, la naturaleza jurídica, los límites internos y externos, de uno de los más discutidos conceptos en materia de la niñez como es de su Interés Superior y como funciona para resolver cualquier situación que afecte los derechos y ejercicio de los mismos;

forma parte de este capítulo la comprensión del denominado principio de autonomía progresiva y el papel que este desempeña para ejercicio de los derechos por parte del niño y adolescente como sujetos de derecho conforme a la doctrina de la Protección Integral del Niño.

En el capítulo III denominado desarrollo de la personalidad sexual del niño y adolescente, rol de la familia, el Estado y los medios de comunicación, se expone sobre la construcción de la personalidad sexual en los niños, los factores que influyen en su desarrollo, quienes participan en el mismo, haciendo énfasis en la participación responsable de todos aquellos inmersos en esta etapa de su vida, y como esto afecta el ejercicio responsable de los derechos por parte de los niños.

En el capítulo IV nombrado derecho a la libertad sexual del adolescente en el derecho internacional y nacional, se somete al análisis de convencionalidad y constitucionalidad la facultad excepcional de reconocer en los adolescentes su derecho a la Libertad Sexual.

En el capítulo V denominado derecho a la libertad sexual del adolescente: su interés superior y evolución progresiva; el paternalismo del estado y edad del consentimiento, constituye el centro de esta tesis al esbozar detalladamente la manera de tomar en consideración estos conceptos básicos de la doctrina de la protección integral de la niñez y el derecho a la libertad sexual en los adolescentes, en el mismo sentido se somete a crítica el papel paternalista que el Estado juega en este asunto y sobre ese límite temporal de la edad del consentimiento sexual.

Finalmente, se formulan las conclusiones sobre el reconocimiento excepcional del derecho a libre ejercicio de la sexualidad por los adolescentes, y se incluye algunas recomendaciones que se consideran necesarias ejecutar.

# CAPITULO I

## DE LOS DERECHOS SEXUALES Y DERECHOS REPRODUCTIVOS, SU RECONOCIMIENTO Y CONTENIDO

SUMARIO. 1. Evolución histórica de las concepciones sobre sexualidad. 2. Origen y evolución del reconocimiento de los derechos sexuales y derechos reproductivos. 3. Conceptualización de derechos sexuales y reproductivos, límites y alcances. 3.1 Derecho a la salud sexual. 3.2 Derecho a la libertad y la integridad sexual. 3.3 Derecho a disfrutar de una vida sexual libre de violencia y/o coerción sexual. 3.4 Derecho a la privacidad sexual. 3.5 Derecho a la orientación sexual e identidad de género. 3.6 Derecho a la información y educación sexual. 3.7 Derecho al placer sexual. 3.8 Derecho al matrimonio voluntario y derecho a establecer una familia. 3.9 Derecho a la autonomía reproductiva. 3.10 Derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva. 3.11 Derecho a la maternidad segura y voluntaria. 3.12 Derecho a la equidad sexual.

### **1. Evolución histórica de las concepciones sobre sexualidad**

Se aborda a continuación ciertas concepciones básicas sobre lo que se llama sexualidad, su contenido y propósito de acuerdo con el desarrollo de la humanidad, y de cómo esto afecta su aceptación o rechazo.

Cuando se habla de “sexo”, se refiere a aquellas características anatómicas y fisiológicas con las cuales se nace –macho o hembra- que asemeja y separa a unos de otros y que además son innatas e inmutables naturalmente<sup>1</sup>. A diferencia, la sexualidad, comprende el “sexo”, pero no se reduce a él, es una manifestación cultural, por medio de la cual se asigna a cada uno de los miembros que la componen una identidad sexual, se expresa en deseos, actitudes, comportamientos con los cuales se da a conocer a los demás los sentimientos apropiados, es algo más que erotismo<sup>2</sup>; además de ser condición anatómica y fisiológica, es la suma de

---

<sup>1</sup> Consejo permanente de la Organización de los Estados Americanos Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, «Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes.», 23 de abril de 2012. “En un sentido estricto, el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”, a sus características fisiológicas, a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres” o a “la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”.

<sup>2</sup> Gorguet Pi, Iliana Cecilia. Comportamiento sexual humano (Universidad de Ciencias Médicas de Santiago de Cuba, 2010). Prólogo, P. 8. Bajo esta línea de pensamientos y sin ánimos de dar una definición aceptada, sexualidad, es el modo de actuar de acuerdo a nuestro sexo, esta cualidad del ser humano le es formada desde su nacimiento hasta su muerte; y género es una construcción cultural de lo que es masculino y femenino. “...incluye al erotismo, pero no lo agota, y que el erotismo debe ser reconocido en su especificidad”.

aspectos psicológicos, sociales y éticos; es sobre todo un concepto histórico, cambiante y flexible, constituyendo una expresión colectiva, una expresión individual<sup>3</sup>.

En cuanto a su normatividad, se parte la premisa que la actividad sexual ha sido siempre regulada por normas sociales, consuetudinarias, morales, religiosas, jurídicas que han establecido las pautas de “normalidad” o “naturalidad” indicativas de lo que espera de los miembros de la comunidad a la cual se encuentran dirigidas<sup>4</sup>. No debe sorprender que ciertas prácticas sexuales que para algunos puedan resultar grotescas en un contexto social e histórico; en cambio, para otros simplemente pasen inadvertidas, al ser admitidas o toleradas por los ciudadanos. En tal sentido, los límites entre lo prohibido y lo permitido, son tan elásticos como culturas lo relacionen, de tal manera que, ciertos patrones de conducta provocan actitudes disimiles, a modo de ejemplo, habrá culturas erotofílicas – donde se habla abiertamente del sexo sin temor alguno- o erotofóbica – en donde prevalecen sentimientos de culpa, rechazo, odio hacia lo que tenga relación con lo sexual- que regulan la actividad sexual de formas y contenidos diferentes.

El propósito de las conductas sexuales es diverso con relación a la cultura y época de la que se trate: Pueden ir desde un rito religioso –acto de entrega de la virginidad de la mujer para el hombre, llegada a la hombría por el varón, un ofrecimiento o dedicación ante una divinidad, etc.- un acto de venganza –violaciones colectivas de hombres y mujeres-, un ejercicio terapéutico –relajación sexual-, acto de placer o un acto de conveniencia económica por medio de la reproducción de la especie humana.

---

<sup>3</sup> «Propuesta de Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos. Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos (mayo, 2010)», Definiciones, Sexualidad: Constituye un aspecto central de las personas que está presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los roles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vive y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, roles y relaciones interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, aunque no todas ellas se vivencian o se expresan siempre. La interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales influye sobre la sexualidad.

<sup>4</sup> García Máynez, Eduardo.«Introducción al estudio del derecho», *México, Porrúa* 984 (1990). 340.11 G216i Libro, inventario: 527 ej.1 9a. ed 520 ej.2 39a. ed 7590 fotocopia ej.3, Biblioteca judicial “Dr. Ricardo Gallardo”, San Salvador. Las normas morales a diferencia de las normas jurídicas no existe la exigibilidad de las conductas por terceros.

El contenido de lo que puede ser entendido como sexual incluye todo tipo de conductas desde besos, caricias, roces, miradas, gestos, entre otras; siempre que el colectivo social las considere sexuales<sup>5</sup>. También, la calidad de íntimas o privadas de ciertas conductas, es establecido por el estado de cosas; seguidamente, la intimidad sexual es también un concepto variado por cada consenso social. A modo de ejemplo, los placeres sexuales de la Grecia Antigua y la Roma Imperial, la desnudez artística, las fiestas a las deidades como la fertilidad, la prostitución en todas sus formas es una práctica permitida, la cual tiene como opuestas las condenas a ciertas prácticas como el adulterio de un hombre con una mujer y la sanción de la homosexualidad por medio del delito de “paederastia” o “stuprum cum masculino”<sup>6</sup>. Más tarde, con la “cristianización” de las sociedades, trae como consecuencia que aquellos “placeres sexuales” sean concebidos como “perversiones” o “pecados carnales”, opuestos a lo espiritual ante los ojos de una religión oficial; de modo que, toda aquella práctica sexual fuera del sacramento del matrimonio y sin fines reproductivos, es abominación<sup>7</sup>.

Esta concepción, teñida por la religión, perdura por al menos diez siglos y como lo cita Michael Foucault, “... hasta fines del siglo XVIII, tres grandes Códigos explícitos —fuera de las regularidades consuetudinarias y de las coacciones sobre la opinión— regían las prácticas sexuales: derecho canónico, pastoral cristiana y ley civil. Fijaban, cada uno a su manera, la línea divisoria de lo lícito y lo ilícito. Pero todos estaban centrados en las relaciones matrimoniales: el deber conyugal, la capacidad para cumplirlo, la manera de observarlo, las exigencias y las violencias que lo acompañaban, las caricias inútiles o indebidas a las que servía de pretexto, su fecundidad o la manera de tornarlo estéril, los momentos en que se lo exigía (períodos peligrosos del embarazo y la lactancia, tiempo prohibido de la cuaresma o de las abstinencias), su frecuencia y su rareza —era esto, especialmente, lo que estaba saturado

---

<sup>5</sup> Lagarde, Marcela. «Los cautiverios de las mujeres madresposas, monjas, putas, presas y locas», 1993. En el artículo denominado “la sexualidad” la autora cuando define el contenido del concepto de sexualidad, haciendo hincapié de su trasfondo histórico-cultural, y los efectos perniciosos en situaciones de violencia contra la mujer.

<sup>6</sup> Maldonado de Lizalde, Eugenia. «Lex Iulia de Adulteris Coercendis del emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados)», Anuario Mexicano de Historia del Derecho, No 17 (2005): 365–413.

<sup>7</sup> Como sacramento el matrimonio, «matrimonio, ¿ contrato o institución?», Rev. derecho (Valdivia) 9, No 1 (1998): 153–160. Es hasta el concilio de Trento donde es reafirmado por la Iglesia Católica el matrimonio como sacramento. Los sacramentos constituirán condiciones adicionales por las cuales las personas adquieren una posición social; además, en cuanto al matrimonio significará para la mujer el sometimiento de su voluntad al marido.



de prescripciones”<sup>8</sup>. En este sentido, la sexualidad es un rito y un deber ser dentro del matrimonio, y no un placer, la reglamentación se convertirá en la rutina del lecho matrimonial, el cual podría ser considerado pecaminoso; punto de vista que aún perdura para muchas concepciones religiosas tanto orientales como occidentales ortodoxas.

Si la sociedad reconoce como normal o natural las relaciones heterosexuales; entonces, se sancionan las conductas que no sigan ese patrón, penalizándolas<sup>9</sup>, convirtiéndolas en pecado o condenándolas socialmente; por otra parte, si lo que se busca con la conducta sexual es lograr una posición o condición social, usando la figura del matrimonio, se desalentará aquellas conductas sexuales que no ajusten a dicha institución, por ejemplo, no permitiendo que entren en los beneficios sociales o hereditarios, convirtiendo en delito el adulterio o el concubinato; si lo que se pretende es crear un linaje, consecuentemente, se estimula prácticas que benefician la procreación y desestimula las prácticas que lo reducen.

La aceptación de una conducta sexual, incluirá, todo un sistema de ideas que irán precisamente encaminadas a ese fin. La definición de conducta sexual admitida, normal o moralmente, es y será histórica-cultural; entrelazada por múltiples factores de lo esperado de cada miembro; cada sociedad considera varias expectativas, estereotipos o funciones sociales, al hombre como a la mujer, al joven como al anciano, de modo que, lo “normal” o “natural” será sujeto a múltiples concepciones<sup>10</sup>.

De igual manera, las ideas sobre sexualidad son influenciadas por instituciones como: La familia, la religión y el Estado; las cuales tendrán un contenido y peso diverso en ciertos momentos históricos; a estos se suman la escuela y más recientemente los medios de comunicación. La concepción del mundo de cada uno de ellos, determinará las expectativas sociales sobre la sexualidad, lo aceptado y lo prohibido, lo que se esperaba de un buen esposo,

---

<sup>8</sup> Foucault, Michel. Historia de la sexualidad (Madrid: Siglo XXI, 1978). Autor considerado uno de los principales exponentes del estructuralismo en el siglo pasado junto con Sartre, reconoce que ciertas temáticas deben ser abordadas desde una perspectiva fuera del hombre como centro, sino tomando en cuenta sus circunstancias que le rodean y que moldean sus expresiones sexuales.

<sup>9</sup> de Lizalde, «Lex Iulia de Adulteris Coercendis del emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados)». P. 407. Bajo el contexto de la roma de los césares la homosexualidad era una forma común de manifestación de los placeres sexuales, incluso podría ser considerado como parte de la inmadurez del ciudadano.

<sup>10</sup> «Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes.» I Discursos religiosos y morales. Las prácticas sexuales como la homosexualidad son teñidas por leyes religiosas que se imponen castigo en algunas ocasiones o simplemente se da una permisibilidad sobre las mismas.

buen hombre o buen ciudadano. Bajo el sistema de dominio del padre dentro de la familia, la posición de autoridad y derechos del pater familias sobre los demás miembros son fuertes y evidentes, así: Dispone de la vida de su esposa e hijos, de los esclavos y su descendencia; la cosificación de la mujer, un objeto de placer sexual del hombre, y la función de la maternidad, como razón de ser de la mujer; el privilegio o beneficios que producía lo masculino, como el ente activo de una relación sexual y la mujer, como ente pasivo; el poder del hombre sobre la mujer; la condena a muerte por causa de las relaciones sexual de la mujer fuera del matrimonio, caso contrario al hombre.

En este contexto, el papel de la mujer es meramente reproductivo, el acto sexual es concebido como penetración pene-vagina y el placer está reservado para el hombre; esto es la expresión de la cosmovisión androcéntrica, donde la asimetría dentro de la familia es multiplicada generacionalmente. Esta visión, tal como se advierte, es reduccionista; la intimidad sexual, no solo tiene fines procreativos, puesto que, comprende el placer sexual, el cual es un beneficio compartido para los intervinientes. Considerar que los viejos patrones de lo bueno y lo malo, lo correcto, lo incorrecto, en la sexualidad es hoy una moralización exacerbada y un retorno a etapas ya superadas en la humanidad.

Habrán actuaciones o conductas que la sociedad califica como sexuales y se realizan a solas, de manera individual o con otra persona, quien voluntariamente excluye a otros de conocer, estar y participar de ellas<sup>11</sup>; esa manifestación, derivada de la condición humana, demanda respeto del extraño. En cambio, otras conductas que se realizan en público, de forma colectiva o individual, con el fin de que sea percibido por otros y que provoque sensaciones o sentimientos de aceptación, rechazo o indiferencia, quienes las ejecutan aceptan sus consecuencias, porque no se encuentran protegidas por la intimidad a la cual se renunció.

Las realizadas en soledad se encuentran sujetas a normas morales y religiosas; éstas solo producen satisfacción personal o sentimientos de culpa en el ejecutante (por ejemplo, la masturbación o las fantasías sexuales producto de la pornografía). Esta área de intimidad personal, comprende aquellos espacios en las cuales se tiene la plena disposición de excluir a

---

<sup>11</sup> García Fernández, Dora. «El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad», 2010, [ps://dspace.usc.es/handle/10347/7956](https://dspace.usc.es/handle/10347/7956). La intimidad considerada como una condición básica para el propio desarrollo de la identidad del ser humano, que deriva de la dignidad que le asiste por esa misma condición.

otros, podría ser un armario, una habitación, una casa, un coche, en fin, toda área donde se considere exenta de ser visto y juzgado por terceros. La persona se limita o auto limita; porque, el ser humano, a pesar de ser gregario, siempre ha tenido la necesidad de apartarse de los demás para estar a solas consigo mismo<sup>12</sup>.

Por otra parte, cuando los actos de contenido sexual se ejecutan en compañía de otra persona, la toma de decisiones implica que las partes tienen derecho a decidir autónomamente respecto de su sexualidad y sus consecuencias: aceptando que se produzcan pequeñas lesiones, posibilidad de contraer enfermedades de transmisión sexual, efectos reproductivos, entre otros; en ese ámbito íntimo se encuentra vedada la injerencia de agentes externos a aquellos que han decidido participar activamente; es lo que se conoce como derecho a la vida privada, al espacio privado, libre, donde se expresa la personalidad, convicciones, inclinaciones sexuales, donde se toman decisiones fundamentales acerca de las relaciones íntimas, sin criminalización<sup>13</sup> Al realizarse conductas “sexuales” con otra u otras personas, tiene dos limitantes: a) aquellas que voluntaria y libremente determinan los intervinientes; y b) las impuestas por la ley; evidentemente, cuando hay más de una persona, entraña la sujeción de dicha conducta a la esfera normativa de su conglomerado social. Los intervinientes en esa relación de intimidad sexual, son seres humanos, dotados de raciocinio, quienes se mueven por su voluntad, a diferencia de los animales que se guían únicamente por medio de sus instintos.

De esta forma, cuando el ser humano se involucra en cualquier relación interpersonal puede hacerlo voluntaria o involuntariamente; al hacerlo de forma voluntaria, constituye la expresión de su autonomía, es decir que, tiene la potestad de gobernarse según su propia ley<sup>14</sup>, el control sobre sus decisiones y la asunción de sus consecuencias. En cambio, cuando su participación sea involuntaria, debido a una falsa apreciación de las circunstancias objetivas, fuerza o

---

<sup>12</sup> «Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes.» Citando jurisprudencia norteamericana Bowers contra Hardwick, dictada por el Juez Blackmun, sentencia del 30 de junio de 1986. En la jurisprudencia norteamericana le llama el derecho a ser dejado solo, right to be left alone

<sup>13</sup> *Ibíd.* Se han utilizado para este párrafo las ideas expuestas en la P. 61 del texto citado.

<sup>14</sup> Cabello, Ernesto. «La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y su incidencia en el ámbito de la Administración local», *Economistas* 27, No 122 (2009): 77–83. La legislación española hablando sobre este concepto aplicado a situaciones personales la define como “...la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”.

violencia; en estos casos, son voluntades ajenas quienes se han apropiado del ser humano, convirtiéndole en objeto y por la falta de voluntad, no podrían imputarse consecuencias a su actuación.

## **2. Origen y evolución del reconocimiento de los derechos sexuales y derechos reproductivos**

El presente apartado muestra el recorrido para que a nivel normativo internacional sea posible reconocer los derechos sexuales y derechos reproductivos, se hace mención de los eventos destacados a nivel internacional en este asunto y los resultados alcanzados hasta el momento. Se parte que la sexualidad y los derechos sexuales han sido abordados en foros de opinión nacional, regional e internacional, cuyos resultados (proclamas y declaraciones) han producido escasa producción normativa internacional, aunque sí, mucho material académico. Ante este escenario algunos autores dudan de su existencia; de tal modo que, no los consideran como derechos de la humanidad o derechos humanos.

Los activistas pro derechos sexuales, han utilizado todos los medios para generar opinión pública, de esta manera, en los medios de comunicación masiva se han colocado programas donde abiertamente se habla de temas de contenido sexual y estos son replicados por medio de las grandes redes informáticas. Sin embargo, grupos criminales, han utilizado estos contenidos para la expansión de la pornografía en línea, acoso sexual de niños, prostitución de adultos y niños, entre otros problemas que se viven actualmente. Esta situación afecta una adecuada comprensión de los derechos sexuales, más de alguno podrá considerar que cuando se habla de derechos sexuales, entenderlos como el derecho a tener relaciones sexuales, debido a la limitada comprensión de temas como la sexualidad humana, reduciendo su contenido al ámbito estrictamente fisiológico.

El declarar su existencia o el reconocimiento como “derechos”, deberá superar muchos obstáculos, sobre todo conceptuales, porque se han levantado muchas barreras que han impedido su reconocimiento en documentos internacionales, algunas veces, acusándoles de querer imponer ideas locales con ánimo de convertirlas en universales, desechando las culturas

sometidas, la diversidad cultural y las prácticas ancestrales de muchas naciones<sup>15</sup>; esta situación genera el rechazo a las nuevas concepciones que de occidente llegan a otras culturas; en otras oportunidades, la oposición viene de los grupos denominados “pro vida” quienes acusan a los promotores de estos derechos de querer legalizar prácticas como el aborto.

Los promotores de su reconocimiento, no dudan de su condición de derechos humanos, bajo la concepción iusnaturalista de preexistencia de los derechos a su positivación<sup>16</sup>; ahora bien, la búsqueda del reconocimiento, es precisamente el estatus que alcanzan, fundamentalmente el carácter de universales<sup>17</sup>; de modo tal que, no puede haber seres humanos a quienes se les niegue su apropiación y ejercicio; de igual forma, se consolidan como parte del “jus cogens” y gozan de la inmutabilidad de su contenido esencial, el cual está fuera de la soberanía de los Estados mediante políticas internas o por medio de tratados o convenciones, puesto que, tal facultad se traslada a la comunidad internacional.

A pesar de ello, la proclamación denominándoles derechos humanos, es de por si insuficiente para que gocen de tales atributos, por ahora se entienden contenidos en los derechos clásicos de: Libertad, integridad, igualdad y vida; los cuales, si bien surgen de concepciones liberales-individualistas, en el siglo XIX, se han hecho comprensivos y extensivos a otros ámbitos de la vida del ser humano<sup>18</sup>. Para otros, los derechos sexuales son manifestaciones del derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la privacidad; también, han sido vinculados al derecho a no ser discriminado por razón del sexo, concluyendo que son los mismos derechos humanos interpretados desde la sexualidad y la reproducción.

---

<sup>15</sup> Altarejos, Francisco y A. (Antonio) Moya-García-Montoto, «Del relativismo cultural al etnocentrismo (y vuelta)», 2003. Es abundante la crítica del etnocentrismo de las naciones occidentales y sus sistemas de gobierno y cultura vistos como instrumentos de destrucción de las expresiones culturales de muchas naciones, lo cual forma un rechazo generalizado a las ideas de derechos humanos, y sobre todo los derechos sexuales.

<sup>16</sup> Orozco Henríquez, J. Jesús. «Los “derechos humanos” y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo», en Teoría del derecho y conceptos dogmáticos (Universidad Nacional Autónoma de México, 1987), 23–40. Iusnaturalismo: “1. El origen de los derechos naturales no es el derecho positivo, sino un tipo de orden jurídico distinto al Derecho positivo: el orden jurídico natural. 2. Tanto el orden jurídico natural como los derechos naturales de él deducidos son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para todos los hombres. 3. En último lugar, y por lo que se refiere a la existencia de estos derechos, «los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el Derecho positivo”

<sup>17</sup> Enrique Pérez Luño, Antonio. «Sobre la universalidad de los derechos humanos», Anuario de filosofía del derecho, No 15 (1998): 95–110. La defensa a la universalidad de los derechos humanos, según la tesis del autor, es para contrarrestar ideas modernas como el particularismo y nacionalismo que atenta con la universalidad de los derechos humanos.

<sup>18</sup> Morales Ache, Pedro Isabel. “Los Derechos Sexuales desde una Perspectiva Jurídica”. Se citan ideas del autor y se asumen como propias para el tema que se estudia.

Para que estos derechos sean incorporados internacionalmente, ha necesitado de un proceso lento y difícil, porque a la mitad del siglo XX, luego de las dos guerras mundiales reconocidas, ha habido un solo interés internacional, evitar que una nueva guerra ocurra y poner freno al desconocimiento de los fundamentales derechos de los seres humanos, fue común entonces, y lo es hoy en día que los preámbulos de todas las declaraciones internaciones hicieran mención a dicha motivación<sup>19</sup>. En este contexto, en procura de universalizar los derechos que tiene todo ser humano, surgen la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su contemporánea la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, documentos que enuncian una serie de derechos y garantías a favor de las personas y la obligatoriedad del Estado para respetarlos, para luego ampliarse hacia otros grupos sociales<sup>20</sup>. Estos instrumentos, manan de conferencias regionales e internacionales donde son convocados los Estados, quienes dan sus aportes y luego suscriben los instrumentos internacionales con o sin reservas.

Para la segunda parte del siglo XX, aparecen las grandes conferencias mundiales convocadas por la Organización de las Naciones Unidas, las cuales dejan de ser exclusivas para los Estados, por medio de sus delegados, y se invita a las organizaciones no gubernamentales de protección de los derechos humanos, conocidas como ONGs, quienes están atentas a los informes de los comités de verificación creados para dar seguimiento a las convenciones internacionales, aquellas llevan a conocimiento internacional la necesidad del reconocimiento de nuevos derechos que respondan al panorama mundial, derechos de la mujer, derechos del niño, derechos de los migrantes, derechos de los desplazados y refugiados a consecuencia de la guerra, la pobreza, las epidemias como el VIH, el subdesarrollo, etcétera. Los activistas pro

---

<sup>19</sup> «Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales», accedido 17 de diciembre de 2015. Preámbulo de dicha declaración reza: "la grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres, y sin la voluntad de sustituir tales principios, explotando los prejuicios y la ignorancia, por el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas", y que según el artículo I de dicha Constitución, la Unesco "se propone contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo".

<sup>20</sup> Salvioli, Fabián Omar. «Los Derechos Humanos en las Convenciones Internacionales de la Última Década del Siglo XX», Las Grandes Conferencias Mundiales de la Década de los 90 (2000): 11. El autor citando la evolución del reconocimiento cada vez más avanzado de los derechos humanos y los efectos que han producido las conferencias mundiales realizadas en la consagración de derechos a quienes se encontraban excluidos de protección, los niños, las mujeres, las personas con discapacidad, que impide cualquier excusa para no darle efectiva protección a quienes se han declarado vulnerables.

“derechos sexuales”, han aprovechado estas consultas internacionales para posicionar el tema de los derechos sexuales y reproductivos, los cuales ha sido bandera de lucha y punto de la agenda de los movimientos feministas, gay y lesbianas del siglo XX, planteado en foros internacionales de organismos regionales o mundiales.

De esta manera, en la cuarta Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la cual se celebró bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en El Cairo, Egipto, del 5 al 13 de septiembre de 1994, se obtuvo un impulso fundamental para los movimientos pro derechos sexuales, ya que el capítulo VII titulado de “los derechos reproductivos y salud reproductiva”, incorpora una definición de Salud Reproductiva “... un estado general de bienestar físico, mental, y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos... Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”<sup>21</sup>.

Dicha conferencia hace hincapié en la obligación de los Estados de abrir canales de información sobre la sexualidad responsable de la vida en pareja, la decisión sobre la vida sexual de cada uno de ellos, el auto cuidado y el placer sexual, el cual no puede ser negado a cada uno de los que intervienen en una relación, en especial a la mujer, incluyendo la labor preventiva y el riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual. Se estimula al abandono de patrones culturales que impiden a los grupos vulnerables el acceso a la salud sexual, reconociendo que entre ellos están las mujeres, los adolescentes y los adultos mayores.

También, se obtiene provecho en la Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín (Beijing) en 1995<sup>22</sup>, en donde se declara que persiste la discriminación en el acceso de las niñas a la educación a consecuencia de los embarazos y matrimonios a edad temprana; se hace

---

<sup>21</sup> NN UU, «Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo», Versión Preliminar, El Cairo, 1994. Es muy común, que los programas de acción de las conferencias mundiales desarrollen el contenido de las mismas, con el objeto de darle seguimiento.

<sup>22</sup> Organización de Naciones Unidas, «Cuarta conferencia mundial sobre la mujer. Declaración y plataforma de acción de Beijing. 1995», 4 de septiembre de 1995. Este es quizá uno de los más ricos en definiciones de diversas temáticas relacionadas a la sexualidad y derechos reproductivos que luego son plasmado en instrumentos universales de derechos de las mujeres en los países en desarrollo. El obstáculo para su plena aplicación es el abordaje de la temática como el derecho al aborto de la mujer.

énfasis, en la falta de educación sexual y salud reproductiva que afecta a la mujer en general. Señala, además, la responsabilidad compartida del Estado y de la familia de enseñar la sexualidad, en especial, para evitar enfermedades de transmisión sexual. Esta conferencia al igual que la celebrada en El Cairo, un año anterior, fueron boicoteadas por grupos conservadores como la Iglesia Católica y gobiernos de países de predominio de religión musulmana, porque proclamaban derechos a favor de las mujeres de forma universal.

La agenda de los activistas distingue como un triunfo el reconocimiento de los derechos reproductivos hacia el pleno reconocimiento de los derechos sexuales; término que se acuña en la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer, en Beijing, 1995, la cual expresa lo siguiente: “Derechos reproductivos: Derechos de las mujeres y los hombres a tener control respecto de su sexualidad, a decidir libre y responsablemente sin verse sujetos a la coerción, la discriminación y la violencia; el derecho de todas las parejas e individuos a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios para ello, así como a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”.<sup>23</sup> Sin embargo, luego de dicha conferencia, no se han dado significativos avances sobre la materia de derechos sexuales y reproductivos a nivel internacional.

Por medio de la Convención contra todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979, conocida como CEDAW (Convention of Elimination all of form of Discrimination Against Women)<sup>24</sup> por sus siglas en inglés, es el primer acuerdo mundial que reconoce la función reproductiva de la mujer<sup>25</sup>, haciéndolo extensivo a la niña y adolescente, declarando la situación de marginación que vive la mujer en los diversos ámbitos urbanos y rurales, cómo los patrones culturales o prácticas ponen en riesgo la salud y la vida de la mujer, por ejemplo la práctica de la mutilación de su clítoris. Por este mismo instrumento, además, se reconoce

---

<sup>23</sup> Facio, Alda. «Los derechos reproductivos son derechos humanos», Instituto Interamericano de Derechos Humanos.(Ed.). Colección Derechos Humanos, Población y Desarrollo 1 (2008). P.25.-

<sup>24</sup> «Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979), decreto No. 705, fecha 2-6-1981, D.O. 105 tomo 271 publicación 09-06-1981», El artículo 16 de dicha convención reconoce como derecho decidir el libre y responsablemente sobre el número de hijos, el intervalo de nacimientos y la educación sexual a favor de la mujer”.

<sup>25</sup> Villanueva, Rocío. «Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos», Instituto Interamericano de Derechos Humanos.(Ed.). Colección Derechos Humanos, Población y Desarrollo 2 (2008). Paráfrasis de la P. 3 de dicho texto. Como antecedente a este derecho, también, en ese mismo año se utiliza por primera vez el término “derechos reproductivos” en Estados Unidos de Norteamérica con la constitución de la Red Nacional de Derechos Reproductivos.



que la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y de procrear sin riesgos; asimismo, la libertad para decidir cuándo, con quién y con qué frecuencia hacerlo.

Tomando como referencia las Conferencias Mundiales sobre Población y Desarrollo de Bucarest, México y El Cairo, Alejandra López Gómez<sup>26</sup> expone que salud sexual no debe verse únicamente como control de la natalidad y planificación familiar; sino que, la mujer como sujeto de derechos, tiene la libertad de decidir sobre su cuerpo, este derecho lo trasciende a las mujeres adultas y lo amplía a las jóvenes y adolescentes, reconocimiento que estas también gozan de tales prerrogativas. Haciendo énfasis en la autonomía en esfera sexual, el poder de tomar decisiones respetuosas, responsables e informadas; el cuándo y cómo iniciar su actividad sexual.

En esta ardua tarea, para alcanzar el reconocimiento internacional de los derechos sexuales se ha hecho uso de diversos documentos emitidos por los comités de seguimiento de tratados internacionales, quienes han vertido opiniones, observaciones generales y particulares a cada Estado, los cuales han citado constantemente la existencia de los derechos sexuales y reproductivos, de tal manera, se expresa que tienen carta de ciudadanía internacional por la referencia que sobre el particular se ha indicado, cuanto más se haga mención de ellos, acrecienta la conciencia internacional de su existencia<sup>27</sup>; no obstante, su constante mención, será necesario más, para ser vinculantes a los Estados, quienes buscan siempre maneras para sustraerse del cumplimiento de las recomendaciones de tales comités.

En seguida, se citan algunos documentos internacionales que hacen referencia a los derechos sexuales y derechos reproductivos.

- 1) En la observación general No.14, del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 8, refiere a la libertad sexual como derecho humano, junto con el derecho a la salud, derecho sobre el propio cuerpo entre otros

---

<sup>26</sup> López Gómez, Alejandra. «Derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. En la construcción del auto cuidado y la autonomía en las prácticas sexuales y decisiones reproductivas», La autora hace referencia a la legislación mexicana en donde a diferencia de El Salvador, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional.

<sup>27</sup> Cabrera, Oscar. «El derecho a la salud como marco para la protección de los derechos sexuales y los derechos reproductivos», 2015. Presentación dada conforme a la legislación colombiana.

derechos a favor de las personas. Por medio de esta observación general, se advierte claramente la interdependencia de los derechos humanos, puesto que, derechos como la salud, comprende, además, la libertad de control sobre su propio cuerpo, y la prohibición de injerencias sobre su libertad sexual<sup>28</sup>.

- 2) En las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Costa Rica 49º período de sesiones 11 a 29 de julio de 2011, párrafos 32 y 33, indica que existe un insuficiente reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos por el Estado costarricense, la escasa disponibilidad de los métodos anticonceptivos más seguros y tecnológicamente más avanzados para las mujeres, y las técnicas de reproducción asistida<sup>29</sup>, situación, la cual también se hace extensiva a otros países de la región, incluyendo El Salvador, justificándose en la falta de recursos financieros para lograr una cobertura completa de tales derechos.
- 3) En las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, México, 52º período de sesiones 9 a 27 de julio de 2012<sup>30</sup> párrafos 31 y 32, en donde, se menciona la necesidad de atención en salud, educación en salud y derechos sexuales y reproductivos, métodos de prevención de embarazos, y sobre la despenalización del aborto en los demás Estados de la República Mexicana.

De acuerdo con los documentos ya mencionados se ha reconocido que los Derechos Reproductivos “... se basan en el reconocimiento de la libertad reproductiva de las parejas y los individuos, también incluyen el derecho a gozar de una buena salud sexual y reproductiva, con servicios médicos accesibles y de calidad. Mientras que los derechos sexuales se basan en

---

<sup>28</sup> «Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).», “...El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

<sup>29</sup> «Observaciones finales del Comité para la Discriminación contra la Mujer, período de sesiones No. 49, del 11 al 29 de julio de 2011, celebrada en Costa Rica», ,

<sup>30</sup> «Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, México, 52º período de sesiones 9 a 27 de julio de 2012»,

la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todo ser humano, donde cobra particular importancia la dimensión del placer sexual, posibilitan las decisiones libres y responsables sobre todos los aspectos de la sexualidad, libres de discriminación y violencia”<sup>31</sup>. Esta separación entre derechos sexuales y derechos reproductivos, es necesaria, dado que habrá conductas que sean constitutivas de la manifestación del ejercicio de un derecho reproductivo, que no implica el ejercicio de derechos sexuales.

### **3. Conceptualización de derechos sexuales y reproductivos, límites y alcances**

A continuación, se expone el contenido de los derechos sexuales y derechos reproductivos, recogidos en la propuesta de Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos (que se abrevia CIDSSRR) y en otros documentos que sobre esta materia se han escrito, se aclara que, no es un listado exhaustivo, puesto que, quienes han abordado esta materia han considerado algunos u omitido otros, o incluso considerarlos subsumidos en otros derechos. Se hace alusión, adicionalmente, de tratados internacionales y documentos emitidos por comités de vigilancia de tratados internacionales que han sido propuestos como fundamento jurídico para su reconocimiento.

Mención especial merece el artículo denominado “Estudio y Análisis sobre la Legislación Nacional e Internacional en Salud, Derechos Sexuales y Reproductivos”, el cual tomando como referencia el Plan de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de 1994, hace una comparación entre legislación nacional e internacional respecto de cada uno de los derechos sexuales y reproductivos contenidos en instrumentos internacionales; declara este artículo, el lento proceso de reconocimiento de los derechos sexuales y la percepción reduccionista de aquellos al ámbito estrictamente de maternidad, planificación familiar, prevención y atención de personas enfermas de SIDA, abogando por su exigibilidad, especialmente las mujeres, cuando le sean violentadas en el ejercicio de tales derechos. Es claro que, la reclamación de su existencia, genera la obligación de los Estados de pronunciarse

---

<sup>31</sup> Juárez Herrera, Lucero Aida. Y Cairo, «Apropiación de derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia: dimensiones de la ciudadanía.», Revista de Estudios de Género. La Ventana 4, n.º 30 (diciembre de 2009): 148-80. ISSN 1405-9436.

sobre los mismos y abre espacios de discusión en los más altos niveles jurídicos y académicos<sup>32</sup>.

### **3.1 Derecho a la salud sexual.**

La perspectiva integral del ser humano exige de parte del Estado acciones positivas, entre ellas, efectuar todos esfuerzos institucionales para satisfacer necesidades básicas como la salud, y como correlativo la exigibilidad de parte del ciudadano. El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sexual, incluye, la provisión de servicios integrales que sean accesibles, económicos que no desmejoren en calidad, confidenciales, adecuado a necesidades específicas y no discriminatorias, así como, a todos los medios necesarios para el ejercicio saludable de su sexualidad. La salud sexual tiene además como propósito el desarrollo de la vida y de las relaciones personales de manera integral de quienes se relacionan sexualmente.

Recomendándose que, la política de prevención de enfermedades de transmisión sexual es parte de una adecuada salud sexual de la población, pero no se reduce a la misma, incluirá, además, la atención restaurativa de quienes se han visto afectado con enfermedades de transmisión sexual, incluyendo el grupo social del cual se forma parte. El derecho a la salud sexual, para algunos, es visto como un derecho fuente del cual brotan el resto de los derechos de tal contenido, al grado que, en legislaciones en donde no se reconoce ningún derecho sexual, bastará la existencia de éste para tener por incluidos todos los demás derechos, de ahí la importancia que en su momento fuera considerado como un triunfo su introducción en las agendas de las conferencias internacionales y, luego, ser incluido en varias legislaciones locales.

### **3.2 Derecho a la libertad y la integridad sexual**

La libertad es uno de los derechos que más desarrollo ha tenido a lo largo de la historia; además, es un valor fundamental de reconocimiento en todas y cada una de las declaraciones, cartas y convenciones internacionales, junto con la dignidad humana y la igualdad,

---

<sup>32</sup> Guirola, Yolanda. «Estudio y Análisis sobre la Legislación Nacional e Internacional en Salud, Derechos Sexuales y Reproductivos.», mayo de 2007. Tomando como base las conferencias mundiales sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 y Plan de Acción hace un catálogo de derechos sexuales: Derecho a la libertad sexual, Derecho a la autonomía sexual, integridad sexual y seguridad del cuerpo, Derecho a la privacidad sexual, entre otros.

constituyendo un bien jurídico superior: “La libertad, de manera amplia, se asocia con la posibilidad de auto determinarse, es decir, de conducirse en la vida como a la persona le parezca, obviamente siempre que sus actos no afecten los derechos de terceros”<sup>33</sup>. Igualmente, como bien jurídico y derecho humano fundamental, tiene diversas manifestaciones, así por ejemplo: Libertad personal, libertad económica, libertad de opinión y expresión, libertad de reunión, libertad de pensamiento, libertad de tránsito, libertad sindical, libertad sexual, entre otras.

En cuanto a la libertad sexual atañe, también, tiene un núcleo o contenido esencial, escoger y practicar la sexualidad como mejor plazca, y rechazar las proposiciones no deseadas; este derecho debe ser garantizado por el ordenamiento jurídico para que el ser humano pueda realizar conductas sexuales, sin importar que para algunos sean una virtud, una perversión, una abominación, una conducta estúpida o hasta peligrosa para su salud, entre otras; por tanto, el Estado debe actuar cuidadosamente, para no traspasar la línea a un derecho moralizante o que sancione conductas autorreferentes<sup>34</sup>. Para Antonia Monge Fernández, “El concepto de libertad sexual no se opone sustancialmente al de libertad personal, sino que se trata de una manifestación de esta que singulariza la facultad de autodeterminación en la esfera sexual”<sup>35</sup>. Incluye, además, el derecho a relaciones exentas de temor a sufrir abuso sexual, a decidir responsablemente la procreación, entender que las relaciones entre adultos deben de ser consensuadas tanto al inicio como en el desarrollo de acto sexual.

Para la propuesta de Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos, entiende por libertad e integridad sexual que “todas las personas tienen

---

<sup>33</sup> «Medina Quiroga, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, San José de Costa Rica, 2005», Sobre la libertad e integridad se encuentran abundantes resoluciones que se han dado por parte de la Corte IDH, contenidas algunas en el cuadernillo de jurisprudencia No. 8 denominado sobre la libertad personal y sus múltiples manifestaciones.,

<sup>34</sup> Efrén Ríos, Luis. «Moralidad sexual y Derecho: moralismo, individualismo y garantismo», 2007, p://orff.uc3m.es/handle/10016/8808. P.10. El ámbito interno del ciudadano está excluido de la imposición de reglas o formas correctas de hacer una u otra cosa, en cuanto a la sexualidad no puede inmiscuirse por el riesgo de imponer patrones que simplemente sancionan conductas autorreferentes.

<sup>35</sup> Monge Fernández, Antonia. «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010», Revista de Derecho, No 15 (2010): 85–106. Es de mencionar que, la citada autora hace una clara distinción entre libertad sexual e indemnidad sexual, tomándola como fundamento para sancionar ciertas conductas en donde se involucran niños en actos sexuales con adultos, esta distinción será objeto de abordaje en capítulos siguientes, por ahora se cita la definición sobre libertad sexual que ella ofrece.

derecho al libre ejercicio de su sexualidad y al respeto a su integridad sexual”; indicando como obligación positiva del Estado, prevenir toda forma de violencia, coerción, tortura o trato inhumano o degradante que signifique una imposición de decisiones y prácticas sexuales de manera forzada dentro del matrimonio, o cualquier tipo de relación interpersonal que se establezca; o el sometimiento de algún procedimiento médico que afecte el ejercicio de su sexualidad sin su consentimiento; y como obligación negativa del Estado de no intervención, ni regulación del ejercicio de la sexualidad; asimismo, la prohibición de prácticas culturales dañinas como la mutilación genital<sup>36</sup>, el abuso incestuoso y el matrimonio infantil.

El derecho a la libertad sexual le corresponde a todo ser humano, sin discriminación derivada de cualquier condición, en cumplimiento de esta obligación el Estado de proveer a quienes se encuentran sometidos en el sistema carcelario, de condiciones de salud básicas para su higiene personal, bajo estricta privacidad; sancionando las conductas constitutivas de violación de este derecho, como el acoso y la agresión sexual de los internos y la intromisión arbitraria por medio la práctica de registros o requisas personales en las zonas genitales de hombres o mujeres frente a otros internos; además, el Estado deberá respetar rigurosamente el principio de legalidad en las restricciones de derechos fundamentales de los privados de libertad, sin ir más allá de la libertad ambulatoria, u otros derechos que tengan estrecha relación con la misma, con miran a garantizar bienes superiores como la seguridad pública o paz social, sin que ello signifique el sacrificio desproporcionado de sus derechos fundamentales<sup>37</sup>.

### **3.3 Derecho a disfrutar una vida sexual libre de violencia y/o coerción sexual**

Intrínsecamente, la actividad sexual debe desarrollarse en ausencia de cualquier forma de coercibilidad: violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de tal forma, se proscriben la violencia sexual, la esclavitud sexual y la prostitución forzada. Al respecto, la Corte IDH

---

<sup>36</sup> «Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas», Mediante resolución 67-146 del 20 de diciembre de 2012, se aprobó por 194 países miembros la intensificación mundial para la eliminación de la mutilación genital femenina.

<sup>37</sup> Inter-American Court of Human Rights, Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de libertad artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010). En dicho documento se cita resoluciones de la Corte IDH que condena al estado peruano por tratos constitutivos de violencia sexual en contra de las mujeres que se encontradas privadas de libertad en el penal Miguel Castro Castro donde fueron sometidas a tratos vejatorios contra su dignidad por parte de quienes estaban en la obligación de protegerles.

señala que “el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido, se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de vida privada. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de vida privada alcanza a la integridad física y moral de una persona, y en consecuencia incluye su vida sexual”<sup>38</sup>.

Reconocer la existencia de este derecho por parte de los Estados no ha sido fácil, puesto que, regular y sancionar las prácticas discriminatorias en las relaciones interpersonales entre hombres y mujeres, incluso entre hombres, se enfrenta con estereotipos sociales y con costumbres, los cuales históricamente han favorecido a los hombres en detrimento de las mujeres. Sin embargo, hoy en día los Estados, mayoritariamente, reconocen como violatorias a los derechos humanos y libertades fundamentales –como la dignidad, integridad física e intimidad-, especialmente de la mujer, aquellas conductas que constituyan abuso de poder en las relaciones de pareja y que produzcan afectación física, psicológica y sexual. Este derecho está contenido en los Arts. 6.1, 7 y 9.1 del PIDCHP, Arts. 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la CADH, especialmente los Arts. 1 y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (Convencion de Belém Do Pará).

### **3.4 Derecho a la privacidad sexual**

Considerado como la manifestación más evidente de las ideas liberales del siglo XIX, la elección individual sobre los planes de vida y la búsqueda de la satisfacción personal, exige del Estado una conducta negativa, no interferir, también, prevenir y sancionar de conductas ejecutadas por terceros que pretendan entrometerse en dichos planes. Este ámbito, debe ser reconocible por el propio sujeto y por terceros, de modo tal que, haya claridad del espacio de intimidad zonal, además, quienes están invitados y excluidos de este<sup>39</sup>.

Se estima que la privacidad, vida privada o intimidad, es también expresión de la libertad negativa, la cual exige del Estado, e incluso a los particulares, la no intervención en esta esfera. Se encuentra contenido en las siguientes disposiciones: Art. 12 DUDH” Nadie será

---

<sup>38</sup> Villanueva, «Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos». P. 52, párrafo 1°.

<sup>39</sup> «Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos». P. 55. Citando abundante jurisprudencia europea y latinoamericana, se fortalece la visión de lo que debe entenderse como vida privada en las diferentes formas tanto decisional como zonal.

objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”; Art. 17 del PIDCP “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”; similar redacción la encontramos en el Art.16 CDN, en el Art. 22 del Convenio sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus familiares: Art. 11 CADH. Se advierte que, la titularidad de este derecho contiene otras manifestaciones, como la inviolabilidad del domicilio y correspondencia, incluida la informática, a la propia imagen, a la reputación, a la honra, entre otros.

La Corte IDH en el caso de Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, se ha referido a este derecho el cual tiene íntima relación con el principio de dignidad humana, es este ámbito, en donde se desarrolla la propia personalidad, identidad y sus propias relaciones personales, donde el ser humano se ve a sí mismo y proyecta su personalidad<sup>40</sup>; los demandantes en este proceso, alegaban la vulneración de este derecho al haberse eliminado la práctica de la fertilización in vitro en parejas infértiles por medio de una sentencia de la Sala Cuarta de lo Constitucional de Costa Rica, quien declaró inconstitucional un decreto ejecutivo que ayudaba a la parejas infértiles para recibir ayuda del Estado para la práctica de esta nueva forma de concepción humana: esta situación, afectaba el proyecto de vida que especialmente la mujer había determinado para enrumbar su vida hacia la maternidad asistida.

En similares términos, en el caso de Karen Atala Riffo, quien fue privada de la custodia de sus niñas por un tribunal chileno motivada por su orientación sexual; en este asunto, la Comisión IDH, enfatiza que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que ni Estado, ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones y determinar su propia identidad, estos espacios de actividad de las personas que

---

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) versus Costa Rica», 2012. Párrafo 142. Sentencia de la Corte IDH, pionera en cuanto al reconocimiento de algunos derechos sexuales.



son propios y autónomos de cada quien<sup>41</sup>. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, sobre la prohibición de la legislación penal de Tasmania, Australia en cuanto a relaciones sexuales por vías no naturales y las prácticas deshonestas entre personas del mismo sexo en dicho informe se reconoce como “indiscutible que la vida sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de vida privada”<sup>42</sup>, constituyendo, adicionalmente, violación a los derechos fundamentales contenidos en los Arts. 7, 9 Y 12 DUDH, en especial, al derecho a no sufrir discriminación y ser protegido cuando hubiera injerencias arbitrarias a este derecho.

### **3.5 Derecho a la orientación sexual e identidad de género**

La propuesta de Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Reproductivos sobre este derecho lo reconoce de la manera siguiente: “Derecho a la identidad de género y sexual. Todas las personas tienen derecho a: 1. Ser reconocidas ante la ley sin discriminación basada en el ejercicio de su sexualidad. 2. Construir, expresar, desarrollar y autodeterminar su identidad de género; y a obtener nueva documentación legal que la refleje, sin que para ello sean forzadas a someterse a procedimientos médicos o quirúrgicos; esterilización o terapia hormonal; cambio de estado civil; pérdida de la patria potestad o limitación”.

El derecho a la identidad sexual, como la facultad de expresar los sentimientos de atracción emocional, afectiva y sexual, hacia personas de su género o diferente al suyo, y comportarse como tal, de forma que, lo lleva a tomar actitudes propias de esa identidad, sin coartar sus impulsos hacia otros en el ámbito privado y público. En cuanto a la identidad de género como derecho, hace referencia a la vivencia personal apropiada desde los primeros momentos de su vida, en su entorno familiar, la suma de experiencias individuales que le inclinan a actuar conforme al género, al cual tiene sentimientos de pertenencia. Ambas, constituyen manifestaciones esencialmente privadas de la personalidad contenidas en los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos a las cuestiones de

---

<sup>41</sup> Piovesan, Flavia. «Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales: la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Atala Riffo vs. Chile», Bajo el principio de igualdad y prohibición de discriminación se han dado avances en el reconocimiento la diversidad sexual, como manifestación de la dignidad humana.

<sup>42</sup> Dictamen del Comité de Derechos Humanos, «Nicholas Toonen v. Australia, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).», 1994.

Orientación Sexual e Identidad de Género (Principios de Yogyakarta) y la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 2008 (El Estado de El Salvador es firmante)<sup>43</sup>.

Al igual que los derechos a favor de las mujeres en el ámbito sexual, el reconocimiento de este derecho enfrenta rechazo frontal e indirecto por parte de los Estados fundamentalistas islámicos, de movimientos religiosos y conversadores extremistas, quienes consideran las prácticas sexuales entre hombres o mujeres como aberraciones o conductas contra la naturaleza humana que merecen hasta la muerte; desde esta perspectiva, obligan a hombres y mujeres, nacidos así, comportarse de conformidad con los patrones culturales heterosexuales, considerados como las únicas formas de expresión normal o aceptada de la sexualidad individual o en pareja.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho a la orientación sexual, se ha pronunciado a favor de reconocerlo, al considerar como práctica discriminatoria que se funde en la inclinación sexual de la persona, al entenderlo contenido el párrafo 1 del Art. 2 del PIDCP cuando se refiere a cualquier condición que implique discriminación ha estimado que cuando se menciona “sexo” incluye la inclinación sexual<sup>44</sup>. Se considera también que la orientación sexual y la identidad de género está comprendida en la frase “otra condición social” del Art. 1.1 de la CADH<sup>45</sup>.

### **3.6 Derecho a la información y educación sexual**

Puede ser definido así: “Todas las personas tienen derecho a una educación en sexualidad que sea integral, positiva y no discriminatoria; también tienen derecho a recibir información

---

<sup>43</sup> «Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos». se expresa que “orientación sexual: se refiere a la capacidad de cada persona de sentir profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género. “Identidad de género” se refiere a la vivencia interna e individualidad del género tal como cada persona lo siente profundamente, lo cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los gestos...”

<sup>44</sup> «Nicholas Toonen v. Australia, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).» Párrafo 8.7

<sup>45</sup> «Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas». Puede además consultarse las resoluciones AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) y AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) AG/RES. 2600 (XL-O/10), que tratan sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género

científica y de calidad para ejercer plenamente su sexualidad, erradicar estigmas, estereotipos y discriminaciones basadas en el ejercicio de la sexualidad<sup>46</sup>. De tal manera que, para que la sexualidad se desarrolle de manera plena, por hombres y mujeres en cualquier momento de su vida, es obligación positiva de los Estados proporcionar información completa, conforme a las condiciones físicas e intelectuales de la persona, de manera oportuna y adecuada, sobre todos los aspectos de la sexualidad y reproducción para que la realice de forma sana, segura y responsable.

Comprenderá, sobre los riesgos y beneficios de todos los métodos anticonceptivos; esto, incluye el asesoramiento y consejo médico confidencial individual o en pareja; consecuentemente, cuando se otorga el consentimiento de dicha actividad se asuma por parte de los involucrados los resultados de la misma, puesto que, el involucramiento en conductas que puedan ser consideradas de riesgo para la salud o la procreación afectarán en el cumplimiento de su proyecto de vida. Adicionalmente, la educación e información debe ser libre de estereotipos de género<sup>47</sup>; en tal sentido, se someterán a escrutinio científico, la necesidad del mantenimiento o rechazo de los patrones culturales y familiares que sean considerados discriminatorios o atentatorios contra la integridad física, psicológica y emocional, especialmente de las mujeres.

### **3.7 Derecho al placer sexual**

Los seres humanos en cualquier tipo de acción que ellos realicen, tienen un propósito y los actos sexuales no son la excepción, ya sea ejecutado en forma individual o en compañía de otros, buscan una gratificación. Las zonas erógenas involucradas en tales actos contienen una multiplicidad de terminaciones nerviosas que precisamente reaccionan ante los estímulos externos provocando placer; la búsqueda de estas sensaciones, incluirán el autoerotismo, para

---

<sup>46</sup> «Propuesta de Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos. Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos (mayo, 2010)».

<sup>47</sup> Rodríguez, Lilia. «Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos», Fondo de Población de Naciones Unidas, 1998. Se declara la situación de la violencia sexual dentro de las relaciones de pareja que se sustenta en relaciones de poder y del hombre sobre la mujer, bajo modelos estereotipados de inferioridad de la mujer respecto del hombre. Estos modelos deben ser desechados por medio de la implementación de políticas positivas del Estado a través del empoderamiento de la mujer de sus derechos.

lograr un bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual en la persona<sup>48</sup>. La concepción sobre el placer sexual, es volátil, varía de acuerdo al tipo de sociedad en donde se haga su consideración; así, en una sociedad patriarcal y androcéntrica, el placer sexual interpersonal se limita al hombre, reservándose las sensaciones de satisfacción que produce la intimidad sexual. Visto así, el orgasmo del hombre es el fin de la relación coital. De tal manera que, la idea sobre el placer gira sobre la sexualidad masculina.

Quienes han tratado sobre el placer derivado de una relación sexual, encuentran que puede ser reprimido o suprimido moral, psicológica y físicamente. Así, el ser humano de acuerdo a su concepción ideología o proyecto de vida, puede auto imponerse la negación del disfrute sexual; igualmente, la religión podría imponer una concepción que castra la mente de la persona al condenar ciertas prácticas gratificantes, por ejemplo, la masturbación femenina o masculina. Otras formas más graves de represión se materializan por medio de la mutilación genital masculina y femenina<sup>49</sup>, esta última provoca en el primer acto sexual una experiencia dolorosa en la mujer, y como opuesto genera más placer sexual en el hombre, por lo cual, en algunas sociedades es practicada para evitar el adulterio en la mujer.

En relación con, las practicas o costumbres sociales que sustraen a la mujer del placer sexual, a partir de los movimientos feministas en el siglo XX, se ha posicionado una nueva forma de ver la sexualidad en pareja; desde la perspectiva de la satisfacción de las fantasías, deseos y necesidades sexuales de ambos participantes, hombres y mujeres, consiguientemente, a partir de la elaboración de instrumentos internaciones como la CEDAW, se ha condenado la práctica de la mutilación genital femenina a nivel mundial en diversos tratados internacionales de derechos humanos.<sup>50</sup> Desde la suscripción de tales convenidos, la mutilación femenina es vista

---

<sup>48</sup> «Propuesta de Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos. Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos (mayo, 2010)».

<sup>49</sup> Amnistía Internacional, La mutilación genital femenina y los derechos humanos: infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación. (Madrid: Amnistía Internacional, 1999). Pp. 21 y 25. En cuanto a la mutilación genital femenina se define como "...la extirpación parcial o total de los órganos genitales femeninos. ...El procedimiento incluye la clitoridectomía (por la que se extirpa total o parcialmente el clítoris), la escisión (extirpación de la totalidad o de parte de los labios menores) y la ablación de los labios mayores para crear superficies en carne viva que después se cosen o se mantienen unidas con el fin de que, al cicatrizar, tapen la vagina. Se deja una pequeña abertura para permitir el paso de la orina y del flujo menstrual”.

<sup>50</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los principales tratados internacionales de derechos humanos (Ginebra: Naciones Unidas, 2006). Art. 5 CEDAW, Art. 19 y 24.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño se han visto ambos cuerpos normativos perfilados a eliminar las

como constitutiva de violación del derecho a la integridad física, dignidad humana, derecho a la libertad, derecho a la privacidad e intimidad sexual de la mujer.

### **3.8 Derecho al matrimonio voluntario y derecho a establecer una familia**

Toda persona tiene el derecho de decidir de forma libre, plena, mutua, voluntaria e informada contraer matrimonio, o abstenerse de hacerlo. Es esto lo que distingue matrimonio voluntario de uno forzoso. En ciertas regiones del mundo amparado por tradiciones ancestrales, se vulneran los derechos de la mujer, y en especial de las niñas, sobre su decisión de casarse o no. Situación advertida por la Organización de las Naciones Unidas en 1954 en resolución No. 843 (IX) denominada Condición de la mujer en derecho privado: costumbres, antiguas leyes y prácticas que afectan a la dignidad de la mujer como ser humano sesión 214 del diecisiete de diciembre de ese año, por ser considerada contraria a los derechos humanos, en especial al derecho de igualdad dentro del matrimonio y el derecho de elegir con quien contraer matrimonio, reconocido como derecho en el Art. 23.2 PIDCP y Art.16.2 de la CEDAW<sup>51</sup>.

No está demás indicar, el énfasis está en la protección de la niña, quien ha sido acrecentadamente afectada por matrimonios forzados<sup>52</sup>, debido a la situación de vulnerabilidad extrema que se encuentra en ciertas regiones del mundo, obligada a veces por sus padres a la práctica del matrimonio infantil que puede originarse en el chantaje emocional, violencia económica, o por relaciones de poder en las cuales se somete a la voluntad ajena. Estrechamente unido al derecho a contraer matrimonio, pero separado en su contenido, está presente el derecho a formar una familia, el cual es la expresión de la naturaleza social del

---

prácticas culturales que sean nocivas a los derechos humanos especialmente de la niña que en culturas orientales se le somete a procedimientos quirúrgicos para provocar más placer en el hombre.

<sup>51</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, «Condición de la mujer en derecho privado: costumbres, antiguas leyes y prácticas que afectan a la dignidad de la mujer como ser humano.», 17 de diciembre de 1954, Esta resolución insta a todos los Estados a abolir prácticas como poner precio a la novia, abolir el matrimonio de niñas y niñas, y los esponsales de jóvenes antes de la edad núbil, entre otras conductas.

<sup>52</sup> «Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962», Es de hacer mención que para ese momento no se había dado una definición de niño a nivel internacional el cual surge hasta la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989.

hombre de vivir en comunidad con otras personas, ser el centro de la vida en la comunidad al formar una nueva familia<sup>53</sup>.

### **3.9 Derecho a la autonomía reproductiva**

A diferencia de los animales, el ser humano se guía por su voluntad, la cual puede ser expresada de forma oral o por escrito; por medio de ella, adquiere derechos y contrae obligaciones y es la base del ejercicio de todos los derechos humanos. La autonomía de la voluntad es un principio clásico del derecho privado, donde predomina la premisa de que el contenido y límite de los derechos contractuales o no contractuales, será aquel que han dispuesto las partes, constituyendo ley para ellos y como tal, de obligatorio cumplimiento; dicho ámbito, está exento de injerencias de terceros y del mismo Estado, salvo límites impuesto por la ley. Consiguientemente, cuando los acuerdos de las partes vayan contra lo dispuesto por la ley, no obstante que sean cláusulas fundamentales para su contratación, no producirán efectos, teniéndose por no escritas, y sin ningún valor. Sin olvidar que, para que los acuerdos de las partes sean obligatorios, deberán además estar exentas de vicios del consentimiento, como el error, la fuerza y el dolo.

Este principio, en el terreno de los derechos reproductivos, se expresa en la facultad que asiste al hombre o la mujer<sup>54</sup> de decidir libremente, conforme a sus condiciones físicas, espirituales y materiales, o a su concepción sobre lo valioso, necesario, correcto o incorrecto, el procrear o no, cuando y con qué frecuencia, el número de hijos e intervalo entre los nacimientos. El ejercicio de este derecho es condicionado a las circunstancias que influyen en la procreación, como el caso que, no obstante que, se utilicen todos los recursos que la ciencia ha alcanzado es

---

<sup>53</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los principales tratados internacionales de derechos humanos. A continuación, se citan disposiciones legales que hacen referencia al derecho humano al matrimonio voluntario y el derecho de formar una familia: Art. 17 CADH, art. 10.1 PIDCP, romano VI de la Declaración Americana sobre Derechos del Hombre, art. 16 DUDH, art. 23.1 PIDCP, art. 15.2 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>54</sup> «Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).», En dicha recomendación hace referencia al derecho de la mujer de decidir sobre el número de hijos y espaciamiento de los mismos, sin necesidad del consentimiento del conyugue. Párrafo 20.

imposible engendrar o concebir, no por ello se puede decir que se ha vulnerado alguno derecho<sup>55</sup>.

El disfrute de este derecho puede ser afectado por condiciones internas o externas que limiten esa facultad de decisión, tales como: Edad, condición física o mental, coacción, engaño o cualquier situación de vulnerabilidad provocada por su condición económica, o social, las cuales limitan o anulan su voluntad reproductiva. Por tal motivo, al momento de considerar si una decisión ha sido tomada en condiciones de auténtica libertad, habrá que valorar el contexto en que se manifestó. Ésta es la razón por la cual, las naciones civilizadas han condenado la trata de personas con fines de explotación sexual que incluye, además de la prostitución, la esterilización forzosa de la víctima o el uso obligatorio de métodos anticonceptivos peligrosos para la salud, no obstante, se argumente la aceptación contractual de la víctima<sup>56</sup>.

Así, la renuncia contractual de derechos fundamentales como: Integridad, vida y libertad, por medio de los embarazos por encargo o maternidad subrogada, son constitutivos de esclavitud sexual moderna, cuando la voluntad de la mujer ha sido obtenida en condiciones de asimetría de poder o de aprovechamiento de superioridad derivada de circunstancias subjetivas y objetivas claramente determinadas. En este contexto, es imposible la defensa de la autonomía de la voluntad, cuando la voluntad ha sido inexistente. Adicionalmente, habrá límites éticos a la autonomía reproductiva, en ese sentido, no puede autorizarse el vaciamiento del contenido de la esencia del ser humano, cuando a sí mismo se materializa, cediendo la dignidad que lo distingue del resto de los seres humanos. Este será el mínimo indelegable, el cual es reservado por el Estado a favor de la persona humana, quien no se puede reducirse a objeto. Sobre el particular, se cuenta con lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que

---

<sup>55</sup> González Marsal, Carmen. «Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud?, ¿cuestión de derechos?» (Anuario de derechos sexuales Nueva Época Volumen 10, 2009). Artículo que aborda sobre el contenido de la salud sexual y salud reproductiva en el contexto de la jurisprudencia y legislación española, haciendo mención del tema del consentimiento informado que es importado de la ética médica.

<sup>56</sup> El Salvador y El Salvador, eds., Recopilación de legislación nacional e internacional sobre derechos de la niñez y la adolescencia, 1ª edición (San Salvador, El Salvador: Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, 2008). Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Blancas, D.O. No.195, tomo 123, publicación 17-09-1937, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, D.O. No. 240, tomo 361 publicado el 23 de diciembre de 2003.

persigue conductas como el embarazo y esterilización forzados considerándoles como delitos contra la humanidad<sup>57</sup>.

Finalmente, es en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) donde se hace mención al derecho a la autonomía reproductiva de manera marginal en los Arts. 12.2 y 14.2 literal b)<sup>58</sup>. En relación con el resto del contenido de la definición del derecho a la autonomía reproductiva, como la decisión de la mujer de ser madre, está presente en lo dispuesto en el Art. 16 ordinal e), también de la CEDAW, lo cual obliga a los Estados a proveer a la mujer embarazada de las mejores condiciones de salud durante su embarazo y la búsqueda de formas de reproducción asistida<sup>59</sup>. Reforzando este mismo contenido, se cuenta con opinión de la Corte IDH, quien señala literalmente: “Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”, citando como fundamento de su decisión el Art. 29 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 11.2 y 17.2)<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Organización de las Naciones Unidas, «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Decreto Legislativo de fecha 26 de noviembre de 2015 ratificación. D. O. 236, T. No. 409.», Léase los artículos: 7.1 g), 8.2.b.xxii, e. vii.

<sup>58</sup> «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. fecha de publicación 09-06-1981, D.O. No. 105, tomo 271, D.L. fecha 02-07-1981», ,: “Art. 12.2 “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se **refieren a la planificación de la familia**. Art. 14.2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: . . . b) **Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familiar**”. lo resaltado no es parte del texto original.

<sup>59</sup> «Recomendación general No. 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general del art. 12 de la CEDAW», 2 de febrero de 1999. En sus informes, los Estados Partes han de indicar también qué medidas han adoptado para garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto. Asimismo, debe indicarse en qué proporción han disminuido en su país en general y en las regiones y comunidades vulnerables en particular las tasas de mortalidad y morbilidad derivadas de la maternidad de resultas de la adopción de esas medidas.

<sup>60</sup> «Caso Octavia Murillo y otros (fertilización in vitro) versus Costa Rica». Dicha proceso se llevó a cabo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica, mediante demanda interpuesta por la presunta prohibición general de practicar la Fecundación In Vitro que había está vigente en Costa Rica desde el 2000, al constituir una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, por impedir que las parejas pudieran acceder a tratamiento para superar situaciones de infertilidad.



### **3.10 Derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva.**

Se basa en el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y libres de todas las formas de violencia y coerción que afecten la vida sexual y productiva de la mujer; en virtud de la prohibición de discriminación esta facultad también se atribuye al hombre. -Art. 11 f. CEDAW-. En cuanto a, este derecho particular, los Estados están obligados a combatir la prostitución forzada de mujeres, prostitución infantil y la explotación sexual por constituir violaciones a los derechos humanos; en caso de inobservancia de esta obligación, podrían ser denunciados y condenados por los comités de vigilancia de los tratados, como el Comité sobre los Derechos del Niño, el Comité de Derechos Humanos de NNUU, entre otros.

Adicionalmente, este derecho podría ser vulnerado por acciones estatales, generalmente cargadas con enfoque discriminatorio por sexo que prioricen la esterilización y métodos anticonceptivos femeninos sobre los masculinos; o que, veladamente, obliguen a la práctica de aborto en condiciones poco seguras por falta de servicios apropiados en servicios de salud reproductiva en las mujeres y niñas.

### **3.11 Derecho a la maternidad segura y voluntaria**

En la propuesta de Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Reproductivos, CIDSSRR, se señala: “Las mujeres de todas las edades tienen derecho al ejercicio de una maternidad segura y voluntaria. Asimismo tienen derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, sin poner en riesgo su vida o su salud como consecuencia de ello”<sup>61</sup>. Como manifestación de una vida libre de violencia, habiéndose ejercitado como derecho a procrear, de acuerdo a un acto voluntario determinante del plan de vida de una mujer, en relación con, el derecho a la salud sexual y el derecho a vivir una vida libre de violencia; se pone en juego el presente derecho, el cual se manifiesta en no solo la obligación maternal sino también una paternidad responsable<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> «Antecedes y evolución de los derechos sexuales y reproductivos», Este artículo revista toma esta conceptualización de la CIDSSRR.

<sup>62</sup> «Recomendación General No. 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 13o período de sesiones Asamblea General de las Naciones Unidas 1994»,

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, impone como obligación del Estado de brindar cuidado y protección, y condición adecuadas a la madre dentro del periodo de gestación, y aun después del parto (Art. 10 y 11.2). Misma obligación está contenida en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (Arts. 11.2. literales a) y d) y Art. 12.2) y en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "protocolo de San Salvador"<sup>63</sup>, todo esto conforma un sistema de protección a favor de la mujer en estado de gravidez, para que sea protegida durante el embarazo como posterior al mismo evento<sup>64</sup>.

En cuanto a, este derecho reproductivo ha generado tensión, motivado por documentos declarativos de derechos reproductivos de los movimientos feministas, en donde determina que la mujer tiene derecho sobre su propio cuerpo y, consecuentemente, puede practicar el aborto cuando se pone en riesgo su vida o calidad de vida, o cuando sea producto de una violación, o cualquier circunstancia que afecte a la madre puede interrumpir su embarazo<sup>65</sup>. En línea opuesta, se expone que concebido un nuevo ser, cesa el derecho de la mujer sobre su cuerpo, ya que a éste le asiste el derecho a la vida, esta es la razón para que en tratados internacionales se haya prohibido la aplicación de la pena de muerte cuando la mujer se

---

<sup>63</sup> Organización de las Naciones Unidas, «Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "protocolo de San Salvador" D.O. 82, TOMO 327, fecha de ratificación 30-03-1995», s. f. Art. 9.2. Este documento constituye el compromiso de los Estados suscriptores de la CADH de darle cumplimiento a los compromisos adquiridos por medio de la suscripción de la Convención y los derechos adicionales que regula dicho instrumento como el derecho a la salud, art. 10.

<sup>64</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos (Washington: Organización de los Estados Americanos. CIDH, 2010). Párrafo 105 entre sus recomendaciones está el fortalecimiento de programas de atención maternal de forma cercana a la usuaria e implementar políticas para eliminar las barreras de género en la atención de las usuarias del sistema de salud. La Comisión IDH en su informe del año 2010, declara que los Estados están obligados a garantizar los derechos humanos sin discriminación durante el embarazo

<sup>65</sup> Inconstitucionalidad por omisión en la legislación penal salvadoreña al no contener las llamadas indicaciones tradicionales del delito de aborto, vulnerándose con ello los arts. 1, 2, 3 y 246 Cn., No. Inc. 11-98 (Sala de lo Constitucional de la CSJ 20 horas, 20-11 de 2007). Conforme lo resuelto por el supremo tribunal constitucional salvadoreño no puede reconocerse bajo ningún punto de vista que la mujer pueda decidir la interrupción del embarazo por decisión individual conocido como el derecho sobre su propio cuerpo.

encuentra embarazada<sup>66</sup>; por tanto, el derecho que la mujer ejercita a tener relaciones sexuales, no incluye decidir sobre la vida del niño concebido<sup>67</sup>, quien desde ese momento le asisten iguales derechos que a su madre; por consiguiente, será asunto de conflictos de bienes jurídicos que será resuelto por las instancias judiciales o administrativas competentes.

### 3.12 Derecho a la equidad sexual

Las relaciones de contenido sexual deben estar exentas de toda forma de discriminación en base al sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o invalidez física o emocional. En este contexto, es obligación de los Estados velar porque los intervinientes actúen en un plano equitativo, además, se tome en cuenta las desigualdades provocada por factores físicos o situaciones de género que ocurren cuando una parte soporta el acto sin posibilidad de establecer reglas igualitarias<sup>68</sup>. En cuanto a, la discriminación, el Comité de los Derechos Humanos de las NNUU, señala que ésta sucede cuando se hace: “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en cualquier causa tal como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro status, y que tiene el propósito o efecto de anular o impedir el reconocimiento, disfrute o ejercicio por parte de todas las personas, en una relación equitativa, de todos los derechos y libertades”<sup>69</sup>.

Se reconoce que, la equidad no es sinónimo de igualdad, tratar de la misma manera a hombres y mujeres, adultos y niños, jóvenes y ancianos, podría ser violatorio de los derechos humanos, porque, algunas veces, un trato meramente igualitario formal, puede dejar de lado situaciones

---

<sup>66</sup> «Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud?, ¿cuestión de derechos?» La debatida cuestión sobre el tema del aborto, dependerá de la concepción sobre el momento que se considera que surge la vida del ser humano, para luego discutir conforme al principio de proporcionalidad la decisión sobre asuntos particulares.

<sup>67</sup> «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fecha de publicación: 23-11-1979, D.O. No. 218, tomo 265, ratificado 23-11-1979.», s. f. Artículo 6.1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente... 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

<sup>68</sup> Martínez-Pujalte, Carmen Cerdá. «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación», Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, No. 50 (2005): 193–218. La igualdad de trato reconoce las diferencias que existen en situaciones concretas de modo tal que se debe ser objetivo a la hora de legislar o dictar reglas en determinados ámbitos de modo tal que tome en cuenta las diferencias para evitar que la llamada igualdad formal se constituya en una violación a la igualdad material.

<sup>69</sup> «Comité de Derechos Humanos, Comentario General 18: No-Discriminación 37 Sesión, 1989.».

que dejen en desventaja a uno de los participantes, de modo tal que, las diferencias biológicas y roles sociales deben ser reflexionadas para entender cuándo estamos ante alguna forma de abuso de poder<sup>70</sup>.

En definitiva, como se ha expresado, la temática de los derechos sexuales tiene un trasfondo cultural que es difícil de superar, y ha estado ausente en las declaraciones universales de derechos humanos y convenios regionales o internacionales; y continúa siendo un tema polémico, habiendo sido sacrificado en los foros internacionales en aras de lograr los consensos para la suscripción de grandes tratados internacionales. En su lugar, han delegado esta responsabilidad a los propios Estados dentro de su territorio, quienes dispondrán normativamente de esa situación<sup>71</sup>; sin embargo, quienes estudian dichas temáticas han sabido declarar su existencia tomando como fundamento la interpretación teleológica de los instrumentos internacionales que sobre derechos humanos que hasta la fecha se encuentran vigentes.

Es evidente, la falta de reconocimiento formal de una categoría individual denominada derechos sexuales por organismos regionales, multilaterales y mundiales, como son la Organización de Estados Americanos (OEA), Organización de las Naciones Unidas (ONU) por medio de instrumentos vinculante; y que las menciones que se han indicado, no han alcanzado mérito suficiente de convocatoria a reuniones internacionales para tratar la temática. No es prioritario hasta ahora, por los organismos internacionales como una violación masiva, sistemática y persistente de derechos; como si lo han sido otros nuevos derechos como: Derecho de los pueblos indígenas, migrantes y personas con discapacidad, entre otros.

Si bien es mayoritario el criterio que los órganos de vigilancia de los tratados internacionales no pueden crear derechos, puesto que, trasgrediera el principio de soberanía y consentimiento de los Estados, tampoco, puede dejar se citarse que el proceso de su reconocimiento va en ascenso, en la medida que se toma conciencia material de la sexualidad como inherente a la

---

<sup>70</sup> Rodríguez, «Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos». Véase P. 5.

<sup>71</sup> Cerna, Chirstina. «La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales», Estudios Básicos de Derechos Humanos 1 (1995). Menciona la articulista que en cuanto a la universalidad de los derechos humanos siempre ha habido una barrera sobre el mismo dado que algunas regiones como la región del Asia por su riqueza cultural pretende que se respete sus tradiciones, de tal manera que ciertas áreas como la religión, la condición de la mujer, el matrimonio, protección del niño entre otros sea dejado a la propia cultura de esos pueblos.

naturaleza humana, y la necesidad de normativización jurídica, vía interpretativa de las reglas a las cuales se sujeta por medio de la jurisprudencia de los órganos consultivos y resolutivos convencionales<sup>72</sup>, quienes sientan las bases de estos nuevos derechos humanos.

Es digno de mencionar que, los derechos humanos no son concesiones de la sociedad a la humanidad, sino que son principios inherentes a la naturaleza humana y aunque no estén reconocidos, gozan de los atributos de derechos humanos individuales exentos de intromisión del Estado, y al mismo tiempo son derechos humanos sociales que obligan positivamente al Estado para brindar las condiciones materiales para su ejercicio.

Sin embargo, igualmente a todos los derechos humanos reconocidos, los derechos sexuales y derechos reproductivos, no son absolutos y están sujetos a restricciones o limitaciones siempre y cuando dichas limitaciones no destruyan su contenido esencial: cumplan un propósito y fin legítimo (cuando son razonables en las circunstancias particulares del caso); (legalidad) estén previstas en la ley que especifique las circunstancias cuando dichas injerencias o restricciones pueden ocurrir; sea compatible y coherente con el derecho internacional de los derechos humanos; el interés público, los test de equilibrio y la cuestiones de orden público.

---

<sup>72</sup> Morales Ache, Pedro Isabel, «Los Derechos Sexuales desde una Perspectiva Jurídica», s. f. P. 5. Tal como ha sucedido respecto de documentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tanto ha sido su mención y referencia en los estrados internacionales que se ha vuelto obligatoria no obstante su calidad de declaración.

## **CAPITULO II**

### **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA AUTONOMÍA PROGRESIVA COMO CRITERIOS A CONSIDERAR EN LA ADJUDICACIÓN Y EJERCICIO DE DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE**

SUMARIO: 1. Interés superior del niño. 1.1 El interés superior del niño desde la doctrina de la situación irregular. 1.2 El interés superior del niño desde la doctrina de la protección integral. 1.3 Naturaleza jurídica. 1.4 Limitaciones al interés superior. 1.4.1 Límites internos. Contenidos en el texto de la Convención. 1.4.2 Límites externos. 2. Autonomía progresiva del niño. 2.1 La Autonomía Progresiva como principio de la doctrina de la protección integral y su rol en la adjudicación de derechos. 2.2 Criterio de los límites de edad fijos. 2.3 Criterio de la determinación de la competencia del niño.

#### **1. Interés superior del niño**

Acá se aborda, uno de los conceptos que ha sido de los más difíciles de comprender, tanto en la doctrina y la jurisprudencia internacional luego de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>73</sup>, en razón, del uso discrecional, y a veces arbitrario que hasta hace pocos años hacían los Estados en aplicación de éste, para la protección de la niñez. Por lo cual, amerita exponer el estado jurídico y social de la niñez previamente a dicho convenio, y luego, contrastarlo con los nuevos paradigmas contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Se expone las diversas formas cómo ha sido entendido el interés superior, cuáles son los elementos de análisis para su comprensión y los límites que podría tener este nuevo concepto, para lograrlo se mostrará lo que el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado como guía para su eficaz aplicación por parte de los Estados.

#### **1.1 El interés superior del niño desde la doctrina de la situación irregular**

La historia de la humanidad al final del siglo XIX y principio del siglo XX, en pleno proceso de industrialización, genera entre otros los siguientes fenómenos sociales: migración del campo a la ciudad, el aumento de la pobreza, la marginación social, los círculos de miseria en los grandes centros industriales, proliferación de las casas de niños huérfanos o en situación de abandono por sus padres, mortalidad infantil. Ante esta problemática, no extraño que se instituya amparo de la niñez por medio de un modelo tutelar, el cual advierte en el niño la

---

<sup>73</sup> Organización de las Naciones Unidas, «Convención sobre los Derechos del Niño. D.O. No. 108, tomo 307. Suscripción 26-01-1990, Fecha de ratificación 24-04-1990.».

necesidad de protección de sus padres, de la familia, de la comunidad y, en última instancia, del Estado<sup>74</sup>.

El Estado delega en los padres un poder discrecional amplio para corregir a sus hijos, quienes son objeto de intervenciones coactivas dentro de la familia, sin que su opinión sea relevante; cuando la familia ha fallado en brindar condiciones ambientales para el normal desarrollo de la personalidad del niño, el Estado asume un rol paternalista compensatorio y correctivo, para evitar que cause algún daño a la comunidad, esto lo realiza a través de la figura del juez tutelar<sup>75</sup>, cuyas decisiones son discrecionales y absolutas sobre el niño, aquel actúa como buen padre de familia, bajo mecanismos de caridad-represión; en este contexto, se excluye al niño de todos los derechos y garantías que gozan los adultos, bajo la figura de la inimputabilidad, cuyo único límite, si podríamos llamarle así, es cuando deja de encontrarse en estado de riesgo o se convierte en adulto<sup>76</sup>.

En este momento histórico, el sistema que se necesita está dirigido al niño maltratado, abandonado, prostituido, excluido, pobre, quienes caían en situación de peligro o de delincuencia juvenil, denominándolos: “Menores en situación irregular”, “en estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”, “menores en circunstancias especialmente difíciles” o en “situación de disfunción familiar”; organizándose en su beneficio los resguardos. Sin embargo, la institucionalización, con fines “terapéuticos o tutelares” de los niños, no era otra cosa que una sanción impuesta, una pena privativa de libertad, bajo la ironía de medidas de tratamiento, o resocialización en defensa de la sociedad frente al peligro que representan.

Precisamente, las políticas de Estado se justifican frente a los infractores o potenciales infractores, con idea de someterlos a tratamiento; la idea de la resocialización o la

---

<sup>74</sup>Ochaíta Alderete, Esperanza y María Ángeles Espinosa Bayal, «Los Derechos de la Infancia desde la perspectiva de las necesidades», *Educatio Siglo XXI*, 2012. Bajo la concepción del proteccionismo se observan necesidades de la niñez tales como: Alimento, atención sanitaria, seguridad física, seguridad económica, etcétera.

<sup>75</sup> Dworkin, Ronald. «Los Derechos Enserio», *Ariel derecho* (Barcelona, 1999), 1984. Cuando se habla de discrecionalidad en el contexto del sistema tutelar es entendido en sentido débil cuando la decisión no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario.

<sup>76</sup> Beloff, Mary. «Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar», *Justicia y derechos del niño* 1 (1999): 9–22. Véase P. 13, párrafos 1, 2 y 3. Deconstrucción de los modelos tutelares, es un proceso lento, que pasa la incorporación de políticas claramente dirigidas a potenciar al niño como sujeto con derechos.

neutralización en su caso, se instaura en defensa de la sociedad frente al peligro que representaban<sup>77</sup>. “Esta visión jurídica configuraba la llamada doctrina de la situación irregular, lo cual, implicaba creer que los niños tenían una personalidad imperfecta e inacabada,... siendo éste el principal instrumento de base para legitimar el poder absoluto y discrecional que se ejercía sobre los más jóvenes”<sup>78</sup>. El Estado desarrolla programas compensatorios, los cuales están destinados a paliar carencias básicas, constituyéndose en modelo asistencialista. Y en caso necesario, dicta la separación de los niños de su entorno familiar, por decisión de un juez u organismo administrativo de protección a la infancia. Es acá, donde aparece la figura del juez tutelar, con amplias competencias para decidir sobre el destino de la niñez, por delegación del Estado; en la figura del juez de menores, se concentraba la función de padre-acusador-decisor-defensor; sus decisiones penales eran fundadas en “el bienestar del niño”, y como regla general imponía su internamiento<sup>79</sup>.

A partir de esta visión se puede advertir que la niñez es tratada de la manera siguiente:

- 1) Los niños y jóvenes que están inmersos en un círculo familia-escuela, sobre los cuales no aplican las leyes preventivas y sancionatorias, regulándose por medio de las leyes de familia.
- 2) Los niños y jóvenes bajo las categorías de “menores en situación de riesgo o peligro moral, situación especial”, a quienes le eran aplicadas la justicia de menores e ingresaban bajo el abrigo del juez tutelar.
  - menor abandonado.
  - menor delincuente.

Los niños como objetos de protección; consecuentemente, incapaces que requieren protección especial; la sociedad en estas condiciones requiere leyes, las cuales no son para toda la infancia, sino solo una parte de ella “los menores”; esto permite, hacer un tratamiento indiferenciado, de aquellos que están en situación de peligro potencial y aquellos que han

---

<sup>77</sup> *Ibíd.* P. 9. El sistema es excluyente, sustrae al niño de la sociedad, hasta que alcanza la edad definida para cambiar de estado.

<sup>78</sup> Venegas Sepúlveda, Paula Andrea. «Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos», 2010. P. 49.

<sup>79</sup> Beloff, «Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular». Se parafrasea el contenido de la P. 14, párrafo 2º. El proteccionismo se materializa en la persona del juez tutelar, quien asumirá las responsabilidades familiares y estatales dejadas de realizar.



caído en lo que se denominó como “delincuencia juvenil”. Dentro de esta concepción, surge un primer documento internacional (1924) en la Quinta Asamblea de la Sociedad de Naciones, organismo que años más adelante fue reemplazaba por la Organización de Naciones Unidas, quien aprueba la Declaración de los Derechos del Niño<sup>80</sup>, conocida como la Declaración de Ginebra, la cual reconoce deberes u obligaciones de los Estados, de los padres u otras personas adultas para con los niños; más que derechos a la niñez, constituyéndose en el primer paso internacional del reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de los niños; y la obligación que corresponde al Estado de procurar la protección de ellos en situaciones de catástrofe u otro evento que le ponga en peligro<sup>81</sup>; a pesar de las críticas a dicho instrumento, significó el descubrimiento de ese ser humano, corto de edad, quien se encuentra necesitado de protección especial diferente al adulto.

Más adelante, en el año de 1948, por medio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 25.2), se da origen al Principio de Protección Especial a la Infancia, del cual se establecerá toda una teoría de reconocimiento de derechos<sup>82</sup>. Estos documentos son base para la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, donde se proclama la idea de la niñez urgida de protección y cuidado<sup>83</sup>.

## **1.2 El interés superior del niño desde la doctrina de la protección integral**

El modelo tutelar, fundado en los instrumentos normativos anteriores, llega a su quiebre cuando por consenso mundial la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución No. 44/25 del 20 de noviembre de 1989, dicta la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN, la cual significó el reconocimiento del niño como sujeto de derechos. A partir de este instrumento internacional, se ha dado el surgimiento de cuerpos normativos de la niñez y el reconocimiento de sus derechos, principalmente, con plenas facultades para su exigencia, ya

---

<sup>80</sup> Sociedad de Naciones Unidas, «Declaración de los derechos del niño», Ginebra, 24 de septiembre de 1924.

<sup>81</sup> Liebel, Manfred. «Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades», en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, vol. 49, 2015, 43–61 Paráfrasis del contenido de la P.45.

<sup>82</sup> ONU Declaración Universal de los Derechos, «Humanos», Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 (1948). Se hace notar que la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre de 1948 ya hacía referencia a la situación de la niñez urgida de protección en la regla del artículo VII.

<sup>83</sup> «Declaración de los Derechos del Niño – texto completo | Humanium – Juntos por los derechos del niño», accedido 13 de octubre de 2015. Nueva York, 20 de noviembre de 1959, Asamblea General de las Naciones Unidas resolución 1386 (XIV).

no solo objeto de protección por parte del Estado. Es valioso mencionar que, el niño a partir de ese momento, seguirá siendo objeto de protección por parte de la familia y el Estado, y no podría ser otra cosa, por la situación de dependencia física, emocional y psicológica en los primeros años de vida.

Desde la Convención sobre los Derechos del Niño, se define niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, se reconoce a aquellos que no estaban siendo contados como seres humanos, ahora, con derechos y obligaciones, frente a los padres (Art. 9 CDN) y al Estado (Art. 19 CDN), y un derecho inestimable, el derecho de ser oídos en todo tipo de decisiones que les afectan<sup>84</sup>; sin embargo, continúan necesitados de una protección especial, por su condición de vulnerabilidad. Este instrumento internacional, es complementado con sus Protocolos Facultativos: el primero, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; el segundo, relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados<sup>85</sup>; y el relativo al Procedimiento de Comunicación<sup>86</sup>. Con ellos, se forma todo un plexo normativo que incluye, no solo los tratados, sino las convenciones, declaraciones y/o recomendaciones que surgen de los comités que verifican el cumplimiento de las convenciones<sup>87</sup>, a partir de tales documentos, la perspectiva sobre la persona del niño es transformada y se rompe con el sistema tutelar.

---

<sup>84</sup> Art.12 CDN “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.** 2. 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 representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. (La negrilla es propia)

<sup>85</sup> Documentos adicionales: Cumbre Mundial por la Infancia en Nueva York 1990; Declaración de Estocolmo: Celebración del I Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños en Estocolmo (Suecia), que aprobó un Programa de Acción que exhortaba a los Estados a desarrollar Planes de Acción Nacionales, así como la Declaración de Estocolmo contra la explotación sexual infantil con fines comerciales, de 31 de agosto de 1996. Convenio sobre Trabajo Infantil: Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil. 17 DE JUNIO DE 1999.

<sup>86</sup> «Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones. D.O. No. 230, tomo 405, publicado 9-12-14.», s. f.

<sup>87</sup> Gonzalo Aguilar, Cavallo, «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales 6, No. 1 (2008): 9. La Corte IDH, como máximo intérprete de los derechos humanos en el espacio interamericano, a través de las sentencias dictadas en los casos que conoce, incorpora la perspectiva del interés superior del niño en coherencia y conectividad con los principios contenidos en el resto de los instrumentos internacionales.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, en primer lugar, se reconoce y garantiza como derechos del niño la sobrevivencia, el desarrollo, la protección y la participación, derechos que están completamente integrados, es decir, son inseparables<sup>88</sup>; además, de los principios del nuevo derecho de la niñez: Interés superior del niño, no discriminación, igualdad de derechos, desarrollo progresivo y el respeto a la opinión del niño<sup>89</sup>. La suscripción y ratificación de dicha Convención por parte de los Estados, acarrea una serie de obligaciones frente a los organismos internacionales e incluso de exigencia por parte de los nacionales; porque la ratificación, lleva al sometimiento, verificación y control de los organismos creados para tal efecto<sup>90</sup>; en este sentido, las observaciones generales y las especiales que dicta el Comité sobre los Derechos del Niño, influyen en las posteriores acciones de los Estados a quienes van dirigidas. De esta forma, los Estados asumen la obligación positiva de remover todos los obstáculos que puedan impedir, o hacer nulos, los derechos de la niñez, sean prácticas o normas que requieran ser derogadas; de modo tal que, si advierte alguna circunstancia o condición que los impide, debe actuar diligentemente.

Para Farith Simon Campana, las principales novedades de la Convención sobre los Derechos del Niño son: El reconocimiento al niño como sujeto de derechos, la integralidad de los derechos y el interés superior del niño; expresa que “Es el reconocimiento de la infancia y adolescencia como sujetos plenos de derechos y no exclusivamente como sujeto pasivo de medidas de protección... [...]... La condición de niño no es justificación para darles una categoría inferior en el ejercicio de los derechos civiles... [...]Su influencia en la sociedad refuerza su derecho a la participación en la toma de decisiones familiares y sociales”<sup>91</sup>;

---

<sup>88</sup>Cillero Bruñol, Miguel. «Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios», *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño—OEA*, No 234 (1997): 1–13. Paráfrasis del contenido de dicho artículo.

<sup>89</sup>Del Moral Ferrer, Anabella J. «El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño», *Cuestiones Jurídicas* 1, No. 2 (2013): 73–99. Es en el primer periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño en 1991, donde se reconoce los principios generales de la Convención.

<sup>90</sup>Colmegna, Pablo Damián. «Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los Derechos Humanos», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja* 6, No. 8 (2012): 27–47. Las recomendaciones que surgen de los comités de vigilancia de los tratados internacionales de Derechos Humanos si bien carecen de obligatoriedad representan para el Estado a quien van dirigidas una fuerza moral para cumplirlas, cuando las recomendaciones son genéricas puede considerarse que tienen función pedagógica que está sustentada por un grupo de expertos que han sido nombrados por los propios Estados.

<sup>91</sup> Simón, Farith. «Derechos de la niñez y adolescencia: De la convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones integrales, Tomo II», Cevallos editora jurídica. Quito, 2009. Las transcripciones en párrafos siguientes están contenidas en la obra del autor y se refieren particularmente a las novedades de la Convención

también, a partir de la Convención, los derechos del niño gozan de la cualidad de integralidad, es decir, “el reconocimiento que todos los derechos están interrelacionados, derechos civiles, políticos, sociales, culturales, y que no pueden establecerse plazos o límites temporales para su ejercicio. No obstante, lo indicado en el Art. 4 CDN”.

En cuanto al interés superior del niño, a pesar de que es un concepto fundamental de la doctrina de la protección integral, lo deja como un concepto indeterminado, dado su carácter dinámico y casuístico; sin embargo, lo eleva a la categoría de consideración primordial –the paramount consideration- en todas las decisiones públicas o privadas de bienestar social, de los tribunales, de las autoridades administrativas o legislativas que tengan que ver con la niñez, Art. 3 párrafo1 CDN. Paradójicamente, el concepto de “interés superior del niño”, en beneficio del propio niño, si bien se reconoce como pilar del nuevo sistema de protección, también, fue utilizado por el sistema tutelar para fundar el poder discrecional amplio y fuerte sobre su vida; de tal manera que, ahora se debe llenar de nuevo contenido a favor del niño y adolescente, abandonando viejas opiniones sobre la persona del niño que le excluyen del goce y ejercicio de sus derechos<sup>92</sup>.

En atención a lo cual, interés superior, puede y debe ser entendido como preferente o privilegiado, en comparación con otros derechos de los adultos, de los padres o de la familia; tanto es así que, algunos autores lo consideran como institución o principio, cualquiera que sea su definición, lo importante es su entendimiento y comprensión en su contexto; de modo que, no se convierta en instrumento utilizado para restringir derechos, porque, como concepto indeterminado, de acuerdo al contexto cultural en donde se lleve a aplicación, es posible utilizarlo para obstaculizar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes.

### **1.3 Naturaleza jurídica**

Sobre el concepto “interés superior del niño”, el Comité de los Derechos del Niño en la observación general Número 14 lo presenta como un concepto de triple naturaleza:

---

sobre los Derechos del Niño, por lo cual, para evitar la referencia continua del mismo texto se hace esta aclaración.

<sup>92</sup>Freedman, Diego. «Los riesgos del interés superior del niño», accedido 12 de diciembre de 2015. Paráfrasis de la P.3.

- 1) “Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- 2) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- 3) Una norma o regla de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”<sup>93</sup>.

Entendido como “Principio mediante el cual, el tratamiento, la asistencia y la protección de los Estados, de la comunidad, de la familia y de los individuos, no puede ser considerada sino como una obligación jurídica de carácter especial, que produce efectos jurídicos vinculantes,

---

<sup>93</sup> «Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño». Se transcribe el contenido del párrafo 6 de dicha observación general. El comité cumple por medio de dicha observación su función de ayudar a los Estados a interpretar de manera adecuada la Convención sobre los Derechos del Niño.

ya que hace referencia a la protección de los derechos fundamentales que están en mayor riesgo de violación, desconocimiento y vulnerabilidad que los derechos de los adultos”<sup>94</sup>.

La eficacia de este principio interpretativo, debe someterse al test de proporcionalidad y ponderación; generalmente, se pone en práctica cuando el legislador realiza su labor creadora de derechos, lo mismo sucede cuando decide imponer restricciones a estos mismos derechos, afectando a la totalidad de la población a quienes van dirigidas<sup>95</sup>; y, en particular, cuando el juez interpreta e integra el derecho en casos particulares. Este principio se convierte, entonces, en guía para el correcto entendimiento, sobre todo, cuando se ve involucrado uno o más derechos fundamentales, luego de dicha ponderación, se preferirá uno de ellos en relación al otro<sup>96</sup>. Asimismo, es vinculante a los padres, quienes no están exentos de exponer razonablemente por qué se toma una medida y no otra a favor del niño (Art.19 CDN); no basta con hacer referencia a que se toma la decisión por el “bienestar” del niño para tenerlo por cumplido.

La noción de principio general del derecho le otorga, además, su consideración primordial, en cualquier asunto en donde se vea involucrado un niño y adolescente, y como tal, el funcionario que resuelve deberá anteponer (lo que más le convenga al niño o adolescente) el interés superior en materias administrativo o judicial, penal, laboral, civil, mercantil, administrativo,

---

<sup>94</sup> Instrumentos Internacionales sobre Los Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia. Estudio constitucional comparado. Autor Florentín Meléndez Publicación Especial Corte Suprema de Justicia, segunda edición, julio 2005, el autor refiriéndose a la justicia penal juvenil que es inspirada por la doctrina de la protección integral y como principio informador el interés superior del niño.

<sup>95</sup> La jurisprudencia costarricense ha considerado que el 3 de la CDN constituye una pauta de interpretación que debe ser tomada en cuenta para todas las instituciones tanto públicas como privadas que tenga que ver con la niñez: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, el Interés Superior del Menor será la consideración primordial”, empero con motivo de la Convención de los Derechos del Niño quedó instaurado plenamente como principio general de derecho, de manera que en razón de su naturaleza jurídica irradia su función rectora sobre todo el ordenamiento jurídico... En este sentido, como principio general reconocido y plenamente aplicable, al interés superior del niño no le es oponible norma o decisión alguna – administrativa o judicial- que le contradiga, salvo que en circunstancias determinadas se encuentre en liza la aplicabilidad de algún otro principio general del mayor nivel, en cuyo caso el operador jurídico deberá atenerse a la prueba de ponderación y al rol de cada principio en el caso particular...” Sentencia 10711-13

<sup>96</sup> Amparo directo en revisión 69/2012. 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia. El interés superior del menor en la legislación mexicana es considerado un criterio rector al momento de elaborar normas que regular su ejercicio y al aplicarlas en los diversos ordenes de la vida del menor por la administración y los tribunales, de modo que “... cumple con dos funciones normativas: a) como principio jurídico garantista y, b) como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores”

de niñez o familia<sup>97</sup>. Adicionalmente, como principio interpretativo del derecho internacional, en materia de derechos humanos de la niñez, exige que ante cualquier situación que involucre a los niños y se eche mano de la normativa nacional, se debe procurar el ejercicio del mayor número de derechos a su favor, de modo que, se hará preferencia la interpretación que amplía derechos, a aquella que reduce los mismos, labor que realiza el Estado caso por caso.- principio “pro homine”<sup>98</sup>.

La Corte IDH, refiriéndose al interés superior del niño, ha expresado: “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño 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 los Derechos del Niño”. [...] Es decir, el principio del interés superior del niño exige que se tome en especial consideración el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad con el fin de alentar en el niño, niña y adolescente un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado “<sup>99</sup>; en tal sentido, estará dirigido a conseguir el bienestar general del niño, la consecución de la evolución y desarrollo de sus potencialidades individuales<sup>100</sup>.

Adicionalmente, quien realice la labor de ponderación de derechos a favor del niño, debe despojarse de posturas paternalistas, las cuales parten de la vulnerabilidad del niño y niegan su capacidad de decidir lo mejor, basado por cierta tendencia autodestructiva que aqueja a la niñez<sup>101</sup>; así, el legislferante y del magistrado, deberá considerar al niño como ser humano, poseedor de derechos que deben ser respetados, por los adultos y por el propio Estado<sup>102</sup>. La concepción del interés superior, diseñada desde la Convención sobre los Derechos del Niño, es

---

<sup>97</sup>López-Contreras, Rony Eulalio. «Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido», Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud 13, n.º 1 (2015) P. 57 es parafraseada en este párrafo.

<sup>98</sup>Mónica Pinto, «El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», 2014. Paráfrasis del artículo citado.

<sup>99</sup>«Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-17/2007 de 28 de Agosto de 2002. Solicitada por la Comisión Interamericana De Derechos Humanos.», s. f.

<sup>100</sup> López-Contreras, Rony Eulalio.«Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido», Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud 13, n.º 1 (2015). Se parafrasea el contenido de la P. 55 del artículo.

<sup>101</sup>Couso Salas, Jaime. Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído. Revista de Derechos del Niño Número tres y cuatro 2006. P.149

<sup>102</sup>Cavallo, «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Se citan ideas del autor, por lo cual, se hace mención en el pie de página.

una visión del mundo desde el punto de vista del niño y adolescente –infantocéntrica-, abandonando la concepción patnocéntrica y estatocéntrica. Por lo tanto, no será la satisfacción de los derechos paternos, lo mejor para la madre o el padre; o lo mejor para el Estado, será lo mejor para el niño y adolescente<sup>103</sup>. Es por ello que, se deben de considerar los siguientes factores en el interés superior de los niños y adolescentes<sup>104</sup>:

- 1) Expresión de deseos de niños y adolescentes. La estimación de las consideraciones del niño deben pasar por el análisis de nivel de madurez, lo que se hace en cada caso concreto, independientemente de su edad, se hará cada vez que sea necesario y conforme evolucionan las diversas facultades del niño, requiriéndose para su realización del auxilio de un equipo de expertos incluidos psicólogos y psicoterapeutas.
- 2) Entorno familiar y social de los niños y adolescentes: Cuando se valora el mejor interés del niño además se requiere hacer un análisis de las circunstancias que le rodean ya sea de índole personal, familiar, educativa, moral, cultural, entre otras, las cuales deberán ser tomadas en cuenta antes de tomar cualquier decisión con el objetivo de procurar el mayor goce y disfrute de la vida en un entorno adecuado.
- 3) La predictibilidad, se debe tener una visión hacia el futuro del niño, de tal modo que la decisión judicial o administrativa hará un pronóstico en cuanto a la toma de una decisión en un sentido u otro, y los efectos que producirá en la personalidad del niño cuando llegue a su adultez. Se exige seriedad en las consideraciones puesto no se vale equivocarse respecto al futuro en la vida de un niño. Y de igual forma, se necesita del auxilio de un equipo multidisciplinario para proveer la mejor decisión tanto cuantitativa como cualitativamente, a fin de garantizar el mayor ejercicio de los derechos.

---

<sup>103</sup> Ibíd. P. 244. Se cita la opinión del autor. En cuanto a las expresiones patnocéntrica y estatocéntrica que él utiliza, son muy comunes en la doctrina, sin embargo no han sido admitidas por la Real Academia de la Lengua Española, pero se refieren a la visión desde los padres o desde el Estado.

<sup>104</sup> López-Contreras, Rony Eulalio. «Interés superior de los niños y niñas», 2015. P 55.



## **1.4 Limitaciones al interés superior**

Calificado el interés superior del niño como un derecho, no es absoluto, existen limitaciones a este que pueden establecerse en razón de derechos de terceros o intereses colectivos<sup>105</sup>. En ese sentido, a continuación se hará mención de los límites a este derecho.

### **1.4.1 Límites internos. Contenidos en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño**

- 1) El Art. 10 inciso 2 CDN, establece que "...los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención".
- 2) El Art. 13 CDN, dispone que "el niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese Derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. Inciso 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas".
- 3) El Art. 14 inciso 3 CDN, regula que "La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás".

---

<sup>105</sup>Freedman, «Los riesgos del interés superior del niño». P.19. Bajo este mismo concepto por el principio de conectividad y coherencia de los sistemas jurídicos en materia de derechos humanos es de tomar en cuenta todo el cuerpo nacional e internacional de derechos humanos

- 4) El Art. 15 inciso 1 CDN, establece que "Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. Inciso 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad Democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás".

### 1.4.2 Limites externos

El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general número 14 ha expuesto: "... [...]...En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. "... [...]...En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. "... [...]....."<sup>106</sup>; en estos casos hay un enfrentamiento entre intereses legítimos, y que uno de ellos es sacrificado

---

<sup>106</sup>«Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño». Párrafo 38. Con respecto a la adopción (Art.21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente "una consideración **primordial**", sino "la consideración **primordial**". En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones" Cuando se tome la decisión no necesariamente se decidirá lo que el niño opine, empero, si nos apartamos de su voluntad debe indicar cuales son las razones por las cuales lo hacemos sea porque dicha voluntad este viciada, sea infundada, o determinada por una voluntad ajena que le haya doblegado- dejar que el niño exprese su opinión no la de los demás-, o porque atenta con el interés real del niño; de modo que hay ciertas decisiones que aun en contra de la voluntad del niño debe tomarse para protegerle de consecuencias graves en su integridad física, moral, psicológica. Es ficción que debe complacerse las decisiones del niño y adolescente, habrá circunstancias en donde el niño puede violentar sus propios derechos, se autolesiona, en tales circunstancias se autoriza ir contra su voluntad. Para hacer esta valoración requiere hacer un análisis de ponderación.

por otro en ese momento particular, en tal caso, lo que ha ocurrido es una ponderación de derechos<sup>107</sup>.

Llenar de contenido a un concepto clave en materia de niñez y adolescencia, no es nada fácil, porque puede dar lugar a múltiples ideas sustentados en experiencias personales, vagas e indeterminados o con fundamento en prácticas rutinarias, sin tomar en cuenta criterios científicos o académicos<sup>108</sup>. Esto debido a que, no es concepto desconocido, fue utilizado para excluirles de derechos básicos como su libertad, integridad e identidad, entre otros; esto invita a reflexionar sobre sus nuevos fundamentos, los cuales son: Participación, desarrollo integral y dignidad humana, contenidos en el sistema internacional de protección de la niñez y en el resto de instrumentos de derechos humanos.

Sin olvidar que la niñez por su condición de vulnerabilidad está siempre urgida de protección; pero ahora también, desempeña un papel como sujeto de derechos que deben ser respetados por todos aquellos que toman decisiones que les afecte. Como principio universal de aplicación obligatoria desde la Convención sobre los Derechos del Niño, deberá ser “la consideración primordial” en todas las actuaciones que realizan, tanto los padres como el Estado, en los ámbitos económicos, sociales, culturales y ambientales, las cuales tendrán repercusiones en el desarrollo de las potencialidades del niño. La ponderación de derechos del niño por parte de la familia, la comunidad y por el Estado, inicia considerando su opinión, no su complacencia; antes que todo sea dicho o hecho, antes de sacrificar sus deseos e ideas; debe existir su participación activa, sin ella no puede hablarse que la niñez sea sujeto de derecho. Se pasa luego, determinar si dentro de las alternativas posibles, la decisión que se tome respecto al niño, efectivamente se logrará el mayor número y los mejores beneficios en todas las áreas de la vida de su vida, en su integralidad física, emocional y psicológica; comprender establecer cuánto afectará al presente y mañana la decisión en su proyecto de vida que está en proceso de formación durante su infancia y adolescencia, solo de esta manera podría considerarse por cumplida la noción del interés superior del niño como principio, derecho y garantía a su favor.

---

<sup>107</sup> Couso, Jaime. «El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído.», 28 de noviembre de 2006. P. 149.

<sup>108</sup> López-Contreras, «Interés superior de los niños y niñas», 2015. Parfraseo el contenido P. 53.

## **2. La autonomía progresiva del niño o evolución progresiva de sus facultades**

En el presente apartado, se aborda uno de los principios innovadores que trae la doctrina de la protección integral de la niñez, se identifican las razones por las cuales es necesario su introducción como paradigma a favor de los niños. Igualmente, se citan los criterios que la doctrina ofrece para que se cumpla dicho principio, y los obstáculos que se presentan a la hora de su aplicación en un nuevo contexto social y jurídico, a partir de la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño; no sin antes, hacer una breve exposición histórica sobre la concepción de niño, a la vista de las culturas y sociedades en donde se encuentran.

### **2.1 La autonomía progresiva como principio de la doctrina de la protección integral y su rol en la adjudicación de derechos**

Desde una perspectiva tradicional, la niñez ha sido vista como una etapa de transición hacia la adultez, un ser incompleto en formación y necesitado de protección; ésta tiene como fin otorgar las herramientas para hacer al varón un hombre de bien, proveedor de su hogar, útil para el sistema económico, al cual se incorporará más temprano que tarde; su formación gira precisamente a un rol que la sociedad necesita. Este periodo transicional, se le concibe como “adulto en pequeño”, “hombrecito”, y a la niña como “mujercita”, con los roles que desempeñará en el futuro madre y esposa. La niñez no existe para efectos propios del sistema productivo sino hasta su incorporación al mismo<sup>109</sup>; en este contexto, la función que desempeñan los padres es formativa dentro de un sistema económico predominante.

Su evolución es meramente biológica, natural o etaria<sup>110</sup>, la incorporación de la niñez en el sistema económico es casi imperceptible; de pronto, se halla inmerso en las labores de sus padres, su formación ha terminado al incorporarse al mercado laboral. En este periodo, la niñez carece de representatividad social, peso económico y cultural; consecuentemente,

---

<sup>109</sup>Unesco, Ileana. El concepto de infancia a lo largo de la historia (Recuperado el día, 2000), “...hasta los 2 años (primer periodo) conviene ir endureciendo a los niños, acostumbrándoles a dificultades como el frío... En el periodo subsiguiente, hasta la edad de 5 años, tiempo en que todavía no es bueno orientarlos a un estudio ni a trabajos coactivos a fin de que esto no impida el crecimiento, se les debe, no obstante, permitir bastante movimiento para evitar la inactividad corporal; y este ejercicio puede obtenerse por varios sistemas, especialmente por el juego [...] La mayoría de los juegos de la infancia deberían ser imitaciones de las ocupaciones serias de la edad futura [Aristóteles, Política, libro VII, capítulo 15. Esto nos refleja la percepción que se tenía de la niñez adaptada a las necesidades requeridas por la sociedad en la cual se encuentra incrustada.

<sup>110</sup> Real Academia Española, Diccionario en línea de la Lengua Española, s. f. Etario o etaria, relativo a la edad.

carecen de derechos y responsabilidades, su ciudadanía pende del paso del tiempo. Desde este punto de vista, la socialización de la niñez es conferida a la familia, donde aprende las labores propias de sus padres a la cual se dedicará, primero para fuente de ingresos de la familia a la que pertenece, de hecho, las familias numerosas son muy comunes, y, luego, al llegar a la edad consensuada, se convierte en adulto y constituye su propia familia.

Históricamente, la percepción del niño ha evolucionado viéndole como un “hombrecito” que se vestía tal como adulto en la Roma Antigua, ya sea ropas reales o andrajos, donde la sola talla le separaba del adulto; durante el periodo del imperio romano, y hasta bien entrado el siglo XIII, se percibe y representa al niño como adulto en pequeño. Luego, la cristiandad inunda la filosofía y las artes, imponiendo un sentimiento cautivador de la infancia, a semejanza de Jesús junto a su madre. Para finales del siglo XIII, cambia la percepción social sobre los niños, y muchos de los palacios europeos e iglesias monumentales se pincelan a los ángeles como jóvenes con rasgos juveniles, más parecidos a los reales; la concepción de la niñez es fundada en la idea de inocencia, y sin mancha de pecado, donde la desnudez del niño, es sinónimo de su candor.

En cuanto al ámbito situacional, hasta el siglo XVIII, el niño es parte de una familia, y se instruye dentro de ella, de tal manera que, su vida se forma con los adultos con quienes aprende un oficio o el estilo de vida de acuerdo con su condición económica<sup>111</sup>. Más tarde, la unidad del niño con la familia se rompe por medio de la escuela, aquella asume la labor formativa de los niños, cuyo fin último es uniformizar y disciplinar al ciudadano del futuro. En la escuela, se somete al niño a un proceso que incluye la separación por edades, sexos y capacidades, por lo cual, se aplican test constantemente para determinar su grado de aprendizaje, y promoción a niveles superiores, el estímulo para quien se somete a las reglas y castigo para quien las desobedece.

No obstante, la escuela no es para todos los niños, fuera de ella estaban los niños de las familias pobres e hijos de los migrantes, porque la actividad productiva necesita de mano de obra abundante. Así, en las primeras etapas de la industrialización, siglo XVIII, los niños de

---

<sup>111</sup>Ariès, Philippe. «El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen», 1987. Parafraseando las ideas del autor sobre el desarrollo de la niñez.

familias pobres no son distintos de los adultos, trabajan en todo tipo de labores al igual que los adultos, pero con menos salarios y prestaciones, no obstante, el intento de reducir sus horarios laborales<sup>112</sup>. Para el siglo XIX, el Estado limita el trabajo infantil e incluye la escolaridad obligatoria, no por razones humanitarias, sino porque la economía no necesita de mano de obra abundante y los niños no son necesarios; de tal manera que, la escuela se hace obligatoria para los hijos de los pobres, para mantenerlos fuera del ámbito laboral, sin embargo, la eliminación del trabajo infantil y la escolarización no son apreciadas como derechos, sino como medidas de protección de los niños.

Impulsado por el nuevo estado de cosas, aparecen políticas de protección del menor; y se crean las organizaciones “asistencialistas” y “reformatorias” para los niños; en donde eran resguardados los niños por medio de medidas de “internamiento”; ante las decisiones administrativas, los niños están imposibilitados de oponerse a ellas, bajo la presunción de incapacidad de asumir las consecuencias de sus acciones, se considera al menor como un enfermo y, por tanto, incapaz, quien debe ser corregido y enmendado<sup>113</sup>, así las cosas se utiliza el derecho penal como correctivo de las deficiencias que el niño tiene en su entorno natural, sometiéndolo a casas correccionales, administradas en la mayoría de países por instituciones religiosas católicas. La niñez afectada por las políticas de Estado no tiene ninguna incidencia en su diseño; es claro que, la concepción de la niñez partícipe de su destino no está aún desarrollada, ni la condición de sujeto de derechos; y al igual que la mujer es objeto de discriminación, sin derechos ni ciudadanía a pesar de ser parte de la especie humana; debe transcurrir mucho todavía para su inclusión como sujetos de derechos.

Algunos buenos augurios trae consigo la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1787<sup>114</sup> que declara la igualdad de derechos para todos los hombres; no así la Declaración de

---

<sup>112</sup>Escobar Herrero, Francisco de Borja, y others, «El trabajo infantil desde la Revolución industrial hasta la actualidad», 2012. El autor aborda el desarrollo de la participación de los niños en las labores productivas dentro de la revolución industrial y las condiciones de trabajo a que eran sometidos los niños sobre todo en Europa en el siglo XVIII y XIX.

<sup>113</sup>Cárdenas Dávila, Nelly Luz. «Menor infractor y justicia penal juvenil», Arequipa: Universidad Católica de Santa María, 2009.P. 65.

<sup>114</sup>Declaración del Estado de Virginia, «Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1787) y Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)», *Feminismo/s*, 2007, 31–50. “...Consideramos como evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados iguales, que han sido provistos por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se hallan la vida, la libertad y el

los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, la cual niega los derechos a las mujeres y a los niños, bajo el argumento de la contribución que estos dan al sistema económico, de modo que, si no aportan, se constituyen en carga, y, consecuentemente, no puede ser reconocido derecho<sup>115</sup>. La universalidad de los derechos no incluye a los niños, quienes no aparecen como titulares de derecho alguno, en tal grado que, son los adultos<sup>116</sup>, quienes ejercen sus propios derechos y tienen sobre sus hijos “la propiedad natural”<sup>117</sup> que conlleva la disposición de su vida<sup>118</sup>.

---

fomento de la felicidad; que para asegurar estos derechos se han instituido gobiernos entre los hombres, gobiernos que derivan sus poderes legítimos del consentimiento otorgado por los gobernados: que cuando una forma de gobierno es perjudicial para esos fines, el pueblo tiene derecho a cambiarla o abolirla y a establecer un nuevo gobierno que se base en principios tales, que organice su poder de forma tal que resulte la más apropiada para procurar su seguridad y felicidad. “Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”.

<sup>115</sup>Trimiño Velásquez, Celina de Jesús. «Aportaciones del feminismo liberal al desarrollo de los derechos de las mujeres», 2010. “Así, por ejemplo, en el “Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano 1789”, elaborado y presentado por E. Sieyes al Comité constitucional el 20 y 21 de julio, se hace la distinción entre derechos pasivos y activos, entre ciudadanos pasivos y activos, y se señala taxativamente que las mujeres no pueden hacer parte de esta última categoría... Es indudable que en este tema E. Sieyes sólo se refiere a los varones. “Así, las mujeres -al menos en el estado actual de las cosas-, los niños y los extranjeros y aquellos que no contribuyan en absoluto al sostenimiento del Establecimiento público no deben influir activamente sobre la cosa pública. Todos deben disfrutar de las ventajas de la sociedad, pero solamente aquellos que contribuyan al mantenimiento de los poderes públicos son como los verdaderos accionistas de la gran empresa social. Ellos solos integran los verdaderos ciudadanos activos, los auténticos miembros de la asociación”” Una postura muy interesante en esta obra es la cita de James Stuart Mills, quien en su opinión cuando habla del derecho al voto en el estado francés, indicaba una frase muy particular, “ si los individuos cuyos intereses están indiscutiblemente incluidos en lo de otros individuos, pueden ser excluidos (de los derechos políticos) sin inconveniente alguno... los intereses de los niños están incluidos en los derechos de los padres). “Así pues, los niños, los deficientes mentales, los menores de edad, las mujeres, los condenados a pena aflictiva o infamante, y estos últimos hasta su completa rehabilitación, no podrán ser considerados como ciudadanos”.

<sup>116</sup>Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, publicación de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador 2013. P. 179. El adulto lucha por ser considerado como “persona”, portador de obligaciones jurídicas, derechos subjetivos. Hans Kelsen menciona que el concepto de persona es una construcción jurídica creada por la ciencia del Derecho, lo característico de este sujeto es la libertad que se hace efectiva en el dominio que tiene sobre los elementos objetivos.

<sup>117</sup>Liebel, Manfred y Marta Martínez Muñoz, eds., Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagonista, 1. Ed (Lima, Perú: Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y El Caribe, 2009). P.24 párrafo 3°.

<sup>118</sup>Liebel, Manfred. «Sobre la historia de los Derechos de la infancia», INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS, 2009, 23. “todo niño, independientemente de su edad, es una personalidad determinada y bajo ninguna

Con la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, se marca un antes y un después en el ámbito normativo jurídico internacional, no sólo por el número de Estados que la han ratificado, sino porque reconoce la universalidad, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, ampliándolos a favor de los niños en todo el mundo<sup>119</sup>. Aquella, a diferencia de anteriores declaraciones sobre los derechos de los niños – Declaración de Ginebra de 1924 y Declaración de Derechos del Niño de 1959-, es un instrumento vinculante y sitúa a los Estados con obligaciones reales y efectivas; imperativas y/o programáticas; holísticas y no jerárquicas; y de vocación universal, e imponen su aplicación desde la perspectiva de los derechos del niño<sup>120</sup>. Representa, el reconocimiento de una deuda pendiente de la humanidad, en cuando a quienes solo eran objeto de protección o carga para los Estados, sin voz, ni derecho en cualquier asunto, no obstante, al final fuera afectado, haciendo visible al niño al menos en el aspecto formal.

Para la interpretación de las diferentes normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño se ha instaurado un Comité (Art. 43.1 CDN), el cual ha desempeñado un papel trascendental al destacar los principios generales que la guían, a saber: No discriminación, interés superior del niño, atención a la opinión del niño, derecho a la vida supervivencia y al desarrollo. Sin embargo, no se prevé ninguna instancia con los poderes necesarios para obligar a los Estados o sus representantes a cumplir los deberes para con los niños, siendo la única instancia que existe, el Comité que evalúa los informes de los Estados sobre el cumplimiento de la Convención, emite informes, da recomendaciones; esto es una debilidad al no poder someter a tribunales internacionales los incumplimiento del tratado. Por tanto, el cumplimiento de las observaciones y recomendaciones del Comité queda a la voluntad de los Estados<sup>121</sup>, ante dicha realidad, para avanzar en la creación de políticas

---

circunstancia deberá ser considerado propiedad ni de sus padres, ni de la sociedad, ni del Estado” Art. 1 de la declaración de Moscú sobre los derechos del Niño y la Niña, 1918, P. 31.

<sup>119</sup>Rizik Mulet, Lucía. «La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” de María del Rosario Carmona Luque», Revista Tribuna Internacional 2, No. 3 (2013): 169–176. P. 170-171. El considerar a la niñez como persona, incluye naturalmente, ser visto como un sujeto con los derechos que hasta ese momento eran reservados a los adultos.

<sup>120</sup>Rosario Carmona Luque, «Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España», *Educatio Siglo XXI* 30, n.º 2 (2012): 69–88. P. 75 es parafraseada.

<sup>121</sup>Liebel, Manfred y Marta Martínez Muñoz, «La Convención de 1989», *Infancia y derechos humanos*, 2009, 41. Se parafrasea ideas del autor en el artículo en referencia.



nacionales de protección de la niñez, sus defensores ejercen influencia indirecta para su cumplimiento, presionando a los organismos financieros internacionales para que condicionen el apoyo a proyectos locales.

Otorgar al niño la calidad de sujeto de derecho con derechos es trascendental, puesto que, permite al niño escapar de una categoría creada por su condición de vulnerable e incapaz (en su momento estuvo integrada por niños, mujeres y deficientes mentales); esta condición, permitía que las decisiones sobre su vida fueran tomadas por quienes ejercían la patria potestad o por el Estado, a través de medio de instituciones de bienestar. La condición de vulnerabilidad, permitió la aceptación de presunciones de carencia de capacidades emocionales y cognitivas para tomar decisiones racionales por parte de la niñez. Así, en el Derecho Civil, se impuso la regla de la capacidad e incapacidad por el grado de consecuencias que esto acarrea y la seguridad de los intervinientes; "... se asume que carece a priori de la capacidad natural y suficiente para querer, comprender y entender los actos jurídicos tanto personales como patrimoniales en los que puede verse involucrado, se limita su capacidad de obrar y, además, es objeto de un sistema de protección específico..."<sup>122</sup>; esta regla fue instituida a favor de los propios intereses del niño, para no ser desprovisto de sus bienes aprovechándose de su edad e inmadurez en los negocios.

La nueva situación del niño como titular y portador de todos los derechos humanos contenidos en los instrumentos nacionales, regionales e internacionales, pone al descubierto una dificultad, es el asunto del ejercicio de los derechos por el propio niño, la autodeterminación o autonomía: entendida como, "... bien del ser humano en cuanto permite expresar su humanidad en forma completa, al dotar de libertad y capacidad para tomar decisiones sobre su vida, ser responsable de sus elecciones y lograr los planes de vida..."<sup>123</sup>.

Si se reconociera autonomía plena se concluirá que el niño, al igual que el adulto, es libre para obligarse o no, y si lo hace es por su propia voluntad, libre para determinar el contenido de los actos jurídicos que celebre, libre de renunciar por su propia voluntad a un derecho establecido

---

<sup>122</sup> Oliva Blázquez, Francisco. «El menor maduro ante el derecho», Competencia, capacidad, autonomía, 2014.

<sup>123</sup> Benavides de Castañeda, Luisa. «el derecho a opinar y el consentimiento informado de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la salud. aspectos bioéticos, normativos y jurisprudenciales», accedido 23 de mayo de 2016.

para su beneficio, con tal que, mire el interés individual del renunciante y que la ley no prohíba su renuncia. Por consiguiente, cada vez que surjan dudas en torno al significado y las consecuencias de sus manifestaciones, debe indagarse por la intención o querer real, lo que efectivamente la parte o partes persiguen. Esta perspectiva, rechaza toda medida paternalista basada en la minoría de edad, la cual margina al niño del ejercicio de sus derechos, otorgándole pleno estatus de ciudadano y también del disfrute de derechos políticos<sup>124</sup>.

En oposición, como señala Bruñol, se reconoce al niño como titular de todos los derechos humanos, tal como lo ha dicho la Corte IDH en su opinión consultiva Numero 17-02 párrafo 54, sin embargo, sin plena autonomía en razón de su falta de madurez física y mental que les coloca en situación de vulnerabilidad<sup>125</sup>. No obstante, el hecho de reconocer que los niños son sujetos titulares de derecho, no significa que pueden ser dejados abandonados a los mismos y que, aunque, “moralmente” no existe distinción entre un adulto y un niño, en el “plano estrictamente normativo-axiológico” –iguales en dignidad-, es imposible negar la vulnerabilidad de los niños y su escasa capacidad de autodeterminación<sup>126</sup>.

Habrán situaciones, donde no puede dejarse a su entera voluntad la disposición de derechos que amparan intereses jurídicamente protegidos del propio niño, siendo que los derechos ejercen una función de protección de intereses específicos, los cuales subsisten e imponen obligaciones aunque no sean exigidos por su titular<sup>127</sup>. Citando a Bruño, la propia convención

---

<sup>124</sup> Venegas Sepúlveda, Paula Andrea. «Autonomía progresiva». Parfraseando el contenido P. 8.

<sup>125</sup> Miguel Cillero Bruñol, «Infancia, autonomía y derechos». Parfraseando al autor en el artículo citado.

<sup>126</sup> Isabel Fanlo Cortés, «Los Derechos del Niño y las Teorías de los Derechos: Introducción a un Debate», Justicia y Derechos del Niño, No. 9 (2008). P. 175.

<sup>127</sup> CançadoTrindade, Antônio A. Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; et al., «Opinión consultiva OC-17/2002-Corte Interamericana de Derechos Humanos. Del 28 de agosto de 2002. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.», s. f. “...vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párr. 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen --en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones-- de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, opelegis, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo”. voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la opinión consultiva oc-17, sobre “condición jurídica y derechos humanos del niño”, del 28 de agosto de 2002. “... la igualdad es la expresión de principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos. En opinión consultiva, la Corte Centroamericana de Justicia con sede en Costa Rica hizo notar que [l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y

se muestra de acuerdo con esta posición, al imponer variables a considerar para el ejercicio de los derechos motivado por la falta de madurez y la situación de dependencia de los padres<sup>128</sup>.

Los niños y niñas tienen iguales derechos que los adultos, no obstante, por su condición de vulnerabilidad requieren medidas de protección adecuadas, las cuales no signifiquen su anulación como sujetos titulares de derechos. Ahora bien, el sistema normativo debe responder precisamente a esta situación de equilibrio, por una parte, para generar las condiciones de ejercicio de los derechos por su titular, de tal manera que, se potencie su plena autonomía y, por otra parte, se brinde protección ante las condiciones objetivas que presenta algún riesgo para el niño<sup>129</sup>. Consecuentemente, las decisiones jurisdiccionales o administrativas sobre el ejercicio de derechos de forma directa por la niñez, serán tomadas luego de ponderar todos derechos a favor del niño contenidos, con énfasis en los derechos de participación, derecho a la no discriminación y desarrollo integral.

## **2.2 Criterio de los límites de edad fijo.**

La concepción tradicional en cuanto al ejercicio de derechos ha sido por la fijación de edades límites, así, mientras no se cumple dicha edad, no puede ejercer derecho alguno, antes de cumplir dicha edad, en caso de los niños, se encomienda a los padres o tutores, o el Estado en su representación, ejercer los derechos y su reclamo; salvo excepciones concedidas por la ley, como la facultad de administrar su peculio personal, en ese limitado ámbito era competente para celebrar actos jurídicos y asumir responsabilidad personalmente. En otras ocasiones, por medio de la emancipación, figura que hasta hace unos años estuvo vigente en nuestro medio,

---

es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. **No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.** La noción de igualdad de la CDN revela que todos los derechos reconocidos al resto de la humanidad por medio de declaraciones, tratados, convenciones, pactos, asimismo le son aplicables a la niñez y adolescencia”. El resaltado no es parte del texto original.

<sup>128</sup>Bruñol, «Infancia, autonomía y derechos». Parafraseando las ideas del autor.

<sup>129</sup> Shelton, Dinah «Prohibición de Discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos», Anuario de Derechos Humanos 4 (2008): 15–39. P.14. “En principio, la no discriminación como parte de una justicia distributiva implica tratar equitativamente a los que están en situación de igualdad y dar un trato no igualitario a quienes se encuentran en una situación de desigualdad en términos de los criterios pertinentes”.

se permitía al niño ejercer limitadamente ciertos derechos aun antes de llegar a la adultez, poniendo fin a la patria potestad de sus padres por medio del matrimonio<sup>130</sup>.

Generalmente, quien es menor de la edad fijada y aun antes de nacer puede adquirir derechos, mas no ejercerlos personalmente; será la ley, la cual declara que ha alcanzado la madurez requerida para comprender y asumir las consecuencias de sus actos. A modo de ejemplo, la capacidad para que sus contratos surtan efectos es a partir de la fecha en que adquiere su mayoría de edad, si fueren celebrados antes de alcanzar su plena capacidad, no le genera obligaciones principalmente de contenido patrimonial que podrían desmejorar sus condiciones futuras<sup>131</sup>.

Esta concepción de fijación de límites rígidos para ejercer derechos, ha estado presente en las culturas antiguas y modernas, las cuales han determinado una edad particular, conforme a los cánones por ellas considerados como válidos y reconocidos jurídicamente, de acuerdo a sus patrones culturales e intereses económicos. De hecho, en la actualidad, sigue siendo la medida para la adquisición de ciertas prerrogativas por parte de los ciudadanos. La fijación de la edad ha sido una herramienta práctica usada por el Estado, para el ingreso del niño al sistema escolar, para el consentimiento para tener relaciones sexuales, para contraer matrimonio, sometimiento a tratamientos médicos, edad mínima para trabajar y alistarse en las fuerzas armadas, edad de responsabilidad penal, el derecho de votar, entre otros<sup>132</sup>.

Las presunciones, sin embargo, constituyen una visión paternalista tradicional del niño, quien se subordina en forma absoluta a sus padres o al Estado; aquella visión, se ve menguada por una concepción moderna, la cual deja al niño para que desarrolle una vida fuera del ámbito del “adulto”, concesionando espacios en los cuales no impera la seriedad de la vida adulta,

---

<sup>130</sup> Blázquez, «El menor maduro ante el derecho». La emancipación a la cual se refiere el autor estuvo en vigencia en la legislación civil salvadoreña desde el año de 1859 (desde el Art. 276 al 278) hasta 1994 cuando se derogaron las disposiciones relativas a dicha institución y que no fueron conservadas en el Código de Familia vigente.

<sup>131</sup> Sedletzki, Vanessa. «Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe» (El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), enero de 2016). El legislferante por medio de la fijación de edades mínimas tiene como propósito proteger a los niños y adolescentes de cualquier tipo de daño, en especial el tomar decisiones o asumir responsabilidades de acciones que no tienen aún capacidad de comprender en su totalidad y que podrían impedir su realización personal en un futuro o impedir que alcance el máximo de su potencial.

<sup>132</sup>Lansdown, Gerison , UNICEF, y Innocenti Research Centre, La evolución de las facultades del niño (Florence, Italy: Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF, 2005). P.71 párrafo 3°.

creando la idea de una sociedad infantil, ajena y sin incidencias para el mundo adulto; de esa forma, el niño bajo tal óptica es un pequeño adulto y persona de menor importancia<sup>133</sup>. Esta perspectiva, por su practicidad y certeza, tiene la mayor cantidad de adeptos; tanto por los adultos como por los niños, quienes conocen el momento preciso del ejercicio de los derechos; por lo cual, elimina situaciones que podrían provocar desmejora entre los iguales; e imposibilita la discrecionalidad para el otorgamiento de prerrogativas a los jóvenes. No obstante, los beneficios no refleja las facultades reales de los niños, dejando de lado la riqueza de cada situación particular y, por su propia característica, es inflexible; por el motivo que, impone modelos universales sin distinción alguna, prevaleciendo los sistemas de protección sin atender las diferencias personales en particular<sup>134</sup>.

De hecho, los límites de edad aplicados por las distintas leyes pueden presentar incongruencias, por ejemplo, la fijación de edad para ingresar a las fuerzas armadas a los 15 años y la capacidad contractual a la edad de 18 años; fija la edad para contraer matrimonio a los 12 años y la negación de su capacidad de otorgar el consentimiento sexual a los menores de 16 años. Por otra parte, priorizar la falta de competencia del niño, en vez de aprovechar sus potencialidades y, por consiguiente, prevalece la tendencia a subestimar las facultades del niño; excluyéndole de la toma de decisiones, entorpeciendo la aplicación de la filosofía democrática y respetuosa defendida en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>135</sup>.

### **2.3 Criterio de la determinación de la competencia del niño**

Ernesto Valdez Garzón en su artículo “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, establece que por su situación de vulnerabilidad absoluta sitúa a los niños como incompetentes básicos, puesto que, “no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas”, no hace

---

<sup>133</sup>Liebel, «Sobre la historia de los Derechos de la infancia». Restarle seriedad al actuar de la niñez, supone negarse la posibilidad de incidir en los asuntos en los cuales se desarrolle, esta idea está presente en la sociedad industrial donde los niños desempeñan labores al igual que los adultos, sin embargo, ni son sujetos de derechos, por lo cual no participan en la labor sindical en defensa de sus derechos.

<sup>134</sup>Lansdown, UNICEF, Innocenti Research Centre, La evolución de las facultades del niño. Paráfrasis del párrafo 1, P.72.

<sup>135</sup> Viola, Sabrina. «Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente.», s. f., P. 89, para la autora la determinación de límites fijos de edad para el ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia puede ser considerada como trasgresor al principio de autonomía progresiva al negar la existencia de diferencias personales y contextuales.

distinción etaria alguna; esta idea de la incompetencia básica de la niñez ha permitido al Estado decidir en cuanto a los beneficios o perjuicios que podría acarrearle al niño cuando se encuentra en situaciones que se consideran riesgosas<sup>136</sup>.

Sin embargo, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, la niñez goza de todos los derechos civiles y políticos, lo mismo que los adultos, contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos, debido al principio de igualdad y no discriminación, lo cual, hace tambalear concepciones tradicionales del derecho civil de clasificación de capacidad e incapacidad, capacidad absoluta y capacidad relativa, concepciones de púber e impúber, menor adulto, mayor de edad, y demás. Bajo ese sistema hasta que se alcanzaba la capacidad plena, hacía cesar todos los sistemas de protección como la patria potestad.

A través de la Convención, se da por sentado que el niño tiene capacidad jurídica al reconocerlo como sujeto de derecho, en oposición de la idea predominante de su incapacidad, con la única salvedad, ésta es conforme a su evolución o progresividad que afecta la capacidad de ejercicio, pero no de goce<sup>137</sup>. Sin lugar a dudas, la expansión de los derechos a favor de los niños va unido con un nuevo fenómeno, la progresividad<sup>138</sup> al percatarse que no es posible

---

<sup>136</sup>Garzón Valdés, Ernesto. « ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», 1988. Para Ernesto Garzón Valdez entiende que se es competente cuando “una persona tiene la capacidad para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta” El autor menciona las condiciones para determinar que una persona cae en la categoría de incompetente básico: “a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que se tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill); b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el parágrafo 14 del Código civil alemán, o el de la flaqueza del que hablaba Hume); c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales); d) cuando se actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o amenazas); e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos.

<sup>137</sup>Bruñol, «Infancia, autonomía y derechos». “Ser niño no es ser ‘menos adulto’, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La niñez y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida”

<sup>138</sup>Mulet, «“La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” de María del Rosario Carmona Luque». Citando a Pedro Nikken: progresividad, es el “fenómeno en virtud del cual el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales los órganos de la comunidad internacional puedan afirmar y salvaguardar su vigencia”.

evaluar en un mismo plano las facultades y responsabilidades del niño y asumir su incompetencia sin tomar en cuenta en primer término su edad cronológica<sup>139</sup>.

La progresividad o autonomía progresiva que reconoce la Convención, es la aceptación legal que a la niñez gradualmente se le debe reconocer la facultad de ejercer derechos, sin interpósita persona, en función de la edad y la madurez. El principio del ejercicio progresivo de las facultades o evolución de las facultades, se sustenta en la autonomía personal y en la madurez de cada etapa<sup>140</sup>. Es acá donde el auxilio de otras ciencias como la Psicología, Pedagogía, Antropología, Psiquiatría, entre otras, permite considerar la conducta esperada por cada niño en cada etapa en su desarrollo físico, psicológico y moral. A modo de ejemplo, se dice que el niño antes de los siete u ocho años no difieren entre lo subjetivo y objetivo; de siete a nueve años no posee la capacidad de entendimiento para tomar decisiones; de siete a doce años son capaces de proyectarse para alcanzar alguna meta; y de los 14 años en adelante poseen un nivel cognitivo e intelectual similar al de los adultos<sup>141</sup>.

Para Irene Konterllnik, la posibilidad del ejercicio de los derechos en forma autónoma, con criterios de progresividad, de acuerdo a la edad, implica un abandono de prácticas de subordinación de los niños y adolescentes a sus padres, a las instituciones y a los adultos en general, y el reemplazo por funciones de orientación y dirección para que los niños y adolescentes ejerzan los derechos de los cuales son titulares. Señala la misma autora, el viejo

---

<sup>139</sup>CançadoTrindade, Antônio A. Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; et al., «Opinión consultiva OC-17/2002-Corte Interamericana de Derechos Humanos. Del 28 de agosto de 2002. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.» A saber, el niño recién nacido en sus primeros momentos está bajo la guarda y protección maternal, indefensos ante el exterior, el amamantamiento ya sea por su propia madre, por medio de madre sustituta o medios mecánicos es básico; sin embargo, esta etapa tiene su fin en la medida que puede ingerir otro tipo de alimentos puesto que los nutrientes que necesita no los obtiene de la leche materna o sucedáneos, el niño le salen sus primeros dientes, su sistema digestivo ya está preparándose para otro tipo de alimentos, la madre y el padre, su tutor, empiezan a darle alimento blando, luego sólido en la medida que su cuerpo absorbe mejor los alimentos; este desarrollo físico también se da en su mente, en sus ideas, emociones, en su reconocimiento del mundo exterior, y esto es parte de su crecimiento del cual no nos preocupa a los adultos, sino que lo fomentamos; sus primeras palabras son esperadas, y con ellas comienza la comunicación: padres/hijos, hijos/padres; el fomentar el desarrollo de la personalidad es menester, y aceptemos o no, el niño toma sus decisiones, su voluntad en su mínima expresión ha emergido; la independencia de los hijos respecto de los padres da comienzo desde el momento de su nacimiento. Claro está que el nivel de desarrollo es gradual no es el mismo respecto de un niño o niña de 3 años a uno de 16 años. Párrafos 101, 102)

<sup>140</sup> Simon, Farith, Derechos de la Niñez y Adolescencia T.2, op. cit. P. 298. El ejercicio progresivo señala que la orientación de los adultos responsables, debe reducir proporcionalmente a la madurez de los niños y adolescentes, dando paso a la autonomía de los mismos.

<sup>141</sup>Venegas Sepúlveda, «Autonomía progresiva». La autora cita al respeto los criterios que en su momento esbozo Piaget considerado el padre de la psicología del desarrollo de los procesos mentales del niño.

adagio de “los derechos de uno terminan cuando comienzan los derechos de otro” sirve también para introducir el hecho de que los derechos son limitados, y su progresivo ejercicio por parte de los niños y adolescentes envuelve, también, una progresiva consideración de los derechos de las otras personas, lo cual significa, un permanente aprendizaje de la responsabilidad, con relación a otros, a la vida en comunidad<sup>142</sup>.

La noción progresiva de derechos es la comprensión que a medida que la niñez y adolescencia evoluciona en su independencia, inversamente la madre, el padre, tutores o el Estado mismo, disminuye su facultad de decidir por ellos. A modo de ejemplo, en materia sanitaria ha sido utilizado el principio de progresividad para el ejercicio de los derechos por parte del paciente en el sistema anglosajón bajo la figura del “menor maduro”, a quien se le solicita su consentimiento informado para someterse a alguna intervención invasiva; éste es parte de la autonomía de la voluntad del paciente, y se pondera las siguientes situaciones: a) libertad de decisión; b) explicación suficiente; y c) competencia para decidir<sup>143</sup>.

La interpretación adecuada de este principio permite, primordialmente, evitar posiciones extremistas que se esgrimen para demeritar la vigencia de este, las cuales expresan que los niños deben ser tratados en un plano de igualdad con los adultos, sin tomar en cuenta que, el despliegue hacia la adultez es un proceso gradual, en tanto se genera la capacidad y responsabilidad suficiente para asumir las consecuencias; porque, no se puede imponer al niño y adolescente cargas que exceden a sus posibilidades subjetivas, pues en tal caso se violentaría el principio de su interés superior del niño, al constituir un obstáculo para su pleno y completo desarrollo. Y aun así, las maneras de medir los grados de evolución de las facultades del niño para asumir responsabilidades, difieren de sociedad en sociedad y de época a época; no existe un patrón que podríamos llamar universal para tales distinciones<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup>Konterllnik, Irene. La participación de los adolescentes: ¿Exorcismo o construcción de ciudadanía? La participación de niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño: visiones y perspectivas Actas del Seminario Bogotá, 7-8 de diciembre de 1998, P. 35.

<sup>143</sup>Pérez fuentes Cantoral Domínguez, Karla Gisela María, «el consentimiento informado como garantía constitucional en el derecho mexicano». El asunto del menor capaz de tomar decisiones en el ámbito sanitario, es muy discutido por las consecuencias que en su integridad acarrea la decisión del niño y adolescente, a veces se niega su capacidad de decidir por cuestiones meramente éticas, más que jurídicas.

<sup>144</sup>Salomone, Gabriela Z. «la noción jurídica de la autonomía progresiva en el campo de la niñez y adolescencia: incidencias subjetivas e institucionales». Parafraseando el artículo.



La edad a la cual las diversas culturas definen la competencia de los niños es tan variable que, mal se haría en trasladar patrones de otras sociedades y épocas a una cultura que no tiene nada en común con el modelo que se impone como ideal; la concepción del cuándo, cómo y qué provoca la evolución del niño, también difiere de cultura a cultura. Además, los criterios de valoración, muchas veces, surgen de estudios que, por lo general, proceden de países europeos, con situaciones tan disimiles, realizados bajo pruebas de laboratorio, en situaciones ideales, estos pierden su credibilidad al someterse a condiciones geográficas, políticas, sociales y culturales tan ricas y diversas, los cuales terminan por no encajar en sus destinatarios, quienes se sienten amenazados y rechazan tales patrones por no dejar lugar a los pueblos originarios<sup>145</sup>.

La pretendida universalidad de cada etapa de la infancia y las expectativas que cifran esta progresión hacia la adultez, son diversas para la cultura anglosajona, europea, americana, africana, oriental, entre otras, de tal modo que, se ha criticado las tablas consideradas normales en la niñez que choca con las realidades sociales y económicas, las cuales tienen como objetivo concepciones diversas sobre conceptos fundamentales como: Autonomía, independencia y autosuficiencia. Y es que, la utilización de patrones “universales” sitúa a quienes no llenan tales exigencias o se salen por la tangente para ser considerados “anormales”, quienes ameritan un tratamiento especial por su patología<sup>146</sup>.

Por lo que corresponde a la familia en su labor formativa del niño y el reconocimiento de sus competencias, por medio de la Convención no se restringe derecho alguno a los padres respecto de los hijos, lo que hay es una afirmación de las obligaciones que los padres habían asumido respecto de los hijos, pero ahora, en un contexto de reconocimiento de sujeto de derecho. Con el agregado que también el Estado deberá prestar a la familia las condiciones óptimas para que cumplan sus funciones; de esta forma, la familia, continua siendo el primer grupo social, donde se somete al niño a constantes evaluaciones para determinar adelantos o deficiencias que experimenta; de acuerdo a ello, los padres fomentan la asunción de responsabilidades tomando en cuenta, el desarrollo físico, emocional o intelectual, esta

---

<sup>145</sup>Liebel, «Sobre la historia de los Derechos de la infancia». El presente párrafo, es una paráfrasis de las ideas del autor que fueron consideradas de gran importancia porque aporta elementos para determinar la competencia del niño de acuerdo a su edad, sumando otros factores culturales.

<sup>146</sup>Lansdown, Gerison y others, «La evolución de las facultades des niño», 2005. P.26.

práctica se sustenta en las propias experiencias familiares como en las expectativas colectivas<sup>147</sup>.

Ahora bien, también se debe tener cuidado de aquellos patrones de pretendida universalidad que afectan al niño y su familia; si se reconoce que la familia es el medio natural donde el niño recibe el bienestar y participa en las actividades de formación; las competencias que se esperan de un niño deben tomar en cuenta, también, la identidad cultural de sus padres o de las personas con las cuales el niño se ha criado. La familia ha realizado una labor en los niños que no puede ni debe desdeñarse, únicamente, porque no están conformes con criterios de otras latitudes<sup>148</sup>. De tal manera que, se debe ser cuidadoso al utilizar estándares de competencia para establecer los límites “normales” o “naturales” de madurez sexual, responsabilidad penal, facultad de trabajar, entre otros, en el marco de un mundo rico y diverso cultural, social y económicamente, lo cual obliga a revisar constantemente los criterios que los académicos establecen ante una realidad cambiante.

Por otra parte, se deben afrontar también diversos riesgos, los cuales no se habían manifestado masivamente en siglos o décadas pasadas, por ejemplo, el turismo sexual, la delincuencia juvenil, trata de niños con fines de explotación, y demás, pero que estos temores no signifiquen volver a considerar en extremo vulnerables a los niños y retroceder en el fomento de su autonomía, para someterlos a subordinaciones discrecionales<sup>149</sup>. En respuesta a

---

<sup>147</sup>CançadoTrindade, Antônio A. Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; et al., «Opinión consultiva OC-17/2002-Corte Interamericana de Derechos Humanos. Del 28 de agosto de 2002. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.» Párrafo 67. Las Directrices de Riad han señalado que “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental [...]” (apartado duodécimo). Asimismo, el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna.

<sup>148</sup>Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, «Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989 (169)», 7 de junio de 1989. Artículo 5 Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo

<sup>149</sup>Vergara et al., Ana. «Los niños como sujetos sociales: El aporte de los Nuevos Estudios Sociales de la infancia y el Análisis Crítico del Discurso», *Psicoperspectivas* 14, n.º 1 (2015): 55–65. Parafraseando ideas del autor en su artículo.

estos peligros que actualmente afronta la niñez, los organismos internacionales han promovido y logrado la suscripción de acuerdos que precisamente responden a estas realidades, por ejemplo:

1. Fijando en 18 años la edad para ser reclutado por las fuerzas armadas, conforme al Art. 2 del Protocolo Facultativo relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; no obstante que en un principio la Convención sobre los Derechos del Niño fijara como mínimo la edad de 15 años (Art. 38.3),
2. En consideración a la edad límite de responsabilidad penal el Comité de los Derechos del Niño ha indicado en su Observación General Número 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores no fijar una edad mínima de responsabilidad penal menor a los doce años que es considerado internacionalmente aceptable.
3. El Convenio 138 sobre la Edad Mínima para la Admisión de un Empleo, suscrito en Ginebra el 6 de junio de 1973, establece como 15 años la edad mínima para que un niño pueda ser empleado en una labor<sup>150</sup>.
4. El Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados la fijación de una edad para que los niños puedan ejercer su derecho a dar su consentimiento para el sometimiento de tratamientos médicos<sup>151</sup> sin especificar cuál sería el recomendable.

El conocimiento y aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos, por todos los involucrados en la protección de la niñez, requiere serios compromisos nacionales, con el objetivo que no sea un instrumento más para obtener favores de organismos financieros internacionales y de reconocimiento institucional.

---

<sup>150</sup> “Artículo 1 Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores. 2.3 La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años. **Relacionado** con el 32.2.1 CDN.

<sup>151</sup> «Observación General No. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. CRC-C-GC-12.», 25 de junio de 2009.. Párrafo 102.

A continuación, se citan algunos principios para determinar el marco jurídico adecuado a la evolución de las facultades del niño:

- 1) Los legisladores, jueces y magistrados deberían conocer perfectamente la Convención sobre los Derechos del Niño y sus implicaciones para los niños.
- 2) Todas las leyes pertinentes deberían ser examinadas meticulosamente, prestando particular atención a la protección apropiada de los niños y la evolución de sus facultades.
- 3) Las leyes que establecen límites de edad deberían incluir medidas que respeten a los niños en su calidad de sujetos de derechos, dándoles la oportunidad de ejercer sus derechos por cuenta propia, en consonancia con la evolución de sus facultades y con su derecho a recibir protección
- 4) La legislación debe tener en cuenta las investigaciones recientes de mayor difusión respecto a la evolución de las facultades del niño, recordando la necesidad de tomar en consideración las implicaciones de dichas investigaciones para el contexto cultural local.
- 5) La legislación debe ocuparse asimismo de los mecanismos para su aplicación e imponer a las autoridades públicas la obligación de implementar la legislación con espíritu de iniciativa y poner a los niños en condiciones de protestar contra cualquier violación.
- 6) Debe facilitarse la coordinación efectiva entre los ministerios del gobierno para dar coherencia y congruencia a la aplicación de límites de edad. Es imprescindible crear un marco jurídico que demuestre coherencia, por ejemplo, respecto a la educación y al trabajo, o entre el Código civil y el Código penal.
- 7) Se debe reconocer el principio de no discriminación en la implementación de todos los derechos. Las diferencias entre los límites de edad relativos a niñas y niños constituyen una violación a este principio. De la misma manera, los tribunales no deben formular suposiciones generales e infundadas respecto de las capacidades inferiores de grupos de niños (por ejemplo, las niñas, los niños de las comunidades minoritarias o los niños con discapacidades). Cuando se hacen distinciones en la evolución de las capacidades de los niños, cada caso debe ser tratado separadamente según sus propios méritos.
- 8) Deben organizarse consultas de niños para fomentar su plena participación en la elaboración de la legislación pertinente, de manera que esta refleje sus puntos de vista,

experiencias y preocupaciones, sobre la protección y la participación en la toma de decisiones<sup>152</sup>.

El equilibrio adecuado, entre la protección del niño contra todo daño y el respeto de sus facultades para alcanzar una autonomía y participación cada vez mayores en la toma de decisiones, ha de variar en función de la madurez del niño y del ambiente social, económico, cultural y político en que vive. La meta consistirá por parte de la familia y del Estado en reforzar la capacidad del niño de asumir la responsabilidad que corresponde al ejercicio de los derechos, sin exponerlos a peligros innecesarios o a la presión de expectativas exageradas.

---

<sup>152</sup>Lansdown, UNICEF, Innocenti Research Centre, La evolución de las facultades del niño. 1.5 Principios para determinar el marco jurídico. P.76 se ha copiado textualmente el contenido.

## CAPITULO III

### DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD SEXUAL DEL NIÑO Y ADOLESCENTE: ROL DE LA FAMILIA, EL ESTADO Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

SUMARIO: 1. Desarrollo de la personalidad en los niños. 2. Desarrollo de su identidad sexual e identidad de género. 3. Formación de la personalidad sexual del niño. 3.1 Rol de la familia. 3.2 Rol del Estado. 3.3 Rol de los medios de comunicación.

#### 1. Desarrollo de la personalidad en los niños

El presente capítulo versa sobre el desarrollo de la personalidad sexual del niño y adolescente, cuáles derechos están involucrados dentro de este proceso, quiénes participan en su construcción, la fuente de su responsabilidad y el papel que juegan respecto de la forma cómo se expresa y se ejercita la sexualidad desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral del niño, de manera que se tenga claridad sobre las consecuencias que origina el cumplimiento o la omisión de las tareas encomendadas en la consolidación de una personalidad sexual.

Inicialmente, habrá que indicar que los conceptos y definiciones son construcciones teóricas que responden a un entorno y tienen un contenido dependiendo de cada momento histórico, por esta razón, no se debe cometer el error de extrapolar interpretaciones fuera de ese contexto donde son enunciados. Estas construcciones teóricas están colmadas de representaciones simbólicas, culturales, religiosas, filosóficas, entre otras variables, y corresponden a la evolución, involución y revolución de la historia.

En ese sentido, la definición de persona y sus atributos en los primeros periodos del desarrollo de la humanidad, no es comprensivo de todos los miembros de la especie humana; a modo de ejemplo, en el sistema social económico esclavista, el cual estuvo vigente por más de mil años, se tenía por un lado la persona-ciudadano y por el otro lado al esclavo, este último no se consideraba ser humano, era una cosa animada, como un caballo, era mercancía para vender en los mercados de esclavos, teniéndose el dominio absoluto sobre la vida de este por parte del señor o dueño, aun sobre los hijos e hijas de éstos, lo cual era aceptado socialmente<sup>153</sup>. Esta

---

<sup>153</sup> Vilajosana, Josep. «Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal», Revista Telemática de Filosofía del Derecho 11 (2007): 145–179. El autor citando sobre la moral de ciertas sociedades que justifican

definición restrictiva de persona se restringe aún más cuando se limita a la categoría de hombre-varón-adulto, excluyente de la mujer, niña e incapaces.

La comprensión de persona como todo miembro de la especie humana, solo tuvo aceptación hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948<sup>154</sup>, y su contemporánea, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>155</sup>, documentos que enuncian una serie de derechos y garantías a favor de las personas, y la obligatoriedad del Estado para respetarlos. Ser considerado persona y también ciudadano importa, porque alcanzando tal reconocimiento se asume la condición de sujeto de derecho, lo cual también contiene una contraparte, quien soporta la obligación, ante quien se reclama su ejercicio; lo que para un sujeto constituye un derecho, es obligación para otro<sup>156</sup>. Además, esto trae consigo la afirmación de que este nuevo ente tendrá un papel a desempeñar en la vida, abrogándose a sí mismo un conjunto de cualidades, junto con un prestigio y una dignidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, al igual que la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, constituye un hito histórico en razón de que se reconoce a todos los niños como sujetos de derecho, de todos los derechos humanos universales y vinculantes al igual que a los hombres y mujeres adultas<sup>157</sup>, y con ello, los

---

ciertas conductas indica que el hecho que una sociedad considera aceptadas ciertas prácticas no las vuelve morales, aunque estén conforme con el criterio mayoritario. P.7.

<sup>154</sup> Grimaldi Herrera, C.: Los derechos de los seres humanos, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, enero 2009 . En un principio iba a llamarse la declaración universal de los Derechos del Hombre, pero hubo cuatro mujeres que firmaron esta carta (entre muchísimos hombres) y ellas consiguieron que se cambiara hombre por humanos. Así, por primera vez en la historia, se incluye implícitamente a las mujeres en una declaración formal de derechos. Estas cuatro mujeres fueron: Minerva Bernardino de República Dominicana, Bertha Luz de Brasil, Virginia Gindersleaves de EEUU y Wu Yi-Tang de China. La Declaración Universal como eje principal declara la libertad, la justicia y la paz tiene como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana.

<sup>155</sup> Salvioli, «Los Derechos Humanos en las Convenciones Internacionales de la Última Década del Siglo XX». En relación a la Declaración Americana, en la misma línea de pensamiento, señala que «... en repetidas ocasiones, los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana».

<sup>156</sup> Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, publicación de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador 2013. P.179. Para Hans Kelsen, “la persona como portador de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, no es por cierto algo distinto de esas obligaciones y derechos como cuyo portador es representado... La persona no es más que la personificación de esa unidad” Este autor habla además que el concepto de persona es una construcción jurídica creada por la ciencia del Derecho, lo característico de este sujeto es la libertad que se hace efectiva en el dominio que tiene sobre los elementos objetivos. Es esa unidad que nos referimos cuando hablemos de persona.

<sup>157</sup> Corte Suprema de Justicia, «Sentencia sala de lo constitucional de el salvador. Amparo. 749-2014», 11 de marzo de 2015. Así, en la Sentencia del 1-IV-2004, Inc. 52-2003, se afirmó que los niños son titulares de todos

mismos atributos de la personalidad como la nacionalidad, el nombre, identidad, el domicilio, el estado civil, entre otros derechos.

Para el ordenamiento jurídico nacional es adulto y ciudadano –en cuanto al ejercicio de los derechos políticos-, aquella persona que ha cumplido 18 años de edad, Art. 71 Cn en relación con el Art. 1 CDN. La importancia de ser adulto y ciudadano, radica en que tradicionalmente la adultez o la mayoría de edad ha sido el límite que se utiliza legalmente en el Derecho Civil para diferenciar entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, y con ella, la posibilidad de que el individuo pueda intervenir o no en los actos jurídicos y que los mismos tengan consecuencias legales<sup>158</sup>; esta concepción, permea en todas las ramas del derecho nacional, de tal manera que, la condición de adulto abre la puerta a la plena realización del ser humano.

Por otra parte, “... son los teóricos desde el Derecho Civil quienes afirman que la capacidad de goce y la personalidad se confunden: ser persona es tener la capacidad de goce, todo individuo susceptible de ser sujeto de derechos es persona y privar a un ser humano de la capacidad de adquirir todo derecho es borrarlo de la especie humana”<sup>159</sup>. A partir de esta consideración, los niños, las niñas, los adolescentes, los jóvenes, los adultos, los adultos mayores, todos ellos, son personas, consecuentemente, se les reconoce capacidad de goce y personalidad.

En la legislación civil y de familiar se distingue entre la plena capacidad o capacidad absoluta reconocida a los adultos –mayores de 18 años de edad-; incapacidad absoluta al niño menor de 14 y la niña menor de 12 años; y la incapacidad relativa al niño mayor de 14 y a la niña mayor de 12 años - Arts. 1317, 1318 y 1341 CC. La incapacidad relativa que afecta a los niños y

---

los derechos que corresponden a los seres humanos y, además, son titulares de derechos específicos derivados de su condición de inmadurez y vulnerabilidad y requieren una protección particular que garantice el ejercicio de todos sus derechos dentro y frente a la familia, la sociedad y el Estado.

<sup>158</sup> «Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-17/2007 de 28 de agosto de 2002. Solicitada por la Comisión Interamericana De Derechos Humanos.», s. f. Párrafo 41. "La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana".

<sup>159</sup> Alessandri, Arturo, M. Somarriva, y A. Vodanovic, «Curso de Derecho Civil. Parte general y los sujetos de derecho», Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Nacimiento. Santiago de Chile, 1971. P. 200..



niñas, se atenúa en ciertos ámbitos donde se les reconoce plena capacidad de ejercicio, por ejemplo: Para el otorgamiento de su testamento – Art.1002 CC-, para constituir una asociación sin fines de lucro y formar parte de la directiva a partir de los 14 años – Art. 100 LEPINA-, contraer matrimonio y otorgar las capitulaciones matrimoniales -en el niño a partir de los 14 y la niña a partir de los 12 años-, el reconocimiento de un hijo -a partir de los 14 años de edad-, para realizar los actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres y sus derechos de la personalidad y otros que de acuerdo con la ley y las condiciones de su madurez pueda realizar por sí mismo, Arts. 14 inciso segundo, Art.42 145, 223 inciso 2° CF<sup>160</sup>.

Sin embargo, ser adulto o ser niño es una condición objetiva que no llega a afectar el goce y ejercicio de ciertos derechos fundamentales como: La vida, integridad y dignidad, es claro que se adquieren desde la concepción y se ejercitan de forma directa por su titular desde ese momento y termina hasta su muerte; no es concebible la sustitución o representación, pues en tal caso, simplemente se deja de ser, y se convierte en objeto al constituir el núcleo duro de la esencia del ser humano<sup>161</sup>. En contraste, habrá otros derechos que siendo fundamentales es posible la separación del goce y ejercicio, sin que se pierda la calidad de fundamentales, por ejemplo: Los derechos de contenido patrimonial donde puede haber un titular que goce de los beneficios de este, sin embargo, su ejercicio lo hace quien le representa, de tal manera que los actos se consideran como realizados por él mismo<sup>162</sup>.

En lo que concierne, se tienen otros derechos que también son fundamentales, cuyo goce y ejercicio está sometido a que su titular cumpla ciertas condiciones naturales y legales expresamente determinadas para que sean ejercitados personalmente, como: Libertad de expresión, pensamiento, conciencia, religión, derecho de petición, derecho de opinión, derecho

---

<sup>160</sup> «Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, (Convención de Belém do Pará) D.L. N° 430, del 23 de agosto de 1995, publicado en el D.O. N° 154, Tomo 328, del 23 de agosto de 1995.», s. f. Se nota que la diferencia de edad entre niño y niña para el ejercicio de ciertos derechos en la legislación nacional trasgrede el principio de igualdad y no discriminación por carecer de justificación racional y constitucional – Art. 3 Cn. -, apoyada quizá en tradiciones culturales de siglos de discriminación de la mujer en todas las etapas de su vida que debe ser erradicada – Art. 4 letra f) “Convención de Belém do Pará”.

<sup>161</sup> «Barcia Lehmann, Rodrigo. (2013). LA CAPACIDAD EXTRAPATRIMONIAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A SUS CONDICIONES DE MADUREZ. *Ius et Praxis*, 19(2), 03-52. [ps://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200002](https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200002)», s. f.

<sup>162</sup> Aláez Corral, Benito. «El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad», 2007. Tomando como referencia la teoría del Interés de Rudolf Von Ihering, el autor admite la posibilidad que en caso de derechos personalísimos pueda darse la figura del representante, quien en tal situación expresa la voluntad del titular del derecho, y a los ojos del derecho será el titular quien actúa.

al honor, a la propia imagen, a la vida privada e intimidad personal y familiar – Arts. 12 CDN, Arts. 10, 22 inciso 1º y final, 46, 92, 93, 94, 113 h) LEPINA-; el ejercicio de tales derechos por parte de su titular dependerá del cumplimiento de condiciones naturales; por ejemplo, para ejercer la libertad de expresión se tendrá cuando el niño pueda hablar o expresarse de cualquier forma, con tal que sea claramente entendida su voluntad por los demás; también, requerirá condiciones naturales de expresión y comprensión cuando acuda a consulta médica o denuncie un maltrato; en tales casos, cuando se ejercitan su titular puede autorizar o rechazar intromisiones en dicho ámbito de ejercicio como manifestación de su derecho a la personalidad<sup>163</sup>. En los demás actos, requerirá la intervención de sus representantes legales no pudiendo decidir por sí mismos; en tales casos, serán aquellos quienes ejercen en su nombre las facultades contenidas en sus derechos con la finalidad de otorgar la mejor protección al beneficiario actuando a su servicio – Art. 223 CF-.

Adicionalmente, está plenamente asentada la idea de que el niño y adolescente están habilitados para el ejercicio de los derechos de la personalidad, a los cuales no le son aplicables las reglas generales de la capacidad de ejercicio del Derecho Civil; y no podría ser de otra manera puesto que la personalidad está fundada en la libertad y dignidad humana<sup>164</sup>. En los mismos términos, los compromisos que conlleva la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual reconoce la responsabilidad de la comunidad internacional, del Estado y de la familia en procurar la máxima protección del niño por su condición de vulnerabilidad por su falta de madurez, física, y mental, no se oponen en ninguna forma al ejercicio de los derechos de la personalidad del niño, en su lugar, permiten su fortalecimiento por medio de medidas de auto protección y auto cuidado; que son consecuencia de haber sido educado al niño en el seno familiar en donde se le ha preparado para una vida independiente en sociedad.

---

<sup>163</sup> *Ibíd.* P. 14. El establecimiento de limitaciones como la edad si bien puede ser considerada como válida por la necesidad de heteroprotección del niño, sin embargo es posible que por medio de ellas se deje fuera del alcance de aquellos el ejercicio de derechos en los cuales han adquirido de forma individual la capacidad para su ejercicio.

<sup>164</sup> Santos Morón, María José, «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011. P.64. Ideas fundamentales que cita el autor para fincar la idea de la personalidad del niño.

Cuando se hace mención al desarrollo de la personalidad esta es comprensiva, entre otros aspectos, de una dimensión espiritual, moral y social que son coetáneos a los cambios biológicos y psicológicos que experimenta el ser humano; éste inicia antes del nacimiento – por medio del contacto de los padres con su hijo aun en el vientre materno- y dura toda la vida, sucediéndose una etapa a otra sin posibilidad de regresividad; desde este momento se puede asumir la lección de que cualquier acción positiva o negativa en la niñez tendrá repercusiones en su vida adulta. La nota característica del desarrollo de la personalidad del individuo se expresa en la libre elección de su proyecto de vida, diseñado de acuerdo a las preferencias, intereses y capacidades individuales, derecho que ha sido reconocido en la Constitución alemana<sup>165</sup>, replicado por la Corte IDH en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez<sup>166</sup> y, localmente, por la Sala de lo Constitucional de la CSJ de El Salvador<sup>167</sup>; este derecho, se ejercita sin más límites que los establecidos en la Constitución y en las leyes sobre la materia.

Este es precisamente el objetivo desarrollo integral del niño y adolescente– Art. 72 LEPINA-, lograr que estén en capacidad de decidir sobre su propio destino, lo cual lleva implícito el goce y ejercicio de derechos fundamentales como: Vida, libertad y dignidad, aunque sea de forma elemental, pero que responda a una decisión libre y radical. Este proceso, viene desde la familia que actúa con el apoyo del Estado a quien le corresponde brindar los recursos que

---

<sup>165</sup> Schwabe, Jurgen, Marcela Anzola, y Emilio Maus Ratz, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: Extractos de las sentencias más relevantes (Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009). El libre desarrollo de la personalidad - ART. 2 Constitución Alemana. 1) Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la moral. (2) Toda persona tendrá derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley. quiso significar no sólo el desarrollo al interior del núcleo de la personalidad humana –que distingue la esencia del ser humano como una persona de carácter moral y espiritual–, sino también en su conducta externa. De otro modo, no sería comprensible que el desarrollo al interior de este núcleo interno pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del orden constitucional de una democracia libre. Al proteger el libre desarrollo de la personalidad– garantiza la libertad general de actuar; en la medida en que ésta no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres, sólo se encuentra limitada por el orden constitucional. Bajo este concepto debe entenderse únicamente el ordenamiento jurídico general, el cual debe acatar las normas formales y materiales de la Constitución, y por tanto, deberá ser a su vez un orden jurídico constitucional. Art. 16 Constitución Política de Colombia.

<sup>166</sup> Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007). Párrafo 52. En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

<sup>167</sup> «Sentencia Sala de lo Constitucional de El Salvador. Amparo. 749-2014».

estén a su alcance para que desde ahí cada niño, sin importar su condición económica, social, religiosa, origen étnico, orientación, sexo o cualquier condición tenga la capacidad de decidir por sí mismo.

Para lograr el desarrollo de la personalidad del niño y adolescente la apuesta está por fortalecer su autonomía en contraposición a la heteronomía; entiéndase por autonomía o autodeterminación, como el llamado autogobierno del hombre que constituye el fundamento de la personalidad<sup>168</sup>. El ejercicio de esta autonomía se expresa en la toma de decisiones que pueden brotar de personas indecisas, impulsivas, rígidas o reflexivas<sup>169</sup>; siendo el ideal de mejores personas, aquellas que toman sus decisiones luego un proceso reflexivo, de un examen detenido que les guía a actuar con firmeza, puesto que saben qué quieren, averiguan cómo conseguirlo, analizan las situaciones, miden los riesgos y se comprometen con elección<sup>170</sup>.

Ahora bien, la autonomía para el ejercicio de los derechos por el niño y adolescente no es una manifestación que surja espontáneamente, dependerá de un proceso gradual, el cual solo puede ser valorado adecuadamente poniendo en juego una nueva categoría de análisis además de la edad: La capacidad natural y/o la madurez<sup>171</sup>, esta es una categoría presente en el Derecho

---

<sup>168</sup> Hodgkin, Rachel y UNICEF, eds., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Fully rev. 3. Ed (Geneva: UNICEF, 2007). La apuesta de la Convención es el otorgamiento cada vez mayor por el ejercicio de los derechos del niño, y eso se refleja en el establecimiento de los límites de edad para el ejercicio de los derechos, como la asesoría médica, puesto que por medio de ello se va evidenciando que se reconoce al niño cada vez una mayor participación en su propia vida.

<sup>169</sup> Irma Patricia Flores Allier, «La construcción de identidades y su relación con la globalización cultural» (Instituto Politécnico Nacional, s. f.). «Identidad hipotecaria: El adolescente acepta la Identidad y los valores que en la infancia le dio la familia. El adolescente en este estado se ha comprometido a una identidad, pero no como resultado de su propia búsqueda.- Identidad moratoria: El adolescente ha adquirido compromisos ideológicos y ocupacionales vagos o mal formados; experimenta la búsqueda de identidad. Empieza a comprometerse pero sin desarrollarla.- Identidad difusa: Se comprometen con las metas, los valores y el estilo de vida de otros. En este estado tienden a ser rígidos, intolerantes, dogmáticos y defensivos.- El estado de haber desarrollado los valores personales bien definidos y conceptos de sí mismos. Su identidad se expande y define con más detalle en la edad adulta. Se han comprometido a una ideología y tienen un fuerte sentido de la identidad del yo».

<sup>170</sup> Herrera Nieto, Leticia, Enrique Márquez Flores, y Efraín Romero Reyes, *Construyendo futuro: formación cívica y ética*, 1 (México: Oxford, 2007). P. 44.

<sup>171</sup> Siurana Aparisi, Juan Carlos. «Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural», *Veritas*, n.º 22 (2010): 121–157. La autonomía es un concepto que admite grados, por eso, a Beauchamp y Childress, para tomar decisiones en casos clínicos, no les interesa tanto el concepto de autonomía como la noción de acción autónoma. Para estos autores, una acción es autónoma cuando el que actúa lo hace a) intencionadamente, b) con comprensión y c) sin influencias controladoras que determinen su acción. La intencionalidad no admite grados, la comprensión y la coacción sí. Para poder determinar si una acción es autónoma, tenemos que conocer si es o no intencional y, además, comprobar si supera un nivel substancial de

Civil, es reconocida a aquellas personas que actúan con suficiente juicio y discernimiento, quienes por razón de su edad no pueden obligarse legalmente como los adultos en actos de contenido patrimonial, sin embargo, constituyen expresión de su personalidad<sup>172</sup>. Esta categoría es puesta de moda en medio del constitucionalismo moderno, preocupado por el desenvolvimiento de la personalidad, a través de, la autonomía de la persona y el auge de ciencias como la Psicología y Sociología, las cuales, trabajando conjuntamente, han permitido descubrir al niño en su contexto social que influye en el desarrollo de su personalidad para el ejercicio de sus derechos<sup>173</sup>.

Por otro lado, el ejercicio de los derechos de la personalidad por parte del niño y adolescente, no equivale a considerarle en un plano de igualdad respecto de los adultos, de modo tal que, pueda tomar cualquier decisión, aunque fuere ostensiblemente grave o perjudicial<sup>174</sup>. Para determinar que pueden tomar una decisión en un caso particular habrá de tomarse en cuenta, la naturaleza del acto y las consecuencias que acarrea; puede suceder que tome decisiones peligrosas para su vida e integridad personal, es acá en donde el Estado tendrá que reforzar su protección, sin que ello signifique anular su voluntad<sup>175</sup>.

---

comprensión y de libertad de coacciones, y no si alcanza una total comprensión o una total ausencia de influencias. A estas acciones se las llama substancialmente autónomas, pero no completamente autónomas. La autonomía de una persona es respetada cuando se le reconoce el derecho a mantener puntos de vista, a hacer elecciones y a realizar acciones basadas en valores y creencias personales. El respeto por la autonomía del paciente obliga a los profesionales a revelar información, a asegurar la comprensión y la voluntariedad y a potenciar la participación del paciente en la toma de decisiones.

<sup>172</sup> Alessandri, Somarriva, y Vodanovic, «Curso de Derecho Civil. Parte general y los sujetos de derecho». Somarriva citando a Jossierand. “A decir verdad, existen aún otros atributos que necesitarían largas explicaciones; los derechos de la personalidad, son tantos como sagrados: derechos al honor, a la consideración, a la integridad de la persona moral, intelectual y física, derecho a la conservación, al respecto del carácter privado de la persona, (the right of privacy, de los yanquis), como, por ejemplo, el derecho de todo individuo de oponerse a la exposición de su imagen o fotografía o la erección de una estatua; es the right to be left alone, el derecho a que lo dejen tranquilo, etc.

<sup>173</sup> Moreno Madrid, F, «Capacidad del menor para decidir». El autor propone que para determinar la capacidad de un menor de tomar decisiones las evaluaciones deben de considerar el grado de madurez, la gravedad de la decisión y los factores conductuales y situaciones en que se da.

<sup>174</sup> Acción de tutela instaurada por Gustavo Sarmiento contra el Hospital Universitario Clínica San Rafael, Diego Germán Piñeros, Pablo Guerra, la Nueva E.P.S. y el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-. (La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, Colombia 15 de junio de 2010). De otro lado, incluso en esta hipótesis de excepción al principio de autonomía, la Corte ha rescatado su valor al reconocer que “el menor no carece totalmente de autonomía, por lo cual, en muchos casos, sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración sino respetados

<sup>175</sup> Rivera Ayala, Luis. «La figura legal del menor maduro (mature minor) en materia sanitaria a partir del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño», accedido 13 de agosto de 2016. P.10. En el capítulo II se abordó la denominación importada del derecho anglosajón o common law, del Menor Maduro o mature minor,

Acontecerá que, en casos puntuales donde se esté debidamente informado de las consecuencias que puede producir la decisión tomada, y aun así son aceptadas por el niño y adolescente, incluso ser autorizadas por su representantes legales; en estos casos, las decisiones no podrán llevarse a cabo por atentar contra la vida, dignidad e integridad física<sup>176</sup>. De este modo, constituye violación al derecho fundamental de la dignidad e integridad física del niño, someterlo a métodos permanentes de planificación familiar; lo mismo, ser sometido a experimentación genética o médica, por muy beneficioso que sea para la salud de la sociedad o que rinda un beneficio cuantificado en dinero a favor del niño o de sus padres, quienes en tal caso estarían aprovechándose de la situación de vulnerabilidad del niño para que este se haga participe de tales conductas – Art.19 LEPINA-<sup>177</sup>.

## **2. Desarrollo de su identidad sexual e identidad de género**

El niño y adolescente es una persona y como tal tiene una naturaleza bidimensional, una parte que lo hace único, diferente, singular e irrepetible, poseedor de una especial dignidad y, por otra parte, un ser social, quien no puede dejar de hacer su vida con los demás, parte de una estructura, un contexto social, de tal modo que, las vivencias que experimenta en su crecimiento físico, emocional y psicológico contribuyen a la formación de su personalidad. En

---

que constituye “...aquella situación jurídica en la que un menor de edad está en condiciones de autodeterminarse válidamente en cuestiones sanitarias a través de aceptar o rechazar un determinado tratamiento que afecte su integridad personal”

<sup>176</sup> Vilajosana, «Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal». Se debe ser cauteloso a la hora de determinar el grado de autonomía de las personas, si bien el Estado debe estar obligado a permitir el mayor ejercicio de la autonomía para que el niño alcance los ideales de su plan o proyecto de vida, habrá situaciones en las cuales los deseos del niño perjudican su dignidad de forma grave. Véase P. 19 del artículo.-

<sup>177</sup> «Sentencia Sala de lo constitucional de El salvador. Amparo. 749-2014». La Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha declarado que los niños, niñas y adolescentes no tienen capacidad para decidir si se les aplican los métodos permanentes de planificación familiar. Ello implica que, mientras una persona tenga la calidad de adolescente y el ordenamiento jurídico lo permita, únicamente puede utilizar métodos temporales de planificación familiar y, para tal efecto, debe recibir la orientación adecuada del personal de salud. Esto en referencia a un caso conocido en amparo de una joven de 17 años de edad que fue sometida a esterilización en la red nacional hospitalaria, obteniéndose su “consentimiento” por medio de un formulario que la joven firma antes de ser sometida a cesárea por la insistencia del personal de salud que la atendía dado su estado de padecimiento de virus de inmunodeficiencia adquirida y su negativa acarrea que no se brindaría el servicio de parto por cesárea. El máximo tribunal salvadoreño haciendo acopia de principios de la Bioética, como son la dignidad del paciente y la autonomía, hace hincapié en la necesidad que la persona a quien se someta a procedimientos invasivos como el presente debe estar plenamente informado de las consecuencias, de las alternativas posibles, para que exprese voluntariamente su autorización para que el personal médico le realice procedimientos quirúrgicos, evaluaciones, sin embargo en caso de los menores de edad por la condición de vulnerabilidad que estos presentan no pueden tomar decisiones trascendentales para su vida como una esterilización permanente.

este sentido, las condiciones económicas, el entorno familiar, la comunidad, el ámbito escolar, los medios de comunicación social, en fin, el mundo exterior contribuye para que pueda reconocerse como ser individual y como parte de esa sociedad en la cual desempeñará un papel.

La formación de su personalidad sexual inicia de manera muy simple por medio del auto descubrimiento y conocimiento de su cuerpo; es natural ver que los niños acostumbran manipular sus genitales, esto les genera alguna forma de sensación gratificante, ejecutando con esto su propia objetivación sexual, lo cual repercutirá en posteriores búsquedas de fuentes de placer<sup>178</sup>; luego de este proceso de auto descubrimiento, llegará a advertir, aunque de manera muy rudimentaria, las semejanzas y diferencias biológicas en relación a sus pares<sup>179</sup>. Esto ocurre en sus primeros años, en la primera infancia, continúa en la edad escolar hasta su consolidación en la adolescencia donde el niño hace el juicio sobre su identidad sexual apoyado sobre sus diferencias y semejanzas corporales y en las experiencias que ha tenido con sus padres y amigos<sup>180</sup>. Al juicio sobre su identidad sexual, es sobrepuesto el juicio de género en donde se autocalifica como hombre o mujer, identificando las características y habilidades

---

<sup>178</sup> Freud, Sigmund. «Sobre una degradación general de la vida erótica.», *GénEros* 1, n.º 2 (2016): 26–34. Sobre el particular el autor hace referencia como la designación del objeto sexual en pubertad dependerá de la correlación efectiva entre “el cariño” y “la sensualidad”, y de cómo eso afecta la reacción del hombre en la satisfacción sexual con su pareja. Es importante tomar en consideración la sucesión del desarrollo madurativo de la objetivación del placer sexual en la infancia, puesto que de ello dependerá su organización sexual definitiva.

<sup>179</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander. *Temas fundamentales de la niñez y adolescencia en la justicia penal juvenil*, 1a ed. (San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2013). El autor comentando la conducta sexual de los adolescentes indica que el objeto de la normativa penal es procurar el normal desarrollo de la personalidad sexual del niño, sin traumatismo que puedan afectar su libertad sexual futura. P. 89.

<sup>180</sup> «La construcción de identidades y su relación con la globalización cultural». “La búsqueda de la identidad se da cuando los estudiantes entran a la adolescencia, pues desarrollan capacidades para el pensamiento abstracto y para entender las perspectivas de los demás. Conforme los estudiantes se aproximan a la pubertad, ocurren cambios físicos aún mayores. De esta manera, con mentes y cuerpos en desarrollo, los adolescentes jóvenes deben enfrentar el problema crucial de desarrollar una identidad que les dé una base firme para la adultez.- El individuo ha desarrollado un sentido del sí mismo desde la infancia; no obstante, la adolescencia marca la primera vez en que se hace un esfuerzo consciente para responder una pregunta apremiante: “¿Quién soy?”. El conflicto que define esta etapa es la identidad versus la confusión de roles. La identidad se refiere a la organización de impulsos, habilidades, creencias e historias del individuo, en una imagen consistente del sí mismo..”.

esperadas en situaciones diversas, esta valoración está fundada en concepciones culturales y sociales más que en su aspecto corporal<sup>181</sup>.

En este proceso de formación de su personalidad sexual<sup>182</sup>, su identidad sexual, identidad de género, y sus variadas expresiones sexuales, juegan un importante papel la familia, el Estado y los medios de comunicación, quienes actuando en forma conjunta, separada o en franca oposición generan una personalidad sexual firme y saludable y menos vulnerable al abuso sexual o, contrariamente, una personalidad infantil o juvenil adicta al sexo que objetiviza las relaciones sexuales y propensa a ser abusador o abusado. La formación de la personalidad sexual del niño y adolescente, es lo que se denomina “educación sexual”, la cual constituye “... una herramienta fundamental para el libre desarrollo de la personalidad, es un componente de los derechos de los niños y es además un pilar de los derechos sexuales y reproductivos. El derecho a la educación sexual implica ante todo que está sea accesible, idónea y de calidad, lo que significa que sus contenidos se adapten a las necesidades propias de los estudiantes según su grado de desarrollo”<sup>183</sup>.

Ciencias como la Pedagogía y la Sociología demuestran que, cuando se invierte en educación, la ciudadanía se vuelve participativa, propositiva y se superan estadios de desarrollo en todos los niveles sociales; y cuando se hace referencia a una educación en sexualidad integral desde los primeros años en los niños, permitirá el empoderamiento de sus derechos y la defensa de los mismos.

---

<sup>181</sup> Oficina de las Naciones Unidas, «Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos» Pp. 16.

<sup>182</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander. Temas fundamentales de la niñez y adolescencia en la justicia penal juvenil. P. 86, el libre desarrollo de la personalidad es protegido desde la Constitución, y siendo que la sexualidad es un componente básico para la autorrealización personal, se debe prohibir y sancionar cualquier conducta que afecte la correcta formación de esta situación.

<sup>183</sup> Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 14 de la Ley 1146 de 2007 «Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente» (Sala Plena de la Corte Constitucional, Colombia 24 de febrero de 2016). P. 48.



### **3. Formación de la personalidad sexual**

#### **3.1 Rol de la familia**

La naturaleza gregaria del ser humano lo impulsa a vivir en compañía de otros, esto ocurre por la necesidad de protección, supervivencia y para alcanzar los objetivos o metas que individualmente no podrían lograrse. De esa manera, el ser humano se incorpora dentro una comunidad ya establecida en donde asimila conductas y actitudes con el propósito de ser aceptado; reconociendo, además, las consecuencias en caso de rechazarlas que puede ser sometido a la segregación u ostracismo. En cuanto a la familia, es el primer grupo social al cual se incorpora un ser humano, y constituye la base fundamental de la sociedad – Arts. 32 Cn., 17.1 CADH, y 9 LEPINA-; ésta es entendida no solamente la formada por padre y madre, o solo uno de ellos, y sus hijos, sino también la familia ampliada o multinuclear, Art. 5 CDN.

La familia desempeña un papel fundamental en la supervivencia y desarrollo de sus miembros, y es, además, la encargada de la construcción y fomento de valores y principios, los cuales son replicados en el entorno social. Si en la familia se fomenta valores y principios como: justicia, dignidad humana, tolerancia, amor, paz, respeto a los derechos humanos, observancia de las leyes, respeto a las opiniones, aceptación de las diferencias y solidaridad, entre otros valores; se tendrá una sociedad saludable; caso contrario, será una sociedad injusta, violenta, intolerante, llena de antivalores, en términos generales una sociedad enferma.

En las primeras etapas del desarrollo físico, emocional y psicológico, llamada primera infancia, el niño requiere el acompañamiento de los padres – cuando se hace referencia a padres, comprende tanto al padre como a la madre, salvo que se haga a uno de ellos en particular, Art. 18.1 CDN- o responsables de su cuidado quienes se encargan de proporcionar una formación integral que incluye la educación sexual; serán los padres, quienes dirigen y organizan la educación en sexualidad en consonancia con la evolución de sus facultades – Art. 32 inciso primero LEPINA-<sup>184</sup>. Si los padres logran afirmar sólidamente en sus hijos los fundamentos de la sexualidad, es altamente probable que el niño tenga un sano desarrollo

---

<sup>184</sup> «Orientaciones técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad. Enfoque basado en evidencia orientado a escuelas, docentes y educadores de la salud.» (Publicado por la UNESCO. UNESCO 2010., junio de 2010). P. 4.

físico, emocional, e intelectual en su vida individual y social<sup>185</sup>. Quien, si no los padres para enseñar a los hijos sobre autocuidado, salud, protección y sexualidad positiva – Art.18 CDN-, porque es la etapa en donde el niño comienza a conocerse físicamente a sí mismo frente a sus padres en su desnudez, sin escandalizarse o ruborizarse, aceptándose tal como es, expresando su sexualidad, y más que todo, fomentando su autoestima, cuidando su eficiencia y atractivo físico.

Los padres, consciente o inconsciente, educan sexualmente a sus hijos; este proceso deberá iniciarse lo más temprano que se pueda para lograr el empoderamiento del niño y para que pueda reconocerse cuándo esté inmerso en conductas sexuales abusivas<sup>186</sup>; el acercamiento de los padres a los niños en su primera infancia debe ser continuo; escuchando y fomentando un dialogo honesto, en donde el respeto a la opinión del niño sea fundamental conforme a su edad y madurez. Esta conversación sobre sexualidad, debe ser también transparente, sin hacer sentir incómodo al niño, ni mucho menos mostrarse incómodo ante él; ser consciente que aun con su silencio el niño se expresa, el silencio puede revelar mucho de un niño. Responder sinceramente al niño es fundamental, sin llegar a abrumarlo de información no requerida; los padres, deberán percibir la incomodidad que pueda generar este tipo de conversaciones y respetar el tiempo que el mismo niño ha determinado para escuchar la respuesta a sus inquietudes<sup>187</sup>.

La educación sexual planificada y guiada por los padres en la primera infancia no solo es vital, sino que en muchos casos, podría ser la única etapa en la cual la comunicación padre-hijo-hijo-padre es sin interferencias, donde el hijo busca como referente de conocimientos esa figura de autoridad y sabiduría próxima en sus padres, quienes más adelante, en la adolescencia, serán sustituidos por sus pares o adultos fuera del hogar. Ulteriormente, la enseñanza sexual, sexualidad saludable y responsable de la primera infancia, es continuada y aumentada progresivamente durante la adolescencia temprana y tardía, periodo en el cual se

---

<sup>185</sup> «Una aproximación a la situación de adolescentes y jóvenes en América Latina y El Caribe», Publicado en el de 2015.

<sup>186</sup> Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia CONNA, «“Estado de situación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en El Salvador”», diciembre de 2013. En el periodo de enero- agosto de 2012 se presentaron 436 denuncias por abuso sexual y 32 por explotación sexual comercial, siendo la población de niñas y adolescentes entre los 10 y 17 años la más afectada por este delito.

<sup>187</sup> «Consejos para padres sobre educación sexual», s. f., p://www.spapex.es/psi/educacion\_sexual.pdf.

experimentan por el niño rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva<sup>188</sup>. El adolescente, aunque no lo reconozca, continúa necesitado de conocimientos prácticos en su hogar, acompañado con conocimientos teóricos adquiridos ahí mismo, en la escuela o fuera de ella, y esto se debe a que su identidad sexual se encuentra en proceso de maduración, tal situación, los hace aún vulnerables a las presiones de los grupos que pertenece o aspira pertenecer, quienes ejercen una poderosa influencia sobre sus decisiones<sup>189</sup>.

La formación sexual integral del niño y adolescente, desde el seno familiar, en primer lugar, hace partícipe a los padres del desarrollo personal de sus hijos, cuidando y protegiéndoles para que la información que obtengan sea de personas que no solo participen, sino que se encuentran comprometidas con el bienestar del niño, evitando que sean sus pares o los medios de comunicación quienes asuman esa responsabilidad, transmitiéndole antivalores, conocimientos negativos sobre la sexualidad o conductas riesgosas para su salud física y emocional – Art. 211 CF-. Solo si los padres cumplen a cabalidad esta labor se reducirá la ignorancia sexual, la actividad sexual prematura, los embarazos no deseados y las infecciones de transmisión sexual como el VIH, en el mismo sentido, el abuso y la explotación sexual infantil<sup>190</sup>.

El reconocimiento legal que se hace a los padres sobre el derecho de informar e instruir a sus hijos en sexualidad de forma prioritaria; y el derecho de elegir el sistema educativo o la formación religiosa de sus hijos – Art. 32 inciso primero LEPINA y Art. 213 inciso segundo CF-, en ninguna manera, significa eximir a los hijos del derecho a la educación sexual, por la

---

<sup>188</sup> Asamblea Legislativa de El Salvador, «Ley de Prevención y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana, D. L. 588, D.O. No. 222, tomo 353», 24 de octubre de 2001. Art. 3 definiciones: “Sexualidad Responsable: Es aquella que asume con responsabilidad las consecuencias de un acto sexual y que no pone en riesgo la salud de las personas disminuyendo la posibilidad de que se pueda infectar, reinfectar, transmitir, o contraer Infecciones de Transmisión Sexual”.

<sup>189</sup> Comité de los Derechos del Niño, «Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2006)», Santiago de Chile: unicef. 2006. Observación general No. 4, 2003, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace un parafraseo del contenido del párrafo 2 que se refiere a la salud sexual de los adolescentes.

<sup>190</sup> *Ibíd.* observación general N° 3 (2003) El VIH/SIDA y los derechos del niño, párrafo 6. P. 60.

simple necesidad de mantener a ultranza las propias convicciones religiosas<sup>191</sup> o filosóficas de prácticas contrarias a los derechos humanos, o al interés superior del niño<sup>192</sup>. Educar en sexualidad "... no es la de alinear al individuo con un cúmulo de creencias sobre la sexualidad, sino la de proveer elementos objetivos para contribuir a su reflexión y a una más clara, racional y natural asunción de su corporeidad y subjetividad. Se estimula de esta manera que las elecciones y actitudes que se adopten -en un campo que pertenece por definición a la Intimidad y al libre desarrollo de la personalidad- sean conscientes y responsables"<sup>193</sup>. Entonces, la enseñanza en sexualidad de los padres hacia sus hijos debe contribuir sobre todo a fomentar la responsabilidad en toma de sus decisiones.

Las relaciones padres e hijos que se implementan por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño, si bien se orientan hacia un respeto mutuo, diálogo y negociación permanente, donde el niño es oído y participa activamente en la familia, priorizando la consideración del niño, evitando por completo los malos tratos, comprende, además, la enseñanza de los límites a los derechos, los cuales deben ser respetados, requiriéndose la obediencia de los hijos, y es que en la procura del bienestar del niño, incumbe a los padres

---

<sup>191</sup> «Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Segundo informe periódico que los Estados partes debían presentar en 1997», 27 de septiembre de 2011. Sobre el particular la Santa Sede como Estado soberano a quien se le pide informe sobre la situación de los derechos de la niñez ha afirmado su consideración que corresponderá a los padres la formación religiosa de sus hijos. Además, considera que respecto a los niños se debe fortalecer virtudes como la autodisciplina, la castidad, respetando el derecho y deber de los padres de formación religiosa de sus hijos en forma prioritaria.

<sup>192</sup> «Sentencia Sala de lo Constitucional de El Salvador. Amparo. 749-2014». "Los desafíos de las estrategias del MINSAL son: el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en adolescentes en una cultura con fundamentalismo religioso fuerte; el desconocimiento de parte de los y las adolescentes de género y derechos; el incremento del VIH que está afectando en forma ascendente a mujeres adolescentes; los altos índices de embarazos no deseados en adolescentes; el suicidio en adolescentes embarazadas; y el consentimiento informado para el uso de anticonceptivos en adolescentes (LEPINA)". "Para mejorar la salud de los adolescentes se propone lo siguiente: una educación integral de la sexualidad; servicios integrales de salud sexual y reproductiva; superar la brecha entre las áreas urbana y rural; y posicionar el Estado laico. Como parte de esta estrategia es importante superar ideas conservadoras y fundamentalistas". "Para deconstruir la sexualidad patriarcal, es necesario lograr una identidad de género femenina que controle su sexualidad, su reproducción a través del conocimiento de su cuerpo, dentro de una sociedad que le permita acceder a una información veraz y científica en el marco de los derechos humanos, incorporando las desigualdades de género y las determinantes sociales de las diferentes poblaciones".

<sup>193</sup> Cifuentes Muñoz, Eduardo, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, Libertad de enseñanzas versus derechos fundamentales (La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional 1992). Acción de tutela instaurada por - una madre- en representación de su hija, - contra - el Colegio- donde estudiaba. Bogotá D. C., ocho (8) de marzo de dos mil cuatro (2004). Sentencia T-220/04.

tomar decisiones que favorezcan el interés superior del niño, aun cuando se aparte considerablemente de la voluntad o deseos de aquel<sup>194</sup>.

### **3.2 Rol del Estado**

La situación de vulnerabilidad natural de la niñez y adolescencia por razón de su edad es agravada por las condiciones económicas, sociales y culturales que viven sus padres, esto escapa a su esfuerzo y entorpece su formación sexual<sup>195</sup>; la familia que le ha tocado a cada niño y adolescente, no es una institución aislada ni ajena a las dimensiones productivas y reproductivas de las sociedades; esa realidad, imprime un sello, el cual afecta directamente el poder para otorgar las mejores condiciones para el desarrollo de la personalidad sexual; condenándolos a reproducir los patrones culturales y sociales que podrían entrar en conflicto con la política nacional de protección integral de los niños – Art. 20 inciso final LEPINA, corresponsabilidad del Estado-.

Es acá, donde el Estado ejerce su papel de facilitador de una educación en sexualidad, formal e informal a los niños y adolescentes; esto lo realizará, por medio de programas eficaces que tomen en cuenta los estudios que sobre esta materia se han realizado, tanto a nivel nacional e internacional para otorgar la educación de acuerdo a los estándares internacionales, pero que esté en sintonía con la realidad en la cual coexisten aquellos<sup>196</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño, ha recomendado que los Estados suscritores de la Convención incorporen, dentro del pensum escolar, la educación sexual de carácter integral, lo

---

<sup>194</sup> Tercer Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, LOPNA (Universidad Católica Andrés, s. f.). Caracas, Año 2004, Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescentes, P. 133.

<sup>195</sup> Delgado Martín, Joaquín. «Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», documento elaborado como parte del Cumbre Judicial Iberoamericana dentro del marco de los trabajos en su edición XIV. “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

<sup>196</sup> «Observaciones Generales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño». Observación general 3, párrafo 16. “...los Estados están obligados a abstenerse de censurar, ocultar o tergiversar deliberadamente las informaciones relacionadas con la salud, incluidas la educación y la información sobre la sexualidad, y que, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6), deben velar por que el niño tenga la posibilidad de adquirir conocimientos y aptitudes que le protejan a él y a otros desde el momento en que empiece a manifestarse su sexualidad”

cual deberá realizarse, desde las primeras etapas de su formación y durante todo el itinerario educativo, brindando las herramientas necesarias al niño para tomar decisiones conforme al proyecto de vida que haya elegido, esto ante la preocupación mundial sobre el inicio temprano de la sexualidad, la elevada tasa de embarazos no deseados, la epidemia del VIH y la situación del aborto dentro de los jóvenes y adolescentes<sup>197</sup>.

La educación sexual que el Estado debe impartir debe tener como objetivo fundamental el desarrollo de la personalidad del niño, y esta solo se despliega, preparándole para la vida, en cuanto a la toma de decisiones ponderadas, y la asunción de sus consecuencias responsablemente<sup>198</sup>. En la elaboración de ese pensum, la Organización Panamericana de la Salud y la Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud han indicado que: “La educación sexual integral con una base científica debe iniciarse en épocas tempranas de la vida, debe ser adecuada para la edad y el grado de desarrollo y debe promover una actitud positiva hacia la sexualidad. La educación de la sexualidad también debe incluir el desarrollo de destrezas, además de la adquisición de conocimientos, ya que se ha reconocido que la información sexual por sí sola no basta”<sup>199</sup>.

En esta concepción de educación en sexualidad, debe primar una visión multidimensional, incorporando la consideración sobre los sentimientos, el respeto de los derechos de los otros en las relaciones interpersonales, la tolerancia, la adquisición de valores como la solidaridad y la justicia. Estos principios, deben ser enseñados desde la familia en la cual desarrolla su vida, sin reproducir estereotipos de género que provocan desigualdad en las relaciones<sup>200</sup>, evitando el reduccionismo en la educación en sexualidad al meramente biológico reproductivo—órganos reproductivos y métodos de prevención- o la limitada perspectiva de prevención de

---

<sup>197</sup> Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, «Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales», 23 de julio de 2010.

<sup>198</sup> del Niño, «Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2006)». Observación general No. 1, 2001 Propósitos de la educación. Párrafo 9..

<sup>199</sup> Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción. Actas de una reunión de consulta convocada por: Organización Panamericana de la salud (OPS) y Organización Mundial de la Salud (OMS), en colaboración con la Asociación Mundial de Sexología (WAS). Antigua Guatemala, Guatemala, 19 al 22 de mayo de 2000.

<sup>200</sup> Hodgkin y UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. P.105,

enfermedades de transmisión sexual<sup>201</sup>. Por este motivo, en caso de omitirse una educación sexual integral o que fuese teñida de prejuicios o inexactitudes, se atenta contra el bienestar de la niñez y adolescencia, incapacitándolos para el auto cuidado de la salud y vivir su sexualidad de manera positiva y responsable, consciente de sus necesidades y sobre todo de los derechos que corresponde a los demás– Art. 32 inc. 2º y 3º LEPINA-.

### **3.3 Rol de los medios de comunicación**

Además de la familia, la comunidad, el Estado y la escuela, en el desarrollo de la personalidad sexual del niño, tienen responsabilidad e influencia los medios de comunicación, quienes contribuyen en la función de educar en sexualidad a la niñez, la cual está cautiva del variado entretenimiento que ofrecen, en donde podrían ser considerados potenciales consumidores de productos y servicios.

La socialización de los medios de comunicación, mueve a los niños y adolescente, hacia la internalización de valores que pueden ir en dirección que la familia y el Estado pretenden, o podrían ir en sentido contrario a ellos, esto amerita tomarlos en cuenta para el desarrollo de protección integral del niño. Ante la realidad de la globalización de la información y los adelantos tecnológicos, los niños desde muy pequeñas edades, se encuentran identificados con actividades recreativas que incluye el uso de medios y plataformas digitales, conociendo las diversas manifestaciones culturales y artísticas de otras regiones del mundo. El uso de las redes sociales a diario, les permite interactuar en tiempo real con personas de todas partes del mundo, desde un computador o un dispositivo portátil puede ver videos, escuchar música, entre otras cosas<sup>202</sup>. La información que la niñez recibe, puede afectar en sentido negativo su conducta, al llevar a la realidad acciones violentas que se dan dentro en el mundo del entretenimiento, sin embargo, aún no puede diferenciar entre la realidad y la ficción<sup>203</sup>; de tal manera que, puede ser incitado al odio, al racismo, a la pornografía, a conductas de auto

---

<sup>201</sup> Libertad de enseñanzas versus derechos fundamentales (La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia 1992).

<sup>202</sup> Crowley, Isabel, Representante de UNICEF México, «Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación general 1 hasta la 17.» Observación General Número 17, parafraseando el contenido del párrafo 45.

<sup>203</sup> Maurás, Marta. «Derechos del niño y medios de comunicación», 2013. “los niños... son particularmente vulnerables a la presión del grupo y la publicidad puede ser un poderoso factor de influencia sobre su comportamiento y autoestima, por ejemplo, convirtiendo en “normales” conductas violentas o sexualizadas, o promoviendo ideales irreales de imagen corporal”.

puesta en peligro, al abuso sexual de otros niños o dar información para ser acosado sexualmente por personas que aparecen como niños pero en realidad son adultos<sup>204</sup>.

El diseño que desde la Convención sobre los Derechos del Niño, exige de los medios, es que sean guiados por todos los principios de protección integral, como el interés superior, la no discriminación, el desarrollo progresivo e igualdad de derechos; de tal modo que, cuando deciden sobre una publicación, una noticia o información, que incluya o no imágenes, deben procurar que no atente contra los derechos fundamentales del niño, aplicando su interés superior de forma primordial, sobre la libertad de información; de esta manera, habrá situaciones precisas, en donde se debe garantizar éste de forma individual o colectiva sobre ciertos contenidos publicitarios. En esta misma línea, la información que proveen los medios, debe promover el bienestar social, espiritual y moral del niño, incentivando su salud física y mental; ensanchando las fronteras de su conocimiento a fin de que logre desarrollar una mente crítica, pero respetuosa, de la diversidad cultural, sin olvidar las raíces de los pueblos originarios (Art. 17 CDN)<sup>205</sup>.

Bajo esta perspectiva, el niño no es un simple receptor de la información, es un interlocutor que tiene el derecho de expresar su opinión respecto del tipo de información que recibe; en tal caso, le asiste el derecho de denunciar a los medios, cuando se esté violentando alguno de sus derechos, haciéndolo personalmente o por medio de sus representantes, utilizando los canales institucionales que el Estado ha creado con dicho fin, sin más limitaciones que las prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás – Art. 13 CDN y Art. 98 LEPINA. Será contrario a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño – de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros- que los medios, influyan en el desarrollo de la personalidad sexual de la niñez, haciendo énfasis en estereotipos contrarios a los derechos humanos, incitando a la

---

<sup>204</sup> *Ibíd.* P. 12. Observación General Número 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, parafraseando el contenido del párrafo 31 c)

<sup>205</sup> *Ibíd.* Parafraseando el contenido del párrafo 47 de la Observación General No. 17. A veces sucede que los medios de comunicación por medio de su bombardeo masivo pretenden imponer una cultura única de referencia, con un idioma diferente al propio que genera desprecio a la propia cultura la cual se ve como no mayoritaria respecto de la cultura que se le transmite.



discriminación, a la hostilidad o a la violencia, o que muestren conductas explícitas o exposiciones pornográficas de los órganos sexuales con el fin de provocar excitación sexual por medios televisivos, periódicos e internet; o que hagan de la sexualidad objeto de burla o algo trivial– Arts. 19 y 20 PIDCP<sup>206</sup>.

A la luz de los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, los medios de comunicación, pueden ser sometidos a censura previa de sus contenidos por parte de los Estados, en aplicación de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que literalmente dice: “Art. 13 inciso 4: “la ley puede someter los espectáculos públicos a una censura previa, con el objetivo exclusivo de regular el acceso a ello, para la protección de la moral de la infancia y de la adolescencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2”. También, pueden ser castigados conforme al Art. 6 Cn que expresa: “Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan. [...] Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a la ley”.

El Art. 35 Cn. impone además al Estado la obligación de proteger la salud física, mental y moral de los niños; este mandato es desarrollado parcialmente en la legislación especializada, Ley de Protección Especial de la Niñez y Adolescencia en sus Arts. 96 y 97<sup>207</sup>, donde se establecen los criterios que se deben de seguir, por parte de los medios de comunicación, para la exposición y difusión de información que podría afectar o poner en peligro la integridad de

---

<sup>206</sup> Agencia de Noticias para los Derechos de la Infancia -ANDI- red ANDI América Latina, «La Regulación de los Medios de Comunicación y los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Un análisis del marco legal de 14 países latinoamericanos desde la perspectiva de la promoción y protección.», julio de 2010. P.40.

<sup>207</sup> «Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (LEPINA), D.L. 839 del día dieciséis de abril de 2009, D.O. No.68, tomo No. 383», accedido 6 de abril de 2015. Art. 96 “... se prohíbe: a) Difundir o facilitarles el acceso a espectáculos públicos, publicaciones, videos, grabaciones, programas televisivos, radiales y a cualquier otro medio de comunicación que contenga mensajes inadecuados o nocivos para su desarrollo y formación; b) Difundir información, programas, publicidad o propaganda inadecuada o nociva para aquéllos, en medios televisivos en horarios de franja familiar; y, c) Comercializar productos destinados a aquéllos con envoltorios o cubiertas que contengan imágenes, textos o mensajes inadecuados o nocivos para su desarrollo” Art. 97 “obligación de los medios de comunicación:... [...] deben destinar espacios para la difusión de los derechos, garantías y deberes de las niñas, niños y adolescentes... [...] difundir los programas y mensajes dirigidos exclusivamente a la niñez y adolescencia, atendiendo sus necesidades informativas, entre ellas las educativas, culturales, científicas, artísticas, recreativas y deportivas”

la niñez y adolescencia, y es que la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que los Estados han adoptado un paradigma de la protección integral de la niñez, de tal modo que, están facultados y obligados para estimular y defender el espíritu de dicho instrumento con medidas complementarias cuando los medios de comunicación se alejen o quebranten estos ideales, porque derechos como la libertad de expresión y del pensamiento, no son derechos absolutos.

Se precisa indicar que, no obstante la habilitación constitucional para imponer censura a los espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia se carece de legislación que desarrolle dicha potestad, por tanto, se debe utilizar la institucionalidad presente para proteger a la niñez, denunciando abusos ante los jueces especializados de la niñez y adolescencia o recurrir a la vía represiva penal que considera ilícita la exhibición de material pornográfico a los niños y adolescentes<sup>208</sup>.

La Observación General No. 17 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (Art. 31) párrafo 57 al respecto recomienda:

“La seguridad en línea. Deben introducirse medidas para promover el acceso y la accesibilidad en línea, así como la seguridad de los niños. Ello debe incluir medidas para empoderar e informar a los niños a fin de que puedan actuar en línea sin peligro y convertirse en ciudadanos seguros y responsables de los entornos digitales y denunciar el abuso o la actividad inadecuada, cuando los detecten. También se requieren medidas encaminadas a reducir la impunidad de los adultos que infligen malos tratos mediante la legislación y la cooperación internacional, limitar el acceso al material y las redes de juegos nocivos o prohibidos para los menores de edad; mejorar la información de los padres, los enseñantes y los responsables de la formulación de políticas para aumentar la conciencia sobre los daños que pueden generar los

---

<sup>208</sup> Sala de lo constitucional, CSJ, «Declaratoria de inconstitucionalidad del decreto ejecutivo No. 45 del 20-VIII-1948, D.O. No. 186, tomo 145 del Reglamento de Teatros, Cines, Radioteatros, Circos y demás espectáculos públicos.», s. f. por medio de esta declaratoria se ha dejado a la deriva la actuación del Estado quien a partir de la misma se encuentra inhibido de imponer sanciones vía régimen administrativo a quien con su conducta pudiese afectar o poner en peligro la integridad moral de los niños.

juegos violentos y elaborar estrategias con el fin de promover opciones más seguras y atractivas para los niños....[...].

La comercialización y los medios de comunicación. Deben adoptarse medidas encaminadas a: Revisar las políticas relativas a la comercialización de los juguetes y juegos infantiles, también a través de los programas de televisión para niños y la publicidad directamente relacionada con ellos, prestando particular atención a los que promuevan la violencia, la utilización de niñas o niños en forma sexual y el fortalecimiento de los estereotipos referentes al género y a la discapacidad; ....Limitar la exposición a la publicidad durante las horas de mayor audiencia infantil”.

## CAPITULO IV

### DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL DEL ADOLESCENTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y NACIONAL

SUMARIO: 1. Derecho a la libertad sexual del adolescente en el sistema internacional de protección de la niñez. 2. Derecho a la libertad sexual del adolescente en la Constitución de El Salvador. 3. Derecho a la libertad sexual del adolescente en el Código Penal en relación con las disposiciones legales que autorizan el matrimonio de niños en el Código de Familia.

#### **1. Derecho a la libertad sexual del adolescente en el sistema internacional de protección de la niñez**

Este subcapítulo, se hace un sucinto análisis de ciertos tratados internacionales básicos que tienen que ver con los adolescentes y su actividad sexual, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño y los Protocolos Facultativos que la complementan. En el mismo sentido, se cita algunas de las resoluciones y comentarios emitidos por los organismos creados para la verificación de su cumplimiento, con el propósito de determinar la viabilidad del reconocimiento del derecho a la libertad sexual, si fuera el caso, aun de forma excepcional, a favor de los adolescentes partiendo de los derechos sexuales y reproductivos reconocidos a los adultos. Se aclara que, varios de los instrumentos internacionales que se mencionan, no constituyen leyes de la República, consecuentemente, de conformidad a los principios del derecho internacional, no puede obligarse al Estado salvadoreño, para que los suscriba, puesto que, se respeta su independencia y soberanía, ni puede declararse responsable internacionalmente por la violación del contenido de dichos acuerdos o tratados internacionales<sup>209</sup>.

Con el objeto de determinar el reconocimiento del derecho a la libre actividad sexual de los Adolescentes, dentro del sistema de protección internacional, se requiere identificar el corpus iuris o conjunto de estándares jurídicos internacionales contenido de instrumentos jurídicos,

---

<sup>209</sup> «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados», 23 de mayo de 1969. Dicho documento internacional contiene las reglas del derecho internacional consuetudinario que para uniformizar las consecuencias de la suscripción de los mismos para los Estados firmantes. Adoptada por la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados de la ONU el 22-V-69, que entró en vigencia a nivel internacional el 27-I-80, conforme al Art. 84 de la misma, firmada por El Salvador el 16-II-70, aún no ratificada-

documentos, precedentes, y otros más que consignan las reglas, principios y valores que constituyen las directrices para la eficaz protección y desarrollo de la niñez y adolescencia<sup>210</sup>.

En sistema universal, se cuenta con los siguientes instrumentos, los cuales han sido discutidos y suscritos dentro del seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU):

1. Convención sobre los Derechos del niño;
2. Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación;
3. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía;
4. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados;
5. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones;
6. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, el cual complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
7. Convenio sobre el Consentimiento para Contraer Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonio adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1962 (resolución 1763 A (XVII))<sup>211</sup>; y

---

<sup>210</sup> Andreu, Federico, Carlos Ayala, Maria Belof, Claudio Nash, Carlos Pelayo, otros, «Convención Americana sobre los Derechos Humanos Comentarios» (Talleres Gráficos, Impreso en El Salvador, noviembre de 2014). P. 410, la Corte Interamericana de Derechos ha definido el corpus iuris del derecho internacional de protección de la niñez en la sentencia bajo la denominación de “niños de la calle”.

<sup>211</sup> «Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962». Este tratado internacional no ha sido suscrito ni ratificado por el Estado salvadoreño, consecuentemente no es vinculante.

8. Convención de la Haya de 1993 sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción.

En el sistema interamericano, bajo el amparo de la Organización de Estados Americanos (OEA) se citan los siguientes instrumentos:

- 1) Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>212</sup>;
- 2) Convención Interamericana sobre el Tráfico Ilegal de Menores;
- 3) Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores; y
- 4) Convención Interamericana sobre los Conflictos de Leyes en Adopción de Menores.

Para verificar el cumplimiento de los tratados relativos a la niñez – para el presente estudio la adolescencia-, las Naciones Unidas hacen uso del Comité de los Derechos del Niño, se abrevia en inglés CRC, sin embargo, sus decisiones u opiniones dictadas no son vinculantes, a menos que haya una aceptación voluntaria de los Estados de someterse a la competencia y a las decisiones del Comité en asuntos puntuales. Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), son los encargados de resolver sobre denuncias de particulares contra los Estados miembros del bloque interamericano, sus decisiones, a diferencia de las vertidas por el Comité de los Derechos del Niño, son obligatorias para los Estados, quienes han ratificado la competencia de estas instituciones supranacionales y, también, de manera indirecta, para el resto de Estados, quienes no pueden apartarse de los razonamientos y decisiones fijadas, al considerarse la Corte IDH como el máximo intérprete de la CIDH y del resto de tratados interamericanos sobre derechos humanos<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> «Convención americana sobre derechos humanos o pacto de San José, OEA, 1969. D.L. No. 319, fecha 30 de marzo de 1995, D.O. No. 82 tomo 327 del 5 de mayo de 1995». “Art. 19. Derechos del niño: todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiera por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

<sup>213</sup> Andreu, Federico, Carlos Ayala, Maria Belof, Claudio Nash, Carlos Pelayo, otros, «Convención Americana sobre los Derechos Humanos Comentarios». Los jueces y autoridades internas de los Estados americanos además de estar sujetos a las leyes nacionales se deben atener a las decisiones que dicte el máximo tribunal instituido a nivel americano para la protección de los derechos humanos.

Sobre el tema que ocupa esta investigación, el reconocimiento del derecho a la libre actividad sexual de los adolescentes, del contenido de los instrumentos de derechos humanos antes relacionados se constata lo siguiente:

- 1) En la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido el instrumento internacional por excelencia para el reconocimiento de todos los derechos que les corresponde a los adultos, también son titulares los niños; instrumento que ha tenido una aceptación casi unánime de los Estados miembros de la ONU, en cuanto a la actividad sexual de la niñez en forma genérica se limita, a la exigencia para con los Estados de políticas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para la protección del niño contra toda forma de perjuicio o abuso sexual ( Art. 19 CDN).
- 2) En el Protocolo Facultativo que complementa dicha Convención relativo a la Venta de niños, Prostitución Infantil y Utilización de Niños en Pornografía, este instrumento reitera la situación de vulnerabilidad del niño e impone el compromiso de los Estados en la reducción de condiciones sociales que permiten este tipo de conductas delictivas como el subdesarrollo, la pobreza, la disfunción familiar, la discriminación por razones de sexo que convierten al niño en sensible a la delincuencia; señalando que, si se combate de manera efectiva estos problemas, se reducirá significativamente la victimización del niño.
- 3) El Convenio 182 de la OIT, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, este afronta la temática declarando para los efectos de este Convenio, como una de “las peores formas de trabajo infantil” la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas (Art. 3 letra b).
- 4) En el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, el cual complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, dada la situación de vulnerabilidad del niño y con objetivo de protegerlo contra este flagelo internacional, se afirma que, bajo ningún motivo se podría considerar válido el consentimiento obtenido para someter al niño a explotación sexual recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto,

al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

- 5) El Convenio sobre el Consentimiento para Contraer Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1962, se refiere al tema cuando dispone en 18 años la edad mínima para que los Estados autoricen el matrimonio, con el objetivo de erradicar costumbres contrarias a los derechos humanos, tal cual, son los matrimonios infantiles<sup>214</sup>, forzosos o ilegales, los cuales atentan con el derecho de igualdad dentro del matrimonio y el derecho de elegir con quien contraer matrimonio; haciendo énfasis en la persona de la niña, quien ha sido afectada por dichos matrimonios<sup>215</sup>.
- 6) La Convención Interamericana sobre el Tráfico Ilegal de Menores, en la misma línea, se decanta por crear una normativa continental de protección integral y efectiva, para el combate del tráfico internacional de menores con propósitos de explotación sexual y prostitución infantil.
- 7) la Convención de la Haya de 1993 sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción, la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre los Conflictos de Leyes en Adopción de Menores, en manera alguna, hacen referencia a la temática de la sexualidad en la adolescencia.

---

<sup>214</sup> «Un análisis sobre los matrimonios forzados: De la tradición a la ilegalidad Anna Ordóñez Godino». “El matrimonio forzado “abarca el matrimonio como esclavitud, matrimonio concertado, el matrimonio tradicional, el matrimonio por razones de costumbre, la conveniencia o la respetabilidad percibida, el matrimonio infantil, el matrimonio precoz, los matrimonios ficticios, el matrimonio por conveniencia, el matrimonio no consumado, el matrimonio putativo, el matrimonio para adquirir la nacionalidad y el matrimonio indeseable”

<sup>215</sup> «Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962». Mediante dicho instrumento se reconoce el derecho a casarse en la edad núbil, mediante el libre y pleno consentimiento de los contrayentes, y adicional a dicho convenio su recomendación para la edad mínima (resolución 2018 (XX) bajo el epígrafe de principios dice “Principio II Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad”.



Del contenido de estos instrumentos, se observa que, ninguno se refiere al derecho a la libre actividad sexual de los adolescentes, ni aun de manera excepcional, como conducta lícita a reglar en el sistema de Naciones Unidas y en el sistema interamericano, mucho menos, al otorgamiento del resto de derechos sexuales y reproductivos a su favor; al contrario, lo que se propone es la exigencia de mecanismos de protección contra el abuso sexual, la pornografía y la prostitución infantil. El mismo fenómeno, se presenta en el sistema africano con la Carta Africana de Derechos y el Bienestar del Niño<sup>216</sup>; y en sistema europeo de protección con el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual<sup>217</sup>, en ambos instrumentos, el objetivo es la prevención y combate de la explotación sexual, pornografía, prostitución infantil y abuso sexual.

En el sistema europeo, junto con el Convenio citado en líneas anteriores, se adiciona la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 2011, en la lucha contra el abuso sexual, la prostitución infantil y explotación sexual de la niñez en los Estados miembros<sup>218</sup>. Con la particularidad de que esta Directiva en su considerando 20 reconoce: “la presente Directiva no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación. Estas cuestiones quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva”<sup>219</sup>; haciendo una clara distinción entre los actos

---

<sup>216</sup> «Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.» Artículos 16 y 27, hacen énfasis en brindar protección a la niñez víctima del abuso sexual, prostitución infantil y explotación sexual, y el compromiso de los Estados de darle cumplimiento a los principios de máxima protección del niño

<sup>217</sup> Consejo de Europa, «Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. (conocido como Convenio de Lanzarote)», 25 de octubre de 2007.

<sup>218</sup> Parlamento Europeo, «Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.», 13 de diciembre de 2011. Artículo 8 Actos de carácter sexual consentidos 1. Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4, será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos.

<sup>219</sup> «Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe». “Las actividades sexuales también se consideran un abuso cuando se cometan contra un niño/niña por otro niño, si el niño ofensor es considerablemente mayor que el niño/niña víctima o utiliza el poder, amenaza, o cualquier otro medio de presión”.

de carácter sexual consentidos y la actividad sexual abusiva caracterizada por la manipulación o coacción por la desigualdad de poder de los intervinientes<sup>220</sup>.

Sobre este mismo asunto, es de citar lo dispuesto en el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que haciendo un sumario de los incidentes ocurridos durante la elaboración de este instrumento refiere lo siguiente: “Durante la elaboración de lo que se convirtió en el artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que había propuesto la inclusión de un artículo sobre la protección de los niños contra la explotación, incluyendo, en particular, la explotación sexual, declaró que el propósito no era regular la vida sexual de los niños, sino más bien combatir la explotación sexual de los niños. Durante la redacción hubo un intento fallido de eliminar la palabra "ilegal" del párrafo (a), lo que hubiera implicado, de acuerdo con la definición de un(sic) niño de la Convención, que toda actividad sexual con menores de 18 años de edad debía ser evitado (E / CN.4 / 1987/25, PP. 15 a 24; Detrick, p 434)”<sup>221</sup> quedando el texto de la manera siguiente: “a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal”<sup>222</sup>.

Cabe recordar que en capítulo I, se evidenció que los instrumentos internacionales de derechos humanos, no hacen alusión a los derechos sexuales y reproductivos, incluso para los adultos; únicamente, la sexualidad es mencionada dentro de los grandes temas de salud sexual y salud reproductiva, o prevención de enfermedades de transmisión sexual; y están orientadas a políticas de protección primordialmente de la mujer, ante el abuso sexual, acoso sexual, prostitución forzada, tráfico de personas, eliminación de prácticas discriminatorias por razones

---

<sup>220</sup> Couso, Jaime. «La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal», 2009. Pueden considerarse contactos abusivos con niños o adolescentes cuando se enmarcan en situaciones estructurales que no dejan espacio para la expresión de la autonomía. Se consideran abusivos contactos sexuales con niños o adolescentes que no aparecen directamente como coercitivos, pero que se enmarcan en situaciones estructurales que no dejan espacio suficiente para expresiones de autonomía, por ejemplo, dependencia económica, familiar, moral.

<sup>221</sup> Hodgkin y UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. P. 556 del texto traducido al español.

<sup>222</sup> *Ibíd.* P. 533. Sobre el contenido del abuso sexual indica “La definición de abuso sexual de los niños cubre más de las actividades no consensuados, incluyendo actividades sexuales con niños menores de la edad de consentimiento, incluso si el niño se mostró dispuesta o incluso inició la actividad”

de sexo y género, pero no dentro del abordaje de derechos subjetivos sexuales propiamente dicho<sup>223</sup>.

Difícilmente, han sido reconocidos ciertos derechos por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, cuyas decisiones refrescan el acervo jurídico, innovan el derecho e implementan nuevas formas o mecanismo de protección, los cuales, si bien no son vinculantes, reflejan el estado de discusión en el momento presente, su contenido podrá ser tomado en cuenta por los Estados, a través de sus legislaciones o por medio de precedentes jurisprudenciales, siendo que se han asentado en tratados internacionales que son comunes.

A continuación, se citan algunos precedentes dictados por organismos internacionales que hacen referencia a alguno de los derechos sexuales y derechos reproductivos.

- 1) El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas condenó al Estado peruano por haber negado a una adolescente de 17 años el derecho sobre su propio cuerpo e interrumpir un embarazo de 19 semanas de un feto anencefálico, por los sufrimientos causados a la afectada, invasión a su vida privada, por falta de apoyo y recursos adecuados tanto médicos y terapéuticos, constituyendo violaciones a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 7, 17 y 24).
- 2) El mismo Comité condenó a Australia en el caso Nicholas Toonen contra las leyes australianas que prohibían las conductas homosexuales aun siendo consentidas, por violentar el derecho a la vida privada sexual entre adultos sin importar su inclinación sexual, al consentir un trato discriminatorio y consecuentemente se violentaba el Art. 2 párrafo primero y Art. 26 del PIDCP.
- 3) En el proceso conocido por el Comité Interamericano de Derechos Humanos a favor del reconocimiento de los derechos reproductivos que eran violentados por parte del Estado

---

<sup>223</sup> «Instrumentos Universales de los derechos humanos», accedido 5 de abril de 2016. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y su Protocolo Facultativo, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional. En el ámbito interamericano podemos anotar: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres.

peruano al someter a ligaduras del trompa a una mujer sin haber sido informada previamente de las condiciones de la operación; este caso, fue resuelto por acuerdo entre los demandantes y el Estado denunciado; en dicho proceso se reclamaba la vulneración de los derechos a la vida, a la integridad personal y la igualdad ante la ley contenidos en los Arts. 4, 5 y 24 de la CADH, y los Arts. 3, 4, 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer; además los Arts. 3 y 10 del Pacto adicional a dicha Convención.

4) En la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación a los derechos humanos como son el derecho a una vida privada que se relaciona con el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo que involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer este derecho en el expediente *Artavia Murillo vs el Estado de Costa Rica* que había decretado una ley para la prohibición absoluta de la fertilización *In Vitro* a parejas con discapacidad reproductiva en Costa Rica; la violación ha consistido en la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que intentaban en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

5) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación del Art. 1 CIDH al sancionarse disciplinariamente a la jueza chilena por razón de su orientación sexual. El Estado chileno había argumentado que no había consenso internacional en relación al Art. 1 de la citada Convención sobre las diversas formas de discriminación, por lo cual no existía prohibición alguna. La Corte le indicó que la interpretación cabe cualquier tipo de discriminación incluida la orientación sexual, al usar la palabra “sexo”, además que el ámbito de discrecionalidad de los Estados no validaba la perpetuación de formas de discriminación históricas y culturales que afectaban un aspecto esencial de la persona humana.

Se reconoce que, en la comunidad internacional, no está firme el compromiso de tratar sobre la actividad sexual de adultos, de los niños y adolescentes, sin referirse necesariamente a conductas abusivas o coactivas; reduciendo su labor a la prevención y eliminación de prácticas que atentan contra los derechos fundamentales. En caso de la niñez y adolescencia, es común

en todas las regiones el combate a conductas sexuales coactivas tales como: El abuso sexual<sup>224</sup>, la pornografía infantil, la prostitución infantil<sup>225</sup>, la explotación sexual<sup>226</sup>, y recientemente la modalidad de turismo sexual<sup>227</sup>.

## **2. Derecho a la libertad sexual del adolescente en la Constitución de El Salvador**

A diferencia de las concepciones positivistas clásicas del derecho, en el derecho contemporáneo salvadoreño se admite que la Constitución de El Salvador, es sobre todo una norma jurídica, pero más que ello, es una norma cualitativamente distinta que está sobre el resto del ordenamiento jurídico. Su texto, es la expresión de la decisión política e ideológica en un momento histórico y social determinado, a la cual le apuesta el Estado; y es el legislador constituyente, quien la concibe en representación de la voluntad del soberano, “la voz histórica del pueblo reducida a documento”<sup>228</sup>; no obstante, una vez salida del vientre creador adquiere vida independiente. Esta contiene, principios básicos y generales, y un sistema de valores y reglas, las cuales irradian directamente en las leyes inferiores; marca los fines esenciales del Estado, es el programa que el Estado ha considerado esencial<sup>229</sup>. En este asunto, el constituyente salvadoreño decidió seguir la doctrina personalista-humanista en la organización

---

<sup>224</sup> P. Horno, Ana Santos, y C. Molino, «Abuso sexual infantil: manual de formación para profesionales», Madrid. Save the Children España, 2001. P. 15. “Abuso Sexual. “... Contactos e interacciones entre un niño y un adulto cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual puede ser también cometido por una persona menor de 18 años cuando esta es significativamente mayor que el niño (víctima) o cuando el agresor está en una posición de poder o control sobre otro”. Definición aportada por National Center of Child Abuse and Neglect (1978).

<sup>225</sup> «Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Fecha de Publicación 23-03-2004, D.O. No. 57, Tomo 362, D.L. 25-02-2004.», s. f. “Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Por utilización de niños en la pornografía se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”

<sup>226</sup> «Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes».

<sup>227</sup> *Ibíd.* P. 1. “Turismo sexual con niños, niñas y adolescentes. Es la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes por personas que viajan de sus países de origen a otro, que por lo general es menos desarrollado y percibido como permisivo, para involucrarse en actividades sexuales con niños, niñas y adolescentes de forma anónima e impune. (La explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y adolescentes: una mirada desde Centroamérica. ECPAT Internacional)”

<sup>228</sup> *Ibíd.* Pp. 82-83.

<sup>229</sup> *Ibíd.* Pp. 77-78.

jurídica de la sociedad, en donde la persona humana, no solo es el objeto y fin de la actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad<sup>230</sup>.

La Constitución, comprende no solo un programa a seguir o las reglas de formación de las leyes, además, establece los contenidos mínimos de los derechos fundamentales ahí indicados, los cuales son indisponibles por la voluntad de los Estados; constituyen un límite objetivo a la soberanía estatal, la cual que se autoimpone para entrar en el concierto mundial del derecho internacional de los derechos humanos<sup>231</sup>. Los derechos contenidos en las constituciones, a pesar de ser derechos fundamentales, no son absolutos, por ende, pueden ser limitados o ponderados<sup>232</sup>. Esta labor ponderativa bajo el examen de proporcionalidad, exige la elección de la medida que permite el mayor disfrute posible de derechos fundamentales, a aquella que pretende limitarlos, o la elección de las medidas menos gravosas o desplazar aquellas que son desproporcionadas<sup>233</sup>.

Los derechos fundamentales, llamados también Derechos Individuales, Derechos del Hombre, Garantías Individuales o Garantías Fundamentales, son la expresión de la soberanía de la persona humana reservada y no delegada a las autoridades. Además, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público, diseñadas en favor de los gobernados; su propósito, es ante todo, un mínimo de libertad a la persona protegida y tutelada por el Estado<sup>234</sup>, tal como lo expone la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, desde ningún punto de vista es admisible suprimirlos, siendo que solamente la Constitución, únicamente puede establecer excepciones o circunstancias especiales bajo los cuales se puede

---

<sup>230</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú (s. f.). La personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana, emanados del Derecho Internacional, - por otro lado, el corpus juris de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no más condicionada al derecho emanado del poder público estatal" (párr. 46-47 y 49-50.)

<sup>231</sup> *Ibíd.* P.118.

<sup>232</sup> Inconstitucionalidad del art. 205 inciso 2o del Código Electoral, No. 17-2008 (Sala de lo Constitucional CSJ 15 horas del 20-2 de 2013). P. 10.

<sup>233</sup> Díaz García, L. Iván. «La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales», *Revista de derecho (Valparaíso)*, n.º 36 (2011): 167–206.

<sup>234</sup> Gutiérrez Castro, «“Catálogo de Jurisprudencia»». Pp.122-123.

restringir estos derechos fundamentales<sup>235</sup>. La jurisprudencia constitucional en cuanto a los derechos fundamentales indica: “...se conceptualizan como facultades concedidas por el orden jurídico en favor de un sujeto para imponerse coercitivamente a otro u otros, quienes a su vez se encuentran obligados correlativamente a satisfacer sus pretensiones”<sup>236</sup>.

La Constitución de El Salvador, reconoce en el Título II los derechos y garantías consideradas fundamentales para la existencia humana e integrante de la esfera jurídica de las personas, sin que sea considerado un catálogo cerrado, son esenciales y de imperiosa necesidad su reconocimiento al supremo nivel jurídico<sup>237</sup>. Dicho cuerpo normativo, contempla otros derechos, entre los varios a mencionar están: los derechos sociales, derechos colectivos, derechos políticos, los cuales al estar contenidos dentro del texto constitucional pueden ser reclamados por la vía ordinaria o mediante los procedimientos especiales e instancias creadas para tal efecto<sup>238</sup>.

Coexisten, sin embargo, otros derechos fundamentales para la doctrina y/o que están incorporados en instrumentos internacionales o regionales de derechos humanos, pero no reconocidos explícitamente por el constituyente; cuando esto sucede, se cae en la cuenta del peso de la soberanía de los Estados, y voluntad de los gobernantes, quienes deciden su incorporación al texto de la legislación interna; seguidamente, no está garantizada su eficacia, otorgándose al legislador la facultad de incorporar nuevos derechos fundamentales al ordenamiento jurídico interno utilizando los siguientes medios:

- 1) Promulgando leyes de conformidad con la potestad de libre configuración por medio de la cual crea, regula el contenido y fija los límites de su ejercicio; el legislador tiene amplia discrecionalidad para crear normas y toma como marco de referencia los parámetros

---

<sup>235</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad, No. 534-2002 (s. f.). Máxima 13. Corresponderá en primer término al legislador concretar el alcance de estos derechos fundamentales en las relaciones horizontales o entre particulares mediante la regulación del contenido y las condiciones del ejercicio de los mismos, fijando las pautas para una correcta articulación entre el derecho que se trate y los bienes o derechos con los que pueda entrar en conflicto, otorgando preferencias que dependerá del caso concreto” (Sentencia de inconstitucionalidad de 21-IX-2011, No. 16-2005).

<sup>236</sup> «Constitución y jurisprudencia constitucional» .P. 7.

<sup>237</sup> González Bonilla, Rodolfo. Constitución de la República con Jurisprudencia. P. 5.

<sup>238</sup> *Ibíd.* P. 263. Cuando los derechos reconocidos en el texto constitucional fueren violentados o no reconocidos, el agraviado pueden acudir ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para que sean restituidos por medio del amparo o habeas corpus. Arts. 247 CN.

materiales y procesales; se confía que dichas leyes persigan un fin legítimo que no esté proscrito por la ley suprema o que sea manifiestamente incongruente con su trasfondo filosófico; y,

- 2) Por medio del procedimiento especial ratificando los convenios o tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Ejecutivo<sup>239</sup>.

No se debe pasar por alto la concreción de ciertos derechos fundamentales implícitos que han surgido por medio de resoluciones dictadas por el máximo tribunal de justicia de El Salvador<sup>240</sup>.

Sobre el reconocimiento de derechos humanos de forma implícita por parte del máximo tribunal constitucional de El Salvador, es visto como un medio para que pueda vía interpretación del texto constitucional acreditar la existencia de nuevos derechos humanos, entre ellos derechos como la autonomía reproductiva como cita en la jurisprudencia antes dicha. Ahora bien, ha habido un fuerte debate jurídico sobre la viabilidad de reconocer derechos sexuales, como derecho sobre su propio cuerpo, en caso de las mujeres que declaran la necesidad de interrumpir el embarazo en casos puntuales.

Los derechos humanos contenidos en los tratados o convenios internacionales, a diferencia de los derechos constitucionales, en cuanto a su jerarquía, están posicionados a nivel infraconstitucional, no gozan del mismo status; seguidamente, no pueden abrogar o modificar el texto constitucional<sup>241</sup>. Sin embargo, el constituyente les posicionó supra legal a las leyes

---

<sup>239</sup> «Constitución y jurisprudencia constitucional». art. 146. El legislador también puede denegarlos, por razones puntuales como la lesión o menoscabo de la soberanía, independencia de la Republica o afectación de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

<sup>240</sup> Reconocimiento del derecho al medio ambiente sano, No. Amparo 242-2001 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 26 de junio de 2003). Máxima 13: “Se habla de derechos fundamentales explícitos cuando su enunciado formal en la Constitución se produce mediante normas expresas”. Máxima 14: “Existen disposiciones constitucionales en las cuales el enunciado formal de la norma no contempla expresamente el derecho, pero se puede desprender de su contexto axiológico o del contenido material de la Constitución; ello corresponde a los derechos fundamentales implícitos

<sup>241</sup> Es a partir de la Constitución de 1983 que reconoce a los tratados internacionales suscritos y ratificados se constituyen como leyes de la Republica y da preferencia a los mismos sobre las leyes secundarias que se oponen a ellos, art. 144 CN 1983



secundarias, de modo que, son preferidos en caso de colisión entre ellos<sup>242</sup>. Los derechos reconocidos por medio de decretos legislativos, pueden ser modificados o derogados por un procedimiento similar a su creación; en cambio, los derechos surgidos de los tratados internacionales, para que sean revocados, deberá hacerse mediante la denuncia de dicho tratado, con las consecuencias políticas y económicas que trae consigo su abandono.

En relación con la protección y desarrollo de los derechos de la niñez y adolescencia, el constituyente impuso en el Art. 34 Cn. como obligación del Estado, otorgarles el derecho a vivir en condiciones que le permitan su desarrollo integral, lo cual a la vez se complementa con el inciso segundo del Art. 35 Cn., el cual estipula un trato discriminatorio, con el fin de superar las diferencias naturales que les separan de los adultos<sup>243</sup>.

Por lo que toca a los Derechos Sexuales, la libertad sexual de la persona humana en particular, y los Derechos Reproductivos, carecen de reconocimiento constitucional e infraconstitucional que regule de forma sistemática su contenido, clasificación y ejercicio, por lo cual, subsiste la potestad del legislador de ratificar aquellos tratados suscritos por el Órgano Ejecutivo que los contengan, o proceder a su normativización tomando en cuenta los tratados, jurisprudencia nacional o internacional, recomendaciones u opiniones vertidas por comités internacionales que sobre dicha temática han dado sus pronunciamiento que tienen peso moral por la autoridad de quien las emite<sup>244</sup>. Sin embargo, a pesar del vacío expresado, algunos Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos son reconocidos explícitamente en la legislación y jurisprudencia nacional:

---

<sup>242</sup> Henderson, Humberto. «Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine», Revista IIDH 39 (2004): 71–99. los tratados internacionales bajo el sistema monista que acepta la Constitución incorpora automáticamente al ordenamiento jurídico los tratados internacionales de derechos humanos, a diferencia del sistema dualista que exige el reescribir los tratados en la legislación interna.

<sup>243</sup> Constitución de la República con Jurisprudencia. Pág. 28.

<sup>244</sup> Rocío Villanueva Flores, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tomo 2, Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008). Al momento presente sólo la constitución ecuatoriana ha reconocido la existencia de tales derechos. P.169 y siguientes.

- 1) Derecho a la libertad sexual, reconocido a los adultos hombres y mujeres. Título II capítulo IV Código Penal de 1998<sup>245</sup>.
- 2) Derecho de la mujer a la libertad y autonomía sexual y derecho a la identidad sexual, Art. 5 la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (LEIV), Art. 3 Ley de Prevención y Control de la Infección Provocada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana; y Art. 3 de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar.
- 3) Derecho de las mujeres a ser educadas libres de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, Art. 2 inciso primero parte final de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres.
- 4) Derecho a la integridad sexual<sup>246</sup>, reconocido al niño, niña y adolescente. Art. 37 LEPINA.
- 5) Derecho al matrimonio voluntario y derecho a establecer una familia, para los mayores de 18 años y a los adolescentes en casos excepcionales. Arts. 6 y 12 C.F
- 6) Derecho a la información y educación sexual del niño, niña y adolescente, Art. 32 LEPINA.

---

<sup>245</sup> Tenca, Adrián Marcelo. Delitos sexuales (Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001). Prólogo XI. Para conocer cuál es el bien jurídico objeto de protección el derecho penal, regularmente se recurren al nombre del título por ejemplo el bien jurídico “vida” es guía para entender los tipos penales descritos en el capítulo relativo a los delitos contra la vida. Cuando llegamos al capítulo relativo a la libertad sexual, se entenderá que cada uno de los tipos penales tendrá precisamente dicho objetivo. La regulación en cuanto a los delitos en contra de la libertad sexual del actual Código Penal, distingue el contenido de dicho capitulado, de modo que, para entender cada disposición legal por él contenida, se torna necesario acudir al estudio del epígrafe, el cual no ha sido el mismo en todo momento; “libertad sexual”, el Código Penal de 1974 en su título III los denominada “delitos contra el Pudor y Libertad Sexual. Hasta hace relativamente pocas décadas era inconcebible el reclamo del disfrute de una vida sexual libre de violencia y/o coerción, el sexo forzado dentro o fuera del matrimonio estaba fuera del reconocimiento legal; y solo se exteriorizaba al público cuando se denunciaba un hecho punible, sometiendo a procesos públicos que en mayoría de los casos terminaban en absoluciones al agresor y vilipendio al agredido o agredida; aunque los tipos penales se referían a delitos contra la libertad sexual, esto era lo menos que se discutía, más bien la prueba versaba en cuanto a la honradez, honestidad y castidad de la víctima, se saca a la luz asuntos de vida íntima y privada de la víctima sin que nadie se pronunciase al respecto.

<sup>246</sup> Orts Berenguer, Enrique. Delitos contra la libertad sexual, Alternativa, s (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995). “...Como bien lo señala PANDOLFI, la palabra “integridad” en su segunda acepción, referida a lo sexual, significa virginidad y la palabra “íntegro”, también en su segunda acepción, significa recto, probo, intachable...”

- 7) Derecho a la maternidad segura y voluntaria, de la niña y adolescente, Art. 24 LEPINA, Arts. 110, 113, 309 Código de Trabajo, Art. 48 Código de Salud y lo indicado en el Plan estratégico nacional de salud sexual y reproductiva 2010-2015, con miras a la prevención del embarazo adolescente.
- 8) Derecho a la salud sexual y reproductiva del niño, niña y adolescente, Art. 32 LEPINA.
- 9) Derecho a la salud reproductiva y la autodeterminación reproductiva del adolescente. Sentencia definitiva 749-2014 Amparo Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de marzo de 2015<sup>247</sup>.

Los restantes derechos sexuales y derechos reproductivos, desarrollados anteriormente, no se encuentran normativizados en la legislación y/o reconocidos en la jurisprudencia nacional; esta omisión legislativa, genera exclusión y obstaculiza el acceso a la justicia, puesto que en El Salvador siendo heredero de la tradición positivista del Derecho<sup>248</sup> dificulta su reclamación, al ser invisibilizaba su existencia, esto permite a los Estados determinar discrecional, y hasta arbitrariamente, la titularidad y contenido de los derechos humanos, soslayando su fuente iusnaturalista; sugiriendo muchas veces que constituyen una concesión y no como el reconocimiento<sup>249</sup>.

### **3. Derecho a la libertad sexual del adolescente en el Código Penal en relación con las disposiciones legales que autorizan el matrimonio de niños en el Código de Familia**

Primero, habrá que considerar si tiene protección constitucional y legal, aquellos comportamientos o manifestaciones sexuales de niños y adolescentes, los cuales que se dan en

---

<sup>247</sup> Sala de lo Constitucional, «Sentencia sobre las esterilizaciones forzadas. Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador.», 11 de marzo de 2015. Considerada un hito en la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer al traer a discusión un tema fundamental con el derecho de la mujer a decidir sobre el momento para ejercer su derecho reproductivo de forma individual sin tener que consultar a terceras personas sobre su derecho al propio cuerpo.

<sup>248</sup> Henríquez, “Los ‘derechos humanos’ y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo”. “Para el positivismo metodológico, pues, los llamados “derechos humanos” tienen un carácter primordialmente moral, sin perjuicio de que pueda haber derechos jurídicos correlativos en los sistemas jurídicos positivos, ya sea de carácter internacional o alguno estatal. Lo que el iuspositivismo rechaza, a diferencia del iusnaturalismo, son posiciones acerca de derechos subjetivos que sean empíricamente verificables sobre la base de las normas jurídicas positivas”.

<sup>249</sup> Bastida et al., Francisco J. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 (Tecnos, 2004). P. 20.

solitario y que le producen complacencia como parte del descubrimiento espontáneo de su sexualidad o influido por sus pares o mayores que acompañan o adelantan este proceso, por ejemplo, caricias en los genitales o masturbación. Estas manifestaciones, las que se realizan en un ámbito estrictamente privado, delimitado voluntariamente por éstos, tienen como propósito alcanzar su propio placer, el cual es un instinto esencial para la especie humana que logra su gratificación. En esos momentos y lugares, se evidencia la confluencia de factores biológicos, psicológicos, culturales, éticos, entre otros; que le permiten la formación de su propia identidad sexual.

El auto descubrimiento, potencia el desarrollo de su personalidad, identidad sexual e intimidad, área en la cual los padres no pueden intervenir de forma arbitraria, alegando inmoralidad de esas conductas o que afectan el bienestar físico, psicológico y emocional del niño producto de la cosificación sexual que hace de sí mismo; claro está, habrá una atención y orientación previa de los padres; sin embargo, no pueden anular o limitar su ejercicio. En respuesta a estas expresiones, el Estado debe permitir que los niños y adolescentes practiquen o descubran su sexualidad, de acuerdo con su edad, capacidad natural y grado de madurez que presentan; para lo cual, está obligado a dar información completa, oportuna y adecuada de una sexualidad positiva, sana y responsable, y diferenciarla de una sexualidad abusiva, la cual incluye tocamientos sexuales inapropiados; la información requerida, además, debe incluir la salud reproductiva<sup>250</sup>.

Esta labor positiva del Estado, comprende la apertura de fuentes de información científica, sobre el conocimiento de su propio cuerpo “su yo” y la forma de ejercitar su sexualidad libre de tabúes o estereotipos de género, sin que se ponga en riesgo su salud física o mental; los niños y adolescentes, están facultados para el ejercicio directo de aquellos derechos que tienen que ver con ese ámbito íntimo de su sexualidad, consecuentemente, les asiste el derecho a la privacidad, intimidad, y al honor; todos ellos, en el ámbito sexual, acompañada del derecho a la información y educación sobre sexualidad, lo mismo que a los adultos, ejercitándolos

---

<sup>250</sup> Andreu, Federico, Carlos Ayala, María Belof, Claudio Nash, Carlos Pelayo, otros, «Convención Americana sobre los Derechos Humanos Comentarios». La Corte IDH ha determinado que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para “remover” los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. [... ]

conforme su edad avanza, el desarrollo biológico vaya en aumento y el grado de comprensión que sobre estas manifestaciones vaya presentando<sup>251</sup>.

En otro sentido, cuanto aquellas expresiones sexuales trascienden este ámbito privado y se involucra a otro u otros, el derecho penal firmemente ha sostenido que los comportamientos sexuales en niñas y niños debajo de cierta edad, no constituyen el ejercicio de un derecho que deba ser protegido, sino que cuando esto ocurre, se conjetura que carecen de suficiente discernimiento para comprender las consecuencias de su actitud<sup>252</sup>, ubicándoles de forma inmediata como seres pasivos, objeto de los impulsos sexuales de los demás<sup>253</sup>.

Desde la visión del derecho penal, la actividad sexual con otra persona, se reserva, entonces, para ser desarrollada por seres humanos que han alcanzado una madurez psíquica, biológica y cronológica; de tal modo que, es imposible hablar del derecho al libre ejercicio de su sexualidad o libertad sexual como derecho subjetivo o como bien jurídico en niñas y niños; por lo cual, se utilizan mecanismos de protección, con el propósito de salvaguardar la dignidad del ser humano en desarrollo<sup>254</sup> configurando un bien jurídico diferente a la libertad sexual, llamándole indemnidad<sup>255</sup> o intangibilidad sexual<sup>256</sup>; de esta manera, tipifican como delito la participación de niños en conductas sexuales con otros, por medio de delitos tales como: Violación en Menor e Incapaz, Agresión Sexual en Menor e Incapaz, Estupro, Corrupción de

---

<sup>251</sup> Corral, «El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad». Hay una responsabilidad estatal no de forma subsidiaria sino como obligación principal de entregar la información científica que los padres no pueden o no quieren dar a sus hijos brindando servicios de consejería bajo estándares de estricta confidencialidad, accesibilidad, de acuerdo a sus necesidades sin discriminación alguna.

<sup>252</sup> D'Alessio, Andrés José. «Código Penal de la Nación. Comentado y anotado», actualizada y ampliada 2 (2010). La ley supone la falta de madurez para comprender el alcance y significado, independiente que el menor sea experimentado sexualmente. Se protege al menor al considerarlo inmaduro para ejercitar su libertad sexual. La elevación de la edad en todo caso es asunto de política criminal.

<sup>253</sup> Ballester Arnal, Rafael y María Dolores Gil Llario, «La sexualidad en niños de 9 a 14 años», *Psicothema* (Oviedo), 2006, 25–30. Es un estudio elaborado para determinar la incidencia de la conducta sexual en el Reino de España, evidenciando las grandes necesidades sobre todo de educación sexual a nivel escolar.

<sup>254</sup> López Lara, Manuel Jesús. «De la Libertad y de la Indemnidad Sexual», 11 de octubre de 2013. Cuando en el derecho penal se utiliza el término indemnidad sexual, a diferencia de libertad sexual, lo emplea a favor de aquellas personas que no pueden gozar de su libertad sexual o no la tienen.

<sup>255</sup> Donna, Edgardo Alberto y Javier de la Fuente, *Derecho penal: parte especial* (Rubinzal-Culzoni Editores, 2002). cuando se tratad de menores de 12 años se protege la intangibilidad e indemnidad sexual como bien jurídico, no así la libertad jurídica.

<sup>256</sup> Díez Ripollés, José Luis. «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», 2000. P. 12. Los sujetos pasivos se encuentran jurídicamente incapacitados para ejercer la libertad.

Menores; esta situación jurídica especial se mantendrá invariable en el ser humano hasta que se superen las deficiencias de forma automática llegando a la adultez.

En cuanto al bien jurídico protegido, la jurisprudencia nacional en materia penal utiliza la categoría de indemnidad e intangibilidad sexual, así que al resolver conflictos jurídicos en donde se presentan comportamientos sexuales de niños y adolescentes con adultos, reafirmando, “su incapacidad psicológica e intelectual para conocer el significado de los actos sexuales”<sup>257</sup>, o que “se encuentra viciada su voluntad por razón de la edad”<sup>258</sup>, otras veces niega que se proteja su libertad sexual e indica que se tutela el normal desarrollo de su sexualidad<sup>259</sup>, o se pretende que tengan asegurada su “libertad sexual en el futuro”<sup>260</sup>, o simplemente se limitan a expresar que el legislador ha protegido su desarrollo psicológico y físico, negándoles la facultad de decidir sobre su sexualidad antes de cierta edad<sup>261</sup>. En la misma sintonía, para la legislación comparada, el bien jurídico protegido se mueve dentro las denominaciones antes mencionadas, así: el Código penal español, se refiere indistintamente a libertad e indemnidad sexual; Código penal alemán, habla de autodeterminación sexual; el Código Penal peruano, se refiere a libertad sexual, entre otros.

De tal forma que, la legislación nacional e internacional, sancionan al adulto cuando hace partícipe de conductas sexuales a niños y adolescentes, presumiendo que su consentimiento se encuentra viciado o sencillamente no existe; esta presunción jures tantum de aprovechamiento de las condiciones de vulnerabilidad e inmadurez, hace responsable penalmente al mayor de

---

<sup>257</sup> Contra Santos Reyes Bonilla por el deli, No. 0131-59-2008 (Tribunal cuarto de sentencia de San Salvador 6 de octubre de 2008).

<sup>258</sup> Contra Oscar William I.V por los delitos de Violación en menor o incapaz agravada y hurto en perjuicio de una menor de edad, No. 151C2012 (Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia de El Salvador 22 de mayo de 2013). “... este Tribunal ha sido del criterio que cuando la víctima resulta ser menor de edad, ésta se encuentra privada de expresar su propia aceptación válidamente o rechazar cualquier propuesta de contenido sexual, pues un menor se encuentra: "psicológicamente imposibilitada para resistir o para consentir (...) dicha imposibilidad no hace referencia exclusiva a las condiciones intelectuales del sujeto pasivo, sino a todos aquellos factores mentales, físicos o psicológicos que impidan a la víctima ejercer o mantener una adecuada defensa de su libertad sexual, circunstancias de las cuales se aprovecha el sujeto activo para lograr su cometido" (Referencias 311-CAS-2005, del 10/02/2006; 230-CAS-2009, del 10/10/2011; 240-CAS-2009, del 03/05/2012, entre otros)”.

<sup>259</sup> Contra Tomás Ramírez López delito de Violación en menor e incapaz agravada en perjuicio de menores de edad (Tribunal Tercero de Sentencia, San Salvador 2004).

<sup>260</sup> Contra Germán Giovanni Recinos Centeno por el delito de Violación en menor o incapaz en perjuicio de menor de edad (Tribunal cuarto de sentencia 2009).

<sup>261</sup> Contra Rosemberg Blanco Ortiz por el delito de Violación en menor o incapaz en perjuicio de una menor, No. 88- CAS-2006 (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador 14 de mayo de 2007).

edad y procura generar respecto del resto de la población un efecto disuasivo y evitar que se produzca un daño efectivo en la integridad sexual del menor.

El tratamiento de las expresiones sexuales de la niñez en el Derecho Civil, donde se regula en un primer momento los derechos de las personas en el ámbito privado y familiar, ha diferido desde hace siglos con el derecho penal e incluso ha afectado las consecuencias punitivas de esa vía. De esta suerte, en el Código Penal de El Salvador de 1859<sup>262</sup> bajo el título de “delitos contra la honestidad”, refiere que si fuere una relación coital forzada en perjuicio de una mujer, constituía delito de violación -Art. 353-; y si el sometido fuese un varón, se considera sodomía o abuso deshonesto -Art. 354-. También, dicho cuerpo normativa disponía que, cuando la víctima de violación fuera menor de doce años cumplidos, aun sin violencia, el posterior acto del matrimonio con la ofendida –menor de 12 años-, permitía al infractor evadir la responsabilidad penal – Art. 361 inciso final del Código Penal de 1859-. Pero, esto no operaba cuando la víctima fuere un varón, disposiciones que continúan sin variación en los posteriores Códigos penal, así en el Código penal de 1881 - Art. 404- y en el Código penal de 1974 -Art. 214-.

De tal modo que, el consentimiento de niñas para contraer matrimonio, bajo la figura de excusa absolutoria, hacía lícito los comportamientos que no lo eran en principio, y esto sucedía dado que conforme al texto del Código civil de 1860, el matrimonio podría ser realizado por el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de catorce años, y aun en caso de haberlo celebrado, siendo menores a esa edad, el matrimonio no por esto se invalida, si siendo púberes –varón mayor de 14 y mujer mayor de 12 años-, hubieren vivido juntos siquiera un día después de la fecha de la celebración del matrimonio, o en caso contrario un día después de la pubertad legal; o hubiere concebido la mujer antes de la pubertad – Arts. 102 No. 1º ,162 No. 1º Código Civil de 1860-.

La regulación del matrimonio, se mantiene hasta hoy en el Código de familia de 1993 que deroga las disposiciones relativas al matrimonio del Código civil de 1860, a partir de este momento, la regla general es que pueden contraer matrimonio únicamente los mayores de 18

---

<sup>262</sup> « Código Penal de El Salvador 1859».

años, diluyéndola en caso excepcional a los menores de dieciocho años si siendo púberes, tuvieran ya un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada ( Art.14 inciso final y Art. 92 del CF); mientras el Código Penal de 1997, considera delito el tener vida sexual con mejor de 18 años de edad (Arts. 159, 161, 163, 164, 166 Pn.)

Esta contradicción, obedece a que de acuerdo los principios inspiradores del Derecho de Familia, los que están insertos en el Art.2 CF, se considera que excepcionalmente que los menores de dieciocho años pueden casarse, con el propósito de proteger el núcleo familiar, ya que si se invalidará el matrimonio, se rompe dicha unidad y, consecuentemente, la mujer quedaría desprotegida, permitiendo la proliferación de abusos sexuales entre los menores que requieren una total asistencia por parte del Estado y la sociedad en general<sup>263</sup>.

El legislador en materia de familia – que es el mismo que regula en el ámbito penal-, ha reconocido que los menores de 18 años de edad, han tenido relaciones sexuales y que producto de tales relaciones, han procreado un hijo en común y que continúan en dicha situación, la cual pretenden formalizar con el acto del matrimonio; se legitima, desde aquel momento que continúen practicando la actividad sexual, incluyendo la coital, dentro de él, al surgir lo que se denomina derecho-deber, de fidelidad, respeto, tolerancia, vida en común; y como parte de esta fidelidad, lleva inherente el cumplimiento del deber conyugal, es decir, el tener relaciones sexuales<sup>264</sup>. Entonces, lo que verdaderamente tiene valor para el legislador de familia, es el consenso social que reserva la sexualidad, solo dentro del matrimonio, aun de niñas, imponiendo la aceptación obligada de una relación solo en esas condiciones. Sin embargo, tal salida jamás fue pensada para una relación coital de un hombre con un niño –varón- menor de 12 años.

De esa manera, sucede que el matrimonio autorizado por el Código de Familia es un “matrimonio infantil”<sup>265</sup>, entiéndase aquel en el cual uno de los contrayentes es menor de los

---

<sup>263</sup> Calderón de Buitrago, «Anita y otros.», Manual de Derecho de Familia, s. f. P. 230.

<sup>264</sup> Ibid. “De tal manera que tiene el derecho-deber a las relaciones sexuales, que un(sic) independiente de la procreación; el Código de familia lo consagra en la obligación de vivir juntos, art. 1 y art. 106 No. 3 como motivo de divorcio por incumplimiento grave y reiterado de esté derecho-deber” P. 240.

<sup>265</sup> Ordóñez Godino, Anna. «Un análisis sobre los matrimonios forzados: De la tradición a la ilegalidad». “El matrimonio forzado “abarca el matrimonio como esclavitud, matrimonio concertado, el matrimonio tradicional, el matrimonio por razones de costumbre, la conveniencia o la respetabilidad percibida, el matrimonio infantil, el



18 años, situación que para el Comité de los Derechos del Niño, trasgrede el Art. 24 párrafo 3 CDN, al permitir este tipo de prácticas por parte de los Estados. En los mismos términos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y el Comité contra Tortura, consideran el matrimonio infantil, una práctica que ocasiona un daño en la integridad física, moral y psíquica, en particular de la niña, quien es generalmente sometida a matrimonio con adultos mucho mayores que ella; además, ha sido visto como una forma encubierta de venta de niños, por lo cual, es violatoria al Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía<sup>266</sup>.

Por otra parte, el Estado de El Salvador, ha recibido un llamado de atención por parte del Comité de los Derechos del Niño para derogar las excepciones aun mantenidas en el Código de Familia, así: “El Comité observa la distinción formal que hace el Estado parte entre niño (menor de 12 años) y adolescente (entre 12 y 18 años) y reitera su anterior preocupación con respecto a las disposiciones del Código de Familia que todavía permiten que contraigan matrimonio niños incluso de 14 años en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando han alcanzado la pubertad, ya tienen un hijo o la niña está embarazada. El Comité reitera al Estado parte su recomendación de que fije la edad mínima para contraer matrimonio en 18 años para ambos sexos. (...)”<sup>267</sup>. También, el Comité, ha recomendado a los Estados la eliminación de cualquier excepción al matrimonio de niños, implementando medidas legislativas destinadas a elevar la edad mínima para contraer matrimonio a los 18 años en caso de niñas y niños, y la prohibición del matrimonio infantil y forzado, sancionando a quienes lleven a cabo dichas prácticas<sup>268</sup>.

---

matrimonio precoz, los matrimonios ficticios, el matrimonio por conveniencia, el matrimonio no consumado, el matrimonio putativo, el matrimonio para adquirir la nacionalidad y el matrimonio indeseable”

<sup>266</sup> S. Baita y P. Moreno, «Abuso sexual infantil, cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia» centro de estudios judiciales del Uruguay», UNICEF, Uruguay, pp16-17, 2015.

<sup>267</sup> «Comité de los Derechos del Niño 53º período de sesiones 11 a 29 de enero de 2010. Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención Observaciones finales: El Salvador», s. f., [www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.SLV.CO.3-4\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.SLV.CO.3-4_sp.doc). párrafos 25 y 26.

<sup>268</sup> Umemoto, Stephen H. «MATRIMONIOS PREMATUROS», accedido 25 de agosto de 2016. Comité de los Derechos del Niño 53º período de sesiones 11 a 29 de enero de 2010, examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño. P. 34. Véase además el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, Promoción y protección de todos los derechos humanos,

De hecho, las recomendaciones de organizaciones de protección de la niñez, desaconsejan a los menores de 18 años de edad participar en conductas de contenido sexual prematuras que podrían generar perjuicios en aquellos y, de esa manera, resguardar su propio derecho a la libertad sexual futura; se encauza que desarrollen su libertad de forma adecuada y plena, conforme a los patrones éticos y sociales aceptados, ausente de temores, vergüenza e inseguridades, o fundado en falsas creencias u otros factores que inhiban su interacción sexual, ausente de trastornos o enfermedades que entorpezcan la actividad sexual y reproductiva<sup>269</sup>.

---

civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado. Consejo de Derechos Humanos 26º período de sesiones Temas 2 y 3 de la agenda. NNUU, 2 de abril de 2014.

<sup>269</sup> *Ibíd.* P. 34.

## CAPITULO V

### DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL DEL ADOLESCENTE: SU INTERES SUPERIOR Y EVOLUCION PROGRESIVA; EL PATERNALISMO DEL ESTADO Y EDAD DEL CONSENTIMIENTO

SUMARIO: 1. Derecho a la libertad sexual del adolescente y el principio de autonomía progresiva. 2. Derecho a la libertad sexual versus el interés superior del niño. 3. Derecho a la libertad sexual versus el paternalismo del Estado. 4. Derecho a la libertad sexual y la edad del consentimiento.

#### **1. Derecho a la libertad sexual del adolescente y el principio de autonomía progresiva**

El abordaje sobre la sexualidad infantil, enfrenta como primer obstáculo, el reconocer que los niños, las niñas y adolescentes, al igual que los adultos, tienen expresiones, inclinaciones, conductas, deseos y fantasías sexuales. Esta afirmación podría haber sido considerada de suma gravedad hasta poco tiempo puesto que “el sexo” (reducido al coito)<sup>270</sup>, era solo asunto de mayores, discutido en la intimidad de los involucrados o charlas de amigos adultos. Esto debido a los esquemas culturales que habían hecho que los contenidos sexuales fueran asuntos privados y exclusivos para adultos, como opuesto, se entendía que no debía ser atendido frente a menores de edad, ni que hablar que los niños y adolescentes pudieran tener derechos sexuales y reproductivos.

Difícil situación, puesto que, la presente realidad de transferencia de información de manera instantánea e incontrolable, la cual ha abierto la ventana para toda clase de contenidos, incluidas aquellos de naturaleza sexual, los cuales inundan la vida cotidiana de todas las personas, sin excepción, dando como resultado que el descubrimiento y exploración sexual se presente en etapas cada vez más tempranas, por esta razón, se debe reconocer las expresiones sexuales como una realidad biológica-social-cultural en los niños y los adolescentes, convirtiéndose en parte del proceso natural de su desarrollo. Entonces, ha quedado fuera como solución a este problemática enclaustrar al niño para evitar que se contamine con información que se piense peligrosa<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> M. Ramos, «Diccionario de cultura sexual», El ABC de la sexualidad. Lima, 2004, 19. P.7. El coito se define como el acto sexual en el cual el pene es introducido en la vagina.

<sup>271</sup> «Observaciones Generales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño». Observación General No. 7 Realización de los derechos del niño en la primera infancia, Párrafo 35” Preocupa especialmente la rápida

En este contexto, es casi imposible impedir, un proceso cultural que despierta el interés sexual en la niñez, considerado prematuro para muchos; por ello, queda únicamente ir de la mano con este proceso, permitiendo que se desarrolle, de tal manera que, permita a los involucrados enfrentar los nuevos retos con responsabilidad y madurez. En tal caso, se vuelve indispensable hablar de sexualidad, como lo expresa Michael Foucault: “Se debe hablar del sexo, se debe hablar públicamente y de un modo que no se atenga a la división de lo lícito y lo ilícito... [...]El sexo no es cosa que sólo se juzgue, es cosa que se administra”<sup>272</sup> y comprender las expresiones sexuales en los niños como algo que sucede naturalmente.

Por otra parte, la globalización de las economías traslada todo tipo de bienes y servicios a los lugares más remotos del mundo, los que están ávidos de mercancías para la satisfacción de antiguas y nuevas necesidades; lo cual produce que el comercio a escala mundial se haya multiplicado en las últimas décadas. Lamentablemente, con este fenómeno comercial, han aparecido nuevas formas de delincuencia nacional e internacional contra la niñez, especialmente las niñas, cosificando a los seres humanos, como la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, el turismo sexual, la proliferación de páginas de pornografía de adultos y niños en las redes sociales, entre otros flagelos<sup>273</sup>.

Para lidiar eficazmente con este fenómeno se parte de la siguiente proposición: Se debe reconocer que los niños y adolescentes tienen manifestaciones sociales y culturales asociadas a la sexualidad por los cambios biológicos y contextuales que experimentan<sup>274</sup>, y que estas manifestaciones ahora son propias en cada periodo etario y que deben ser tomadas en cuenta

---

multiplicación, en cuanto a variedad y accesibilidad, de las nuevas tecnologías, incluidos los medios de comunicación basados en Internet. Los niños pequeños se encuentran en situación de especial riesgo si se les expone a material inadecuado u ofensivo. Se insta a los Estados Partes a que regulen la producción y difusión de medios de comunicación de manera que se proteja a los niños pequeños y se ayude a los padres/cuidadores a cumplir con sus responsabilidades en la crianza de los niños a este respecto”

<sup>272</sup> Foucault, Historia de la sexualidad.

<sup>273</sup> Tarazona Cervantes, David. «ESTADO DEL ARTE SOBRE COMPORTAMIENTO SEXUAL ADOLESCENTE (II)», accedido 1 de agosto de 2016.

<sup>274</sup> Cavanagh Johnson, Toni. Understanding your child's sexual behavior: What's natural and healthy (New Harbinger Publications, 1999). traducción al español. por ejemplo en los pre-escolares se pueden advertir las siguientes conductas: tocar o sobar las áreas genitales –pene, vulva- cuando se siente tenso o simplemente le resulta gratificante, explora las diferencias entre hombres y mujeres, niños y niñas, tomar ventaja para ver personas desnudas, preguntar acerca de los genitales, de cómo nacen los bebés, el varón presenta erecciones; besos con otros niños, expresiones sentimentales de atracción hacia el mismo sexo y sexo opuesto, caricias que les excitan sexualmente, etc.

para distinguir, inicialmente por los padres o responsables, cuando un comportamiento demuestra alguna forma anormal o indebida de conducta sexual, la cual linda con el abuso, identificando las pistas que los niños manifiestan para brindarles el apoyo emocional y psicológico que requieren. Además, reconocer la realidad fisiológica y psicológica de las necesidades sexuales presentes como normales a toda edad y fundamentales para el adecuado desarrollo de la personalidad del ser humano en cualquier etapa de su vida.

En tal sentido, para aceptar la sexualidad en la niñez se requiere un cambio de perspectiva sobre construcciones conceptuales incuestionables hasta ahora que, desde el punto de vista adultocéntrico, obstruyen dicho reconocimiento, percibiendo a los niños y adolescentes como menos en relación a los adultos u observan al adulto como la forma más acabada y superior del ser humano. La actividad sexual en la niñez y adolescencia requiere responsabilidad en su abordaje, se trata entonces de asumir un compromiso ante una situación concreta; e, hilvanar políticas enfocadas en la prevención, promoción y participación de los actores involucrados, en especial los niños y adolescentes<sup>275</sup>.

Como se ha reconocido, los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, omiten deliberadamente declarar a la niñez y adolescencia como titulares de derechos de contenido sexual en sus esferas positivas o negativas, por el temor fundado que podría ser utilizado para obtener un consentimiento “viciado” de aquellos y someterlos a formas de abuso y explotación sexual; consiguientemente, no existe legislación que reconozca como derecho subjetivo la libertad sexual a los niños y adolescentes, ni aun extraordinariamente, como parte del derecho genérico de libertad o autonomía personal.

Aunque, utilizar la represión para responder a este fenómeno, no reduce la complejidad de sus dimensiones y, sin lugar a dudas, no es la vía más apropiada para proteger a la niñez contra el abuso y explotación sexual, negando validez al consentimiento en las actividades sexuales; por tanto, la participación activa y coetánea de niños y adolescentes, no debería ser un asunto que

---

<sup>275</sup> Pérez-JuanRA Juan Ramón -ADS, «: Encuesta Nacional de Salud Familiar : FESAL : National Family Health Survey »: accedido 30 de mayo de 2015. Los niños y adolescentes experimentan vida sexual entre ellos o con adultos desde muy tempranas edad según la Encuesta Nacional de Salud Familiar, refleja que desde los quince hasta los diecinueve años de edad se tienen relaciones sexuales lo cual ha ido en ascenso desde el 7.1 por ciento en 1998 hasta 11.3 en el 2013.

se resuelva por diferencia de edad, habría que analizar, las condiciones en las cuales el consentimiento ha sido otorgado, para justificar la intervención del Estado. La mera imposición de disciplina en el hogar hasta las medidas administrativas o penales, no exonera de responsabilidad a los padres y al Estado de los deberes-facultades de protección y fomento de la autonomía de parte de los niños y adolescentes en su proceso gradual para la toma de decisiones saludables y responsables.

Se debe tener presente que el niño experimenta un proceso interno hacia la plena madurez sexual sometido a cambios físicos, emocionales y psicológicos, dentro de un entorno social; a consecuencia de éstos, podría verse involucrado en compañía de otros en conductas sexuales como promotor, incitador o simplemente dejarse llevar por su instinto sexual. En este escenario, la respuesta que el Derecho brinde no puede reducirse sencillamente a aplicar el criterio cronológico y decidir que quien es mayor de edad es abusador y el menor de edad es abusado. En su lugar, se debe valorar el desarrollo madurativo, emocional, cognitivo de quienes se ven involucrados, para establecer si alguno ostenta la posición dominante en esa situación y/o relación y quien podría estar en condición vulnerable<sup>276</sup>.

Para lograrlo se debe permitir al participante, conforme a su edad y madurez, exprese sobre lo sucedido, sus sentimientos y emociones, de cómo se identificó dentro de la relación, poniéndose desde la perspectiva del niño; escuchándole atentamente, no como un formalismo del procedimiento administrativo, judicial o familiar, de lo cual debe dejar constancia de haber sido considerado; escucha que debe estar libre de prejuicios por parte de quien tomará las medidas de protección o sancionatorias<sup>277</sup> si fuera el caso.

---

<sup>276</sup> Finkelhor, David. *Abuso sexual al menor* (Editorial Pax México, 2008). El abuso sexual no se limita al contacto de adultos con niños, sino que habrá que considerar la violencia sexual que realizan niños en contra de otros niños que puede producir similares efectos traumáticos en la víctima.

<sup>277</sup> Comité de los Derechos del Niño, «Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado», Naciones Unidas, 2009. Párrafo 20.” Los Estados Partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados Partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados Partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados Partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad”.

La escucha para determinar la madurez está lejos de exigirle una explicación racional de su actuar, baste con que quiera y entienda el significado de sus actos dentro de su propio proyecto de vida asumiendo las consecuencias de sus errores<sup>278</sup>. Esta permite al padre o responsable, autoridad administrativa o judicial, establecer ese contacto con la persona del niño, quien finalmente será afectado con las decisiones a tomar, esa intermediación permitirá obtener una mejor decisión; se debe tener presente que, constituye un deber insoslayable hacer prevalecer las opiniones y visiones de los niños, solo si han alcanzado suficiente desarrollo en atención al principio del interés superior del niño, salvo situaciones muy excepcionales en donde, aun cuando tenga suficiente madurez, no habrá estricta coincidencia entre su voluntad y el interés superior, en estos casos se debe evaluar razonablemente el peso de las opiniones del niño y el conjunto de derechos fundamentales que serán afectados con la decisión, así en la medida que se aleja de la opinión del niño la carga argumentativa se incrementa por parte del responsable<sup>279</sup> o de la institución competente.

Seguidamente, habrá de considerar el contexto en el cual se dieron las actividades sexuales consentidas, para establecer algún grado de asimetría de poder, de conocimientos o de gratificación en la relación; por ejemplo, la ostensible diferencia de edad entre los intervinientes, es un factor a considerar para determinar la imposibilidad de libertad de decisión por el grado de madurez biológica y experiencias entre ellos. Solo de esta manera, en una situación concreta, se desenmascarará aquellas experiencias sexuales consensuales, de aquellas que son verdaderamente conductas abusivas, y una vez se ha tomada la decisión, también, incumbe explicar al niño y adolescente las opciones que ha tenido a la mano y que su opinión ha sido considerada seriamente.

---

<sup>278</sup> Corral, «El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad». El autor hace referencia a los requisitos que se deben tomar en consideración para determinar el grado de madurez requerido para que los niños ejerciten sus derechos fundamentales, son ideas muy atinentes para establecer la validez de su consentimiento para el involucramiento en actividades que expresan sus necesidades sexuales.

<sup>279</sup> García-Sayán, Diego Presidente, Manuel E. Ventura Robles, vicepresidente, Atala Riffo y niñas vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012). Párrafo 207, parafraseando opinión del perito Cillero Bruñol.

## 2. Derecho a la libertad sexual del adolescente versus el interés superior del niño

Cuando se examinan las expresiones sexuales precoces, desde la perspectiva del interés superior del niño, es pertinente revelar que esta es más que una regla de inspiración a las decisiones de los particulares, familias, comunidad y Estado, es una obligación impuesta para hacer efectivo los derechos del niño contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño como en el resto de instrumentos de derechos humanos<sup>280</sup>. De ninguna manera, se ha sido instituido como un mecanismo para limitar derechos a favor de la niñez y adolescencia (artículo 3 de la CDN), al contrario, es un principio o parámetro para admitir la decisión que satisfaga efectivamente el mayor número de derechos, su consideración debe ser primordial, significa que cualquiera medida restrictiva de derechos es sometida a test de ponderación de este principio como del resto de principios de la protección integral de la niñez; y con los principios y valores constitucionales.

Cualquier interpretación, restrictiva de derechos, fundada en el interés superior del niño, vulnera el mismo principio del cual se dice derivar y de cualquier otro principio básico constitucional o principios tales como: Autonomía progresiva, principio de igualdad, principio de no discriminación y derecho del niño de ser oído<sup>281</sup>. Por tal razón, habrá situaciones fácticas particulares, como la masturbación, posesión de pornografía escolar, voyerismo, entre otras conductas, que sugieren permisibilidad para que los niños y adolescentes ejerzan plena autonomía de sus derechos, bajo criterios de madurez y discernimiento porque, ni resultan

---

<sup>280</sup> González y otros (campo algodoner) versus México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de noviembre de 2009). “Esta Corte ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los de más derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.- Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”.

<sup>281</sup> Villanueva, Rocío. «Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos» P. 396. La ponderación es necesaria porque la determinación del grado de cumplimiento del principio o derecho depende de la presencia de otros principios o derechos en pugna.<sup>42</sup> En síntesis, la ponderación requiere establecer la constitucionalidad del fin perseguido por la medida enjuiciada, su idoneidad para la consecución de la finalidad, su necesidad y su proporcionalidad. Se trata de analizar si hay razones a favor y en contra, sopesarlas o ponderarlas y ver cuál de ellas resulta más fuerte.



efectos negativos o simplemente son inanes<sup>282</sup>, esto infunde cambios a los criterios legales y tradicionales que deniegan el ejercicio de derechos en dichos contextos<sup>283</sup>.

Quienes declaran ilícitas las actividades o manifestaciones sexuales en la niñez y adolescencia, sin detenerse a considerar el ejercicio de algún derecho, sin más argumento que la edad, lo que están haciendo es desconocer la propia naturaleza humana y el empoderamiento de los derechos sexuales de los niños a quienes dicen proteger, usando la argucia de un pretendido interés superior del niño; por tanto, estas ideas deben ser examinados en cuanto a sus fines legítimos, no vaya a ser que se inserten vía interés superior concepciones paternalistas propias de la situación irregular, dejando de lado que el interés superior del niño es la unión entre sus necesidades y sus derechos.

Los detractores del reconocimiento de los derechos sexuales a favor de los niños y adolescentes, se adelantan en sus consideraciones a peligros o probables perjuicios a situaciones que, en el caso particularmente considerado, no producen un daño o que de producirlo no serán a consecuencia del ejercicio de derechos sino de contextos sociales o culturales en donde esto ocurre por el predominio de estereotipos de género. Se recomienda evaluar de acuerdo a los postulados de la doctrina de la protección integral ciertos estereotipos que se presentan en el seno de la familia donde se ejercita delegación de autoridad por parte del Estado hacia los padres respecto de sus hijos que han dejado de ser propiedad de aquellos para convertirse en sujetos de derechos para ser oídos previo a tomar cualquier decisión que les afecte; y es que la autoridad delegada a los padres se somete a los mismos límites que tiene el Estado respecto de los ciudadanos.

---

<sup>282</sup> González Contró, Mónica. «Derechos sexuales: niños, niñas y adolescentes», 2009. Por su parte Mónica González Contró, muestra su acuerdo de reconocimiento el derecho a la libertad sexual del adolescente bajo el argumento de su capacidad reproductiva, de las necesidades básicas a ciertas etapas, siempre que dicha actividad sea consentida por el mismo adolescente, considerando el desarrollo de ciertas capacidades de decisión.

<sup>283</sup> «Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de la República de Perú.», 12 de diciembre de 2012. “Disyuntiva constitucional penal entre la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad. A propósito de la STC Exp. No. 00008-2012- PI TC.” Eduardo Manuel Alejos Toribio comentando la sentencia del tribunal constitucional del Perú que despenalizó las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, enuncia que dicho tribunal tomó como fundamento de su decisión en pro del desarrollo de la personalidad de los adolescentes, haciendo referencia a los derechos citados en la sentencia en especial la igualdad de derechos, la dignidad de la persona, el reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derechos, desde la perspectiva penal indica que la penalización de las relaciones sexuales de los adolescentes va en sentido contrario al principio de proporcionalidad, principio de lesividad del bien jurídico. Reconoce en definitiva el derecho del adolescente a su sexualidad sin castigo alguno.

Sobre la sexualidad y manifestaciones sexuales en la primera infancia, los padres asumen el control inmediato, están comprometidos para brindar información, formación, atención, cuidado y apoyo en consonancia con la evolución de sus facultades, con el propósito de que no se vean expuestos a responsabilidades, peligros o experiencias inadecuadas o perjudiciales cuando todavía no han terminado de desarrollar su personalidad sexual. Este proceso pedagógico, prepara al niño y adolescente para decidir sobre el dónde, cuándo, cómo y con quien iniciar la actividad sexual de forma responsable y saludable<sup>284</sup>, creando en el hogar una relación de confianza y apoyo en cuestiones de sexualidad, incluyendo, comportamiento sexual y estilos de vida peligrosos para su desarrollo futuro. Esta labor formativa de los padres, comprende instruirles sobre los potenciales peligros del abuso sexual para que estén preparados y reconozcan cuándo están en situación de riesgo.

El Estado, por medio de la Escuela, está obligado a fortalecer el ejercicio de los derechos por la niñez, de acuerdo a su desarrollo evolutivo y, por otra parte, otorgarles protección para evitar que se pongan en peligro al ejercer sus derechos. Para cumplir este propósito, deberá realizarlo de forma balanceada, sin que se dé mayor peso a uno en detrimento de otro, lo que ocurre cuando desde un inicio el Estado asume un rol paternalista injustificado y convierte al niño en destinatario de su actividad, declarándolo indemne o intangible sexualmente, para justificar sanciones en materia penal y para someter al niño y adolescente a medidas de protección por la peligrosa conducta mostrada<sup>285</sup>.

La niñez que participa en conductas sexuales rechazadas por una sociedad paternalista, se somete a un proceso victimizante por los padres o maestros de escuela, quienes desatienden las expresiones de los niños, especialmente las niñas y adolescentes, e ignoran escuchar sobre los motivos que los impulsaron a realizar tal o cual conducta. De los padres, las niñas principalmente reciben violencia física, moral y psicológica, así como en otras situaciones, les obligan a contraer matrimonio o, vivir maritalmente con aquel con quien se involucran

---

<sup>284</sup> «Observaciones Generales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño», 14. Párrafo 44. Se otorga a los bebés y los niños muy pequeños los mismos derechos que contiene la CDN.

<sup>285</sup> Martínez Osorio. Temas fundamentales de la niñez y adolescencia en la justicia penal juvenil. El autor, citando a Muñoz Conde, expresa que se debe ser realista en la sociedad salvadoreña en cuanto al inicio de las relaciones sexual de los jóvenes descartando el aparato estatal para imponer concepciones paternalistas sobre ellos.

sexualmente; en otras oportunidades, les obligan a comparecer ante las autoridades policiales, para que declaren lo sucedido, y con ello, aquella actividad sexual surgida de un decisión prematura por parte del adolescente, termina por provocar un trauma mayúsculo en ellos.

Los padres o responsables en el ejercicio de sus facultades, deben preparar a sus hijos en valores y principios para que tomen las mejores decisiones en su vida, incluida la vida sexual; su labor formativa estará dirigida, para que estén preparados física, moral y emocionalmente, para asumir las consecuencias de su sexualidad: La paternidad o maternidad, adquirir enfermedades de transmisión sexual, y la posibilidad de ser víctimas de delitos como el abuso sexual. Esta labor formativa, habrá que ir reduciéndola a medida que el niño crece y desarrolla sus propias ideas y valores, pasando de prescribir a orientar, de orientar a sugerir para finalmente acompañar al niño; a esa altura, es contrario al ejercicio de los derechos del niño que se continúe sujetándole a ideales o valores familiares, imponiendo un plan o proyecto de su vida que insista en mantenerse sin experimentar la sexualidad en privado o con otros; la abstinencia sexual es un ideal encomiable desde el punto de vista religioso o moral, pero significa imponer restricciones a derechos fundamentales de la persona, invadiendo su vida privada, íntima e identidad sexual, manifestaciones del derecho de libertad sexual del ser humano<sup>286</sup>.

### **3. Derecho a la libertad sexual del adolescente versus el paternalismo de Estado**

Se parte del postulado siguiente: Si el Estado por medio de su política o legislación interna invade la esfera íntima del niño y adolescente, en estricto sentido, se anula su personalidad sometiéndole a un tratamiento discriminatorio por razones de edad<sup>287</sup>, haciendo un pronóstico

---

<sup>286</sup> Santiago, Carlos. «El Principio de autonomía de la persona, capítulo V de Ética y Derechos Humanos» (Astrea, 1989). P. 4. Según Carlos Santiago Nino, el principio de autonomía individual es uno de los que fundamentan los derechos humanos. Según este principio: “Siendo valioso la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución... Nino considera que un aspecto importante para la autorrealización de los individuos se da por las diversas modalidades de vida afectiva, sexual y familiar, es decir, por una amplia gama de libertad en el desarrollo de la vida privada. El principio de autonomía individual trae como consecuencia que la interferencia estatal con conductas que no perjudiquen a terceros quede vedada.

<sup>287</sup> Organización de las Naciones Unidas, «Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. D.O. No. 105, Tomo 271, fecha 9-6-1981, D.L. de fecha 2-7-1981». Parafraseando la definición de discriminación que ofrece el art. 1 de la CEDAW, sustituyendo por la palabra “sexo” por “edad” y “mujer” por “niñez y adolescencia”, tenemos: “distinción, exclusión o restricción basada en

de los perjuicios e irreparables daños o falta de beneficios que produce en la niñez y adolescencia los precoces comportamientos sexuales<sup>288</sup>. Es de reconocer que, no toda discriminación de trato en relación a las personas, puede considerarse ofensiva, por si misma, de la dignidad humana, solo será discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable<sup>289</sup> que excluya la arbitrariedad; seguidamente, ninguna persona o grupo de personas puede ser privilegiada o disminuida en el goce y ejercicio de los derechos que se reconocen a los demás de forma injustificada.

El paternalismo estará justificado siempre que esté en correspondencia con los valores, principios y reglas del derecho constitucional, y en caso del niño, conforme a dichas categorías incluidas en el sistema internacional de protección de la niñez y adolescencia en procura de obtener sus mejores intereses y su máximo desarrollo<sup>290</sup>. En consonancia con dichas reglas y principios, es inviable justificar la anulación o restricción de derechos fundamentales de la niñez y adolescencia como la libertad sexual, bajo moralismos, estereotipos de género, costumbres o patrones culturales, cuando sean contrarios a la universalidad de los derechos humanos<sup>291</sup>; en tal sentido, no podrá justificarse una restricción a la libertad sexual bajo el argumento de la inmoralidad de una conducta juzgada como tal por la moralidad positiva<sup>292</sup>.

Equivalentemente, es injustificada una medida restrictiva fundamentada en estereotipos etarios, tales como: “La adolescencia es un periodo de crisis física, psicológica y emocional”, “la adolescencia es un periodo de transición hacia la adultez” “los adolescentes no saben lo que quieren”, “los adolescentes son inconstantes” o “las mejores decisiones son tomadas por

---

la edad que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la niñez y adolescencia [...]de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

<sup>288</sup> Avilés, Ramiro y Miguel Ángel, «A vueltas con el paternalismo jurídico», 2006.

<sup>289</sup> Gutiérrez Castro, «“catálogo de jurisprudencia». Sentencia de Inconstitucional No. 2-89, del 10 de septiembre de 1990.

<sup>290</sup> Couso, «La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal». El autor haciendo un análisis histórico sobre la prohibición de conductas sexuales de los niños en las diversas culturas y épocas, cae en la cuenta que dichas restricciones derivan ante todo de asuntos morales como la protección de la virginidad de la niña, o culturales como temas tabú, utilizando como justificación últimamente los perjuicios que producen en el desarrollo normal de la sexualidad del niño bajo la consideración de lo perjudicial que es exponer al conductas sexuales anormales o patológicas, sin embargo concluye tomando como referencia el principio del daño infringido que las relaciones sexuales Infanto-adolescentes entre ellos o incluso con adultos no producen efectos nocivos y que los daños podrían derivar de otros factores diversos a la propia actividad sexual

<sup>291</sup> Avilés y Ángel, «A vueltas con el paternalismo jurídico».

<sup>292</sup> de Paramo, Juan Ramón. «El Moralismo Legal Contraataca».

los adultos”, sustituyendo con ello la evaluación de su capacidad real y madurez en sus actuaciones, o sin evaluar el contexto familiar, social y económico en que se desenvuelve<sup>293</sup>.

También, serán rechazadas las medidas paternalistas fundadas en presunciones de incompetencia absoluta del niño y adolescente a tenor de lo dispuesto en el texto constitucional ( Art.1 inciso 2º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia<sup>294</sup> y el Código de Familia<sup>295</sup>, los cuales ha reconocido la condición de sujetos de derecho, con personalidad propia, al principio complementada con otra voluntad; pero eso, no supone la abolición de su personalidad, como tal miembros de la humanidad en igual dignidad que el resto de seres humanos.

En este sentido, la niñez y adolescencia, están dotadas de capacidad de autodeterminación y de realización de su personalidad, lo cual incluye, derechos humanos básicos como derecho a la vida privada, imagen, intimidad y honra, al igual que los adultos, tal como lo reconoce la legislación especializada, LEPINA; de tal manera que, el ámbito privado, donde se originan los valores y sentimientos, solo son compartidos a quienes ellos deseen hacerlo, debiendo ser respetados por los padres y por el Estado, estos no pueden interferir en la estimación que el niño y adolescente haga de sí mismo, ni en las decisiones tomadas por aquellos que responden a su proyecto de vida. Estos ámbitos de libertad, se encuentran sustraídos de cualquier

---

<sup>293</sup> González de la Vega, Geraldina. «Derechos, autonomía y paternalismo en adolescentes», accedido 12 de julio de 2016. Parfraseando las P. 21 a 22 de dicho artículo y aplicándolo a los planteamientos teóricos que fundan la presente investigación teórica.

<sup>294</sup> «Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (LEPINA), D.L. 839 del día dieciséis de abril de 2009, D.O. No.68, tomo No. 383», accedido 6 de abril de 2015. Art. 5 inciso primero. Todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos. Art. 46 Derechos al honor, imagen, vida privada e intimidad Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al honor, a la propia imagen, a la vida privada e intimidad personal y familiar; sin perjuicio del derecho y deber de las madres, padres, representantes o responsables de ejercer supervisión y vigilancia sobre cualquier actividad que pueda poner en peligro la dignidad de las niñas, niños y adolescentes.

<sup>295</sup> « Código de Familia de El Salvador, decreto legislativo número 677, diario oficial No. 231 tomo No. 321, fecha de emisión 11 octubre de 1993, fecha de publicación 13 diciembre de 1993». Representación de los hijos. Art. 223.- El padre y la madre que ejercieren la autoridad parental, representarán a sus hijos menores o incapaces y velarán por la conservación o defensa de los que hubieren concebido. El padre o la madre a quien se hubiere confiado mediante resolución judicial el cuidado personal del hijo, tendrá exclusivamente la representación legal del mismo. Se exceptúan de tal representación: 1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con la ley y las condiciones de su madurez, pueda realizar por sí mismo.

intervención arbitraria del Estado y de los particulares, cuya protección real y efectiva se relaciona directamente con el desarrollo y realización de su humanidad.

Por supuesto, estos derechos fundamentales, no puede ejercerlos de forma plena o autónoma desde la primera infancia, si no que lo hará gradualmente, con la supervisión y el acompañamiento de quienes tienen el deber-facultad de brindarles la información adecuada, en el momento oportuno –sus padres, tutores o el Estado–; de tal modo que, el niño los ejercerá conforme al desarrollo evolutivo de sus competencias, cuanto más cerca se encuentre de la adultez, mínima será la dependencia del titular para el ejercicio de los mismos<sup>296</sup>.

Esta progresividad, será alimentada por el eficaz ejercicio del resto de derechos subjetivos que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño: Recibir educación libre de estereotipos etarios, libertad de expresar su opinión y que su opinión sea tomada en cuenta, libertad de buscar y recibir información, libertad de difundir su pensamiento, libertad de conciencia y religión; y por los derechos personalísimos como el derecho a la vida privada, intimidad e identidad<sup>297</sup>. El derecho al libre ejercicio de su sexualidad, no es un derecho absoluto, como lo son la mayoría de los derechos fundamentales<sup>298</sup>, no existe una libertad ilimitada, puesto que, sufre restricciones, en virtud de razones suficientes en aras de garantizar la eficacia de derechos de mayor jerarquía, derechos de terceros, el interés general, convivencia social o

---

<sup>296</sup> del Niño, «Observación General N° 12». Párrafo 84: “El niño tiene derecho a recibir dirección y orientación, que tienen que compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en consonancia con la evolución de sus facultades, como se establece en ese artículo. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones”

<sup>297</sup> Musa, Luisa Cristina. «Las decisiones de las niñas, niños y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal.» (Estructura del Ministerio Público Tutelar de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011). Parafraseando las ideas de la doctora Maier en relación al ejercicio progresivo de los derechos y su efecto sobre las decisiones en materia sexual.

<sup>298</sup> Cavallo, «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Constituyen el núcleo duro de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a la vida, a la nacionalidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar actividades propias de su edad y las garantías del Derecho Penal y Procesal Penal, en estos derechos no pueden establecerse limitaciones ni por el Estado ni los particulares ni la familia de donde el menor forma parte.

cuando se pone en juego con el resto de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, justicia, seguridad jurídica y bien común<sup>299</sup>.

Los límites, deben ser parte del mismo texto legal que reconoce el contenido de este derecho o ser declarado por decisión administrativa o jurisdiccional; en cualquier caso, será responsabilidad del legislador o de quien emita la decisión a nombre del Estado, de acuerdo a una política definida por criterios de orden social, moral o simplemente coyuntural, disponer del contenido de los derechos con amplia discrecionalidad para crear normas o tomar decisiones, pero teniendo como marco de referencia los parámetros materiales y procesales constitucionalmente establecidos.

Si se reconoce que la dignidad de la persona, es complementada con el principio personalista que modernamente es entendido como el libre desarrollo de la personalidad<sup>300</sup>; y si la sexualidad, es un componente integral de todo ser humano desde el nacimiento hasta la muerte; consecuentemente, no puede proibirse o restringirse la sexualidad a cualquier edad, esta afirmación se constituye en guía, para el legislador y la jurisprudencia, hacia reconocer la personalidad sexual en los niños y adolescentes, donde se gesten su identidad y sentimientos que puede ejercer en su vida privada<sup>301</sup>. Cualquier restricción coactiva al ejercicio de un derecho del niño y adolescente, aunque se pinte con la frase tutelar del “bienestar del niño”, constituye una sanción impuesta y toda restricción, aunque sea de poca intensidad, provoca un sufrimiento en quien se aplica<sup>302</sup>.

El Estado, está en la obligación negativa de interferir en dicho proceso el cual se desarrolla en intimidad, cobijado con la garantía de inviolabilidad, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo; y tiene la obligación positiva de reducir las trabas o

---

<sup>299</sup> «Constitución y jurisprudencia constitucional». (Sentencia de 14-XII-95, Inc. 17-95).

<sup>300</sup> Vaquerano, Horacio Arnoldo y otros para que declare la inconstitucionalidad de los arts. 104 letra c) y 200 letra a) de la Ley y del Sistema de Ahorro para Pensiones (LESAP) (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia seis de junio de dos mil ocho). Máxima 20.

<sup>301</sup> Mielnicki, Diego. «El derecho de las personas menores de edad a la libertad sexual en Argentina», s. f. P. 35. “El derecho a la libertad sexual o ejercicio al libre ejercicio de la sexualidad proviene de los derechos a la salud integral, en los genéricos derechos de la personalidad o personalísimos, en el derecho a la libertad de intimidad, en el derecho a la privacidad o bien podría sostenerse la existencia de un hipotético derecho al placer sexual.

<sup>302</sup> Freedman, «Los riesgos del interés superior del niño». El autor pone en cuestionamiento ciertas medidas restrictivas de derechos del niño bajo el amparo del bienestar o mejor interés del niño, que así como el Caballo de Troya esconden maléficas intenciones.

impedimentos que permitan al ser humano satisfacer sus necesidades, Art.8 Cn. Sin embargo, conforme al principio de proporcionalidad, es válido restringir el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, en atención al derecho que se pretende proteger y cuya tutela exige un grado más elevado de satisfacción en relación con otros derechos o bienes jurídicos, igualmente valiosos que sugiere su limitado sacrificio<sup>303</sup>. Podría suceder que el niño y adolescente entren en relación con otros frente a los cuales están en posición de vulnerabilidad o debilidad, surgida por la superioridad cronológica, emocional, profesional, cultural, social, entre otras causas; esta interacción, como cualquier otra, debe ser reglada adoptando todas las medidas o cuidados<sup>304</sup>especiales ante dichas circunstancias y justifican que el Estado asuma la obligación-facultad de intervenir en favor del niño para mejorar sus condiciones frente a los más fuertes y competentes ,y disminuir con ello su situación de desigualdad.

La diferencia de hecho en que se encuentran los niños, requiere que se tomen medidas positivas para disminuir este desequilibrio; razonablemente, es válido la restricción de ciertos derechos fundamentales, entre ellos su libertad sexual, cuando se advierte una desigualdad material entre los intervinientes o que pudieran estar comprometidos otros derechos básicos, puesto que, en tal caso no puede considerarse que el consentimiento es libre.

#### **4. Derecho a la libertad sexual del adolescente y la edad del consentimiento**

Cuando se habla de los comportamientos sexuales o jurídicamente hablando los derechos sexuales y derechos reproductivos, se ha manejado bajo el supuesto que los adultos –mayores a 18 años- tienen plena potestad de ejercitar su sexualidad, sin más límites que los establecidos por la ley, aunque se carezca de normativa nacional o internacional que los reconozca. Quienes no son adultos, es decir los niños y adolescentes, no tienen dicha facultad por razón de su edad, a pesar de que la edad es solo una cantidad de años de vida, una cronología, un cúmulo de cambios biológicos que ocurren en todo ser humano, la cultura y sociedad son los

---

<sup>303</sup> Díaz García, «La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales».

<sup>304</sup> «Observaciones Generales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño», 14. Párrafo 71.» Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, "para proteger al niño de daños"), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.



responsables de cargar a este hecho biológico de importancia, por las expectativas que esta genera, los roles que trae como consecuencia, los estereotipos que se internalizan y se construyen alrededor de la edad y uno de los principales es el ejercicio del “poder”, un privilegio que no tienen los menores<sup>305</sup>.

La disyuntiva de la edad a la cual se deja de ser niño y se pasa a la condición de adulto y desde cuándo se pueden ejercer personalmente los derechos personales o patrimoniales, la edad mínima para ingresar a las fuerzas armadas, para contraer matrimonio, para trabajar, o desde que edad puede considerarse válido el consentimiento sexual, ha sido tema de siglos que por demás esta exponer sus antecedentes, baste decir que la tónica ha sido la discrecionalidad y la arbitrariedad, al corresponder a estereotipos adultocéntricos cargados de discriminación.

La fijación de límites de edad, originalmente surgen en el derecho civil y se han extendido a todas las ramas del derecho y es una técnica aceptada internacionalmente para la determinación del inicio de la actividad sexual de la niñez y adolescencia que, con todo y sus inconvenientes, es por ahora la forma segura para el otorgamiento de derechos subjetivos y medida de protección por cuando no se tiene la experiencia para estar consciente de sus consecuencias.

En lo que se refiere, en los instrumentos internacionales y recomendaciones de los organismos de protección de la niñez, se ha exhortado para que se fije una edad mínima para realizar válidamente un matrimonio, a partir de 18 años de edad y, solo excepcionalmente, puede autorizarse, siempre y cuando el niño, tenga como mínimo 16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez, basándose en motivos excepcionales legítimos, definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición<sup>306</sup>. Este límite, fijado para la celebración del matrimonio, podría llevar a la conclusión que para la comunidad internacional que ha firmado y ratificado estos instrumentos, haya definido esa misma edad

---

<sup>305</sup> Unicef y others, «Superando el adultocentrismo», Serie Participación Adolescente Ahora, Cuadernillo 4 (2013). P. 15.

<sup>306</sup> CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, «Recomendación general número 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general número 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta.», 14 de noviembre de 2014. Párrafo número 20. Se ha copiado textualmente el contenido de dicho párrafo por ser fundamental para comprender los alcances de dicha recomendación conjunta del comité de la CEDAW y el Comité de los derechos del Niño.

como la edad para el consentimiento sexual<sup>307</sup>, o para ejercer los derechos sexuales y derechos reproductivos de manera plena y autónoma. Sin embargo, no es así, se ha dejado en libertad para que cada Estado, de acuerdo con su propia competencia establezca dichos límites. Así, el Código Penal español, la fija en 16 años; Costa Rica y Argentina, en 13 años; Perú, Guatemala y Panamá, en 14 años; Honduras, en 12 años.

La determinación de una edad mínima de consentimiento sexual, pueden no coincidir con los límites de la niñez<sup>308</sup> y adolescencia<sup>309</sup>; y, ésta tiene como finalidad la protección ante los abusos y de las consecuencias que acarrea el iniciar la actividad sexual temprana, considerando, como no consensual dicha conducta y sancionando penalmente a quien se aproveche de tal circunstancia. Presumiendo que debajo de esa edad, puede ser sujeto a presión o coacción de participar, sin tener los medios para oponerse o resistir, de modo tal que, no se obtiene un consentimiento válido. También, puede mencionarse como objetivo, la prevención del embarazo precoz por los efectos que produce en la salud de la madre del recién nacido y de las repercusiones en el normal desarrollo físico, psicológico y emocional que enfrenta en particular la niña y adolescente<sup>310</sup>.

Sobre esta misma materia, en el sistema de precedentes que, también, es parte del corpus iuris del sistema internacional de protección de los derechos humanos, se ha expresado por el Comité de los Derechos del Niño un estándar mínimo al establecer como inaceptable fijar en 13 años la edad del consentimiento sexual, puesto que, vuelve a los niños más vulnerables a la explotación sexual –léase las Observaciones finales del Comité de los informes periódicos que ofrecen los gobiernos en cuanto al cumplimiento del Protocolo Facultativo que complementa dicha Convención relativo a la Venta de niños, Prostitución Infantil y utilización de Niños en

---

<sup>307</sup> «Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.» «edad de consentimiento sexual»: la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor», art. 2 b), definiciones.

<sup>308</sup> «Observaciones Generales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño», 7. En la observación general No. 7, el Comité de los derechos del niño ha propuesto una definición de trabajo que es considerada la más adecuada para entender la primera infancia, sería comprendido desde el nacimiento hasta los ocho años de edad.

<sup>309</sup> «OMS | Salud de los adolescentes», WHO, accedido 4 de mayo de 2015. la adolescencia que va de los 10 hasta los 19 años, de edad que a su vez se subdivide en adolescencia temprana -12 a 14-, media y tardía 15 a 19 años-.

<sup>310</sup> «Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe».

Pornografía: caso Guyana CRC 2004, España CRC octubre de 2007<sup>311</sup>, CRC Costa Rica 2011<sup>312</sup>-. Organizaciones internacionales como Save The Children se ha pronunciado abiertamente de acuerdo con la elevación de la edad del consentimiento sexual para prevenir el abuso y la explotación sexual.

Como lo expresa Martin Alexander Martínez Osorio<sup>313</sup>, el legislador salvadoreño, desde el siglo XIX, se decantó por fijar en 12 años la edad consentimiento sexual, motivado por la legislación canónica de ese entonces y sus antecedentes del derecho romano, considerando irrelevante o nulo el “consentimiento” otorgado por niño o niña menor de 12 años, aun y cuando sea el menor de esa edad quien provoque el acto; el límite de edad, fue ampliado mediante D.L. N° 210, del 25 de noviembre del 2003, incrementándose a 15 años para la protección establecida a los menores; a partir de ese año, el “consentimiento” dado por quienes están debajo de esa edad, se presume nulo, y bajo este nuevo paradigma legislativo, y por razones que no se vierten en las consideraciones del decreto en mención, se ha elevado el ámbito de protección del niño.

El mismo autor agrega: “que si lo que se intenta proteger es el normal y sano desarrollo de su evolución sexual, evitando en lo posible alteraciones traumáticas que incidan en su posterior desarrollo psíquico, no quedaría dentro del ámbito de protección del derecho penal, aquellos hechos que supongan un conocimiento espontáneo o exploratorio de su sexualidad, particularmente dentro del ámbito de los catorce o quince años. En términos claros, los meros actos de fornicación entre jóvenes no pueden quedar comprendidos dentro del ámbito de protección de la violación y agresión sexual”, y que, una interpretación literal de la disposición del Código Penal, colisionaría con principios constitucionales, como la protección de bienes jurídicos, lesividad y proporcionalidad de la pena<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> Comité de los Derechos del Niño, «Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 del protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. España.», 1 de octubre de 2007.

<sup>312</sup> UNICEF, «Recomendaciones del Comité de Derechos del Niño al Cuarto Informe Periódico de Costa Rica».

<sup>313</sup> Martínez Osorio, Martín Alexander. Temas fundamentales de la niñez y adolescencia en la justicia penal juvenil. P. 88.

<sup>314</sup> *Ibíd.* “En términos sencillos, existe una clara afrenta al principio constitucional de proporcionalidad en las sanciones penales, cuando no se efectúa una distinción entre los hechos efectuados realmente con violencia y en los casos en los que no” P. 96.

Toribio Alejos, comentando una reforma legislativa similar en el Código Penal de la República del Perú que sancionaba la actividad sexual de niños mayores de 14 y menores de 18 años, expresa que se trasgrede el principio de mínima intervención o el carácter subsidiario del derecho penal, al recurrir a él, antes de emplear otros medios que podrían resultar más disuasivos y eficaces, con los cuales se podrían producir mejores resultados, a los que se logran penalizando la actividad sexual de los adolescentes, cuando se dan de forma consentida, sin anular un derecho fundamental que es parte del patrimonio jurídico del ser humano<sup>315</sup>. En cuanto al principio de proporcionalidad, se trasgrede al anular por completo el ejercicio de la autodeterminación de los menores en el ámbito de su sexualidad, al hacer irrelevante el consentimiento por ellos otorgado y al eliminar todo tipo de posiciones alternativas para su ejercicio, sin hacer distinción en cuanto a las personas y condiciones de realización de esta conducta<sup>316</sup>.

El maestro Carlos Ernesto Sánchez Escobar, ha reconocido que la elevación de la edad a 15 años del consentimiento sexual, responde a un esquema altamente moralista, como si en la norma penal previa no fuere suficiente para la tutela de sus derechos sexuales, confundiendo mínimos éticos con mínimos de una moralidad, ni siquiera decimonónica, declarándoles por ley, seres no pensantes, sin conciencia y sin capacidad cognitiva, respecto de un fenómeno natural como es la sexualidad humana<sup>317</sup>. Una interpretación literal de esta disposición penal, criminaliza los actos sexuales realizados por mayores de 12 y menores de 15 años de edad,

---

<sup>315</sup>Alejos Eduardo Toribio, Disyuntiva Constitucional entre la libertad e indemnidad sexual de los menores, A propósito de la STC Exp. N° 00008-2012-PI/TC, P. 3. El autor también menciona la a sistematicidad de la reforma al Código Penal peruano que sancionaba la conducta sexual de menores de 16 de edad, puesto que se permitía el matrimonio a esa edad, pero por otra parte se sancionaba la conducta, lo cual es un escándalo jurídico al considerar por una parte lícita la conducta y por otra parte considerarla ilícita, cuando es un solo ordenamiento jurídico.

<sup>316</sup> «Tribunal Constitucional Fundamentos y alcances de una Sentencia que reconoce el derecho a la libertad sexual de las y los adolescentes. PERU». Párrafo 46 y 47 de la sentencia del tribunal peruano sobre el principio de necesidad afirma: Si se pretenden desincentivar la comisión del delito de violación en contra de menores de 14 años un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero definitivamente más benigno para la libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, hubiese sido, entre otros, que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

<sup>317</sup> Sánchez Escobar, Carlos Ernesto. «Ideología y reforma penal: Aspectos problemáticos del saber penal y punición legislativa.», Ventana Jurídica 11 (s. f.). Se parafrasea P.78.

indistintamente quién fuera el que los provoca, llegando al absurdo jurídico de que ambos ostentan la calidad de sujetos activos y pasivos de un delito contra la libertad sexual del otro.

De la misma manera, cuál debería ser la respuesta del Derecho, cuando niños menores de 12 años son sorprendidos masturbándose, besándose en el salón de clases, haciendo gala sus genitales, viendo a hurtadillas la desnudez de sus compañeros, entre otras. Estas expresiones placenteras de contenido sexual, podrían alcanzar para someterlos a régimen especial del Instituto Salvadoreño de la Niñez y Adolescencia (ISNA), lo cierto es que no, el hacerlo constituiría una respuesta desproporcionada del Derecho a una manifestación sexual natural. Estas, pueden ser resultado del desarrollo normal de la personalidad sexual del niño conforme a los valores y principios apropiados en su hogar; consecuencia de una inadecuada educación en sexualidad por sus padres<sup>318</sup>; estimulas por el Estado a través de la escuela que propició la precocidad sexual del niño por su incorporación inadecuada en la curricula; o por el ambiente de promiscuidad en donde se han desarrollado los primeros años de su infancia, siendo expuestos a exacerbar su instinto sexual y no el auto control o dominio propio de sus deseos<sup>319</sup>.

Si acaso se pudiese considerar la opción del legislador como una manera de provocar que los niños y adolescentes no practiquen su sexualidad de forma precoz, evitar los embarazos adolescentes, reducir los índices de contagio de enfermedades de transmisión sexual o batallar ante los índices de abuso sexual de niños; serían fines perfectamente válidos para el derecho penal Moderno<sup>320</sup>, puesto que, generaría en la conciencia de la sociedad la idea que el ordenamiento jurídico tiene como rumbo claro, proteger a aquellos que por su situación de vulnerabilidad necesitan un reforzamiento mediante el recurso penal y que se ha adoptado como una técnica para fomentar la protección de valores éticos morales de un nuevo tipo de sociedad que responda a los nuevos problemas sociales.

---

<sup>318</sup> Órgano Ejecutivo ramo de salud, «Política de Salud Sexual y Reproductiva. Acuerdo No. 1181, D.O. No. 149, tomo No. 396, del 15 de agosto de 2012», 9 de agosto de 2012. “Los patrones culturales en la familia determinan y reproducen pautas de crianza y valores que las niñas, niños y adolescentes asimilan en el transcurso de la vida. En materia de salud sexual reproductiva la familia evade hablar e informar de acuerdo al desarrollo físico, psicológico y emocional de las NNA, por lo tanto, siguen reproduciendo patrones sexistas”.

<sup>319</sup> Martínez Osorio, Temas fundamentales de la niñez y adolescencia en la justicia penal juvenil.

<sup>320</sup> Hassemer, Winfried. «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», Pena y Estado, n.º 1 (1995): 23–36. Parte II, subcapítulo 3.

Sin embargo, la regulación normativa, no ha sido una respuesta efectiva a los supuestos indicados, ni antes, ni después de la reforma legislativa, dado que la actividad sexual de los adolescentes en El Salvador, ha sido una constante reconocida por organismos internacionales, como la Organización Panamericana de la Salud y el Banco Mundial. Así, en el año de 1999 se publicó el documento denominado "Programa de Capacitación en Salud Sexual y Reproductiva", donde asegura que el 21% de la población adolescente tuvieron su primera relación sexual antes de los 15 años de edad, y para el año 2012 fueron identificados los mismos problemas<sup>321</sup>; de la misma manera, no han cesado las conductas violentas de actividad sexual en perjuicio de los niños, por prácticas abusivas de pedófilos que se han aprovechado de la ignorancia del niño sobre temas básicos de educación sexual saludable<sup>322</sup>.

Únicamente, el abordaje de la sexualidad con un enfoque integrador y sistemático del conjunto de normas de protección internacional de la niñez, de las recomendaciones y observaciones generales, de los documentos resultado de conferencias internacionales sobre la niñez, la mujer, la población y el desarrollo, sin sesgos culturales, da como resultado el reconocimiento gradual de los derechos sexuales y derechos reproductivos a favor de los niños y adolescentes; adicionalmente, con la cobertura de una política de educación sexual construida por la institucionalidad presente como el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia –CONNA– con enfoque del interés superior y autonomía progresiva y, ante todo, desde la perspectiva de derechos subjetivos y participación ciudadana de quienes al final son los afectados con cualquier decisión.

---

<sup>321</sup> Ministerio de Salud viceministerio de políticas de salud dirección de regulación y legislación en salud Programa Nacional de ITS-VIH-SIDA, «Estrategia de información, educación y comunicación en el abordaje de las ITS y VIH. El Salvador, marzo 2012.». P. 104, se limita a labores preventivas de embarazo infantil y prevención de enfermedades de transmisión sexual. Se declara que los adolescentes de 10 a 19 años de edad enfrentan los siguientes problemas: “el inicio de las relaciones sexo coitales a temprana edad, incremento de embarazos en adolescentes, embarazo precoz, relaciones sexo coitales sin protección, entre otras.

<sup>322</sup> Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, CONNA, «Política nacional de protección integral de la niñez y adolescencia (PNPNA) 2013-2023», 13 de mayo de 2013. “El Instituto de Medicina Legal, reporta que entre 2010 y 2012 los casos relacionados con violencia sexual (violaciones y otras agresiones sexuales) alcanzaron un total de 7,37123 siendo las principales víctimas, niñas y adolescentes entre los 10 y 14 años” P. 41.

Con los elementos de análisis indicados, se reconoce que la sexualidad es natural al ser humano, aun desde las primeras etapas de su existencia, esta actitud o manifestación sexual es latente desde la concepción, manifiesta en la primera infancia y evidente en la adolescencia prematura o tardía; que conforme al desarrollo evolutivo los niños y adolescentes, tienen derecho a gozar y ejercer su sexualidad en sus diversas manifestaciones como el resto de seres humanos; se constituye en un derecho humano, no positivizado que no puede limitarse arbitrariamente, sin embargo, nada impide que se dispense de todas las medidas de protección adecuadas, de acuerdo al contexto social en que se desarrolle y conforme a los compromisos adquiridos en los diversos convenios internacionales de protección de la infancia; por lo cual, se requiere la configuración legal que potencie los derechos en este ámbito de vida, a esta edad como parte del libre desarrollo de su personalidad sexual, sin perjuicio, de que establezcan límites legales conforme a ese desarrollo gradual que experimenta.

En correspondencia a lo expuesto, los valores, principios y reglas de protección integral del niño: Se reconoce a todo ser humano, el derecho al libre desarrollo de su personalidad sexual desde la niñez, concerniendo a los padres, y de forma subsidiaria al Estado, proporcionar la información, orientación y acompañamiento en cada momento de su vida, mientras se encuentre bajo su cuidado personal, limitando la exposición a situaciones claramente definidas que pongan en peligro su integridad; fomentando que ese desarrollo se produzca en forma saludable y responsable, conforme a los valores morales y espirituales apropiados y en sintonía con la evolución de sus facultades o grado de madurez alcanzado.

El abandono de viejos paradigmas y la construcción de uno nuevo, necesita una política incluyente de educación sexual formal que fomente valores universales, como la dignidad humana, igualdad, tolerancia y libertad sexual, separada de patrones adultocéntricos; encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades, preparando a la niñez para vivir una vida responsable en una sociedad libre. Desde esta perspectiva la actuación del niño – persona menor de 12 años de edad- en expresiones sexuales de la índole que sean en lo privado e individual o con sus pares será tolerable, más que recomendable, y no debería ser llevada por los padres y/o por el Estado a tratamiento disciplinario, psicológico o reformativo, como en la situación irregular; salvo

que se advierta un patrón de conducta que conforme a estudios profesionales, revelen abuso sexual en alguno de ellos. En el mismo sentido, el involucramiento sexual entre adolescentes – mayor de 12 y menor de 18 años de edad-, será, entonces, una actividad legítima, donde estos, de acuerdo a su propia visión de su futuro, asumen con mayor madurez las consecuencias de actuar.

Ahora bien, esta laxitud, no significa el abandono del recurso del derecho represivo o sancionatorio por parte del Estado contra el adulto o adolescente, quien hace partícipe a niños y adolescentes contra su voluntad en conductas sexuales que constituyan la puesta en peligro de su integridad o cause un daño a su dignidad. Sigue vigente la función disuasiva del Derecho y la obligación de criminalizar conductas que constituyen afectación a bienes jurídicos dignos de tutela penal.

Corresponderá, a instituciones como el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, a los jueces especializados en materia de la niñez y adolescencia y al legislador, actuar de forma consecuente para atender la sexualidad en este periodo de la vida en consonancia a los principios de protección integral citados y al espíritu del Art. 34 CDN, claro está, no pretende criminalizar la actividad sexual de los niños y adolescentes, haciendo acopio de los protocolos que complementan la Convención sobre los Derechos del Niño, observaciones y recomendaciones que se dicten por parte del Comité de los Derechos del Niño; y que respondan a los daños reales o potencialmente peligrosos que se produzcan y que no utilizar un derecho penal simbólico.



## CONCLUSIONES

1. La necesidad de Instrumentos internacionales sobre derechos sexuales y reproductivos, han estado ausentes en los foros mundiales y no logran ubicarse como un asunto de trascendencia internacional, pese a los progresos obtenidos en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo, y Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Beijing, ambas desarrolladas en la década de los noventa. En Dichas conferencias, se demostró la situación de desventaja en el ejercicio de sus derechos por parte de la mujer, ampliando a la niña, originadas por la vulneración de sus derechos de contenido reproductivo; pese a la urgente necesidad de reconocer nuevos derechos a su favor, los resultados fueron muy limitados, puesto que, la visión sobre la sexualidad sigue reduccionista al girar únicamente sobre temas de control de la natalidad o control de enfermedades de transmisión sexual, mas no como derechos subjetivos que puedan reclamarse. Ante esta situación, se puede decir que los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional, no se encuentran protegidos, ni a los hombres, ni a las mujeres, a los niños y adolescentes, ni a los ancianos, constituyendo una vulneración a derechos básicos del género humano.
2. El contenido de los derechos sexuales y derechos reproductivos, se encuentran interrelacionados de tal manera que unos constituyen el fundamento para el goce y ejercicio de los otros, esto permite afirmar que la negación de uno de ellos se considere la negación del resto, si esto es así, no puede establecerse barreras abruptas para permitir el ejercicio de ciertos derechos y restringir otros, más allá de las limites que la condición natural del ser humano imponga a su titular. Su regulación normativa internacional, fijando su contenido y límites es necesario para evitar que sean objeto de restricciones injustificadas e irracionales por parte de los Estados, destacando que el derecho a la libertad sexual es un derecho fuente del cual dimana el goce y ejercicio del resto de esos derechos.
3. En cuanto la niñez y adolescencia y como resultado de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las discusiones de especialistas recogidas en las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño, se le reconoce su condición jurídica de persona y poseedora de

todos los derechos humanos reconocidos a los adultos; no obstante, habrá situaciones concretas y excepcionales, donde de manera justificada se deberá regular y restringir el ejercicio de ciertos derechos, tomando como consideración primordial su interés superior, esto deberá hacerse de forma razonable, en proporción a los sacrificios que eso lleva a los derechos del niño y adolescente.

4. El principio de la autonomía progresiva, ha sido concebido para permitir al niño y adolescente, ejercer sus derechos de forma personal, sin la figura de la representación; por tanto, la fijación de límites etarios para el ejercicio de derechos, se opone a este principio, puesto que, los límites han sido fundados en posiciones paternalista y adultocéntricas, que niegan la capacidad de los niños de ser sujeto de derechos.
5. Los niños tienen expresiones sexuales en cada etapa de su desarrollo, las cuales deben ser entendidas y reconocidas por los adultos –especialmente los padres o maestros- como normales; en tal sentido, la familia debe permitir que el niño tenga los conocimientos y las experiencias fundamentales en todas las áreas de su vida, incluyendo la sexual, para lo cual, deberá comprometerse en la formación pedagógica en sexualidad sana, acorde a la edad y madurez física, emocional e intelectual de los niños. Esta labor, será la mejor manera de protegerlos contra el abuso, la pornografía y la explotación sexual, porque cuando conocen sus derechos en el ámbito sexual y los ejerzan progresivamente, les ayuda a protegerse y disfrutarlos responsablemente, tomando decisiones cruciales en cuanto al cómo, cuándo, dónde ejercer sus derechos, y evita asumir obligaciones prematuras.
6. Los convenios internacionales suscritos por El Salvador en materia de niñez, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, han sido interpretados, como la negación a cualquier forma de derechos sexuales a favor de los niños, porque aun permean concepciones anticuadas y cargadas de moralismos sobre la sexualidad; de tal manera que, el enfoque predominante es alejar a la niñez de temáticas relacionadas con la sexualidad, enfatizando la represión y castigo sobre el empoderamiento de derechos sexuales. Entonces, la actividad sexual en los niños y adolescentes, en el ordenamiento jurídico interno, es concebida como una conducta ilícita e inadecuada, no acorde con su edad, utilizando el derecho penal como primer instrumento para reprimirlas, fijando como bien

jurídico a proteger su indemnidad sexual y no su libertad sexual, convirtiendo al niño en objeto de protección jurídica, sin que su voluntad tenga valor. No obstante, existe un rompimiento al principio de unidad del ordenamiento jurídico ante la actitud permisiva del Estado en la realización de actividades sexuales de adolescentes, siempre que se den, dentro del matrimonio.

7. La respuesta del derecho a los comportamientos sexuales de niños y adolescentes, deberá direccionarse al conocimiento, promoción y ejercicio - personal y responsable- de los derechos sexuales y derechos reproductivos en forma progresiva, con el apoyo y orientación de su familia y del Estado, quienes no debe interferir en el descubrimiento espontáneo de su sexualidad. La labor positiva del Estado ante la existencia de estereotipos de género sobre la sexualidad infantil, requiere regulación por medio de ley, declarando el contenido y los límites para el ejercicio de ciertos y puntuales derechos, siempre que dichas limitaciones sean necesarias y justificadas, fundadas en principios generales como la dignidad humana e interés superior del niño; los límites, podría justificarse cuando se ponga en peligro su integridad, vida y dignidad humana, presentes y futuros, con el propósito de evitar que sean víctimas de abuso sexual por sus pares y mayores.
8. La necesidad de una normativa especial con la categoría de ley, es de suma importancia, puesto que existen políticas ministeriales de educación y salud, dirigidas a formar en sexualidad positiva y responsable a los niños en la edad escolar y prevención de embarazos prematuros y enfermedades de transmisión sexual; sin embargo, no generan derechos subjetivos a favor de la niñez y adolescencia; consiguientemente, continúan siendo objeto de protección, sin posibilidad de participar activamente en el reclamo de derechos frente a sus padres, maestros y el Estado.
9. Es posible jurídicamente limitar el ejercicio del derecho a la libertad sexual, el cual es un derecho fuente del resto de los derechos sexuales y derechos reproductivos, solo a quienes conforme a su edad y de acuerdo al nivel de madurez adquirida, tengan la capacidad de decidir responsablemente participar en tales conductas y asumir las consecuencias de sus decisiones, cumplimiento de condiciones objetivas y subjetivas de equidad, cuya ausencia convertirá en ilegal la conducta, de esta manera serán prohibidas las expresiones sexuales

ejecutadas cuando a favor de uno de ellos concurren condiciones de superioridad originadas por una relación asimétrica.

10. En cuanto a la edad de consentimiento sexual, en El Salvador, la iniciación sexual sucede en niños, especialmente niñas, desde los diez años de edad, quienes en la generalidad de los casos, participan coaccionadas por adultos, quienes se aprovechan de su condición de vulnerabilidad para obtener gratificación sexual, cosificando al niño o niña; en ese contexto, rebajar la edad del consentimiento sexual hasta los 10 años, constituiría en la exposición desmedida al abuso sexual, aunque se diga que el niño tiene subjetivamente una madurez sexual superior a otros de su edad, aceptarlo simplemente constituiría vulneración al principio básico como la dignidad humana e interés superior. Ahora, elevarla hasta los 18 años de edad, hasta llegar a la adultez plena, sería un abandono al principio de evolución progresiva de sus facultades. Entonces, la opción de fijar como límite de edad del consentimiento sexual, el inicio de la adolescencia, mayor de los doce años, sería, por otra parte, un retroceso en las garantías de protección de la niñez, sin embargo, si adicionalmente se valora el grado de madurez emocional, psicológica y emocional del adolescente, la existencia de relaciones interpersonales entre ellos y la ausencia de relaciones de poder, como considerable diferencia de edad, condición económica cultural y social, o cualquier otra que genere asimetría de poder, se hace aceptable la fijación de este límite de edad, el cual además es conforme al límite de responsabilidad penal aceptable internacionalmente.
11. Por tanto, es comprensible que los adolescentes tienen derecho a ejercer su sexualidad de forma responsable, por lo cual es obligación de los padres y del Estado, dar la información científica, oportuna, necesaria y libre de estereotipos culturales, para que puedan explorar y descubrir sus capacidades y aptitudes, y decidir por sí mismo el momento para exteriorizar su sexualidad. Solamente de esta manera puede considerarse que ha sido asimilado como persona con la plenitud de derechos al igual que los adultos mediante la participación activa en su proyecto de vida.

## RECOMENDACIONES

Al Ministerio de Educación,

Crear y ejecutar una política de educación sexual integral que comprenda nuevos programas y contenidos sobre sexualidad en el sistema de educación formal que no se limite a la enseñanza de la genitalidad y relación coital, sino que incluya el fomento de valores como la solidaridad y el respeto, así como también la tolerancia y auto cuidado que, además, empodere a la niñez para exigir sus derechos y denunciar aquellas conductas constitutivas de abuso sexual. Esta política de educación sexual será el complemento de la política nacional de salud sexual y reproductiva implementada por el Ministerio de Salud desde el año 2012 en respuesta a la pandemia de los embarazos prematuros y la proliferación de enfermedades de transmisión sexual.

A la Comisión de Legislación y Puntos constitucionales,

1. Regular y censurar por medio de una ley creada de acuerdo al Art. 6 Cn y 13.4 CADH la difusión de información, imágenes y cualquier forma de publicidad que ponga en peligro el normal desarrollo de la personalidad sexual de los niños, por medio de la exposición prematura de contenidos sexuales que tergiversan la sexualidad y les hagan proclives a iniciar muy tempranamente su vida sexual, o reproduzcan patrones culturales sexistas y de desprecio a la mujer.
2. Incorporar como derecho a favor de los niños y adolescentes el libre desarrollo de su personalidad sexual para lo cual bastará la inclusión dentro del texto del Art. 72 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de la expresión “en todos los ámbitos de su vida” quedando redactado de la manera siguiente: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al libre y pleno desarrollo de su personalidad, en todos los ámbitos de su vida sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”
3. Adicionar luego del Art. 46 LEPINA un artículo que establezca el derecho limitado a la libertad sexual de los adolescentes cuando se ejercite en condiciones naturales, emocionales y mentales de igualdad material.

4. Derogar los Arts. 18, 19, 22, 86, 289 e inciso primero parte final del Art. 276, todos del Código de Familia que autorizan el matrimonio de adolescentes, en atención a recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño

A las asociaciones de medios de comunicación y publicidad, como la Asociación de Medios Publicitarios Salvadoreños, Asociación Nacional de Anunciantes de El Salvador, quienes conforman el Consejo Nacional de la Publicidad; a la Asociación Salvadoreña de Radio Difusores y los medios de comunicación en general,

- 1) Contribuir para que el niño crezca en el conocimiento de su sexualidad de manera adecuada a su edad y madurez física, emocional e intelectual, de tal modo que se debe potenciar la estructuración de contenidos que fomenten valores superiores como la dignidad humana, la libertad, la paz, la solidaridad y la tolerancia con miras a reducir el fuerte impacto al cual la niñez y adolescencia se expone continuamente por medio de sus pares o medios masivos de comunicación no regulados como el Internet.
- 2) Autorregular a sus miembros televisión privada, publicidad, prensa, compañías telefónicas móviles e Internet) con el fin de que se abstengan de transmitir imágenes y contenidos nocivos que perjudican el desarrollo psicológico del niño exposición prematura de conductas o situaciones de contenido sexual.

## Bibliografía

### Fuentes bibliográficas

Alejandra López Gómez. «Derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. En la construcción del autocuidado y la autonomía en las prácticas sexuales y decisiones reproductivas», s. f. <http://equidad.org.mx/ddeser/docs/18.1vprint.pdf>.

Alemaný García, Macario. «El concepto y la justificación del paternalismo», 2005. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10012>.

Alessandri, ARTURO, M. Somarriva, y A. Vodanovic. «Curso de Derecho Civil. Parte general y los sujetos de derecho». Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Nacimiento. Santiago de Chile, 1971.

Altarejos, F. (Francisco), y A. (Antonio) Moya-García-Montoto. «Del relativismo cultural al etnocentrismo (y vuelta)», 2003. <http://dadun.unav.edu/handle/10171/8283>.

« Ariès, Philippe. «El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen», 1987. <http://201.147.150.252:8080/jspui/handle/123456789/1346>.

Avilés, Ramiro, y Miguel Ángel. «A vueltas con el paternalismo jurídico», 2006. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7044>.

Ayala, Luis Rivera. «La figura legal del menor maduro (mature minor) en materia sanitaria a partir del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño». Accedido 13 de agosto de 2016. [http://ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/97\\_artluisriveralista.pdf](http://ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/97_artluisriveralista.pdf).

Baita, S., y P. Moreno. «Abuso sexual infantil, cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia” centro de estudios judiciales del Uruguay». UNICEF, Uruguay, pp16-17, 2015.

Ballester Arnal, Rafael, y María Dolores Gil Llarío. «La sexualidad en niños de 9 a 14 años». *Psicothema* (Oviedo), 2006, 25–30.

«Barcia Lehmann, Rodrigo. (2013). LA CAPACIDAD EXTRAPATRIMONIAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A SUS CONDICIONES DE MADUREZ. *Ius et Praxis*, 19(2), 03-52. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200002>», s. f.

Bastida, Francisco J., Ignacio Villaverde, Paloma Requejo, Miguel Angel Presno, Benito Aláez, y Ignacio F. Sarasola. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos, 2004. <http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/librodf.PDF>.

Beloff, Mary. «Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar». *Justicia y derechos del niño* 1 (1999): 9–22.

Blázquez, Francisco Oliva. «El menor maduro ante el derecho». *Competencia, capacidad, autonomía*, 2014. <http://revistaeidon.es/index.php/ficha/38/El-menor-maduro-ante-el-Derecho>.

Bruñol, Miguel Cillero. «Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios». *Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño—OEA*, n.º 234 (1997): 1–13.

Cabello, Ernesto. «La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y su incidencia en el ámbito de la Administración local». *Economistas* 27, n.º 122 (2009): 77–83.

Cabrera, Oscar. «El derecho a la salud como marco para la protección de los derechos sexuales y los derechos reproductivos», 2015. <http://www.clacaidigital.info:8080/xmlui/handle/123456789/656>.

Cantoral Domínguez, Karla, Pérez fuentes, Gisela María. «EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO MEXICANO», s. f. [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/15/.../dtr3.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/15/.../dtr3.pdf).

Cárdenas Dávila, Nelly Luz. «Menor infractor y justicia penal juvenil». Arequipa: Universidad Católica de Santa María, 2009.



Carlos Ernesto Sánchez Escobar. «Ideología y reforma penal: Aspectos problemáticos del saber penal y punición legislativa.» *Ventana Jurídica* 11 (s. f.).

Carlos Santiago. «El Principio de autonomía de la persona, capítulo V de Ética y Derechos Humanos». Astrea, 1989. <https://es.scribd.com/doc/85976580/El-principio-de-autonomia-de-la-persona-Carlos-S-Nino>.

Carmen González Marsal. «Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud?, ¿cuestión de derechos?» *Anuario de derechos sexuales Nueva Epoca Volumen 10*, 2009. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/discussion/Gonz%C3%A1lezMarsal.pdf>.

Castañeda, Luisa Benavides de. «EL DERECHO A OPINAR Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE LA SALUD. ASPECTOS BIOÉTICOS, NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES». Consultado 23 de mayo de 2016. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc32/art2.pdf>.

Cavallo, Gonzalo Aguilar. «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 6, n.º 1 (2008): 9.

Cerna, Christina. «La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales». *Estudios Básicos de Derechos Humanos* 1 (1995).

Cervantes, David Tarazona. «ESTADO DEL ARTE SOBRE COMPORTAMIENTO SEXUAL ADOLESCENTE (II)». Consultado 1 de agosto de 2016. [http://www.academia.edu/download/34923114/7\\_tarazona.pdf](http://www.academia.edu/download/34923114/7_tarazona.pdf).

Colmegna, Pablo Damián. «Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los Derechos Humanos». *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja* 6, n.º 8 (2012): 27–47.

Corral, Benito Aláez. «El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad», 2007. <http://repositoriodigital.academica.mx/jspui/handle/987654321/421327>.

Couso, Jaime. «La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal», 2009. [http://digitalcommons.law.yale.edu/yfs\\_sela/73/?utm\\_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Fyfs\\_sela%2F73&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.law.yale.edu/yfs_sela/73/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Fyfs_sela%2F73&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages).

D'Alessio, Andrés José. «Código Penal de la Nación. Comentado y anotado». actualizada y ampliada 2 (2010).

De Buitrago, Anita Calderón. «Anita y otros.». Manual de Derecho de Familia, s. f.

Diego García-Sayán, Presidente, Manuel E. Ventura Robles, vicepresidente,. Atala Riffo y niñas vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2012).

Diego Mielnicki. «El derecho de las personas menores de edad a la libertad sexual en Argentina», s. f.

Díez Ripollés, José Luis. «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», 2000. <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010>.

Donna, Edgardo Alberto, y Javier de la Fuente. Derecho penal: parte especial. Rubinzal-Culzoni Editores, 2002. <http://dspace.ucbscz.edu.bo/dspace/handle/123456789/2024>.

Dworkin, Ronald. «Los Derechos Enserio». Ariel derecho (Barcelona, 1999), 1984.

Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Libertad de enseñanza versus derechos fundamentales, No. T-440-92 (Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional 2 de julio de 1992).

Efrén Ríos, Luis. «Moralidad sexual y Derecho: moralismo, individualismo y garantismo», 2007. <http://orff.uc3m.es/handle/10016/8808>.

Enesco, Ileana. El concepto de infancia a lo largo de la historia. Recuperado el día, 2000. [http://www.ucipfg.com/Repositorio/EPDP/pcEPDPv03/EPDP-04-JSPP/EPDP02/Lecturas/1/Modulo%201\\_4.pdf](http://www.ucipfg.com/Repositorio/EPDP/pcEPDPv03/EPDP-04-JSPP/EPDP02/Lecturas/1/Modulo%201_4.pdf).

F. Moreno Madrid. «Capacidad del menor para decidir», s. f.  
<http://www.spao.es/documentos/boletines/pdf-boletin-seccion-31-secciones-16109.pdf>.

Facio, Alda. «Los derechos reproductivos son derechos humanos». Instituto Interamericano de Derechos Humanos.(Ed.). Colección Derechos Humanos, Población y Desarrollo 1 (2008).

Fanlo Cortés, Isabel. «Los Derechos del Niño y las Teorías de los Derechos: Introducción a un Debate». Justicia y Derechos del Niño, n.º 9 (2008).

Farith, Simón. «Derechos de la niñez y adolescencia: De la convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones integrales, Tomo II». Cevallos editora jurídica. Quito, 2009.

Federico Andreu, Carlos Ayala, Maria Belof, Claudio Nash, Carlos Pelayo, otros. «Convención Americana sobre los Derechos Humanos Comentarios». Talleres Gráficos, Impreso en El Salvador, noviembre de 2014.

Fernández, Antonia Monge. «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010». Revista de Derecho, n.º 15 (2010): 85–106.

Ferrer, Anabella J. Del Moral. «El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño». Cuestiones Jurídicas 1, n.º 2 (2013): 73–99.

Finkelhor, David. Abuso sexual al menor. Editorial Pax México, 2008.

Flavia Piovesan. «Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales: la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso atala riffo vs. chile», s. f.  
[http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/anuario/2013/022\\_Piovesan.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2013/022_Piovesan.pdf).

Foucault, Michel. Historia de la sexualidad. Madrid: Siglo XXI, 1978.

Freedman, Diego. «Los riesgos del interés superior del niño». Accedido 12 de diciembre de 2015. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>.

Freud, Sigmund. «Sobre una degradación general de la vida erótica.» *GénEros* 1, n.º 2 (2016): 26–34.

Gabriela Z. Salomone. «LA NOCION JURIDICA DE LA AUTONOMIA PROGRESIVA EN EL CAMPO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: INCIDENCIAS SUBJETIVAS E INSTITUCIONALES», s. f. <http://www.aacademica.com/000-054/56.pdf>.

García Fernández, Dora. «El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad», 2010. <https://dspace.usc.es/handle/10347/7956>.

García Máynez, Eduardo. «Introducción al estudio del derecho». México, Porrúa 984 (1990). <http://www.cunorte.udg.mx/sites/default/files/licenciaturas/abogado/plan/d1021.pdf>.

Garzón Valdés, Ernesto. «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», 1988. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10872>.

González Contró, Mónica. «Derechos sexuales: niños, niñas y adolescentes», 2009. [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/68/](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/68/).

González y otros (campo algodonerero) versus México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de noviembre de 2009).

Gorguet Pi, Iliana Cecilia. *Comportamiento sexual humano*. Universidad de Ciencias Médicas de Santiago de Cuba, 2010. <http://tesis.repo.sld.cu/124>.

Gutiérrez Castro, Gabriel Dr. «Catálogo de Jurisprudencia: Derecho Constitucional Salvadoreño». El Salvador, 1993.

Hassemer, Winfried. «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». *Pena y Estado*, n.º 1 (1995): 23–36.

Henderson, Humberto. «Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine». *Revista IIDH* 39 (2004): 71–99.

Henríquez, J. Jesús Orozco. «Los" derechos humanos" y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo». En Teoría del derecho y conceptos dogmáticos, 23–40. Universidad Nacional Autónoma de México, 1987. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1971161>.

Herrera Nieto, Leticia, Enrique Márquez Flores, y Efraín Romero Reyes. Construyendo futuro: formación cívica y ética, 1. México: Oxford, 2007.

Herrera Y Cairo, Lucero Aída Juárez. «Apropiación de derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia: dimensiones de la ciudadanía.» Revista de Estudios de Género. La Ventana 4, n.º 30 (diciembre de 2009): 148-80.

Herrero, Escobar, Francisco de Borja, y others. «El trabajo infantil desde la Revolución industrial hasta la actualidad», 2012. <http://bucserver01.unican.es/xmlui/handle/10902/2050>.

Hodgkin, Rachel, y UNICEF, eds. Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. Fully rev. 3. ed. Geneva: Unicef, 2007.

Horacio Arnaldo Vaquerano y otros para que declare la inconstitucionalidad de los arts. 104 letra c) y 200 letra a) de la Ley y del Sistema de Ahorro para Pensiones (LESAP), No. 31-2004/34- 2004/38- 2004/6- 2005/9-2005 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia seis de junio de dos mil ocho).

Horno, P., Ana Santos, y C. Molino. «Abuso sexual infantil: manual de formación para profesionales». Madrid. Save the Children España, 2001.

Irma Patricia Flores Allier. «La construcción de identidades y su relación con la globalización cultural». Instituto Politécnica Nacional, s. f. [http://revistaelectronica-ipn.org/Contenido/14/HUMANIDADES\\_14\\_000300.pdf](http://revistaelectronica-ipn.org/Contenido/14/HUMANIDADES_14_000300.pdf).

Isabel Crowley Representante de UNICEF Mexico. «Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Observación general 1 hasta la 17.», s. f. <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.

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.», 28 de noviembre de 2006. [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/192/revista%20derechos%203\\_4.pdf#page=145](http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf#page=145).

Joaquín Delgado Martín. «Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», documento elaborado como parte del Cumbre Judicial Iberoamericana dentro del marco de los trabajos en su edición XIV., [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124).

Johnson, Toni Cavanagh. *Understanding your child's sexual behavior: What's natural and healthy*. New Harbinger Publications, 1999.

Juan Ramón de Paramo. «El Moralismo Legal Contraataca», s. f. [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10641/1/doxa15-16\\_27.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10641/1/doxa15-16_27.pdf).

Lagarde, Marcela. «Los cautiverios de las mujeres madresposas, monjas, putas, presas y locas», 1993. <http://philpapers.org/rec/LAGLCD-3>.

Lansdown, Gerison, y others. «La evolución de las facultades del niño», 2005. <https://ideas.repec.org/p/ucf/innins/innins05-21.html>.

Lansdown, Gerison, UNICEF, y Innocenti Research Centre. *La evolución de las facultades del niño*. Florence, Italy: Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF, 2005.

Liebel, Manfred. «Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades». En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49:43–61, 2015. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/3277>.

Liebel, Manfred, y Marta Martínez Muñoz, eds. *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*. 1. ed. Lima, Perú: Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y El Caribe, 2009.

Liebel, Manfred, y Marta Martínez Muñoz. «La Convención de 1989». *INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS*, 2009, 41.

Lizalde, Eugenia Maldonado de. «Lex Iulia de Adulteris Coercendis del emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados)». *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n.º 17 (2005): 365–413.

López-Contreras, Rony Eulalio. «Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido». *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* 13, n.º 1 (2015). <http://revistaumanizales.cinde.org.co/index.php/Revista-Latinoamericana/article/viewArticle/1635>.

Luisa Cristina Musa,. «Las decisiones de las niñas, niños y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal.» Estructura del Ministerio Público Tutelar de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011. <http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/Las%20Desiciones%20de%20los%20Ni%C3%B1os,%20Ni%C3%B1as%20y%20Adolescentes%20a%20la%20Luz%20del%20Principio%20de%20Autonom%C3%ADa%20Personal.pdf>.

Luño, Antonio Enrique Pérez. «Sobre la universalidad de los derechos humanos». *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 15 (1998): 95–110.

Luque, Rosario Carmona. «Las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño hacia los Estados Partes: el enfoque en derechos en las políticas de infancia en España». *Educatio Siglo XXI* 30, n.º 2 (2012): 69–88.

Manuel Jesús López Lara. «De la Libertad y de la Indemnidad Sexual», 11 de octubre de 2013. [http://www.lexweb.cl/media/users/10/523213/files/49917/DE\\_LA\\_LIBERTAD\\_Y\\_DE\\_LA\\_INDENMIDAD\\_SEXUAL.pdf](http://www.lexweb.cl/media/users/10/523213/files/49917/DE_LA_LIBERTAD_Y_DE_LA_INDENMIDAD_SEXUAL.pdf).

Marta Maurás. «Derechos del niño y medios de comunicación», 2013. [http://www.cntv.cl/cntv/site/artic/20130829/asocfile/20130829121455/derechos\\_del\\_nin\\_o\\_y\\_medios\\_de\\_comunicacio\\_n\\_1\\_copia.pdf](http://www.cntv.cl/cntv/site/artic/20130829/asocfile/20130829121455/derechos_del_nin_o_y_medios_de_comunicacio_n_1_copia.pdf).

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

Martínez-Pujalte, Carmen Cerdá. «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación». Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n.º 50 (2005): 193–218.

«Medina Quiroga, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, San José de Costa Rica, 2005», s. f. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23072.pdf>.

Morales Ache, Pedro Isabel. «Los Derechos Sexuales desde una Perspectiva Jurídica», s. f. [http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc\\_basicos/5\\_biblioteca\\_virtual/6\\_derechos\\_sexuales\\_rep/5.pdf](http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/6_derechos_sexuales_rep/5.pdf).

Morón, Santos, y María José. «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor». Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/662984>.

Mulet, Lucía Rizik. «“La Convención sobre Derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” de María del Rosario Carmona Luque». Revista Tribuna Internacional 2, n.º 3 (2013): 169–176.

Ochaíta Alderete, Esperanza, y María Angeles Espinosa Bayal. «Los Derechos de la Infancia desde la perspectiva de las necesidades». Educatio Siglo XXI, 2012. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/662862>.

Orts Berenguer, Enrique. Delitos contra la libertad sexual. Alternativa, s. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

Ramos, M. «Diccionario de cultura sexual». El ABC de la sexualidad. Lima, 2004, 19.



Rocío Villanueva. «Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos», s. f.  
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-11.pdf>.

Rodolfo Ernesto González Bonilla. «Constitución y jurisprudencia constitucional». Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Primera Edición., 2003.

Rodolfo González Bonilla. Constitución de la República con Jurisprudencia., s. f.  
<http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes-2/Constitucion-con-Jurisprudencia.pdf>.

Rodríguez, Lilia. «Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos». Fondo de Población de Naciones Unidas, 1998.  
<http://mail.decidiresunderecho.org/files/LiliaRodriguez.pdf>.

Sabrina Viola. «Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente.» Cuestión de derechos. Revista electrónica. No. 3- segundo semestre 2012 - ISSN 1853-6565, s. f.  
[http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\\_catedras/electivas/816\\_rol\\_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia\\_progresiva\\_ni%F1os\\_new.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ni%F1os_new.pdf).

Salvioli, Fabián Omar. «Los Derechos Humanos en las Convenciones Internacionales de la Última Década del Siglo XX». Las Grandes Conferencias Mundiales de la Década de los 90 (2000): 11.

Schwabe, Jürgen, Marcela Anzola, y Emilio Maus Ratz. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: Extractos de las sentencias más relevantes. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

Shelton, Dinah. «Prohibición de Discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos». Anuario de Derechos Humanos 4 (2008): 15–39.

Siurana Aparisi, Juan Carlos. «Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural». Veritas, n.º 22 (2010): 121–157.

Tenca, Adrián Marcelo. *Delitos sexuales*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.

Trimiño Velásquez, Celina de Jesús. «Aportaciones del feminismo liberal al desarrollo de los derechos de las mujeres», 2010. <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/9167>.

Umemoto, Stephen H. «MATRIMONIOS PREMATUROS». Accedido 25 de agosto de 2016. <http://www.iin.oea.org/Matrimonios%20prematuros.pdf>.

Vanessa Sedletzki. «Las edades mínimas legales y la realización de los derechos de los y las adolescentes. Una revisión de la situación en América Latina y el Caribe». El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), enero de 2016.

Vega, Geraldina González de la. «Derechos, autonomía y paternalismo en adolescentes». Accedido 12 de julio de 2016. <http://www.academia.edu/download/37761736/derechos-autonomc3ada-y-paternalismo-en-adolescentes-el-caso-de-los-derechos-sexuales-y-reproductivos-en-mc3a9xico.pdf>.

Venegas Sepúlveda, Paula Andrea. «Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos», 2010. <http://www.captura.uchile.cl/handle/2250/127483>.

Vergara, Ana, Mónica Peña, Paulina Chávez, y Enrique Vergara. «Los niños como sujetos sociales: El aporte de los Nuevos Estudios Sociales de la infancia y el Análisis Crítico del Discurso». *Psicoperspectivas* 14, n.º 1 (2015): 55–65.

Vilajosana, Josep. «Moralización del derecho, perfeccionismo y sociedad liberal». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 11 (2007): 145–179.

Villanueva Flores, Rocío. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tomo 2, *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

Villanueva, Rocío. «Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos». Instituto Interamericano de Derechos Humanos.(Ed.). Colección Derechos Humanos, Población y Desarrollo 2 (2008).

Virginia, Declaración del Estado de. «Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1787) y Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)». Feminismo/s, 2007, 31–50.

Yolanda Guirola. «Estudio y Análisis sobre la Legislación Nacional e Internacional en Salud, Derechos Sexuales y Reproductivos.», mayo de 2007. <http://bd.cdmujeres.net/documentos/estudio-analisis-legislacion-nacional-e-internacional-saludderechos-sexuales-derechos>.

### **Fuentes hemerográficas**

ADS, Juan Ramón Pérez-JuanRA. «: Encuesta Nacional de Salud Familiar : FESAL : National Family Health Survey»: Accedido 30 de mayo de 2015. <http://www.fesal.org.sv/2008/informe/resumido/07-SaludSexualyReproductiva.htm>.

Agencia de Noticias para los Derechos de la Infancia -ANDI- red ANDI América Latina. «La Regulación de los Medios de Comunicación y los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Un análisis del marco legal de 14 países latinoamericanos desde la perspectiva de la promoción y protección.», julio de 2010. <http://resourcecentre.savethechildren.se/sites/default/files/documents/6840.pdf>.

«Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).», s. f. <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>.

Amnistía Internacional. La mutilación genital femenina y los derechos humanos: infibulación, excisión y otras prácticas cruentas de iniciación. Madrid: Amnistía Internacional, 1999. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12056.pdf>.

«Antecedes y evolución de los derechos sexuales y reproductivos», s. f.  
<http://www.feminicidio.net/articulo/antecedentes-y-evoluci%C3%B3n-de-los-derechos-sexuales-y-reproductivos>.

«Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes», s. f.  
<http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>.

Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, CONNA. «Política nacional de protección integral de la niñez y adolescencia (PNPNA) 2013-2023», 13 de mayo de 2013.

Comisión Internacional de Juristas ICJ – CIJ 33, rue des Bains Casilla Postal 91 1211 Ginebra 8 Suiza. «Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos», s. f.  
[http://www.cubaencuentro.com/revista/content/download/321216/2542719/file/%20CIJ\\_Orientacion\\_Sexual\\_Identidad\\_G%C3%A9nero\\_Derecho%20Internacional\\_de\\_DDHH.pdf](http://www.cubaencuentro.com/revista/content/download/321216/2542719/file/%20CIJ_Orientacion_Sexual_Identidad_G%C3%A9nero_Derecho%20Internacional_de_DDHH.pdf).

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. «Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989 (169)», 7 de junio de 1989.

Consejo de Europa. «Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. (Conocido como Convenio de Lanzarote)», 25 de octubre de 2007. <https://www.boe.es/boe/dias/2010/11/12/pdfs/BOE-A-2010-17392.pdf>.

Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia CONNA. «“Estado de situación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en El Salvador”», diciembre de 2013.  
<http://es.slideshare.net/intervidasv/estado-de-situacin-de-los-derechos-de-las-nna-en-el-salvador>.

Consejo permanente de la Organización de los Estados Americanos Comisión de Asuntos Jurídicos y políticos. «Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes.», 23 de abril de 2012.  
[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF\\_166-12\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf).

«Consejos para padres sobre educación sexual», s. f.  
[http://www.spapex.es/psi/educacion\\_sexual.pdf](http://www.spapex.es/psi/educacion_sexual.pdf).

El matrimonio, como sacramento. «Matrimonio?` contrato o institución?» Rev. Derecho (Valdivia) 9, No 1 (1998): 153–160.

«Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido». Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud 13, n.º 1 (2015).  
<http://revistaumanizales.cinde.org.co/index.php/Revista-Latinoamericana/article/viewArticle/1635>.

Ministerio de Salud viceministerio de políticas de salud dirección de regulación y legislación en salud Programa Nacional de ITS-VIH-SIDA. «Estrategia de información, educación y comunicación en el abordaje de las ITS y VIH. El Salvador, marzo 2012.», s. f.  
[http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/estrategias/estrategia\\_iec\\_its\\_vih.pdf](http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/estrategias/estrategia_iec_its_vih.pdf).

Oficina de las Naciones Unidas. «Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos», s. f. [www.uchile.cl/.../orientacion-sexual-e-identidad-de-genero\\_5053\\_1\\_0542.pdf](http://www.uchile.cl/.../orientacion-sexual-e-identidad-de-genero_5053_1_0542.pdf).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Los principales tratados internacionales de derechos humanos. Ginebra: Naciones Unidas, 2006.

Organización de Naciones Unidas. «Cuarta conferencia mundial sobre la mujer. Declaración y plataforma de acción de Beijín. 1995», 4 de septiembre de 1995.  
<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>.

Organización Iberoamericana de la Juventud. «Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes», s. f. [http://www.unicef.org/lac/CIDJpdf\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/CIDJpdf(3).pdf).

Órgano Ejecutivo ramo de salud. «Política de Salud Sexual y Reproductiva. Acuerdo No. 1181, D.O. No. 149, tomo No. 396, del 15 de agosto de 2012», 9 de agosto de 2012.

«OMS | Salud de los adolescentes». WHO. Accedido 4 de mayo de 2015.  
[http://www.who.int/topics/adolescent\\_health/es/](http://www.who.int/topics/adolescent_health/es/).

«Propuesta de Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos. Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos (mayo, 2010)», s. f.  
[https://queeramnesty.ch/docs/propuesto2010\\_lima\\_esp.pdf](https://queeramnesty.ch/docs/propuesto2010_lima_esp.pdf).

«Sobre la historia de los Derechos de la infancia». INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS, 2009, 23.

Tercer Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Universidad Católica Andrés, s. f.

«Tribunal Constitucional Fundamentos y alcances de una Sentencia que reconoce el derecho a la libertad sexual de las y los adolescentes. PERU», s. f.  
<http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/INPPARES-UNFPA-TC-Documento-Operadores-de-Justicia.pdf>.

«Una aproximación a la situación de adolescentes y jóvenes en América Latina y El Caribe», Publicado en el de 2015.  
[http://www.unicef.org/lac/UNICEF\\_Situacion\\_de\\_Adolescentes\\_y\\_Jovenes\\_en\\_LAC\\_junio2015.pdf](http://www.unicef.org/lac/UNICEF_Situacion_de_Adolescentes_y_Jovenes_en_LAC_junio2015.pdf).

Un análisis sobre los matrimonios forzados: De la tradición a la ilegalidad Anna Ordóñez Godino», s. f. [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119126/TFG\\_aordonezgodino.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119126/TFG_aordonezgodino.pdf).

Unicef, y others. «Superando el adultocentrismo». Serie Participación Adolescente Ahora, Cuadernillo 4 (2013).

UU, NN. «Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo». Versión Preliminar, El Cairo, 1994.

## **Fuentes electrónicas**

Centro de documentación judicial, CSJ.	<a href="http://www.jurisprudencia.gob.sv/visorml/x/">http://www.jurisprudencia.gob.sv/visorml x/</a>
Corte Interamericana de Derechos Humanos	<a href="http://www.corteidh.or.cr/">http://www.corteidh.or.cr/</a>
Fundación por acción de derechos humanos	<a href="http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm">http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm</a>
Red iberoamericana de información y documentación judicial	<a href="http://www.iberius.org/web/guest/inicio">http://www.iberius.org/web/guest/inicio</a>

## **Fuentes legislativas**

### **Nacionales**

Constitución de la Republica 1983, Decreto Legislativo N° 38, 15/12/1983, de Diario Oficial: 234, N° Tomo: 281, 16/12/1983.

Código de Familia 1994, D.L. 677, D.O. 231 tomo No. 321, fecha de emisión 11 octubre de 1993, fecha de publicación 13 diciembre de 1993.

Código Penal 1997, Decreto Legislativo N° 1030, 26/04/1997, de Diario Oficial: 105, N° Tomo: 335 10/06/1997.

Ley de Prevención y Control de la Infección provocada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana. D. L. 588, D.O. No. 222, tomo 353 del 24 de octubre de 2001.

Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres. D.L. No. 520, D.O. No. 2, tomo 390, publicada el 4-01-2011.

Ley para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto Legislativo N° 839 de Diario Oficial: 68 N° Tomo: 383 16/04/2009.

### **Internacionales**

Convención Americana sobre Derechos Humanos o pacto de San José, OEA, 1969. D.L. No. 319, fecha 30 de marzo de 1995, D.O. No. 82 tomo 327 del 5 de mayo de 1995», s. f.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem Do Pará), D.O. No. 154, Tomo No. 328, publicada el 23-08-95.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. D.O. No. 105, Tomo 271, fecha 9-6-1981, D.L. de fecha 2-7-1981», s. f.

Convención sobre los Derechos del Niño. D.O. No. 108, tomo 307. Suscripción 26-01-1990, Fecha de ratificación 24-04-1990.

Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, D.L. No. 28, D.O. No. 134, T. 348, publicado el 18 de julio del año 2000.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Decreto Legislativo de fecha 26 de noviembre de 2015 ratificación. D. O. 236, T. No. 409.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “protocolo de san salvador” D.O. 82, TOMO 327, fecha de ratificación 30-03-1995.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. D.O. No. 27, tomo 362, suscripción 13-09-2002, ratificación 25-02-2004.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los Niños en conflictos armados. D.O. No. 238, tomo No. 253, ratificación 15-11-2001,

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones D.L. No. 861, D.O. No. 230, Tomo. 405, fecha 9 de diciembre de 2014.



Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. D.O. No. 340, Tomo 361, publicado el 23 de diciembre de 2003.

### **Fuentes jurisprudenciales**

#### **Nacional**

Contra Germán Giovanni Recinos Centeno por el delito de Violación en menor o incapaz en perjuicio de menor de edad, (Tribunal cuarto de sentencia 2009).

Contra Oscar William I.V por los delitos de Violación en menor o incapaz agravada y hurto en perjuicio de una menor de edad, (Sala de lo Penal Corte Suprema de Justicia de El Salvador 2013).

Contra Rosemberg Blanco Ortiz por el delito de Violación en menor o incapaz en perjuicio de una menor, (Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador 2007).

Contra Santos Reyes Bonilla por el delito, (Tribunal cuarto de sentencia de San Salvador 2008).

Contra Tomás Ramírez López delito de Violación en menor e incapaz agravada en perjuicio de menores de edad, (Tribunal Tercero de Sentencia, San Salvador 2004).

Corte Suprema de Justicia. «Sentencia sala de lo constitucional de El Salvador. Amparo. 749-2014», 11 de marzo de 2015. [http://www.csj.gob.sv/Comunicaciones/2015/MAR\\_15/COMUINICADOS/Amp%20749-2014%20Sentencia%20Esterilizaciones%20Forzadas.pdf](http://www.csj.gob.sv/Comunicaciones/2015/MAR_15/COMUINICADOS/Amp%20749-2014%20Sentencia%20Esterilizaciones%20Forzadas.pdf).

Inconstitucionalidad del Art. 294 Código Procesal Penal de 1998 relativo a la detención provisional, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2007).

Reconocimiento del derecho al medio ambiente sano, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2003).

Sala de lo Constitucional. «Sentencia sobre las esterilizaciones forzadas. Jurisprudencia de la sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, El Salvador.», 11 de marzo de 2015. [http://www.csj.gob.sv/Comunicaciones/2015/MAR\\_15/COMUINICADOS/Amp%20749-2014%20Sentencia%20Esterilizaciones%20Forzadas.pdf](http://www.csj.gob.sv/Comunicaciones/2015/MAR_15/COMUINICADOS/Amp%20749-2014%20Sentencia%20Esterilizaciones%20Forzadas.pdf).

Sentencia de Amparo, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador 2004).

Horacio Arnoldo Vaquerano y otros para que declare la inconstitucionalidad de los arts. 104 letra c) y 200 letra a) de la Le y del Sistema de Ahorro para Pensiones (LESAP), (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia seis de junio de dos mil ocho).

« Reconocimiento del derecho al medio ambiente sano, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2003).

### **Internacional**

Acción de tutela instaurada por Gustavo Sarmiento contra el Hospital Universitario Clínica San Rafael, Diego Germán Piñeros, Pablo Guerra, la Nueva E.P.S. y el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-. (La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, Colombia 2010).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Cantuta vs. Perú, (s. f.).

«Caso Octavia Murillo y otros (fertilización in vitro) versus Costa Rica», 2012. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/artaviaturillo.pdf>.

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 14 de la Ley 1146 de 2007 «Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente», (Sala Plena de la Corte Constitucional, Colombia 2016).

Derechos Humanos, Corte Interamericana de. «Caso Cantos Vs. Argentina». Sentencia de 28 (2002).

González y otros (campo algodonero) versus México, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009). Dictamen del Comité de Derechos Humanos. «Nicholas Toonen v. Australia, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).», 1994. <https://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/488-1992.html>.

«Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de la República de Perú.», 12 de diciembre de 2012. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.html>.

## **Otras fuentes**

### **Reglas internacionales no vinculantes**

Asamblea General de las Naciones Unidas. «Condición de la mujer en derecho privado: costumbres, antiguas leyes y prácticas que afectan a la dignidad de la mujer como ser humano.», 17 de diciembre de 1954. <http://www.un.org/es/documents/ag/res/9/ares9.htm>.

«Recomendación general número 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general número 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta.», 14 de noviembre de 2014. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf?view=1>.

Comité de los Derechos del Niño. «Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al párrafo 1 del artículo 12 del protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. España.», 1 de octubre de 2007.

«Comité de los Derechos del Niño 53º período de sesiones 11 a 29 de enero de 2010. Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención Observaciones finales: El Salvador», s. f. [www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.SLV.CO.3-4\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.SLV.CO.3-4_sp.doc).

Comité de Derechos Humanos, Comentario General 18: No-Discriminación 37 Sesión, 1989.», s. f. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf?view=1>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a servicios de salud materna desde

una perspectiva de derechos humanos. Washington: Organización de los Estados Americanos. CIDH, 2010.

«Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño Opinión Consultiva Oc-17/2007 de 28 de agosto de 2002. Solicitada por la Comisión Interamericana De Derechos Humanos.», s. f. [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación. «Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales», 23 de julio de 2010. <http://www.movilh.cl/documentacion/Derecho%20humano%20a%20la%20educaci%C3%B3n%20sexual.pdf>.

Niño, Comité de Los Derechos del. «Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2006)». Santiago de Chile: unicef. Disponible en: [http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos\\_documento/196/compilacion\\_1993\\_2006.pdf](http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/196/compilacion_1993_2006.pdf), 2006.

«Observación General No. 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. CRC-C-GC-12.», 25 de junio de 2009. [https://docs.google.com/document/edit?id=1gQLm3O33gEYOJOFYTbTLAdD\\_VK3hhZNV2JJiechIgcE&hl=es&pref=2&pli=1](https://docs.google.com/document/edit?id=1gQLm3O33gEYOJOFYTbTLAdD_VK3hhZNV2JJiechIgcE&hl=es&pref=2&pli=1).

«Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño», s. f. [tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/.../1.../CRC\\_C\\_GC\\_14\\_\\_7202\\_S.doc](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/.../1.../CRC_C_GC_14__7202_S.doc).

«Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).», s. f. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom28.html>.

«Observaciones finales del Comité para la Discriminación contra la Mujer, período de sesiones No. 49, del 11 al 29 de julio de 2011, celebrada en Costa Rica», s. f. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8421.pdf?view=1>.

«Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, México, 52º período de sesiones 9 a 27 de julio de 2012», s. f. [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/CEDAW\\_C\\_MEX\\_CO\\_7\\_8\\_esp.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/CEDAW_C_MEX_CO_7_8_esp.pdf).

«Observaciones Generales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño», s. f. [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CRC/00\\_6\\_obs\\_grales\\_CRC.html#GEN14](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CRC/00_6_obs_grales_CRC.html#GEN14).

«Orientaciones técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad. Enfoque basado en evidencia orientado a escuelas, docentes y educadores de la salud.» Publicado por la UNESCO. UNESCO 2010., junio de 2010. <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001832/183281s.pdf>.

«Recomendación general No. 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general del art. 12 de la CEDAW», 2 de febrero de 1999. <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280>.

Organización de Naciones Unidas. «Cuarta conferencia mundial sobre la mujer. Declaración y plataforma de acción de Beijín. 1995», 4 de septiembre de 1995. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>.

Organización Iberoamericana de la Juventud. «Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes», s. f. [http://www.unicef.org/lac/CIDJpdf\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/CIDJpdf(3).pdf).

Sociedad de Naciones Unidas. «Declaración de los derechos del niño.», 24 de septiembre de 1924. UNICEF, y others. «Superando el adultocentrismo». Serie Participación Adolescente Ahora, Cuadernillo 4 (2013).

UNICEF. «Recomendaciones del Comité de Derechos del Niño al Cuarto Informe Periódico de Costa Rica», s. f.

[http://www.unicef.org/costarica/docs/cr\\_pub\\_Recomendaciones\\_CDN\\_Cuarto\\_Informe\\_Periodico\\_CR.pdf](http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Recomendaciones_CDN_Cuarto_Informe_Periodico_CR.pdf).

UU, NN. «Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo». Versión Preliminar, El Cairo, 1994.

### **Legislación extranjera**

«Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.», s. f.  
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8025.pdf?view=1>.

Código Civil Español, Real Decreto de 24 de julio de 1889, disponiendo la publicación en la Gaceta de Madrid de la edición reformada del Código Civil (Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889).

«Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados», 23 de mayo de 1969.

«Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962», s. f.  
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>.

«Declaración de los Derechos del Niño – texto completo | Humanium – Juntos por los derechos del niño». Accedido 13 de octubre de 2015.  
<http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>.

«Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales». Accedido 17 de diciembre de 2015.  
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RaceAndRacialPrejudice.aspx>.

De los Derechos, ONU Declaración Universal. «Humanos». Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 (1948). <http://uriarte.com.uy/ddhh/wp-content/uploads/2011/09/CURSO-DE-DERECHOS-HUMANOS-5.pdf>.

Parlamento Europeo. «Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.», 13 de diciembre de 2011.  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:ES:PDF>.

Sociedad de Naciones Unidas. «Declaración de los derechos del niño.», 24 de septiembre de 1924.