

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**LA LEY ESPECIAL DE ADOPCIONES COMO GARANTÍA DEL INTERÉS
SUPERIOR AL OTORGARLE AL ADOPTADO UNA FAMILIA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

ALEJANDRA CAROLINA SOTO GONZÁLEZ

BEATRIZ VERÓNICA ORELLANA SERRANO

DOCENTE ASESOR:

MASTER ALEJANDRO BICMAR CUBÍAS RAMÍREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2017

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LICENCIADO EDWIN ORLANDO ORTEGA PÉREZ
(PRESIDENTE)**

**LICENCIADO LUCIO ALBINO ARIAS
(SECRETARIO)**

**MASTER ALEJANDRO BICMAR CUBÍAS RAMÍREZ
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS
RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ABREGO
VICERECTOR ACADEMICO

ING. NELSON BERNABE GRANADOS ALVARADO
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO CRISTÓBAL HERNÁN RIOS BENÍTEZ
SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARIN
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA

DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ
VICEDECANO

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LIC. MIGUEL ÁNGEL PAREDES B.
DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

LIC. MARÍA MAGDALENA MORALES
**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

Y Jehová es el que va delante de ti; Él estará contigo; no te dejará, ni te desampará; no temas, ni desmayes.

Deuteronomio 31:8

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO, Este trabajo de tesis te lo dedico primeramente a ti que tomaste mi mano y me guiaste mis pasos por el camino de luz. Porque me diste la fortaleza y sabiduría para alcanzar uno de mis tan anhelados sueños el culminar con éxito mis estudios. Porque me demostraste y me seguís demostrando que jamás me has dejado sola, este triunfo te lo debo a ti.

A mi mami: YANIRA GONZÁLEZ DE SOTO, que con tus palabras de amor me has aconsejado en cada momento, que me has enseñado a luchar día a día no importando lo que esté pasando, tú que me enseñaste a nunca darme por vencida y sacar fuerzas hasta donde ya no las hay. Este triunfo lo hicimos juntas, te amo con todo mi corazón.

A mi papi: LUIS ERNESTO SOTO MACHUCA, que creíste en mí, que me apoyaste en todo momento, que me enseñaste a perseverar. Esta es una de las mejores fiestas de mi vida que celebraremos juntos, jamás me voy a olvidar “Vendrán fiestas mejores” y ahora entiendo gran significado, y sin duda en esta fiesta fuimos triunfadores. Te amo papi con todas mis fuerzas.

A mi padrino: HECTOR RICARDO FIALLOS VENTURA, por ser un ángel indispensable en mi vida, porque siempre estuvo y está apoyándose en todos mis sueños en todo momento. Lo amo mucho padri.

A mis hermanos KATYA SOTO y LUIS SOTO, porque siempre creyeron en mí, porque estaban seguros de que lograría esta meta. Los amo son los mejores hermanos y los mejores amigos que DIOS puedo regalarme.

DEDICATORIA

Señor Jesucristo

Por ser mi fortaleza, el Dios de mi vida y salvación quien guía mi caminar, en quien pongo los anhelos de mi corazón y mi futuro, asimismo mi confianza esta puesta en él.

E. Serrano de Orellana

Por haberme dado la vida y su apoyo incondicional para lograr así la culminación de la Carrera de Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador.

Confía en el Señor de todo corazón, y no en tu propia inteligencia. Reconócelo en todos tus caminos y él allanará tus sendas.

Proverbios 3:5-6

AGRADECIMIENTOS

Eternamente agradecida con mi Padre Celestial, porque jamás me dejaste sola, por llenarme de sabiduría y fortaleza durante todo este proceso, por nunca soltarme de tu mano. Gracias infinitas por esta gran bendición de culminar mi carrera universitaria con éxito. Te amo Jesucristo.

Agradezco con mi vida entera a mis papás, este triunfo lo logramos juntos. Gracias por confiar en mí, por creer que era capaz, por apoyarme en todo momento, porque nunca me dejaron caer. Ustedes son mis ganas de seguir adelante. Gracias por cada sacrificio que hicieron para lograr este triunfo, gracias por hacer magia en cada momento de mi vida. Son lo mejor del mundo, gracias por las palabras correctas en el momento indicado. Gracias porque ustedes me enseñaron a ponerme metas y cumplirlas, y a saber que cuando se quiere se puede. Los amo con todas las fuerzas de mi corazón. Gracias a mis hermanos, porque siempre estuvieron junto a mí, por ayudarme, por creer que si podía lograr lo que me proponía. Los amo con mi vida.

Gracias Padrino, porque la distancia no permitió jamás que usted dejará de creer en mí, gracias por sus consejos. Gracias por estar en mi vida y ser incondicional.

Gracias a mi compañera de tesis, porque a pesar de las responsabilidades, las tristezas, las enfermedades, los enojos y esas largas jornadas de estudio siempre tuvimos algo porque reírnos, y gracias a eso siempre pudimos llegar a un acuerdo y continuar con nuestro objetivo principal.

Gracias Msc Alejandro Bicmar Cubías Ramírez, por ser un excelente asesor, por ser parte indispensable en este proceso, por cada consejo y cada llamado de atención, por el tiempo que nos dedicó para compartir sus conocimientos. Así también agradezco a cada uno de los docentes que fueron pieza indispensable en mi carrera universitaria.

Un agradecimiento especial para esa persona que a lo largo del camino se fue adhiriendo y que creyó que era capaz y me apoyo siempre en diversas formas, con la cual he pasado gratos momentos, gracias. A mis amigos, que en cada uno de ustedes hay un ángel especial, gracias por la ayuda que siempre me han brindado, por las palabras indicadas en el momento justo y por esa amistad sincera.

ALEJANDRA CAROLINA SOTO GONZÁLEZ

AGRADECIMIENTOS

Le doy gracias infinitamente a mi señor Jesucristo, por haberme permitido concluir de forma satisfactoria la Carrera de Ciencias Jurídicas. Por acompañarme y guiarme hasta este momento, además por ser mi fortaleza y la de mi mamá en todo momento de nuestras vidas, señor Jesús tú vas al frente abriendo puertas de bendición, en tus manos está mi futuro, gracias por enviar a tus ángeles que guardaran mi pie de todo tropiezo. Gracias señor por bendecir, guardar, proteger y darle salud en abundancia a mi mamá que es un ángel que tú has puesto en mi vida.

A mi mamá, por ser mi apoyo incondicional, usted es mi ángel de la guarda que mi señor Jesucristo me puso, gracias por ser la mejor mamá del mundo y amiga. Usted es una bendición en mi vida, es mi ejemplo a seguir a no rendirme en la vida a luchar y esforzarme por lo que deseo, gracias porque siempre ha estado a mi lado desde niña y a lo largo de mi carrera universitaria, por apoyarme en los momentos difíciles, le agradezco por haberme enseñado a ser una mejor persona cada día tanto en el ámbito personal como profesional. A mis dos ángeles preciosos y tiernos, mis hermanitos bellos, gracias por su comprensión y apoyo, a lo largo de mi vida y por haber creído en mí que podía lograrlo, que nuestro señor Jesucristo los bendiga y los guarde siempre, que todos los deseos de sus corazones se hagan realidad.

A nuestro Asesor de Tesis, Msc Alejandro Bicmar Cubías Ramírez, por guiarnos en este proceso de enseñanza y aprendizaje brindando sus conocimientos, tiempo y empatía. De esta misma forma, se agradece a todos los docentes que contribuyeron a una formación académica de calidad.

BEATRIZ VERÓNICA ORELLANA SERRANO

INDICE

RESUMEN.....	i
INTRODUCCIÓN.....	ii
LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	vi
ABREVIATURAS	vi
SIGLAS	vii
CAPITULO I	
GENERALIDADES DE LA INSTITUCION DE LA ADOPCIÓN EN LA LEY ESPECIAL DE ADOPCIONES.....	1
1. Antecedentes: evolución y desarrollo de la institución de la adopción en El Salvador	1
2. Etimología	9
3. La adopción: Definición, naturaleza, finalidad y características	10
4. Principios rectores de la adopción regulados en la ley especial de adopciones	15
4.1. Principio del Interés Superior.....	15
4.2. Principio de igualdad de las filiaciones.....	18
4.3. Principio de subsidiariedad de la adopción nacional.....	19
4.4. Principio de subsidiariedad de la adopción internacional.....	21
4.5. Principio de imitación de la naturaleza.....	23
4.6. Principio de cooperación internacional.....	24
5. Sujetos de la adopción	27
5.1. Personas sujetas de adopción.....	27
5.1.1. Requisitos para adoptados.....	27
5.2. Personas adoptantes.....	32
5.2.1. Requisitos para adoptantes.....	33
5.2.1.1. Condiciones familiares.....	35
5.2.1.2. Condiciones psicológicas.....	35
5.2.1.3. Condiciones sociales.....	36
5.2.1.4. Condiciones económicas.....	36

5.2.1.5. Condiciones de Salud	37
5.2.1.6. Derecho a un nivel de vida digno y adecuado	37
5.2.1.7. Derecho a la integridad personal.	38
5.2.2. Requisitos especiales para personas adoptantes extranjeras o no residentes en el país.....	40
6. Clases de adopción.....	45
6.1. Por sus efectos	45
6.1.1. Adopción plena.....	45
6.2. Por los integrantes de la relación adoptiva.....	46
6.2.1. Adopción individual	46
6.2.2. Adopción conjunta.....	46
6.3. Por la nacionalidad.....	47
6.3.1. Adopción nacional.....	47
6.3.2. Adopción internacional	48
7. Efectos de la adopción.....	51
 CAPITULO II	
INTERES SUPERIOR DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE	55
1. Modelo tutelar o “doctrina” de situación irregular.....	55
1.2. Historia de los Derechos del Niño en El Salvador.....	60
2. La Doctrina de la Protección Integral.....	64
2.1. La efectividad y prioridad absoluta	70
2.2. La igualdad o no discriminación.....	71
2.3. Interés superior de la niña, niño y adolescente	72
2.4. La participación solidaria o principio de solidaridad.....	73
3. Principios rectores en la LEPINA	74
3.1. Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente.....	74
3.1.1. Antecedente histórico del principio de interés superior del niño, niña y adolescente.....	74
3.1.2. Generalidades del principio de interés superior del niño, niña y adolescente.....	78

3.1.3. Principio de Interés Superior de la niña, niño y adolescente en la legislación secundaria salvadoreña	81
3.1.4. Excepción en la aplicación del interés superior del niño	96
3.1.5. Interpretación y aplicación del principio del interés superior del niño.....	97
3.1.6. El Principio del Interés Superior del Niño como una consideración primordial a que se atenderá.....	98
3.2. Sujetos de Derechos.....	99
3.3. Principio del rol primario y fundamental de la familia	103
3.4. Principio de ejercicio progresivo de las facultades	118
3.5. Principio de igualdad, no discriminación y equidad	125
3.6. Principio de corresponsabilidad	130
3.7. Principio de Prioridad Absoluta	134

CAPITULO III

LA LEY ESPECIAL DE ADOPCIONES Y LA RELACIÓN CON LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL ... 137

1. Estructura de la ley especial de adopciones	140
2. Análisis sobre problemática de la ley especial de adopciones	144
3. Análisis sobre novedades de la ley especial de adopciones	153
4. La adoptabilidad de las niñas, niños y adolescentes desde la doctrina de la protección integral.....	157
4.1 Procedimiento de declaratoria judicial de adoptabilidad	164
4.2 Derecho comparado.....	168
4.2.1. Colombia.....	169
4.2.1.1. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad.....	169
4.2.2. Argentina	170
4.2.3. Chile	174
5. La Idoneidad	177
6. Organismos Acreditados.....	185

7. Procedimiento administrativo Adopción Nacional.....	190
8. Procedimiento administrativo Adopción Internacional.....	191
9. Procedimiento judicial de adopción.....	193
9.1. Actos posteriores a la sentencia que decreta la adopción	205
CAPÍTULO IV	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	209
1. Conclusiones.....	209
2. Recomendaciones.....	214
BIBLIOGRAFIA	216
ANEXOS.....	227

RESUMEN

Antes de la vigencia de la Ley Especial de Adopciones, existieron normativas jurídicas que regulaban la institución de la adopción, entre ellas, la Ley de Adopciones de 1955, la cual fue derogada por el Código de Familia con el ánimo de armonizar la ley secundaria a la Constitución de la República de 1983. En esa Ley, no se protegían en absoluto los derechos de la niñez y adolescencia en razón que ésta se regían por “El Modelo Tutelar o la Doctrina de la Situación Irregular,” la cual favorecía derechos de adultos y no garantizaba el interés superior de las niñas, niños y adolescentes ya que estos eran vistos y tratados como objetos y no como sujetos de derechos.

Existían esfuerzos por cambiar la realidad que mostraba este modelo y fue que el 26 de diciembre de 1924 con la aprobación de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño que se reconocieron incipientemente algunos derechos y garantías de las niñez y adolescencia; es así que con la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el 20 de noviembre de 1989 desaparece el Modelo Tutelar y evoluciona a la Doctrina de Protección Integral, donde el Estado tiene como fin principal proteger los derechos de la niñez y adolescencia, a través de acciones de políticas de Estado, planes y programas. En la CDN se consagran los principios generales de protección a la niñez y adolescencia, a su vez en las leyes especiales como la Ley Especial de Adopciones (LEA) y la Ley de protección Integral de la niñez y adolescencia (LEPINA).

La investigación bibliográfica realizada en la LEA ha dado como resultado la urgencia de reforma ya que ésta no logra su objeto de proteger el interés superior de la niña, niño y adolescente para darle una familia en la cual se pueda desarrollar asegurando su bienestar y desarrollo integral.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación constituye el trabajo de grado “La Ley Especial de Adopciones como garantía del interés superior al otorgarle al adoptado una familia integral” para ser presentado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, como requisito previo para optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas.

El propósito general de la presente investigación es analizar si la Ley Especial de Adopciones (LEA), aprobada por la Asamblea Legislativa por decreto número 282, de fecha diecisiete de febrero de 2016, publicada en el Diario Oficial número 205, Tomo número 413, del 4 de noviembre de 2016, la cual entra en vigencia el 24 de abril de 2017, tiene como fin garantizar el interés superior de la niña, niño, adolescente que necesitan del cuidado de una familia, privilegiándolos con medidas adecuadas que permitan mantenerlos en sus familias de origen o integrándoles a familias adoptivas ya sean nacionales o familias extranjeras que cuiden de ellos. En razón que la niñez y adolescencia necesita para el pleno desarrollo de sus facultades crecer en el seno de una familia rodeado de amor, felicidad y comprensión.

Desde esta perspectiva, resulta necesario realizar un análisis desde el punto de vista jurídico de la adopción de las niñas, niños y adolescentes, partiendo de las normativas convencionales de carácter internacional que se refieren a la protección y garantías de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; dichas normativas convencionales son la Convención del 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño (CDN), del sistema de la ONU; y la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, en adelante, la Convención de La Haya, del sistema de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ambos tratados son leyes de la República de

El Salvador puesto que nuestro país es Estado parte, en virtud del artículo 144 de la Constitución de la República de El Salvador.

La CDN, instaura un nuevo paradigma para la protección de los derechos de la niñez y adolescencia: La Doctrina de la Protección Integral (DPI), que se fundamenta en principios que guían la interpretación y aplicación de su normativa. Es en esta Convención que se encuentra regulado el principio del interés superior, imponiendo su consideración en la toma de decisiones que afecten derechos de la niñez y adolescencia. Asimismo la Convención de La Haya, que deriva del mandato establecido en el art. 21 de la CDN que se refiere a la adopción de niños, niñas y adolescentes, es el instrumento internacional de mayor difusión y relevancia en materia de adopción, y cuenta al momento actual con más de 70 Estados Partes, dentro de ellos se encuentra El Salvador.

Al realizar la investigación bibliográfica de la Ley Especial de Adopciones, se pretende demostrar que la institución de la adopción es una respuesta adecuada para aquellas niñas, niños y adolescentes que se encuentra siendo vulnerados en su derecho de pertenecer a una familia. Esta investigación bibliográfica se desarrolla en cuatro capítulos de mucha importancia y relevancia.

El Capítulo uno, está conformado por las generalidades de la institución de la adopción en la Ley Especial de Adopción, en relación con las Convención de La Haya y la CDN, en dicho capítulo se abordará la etimología de la adopción, definición, naturaleza finalidad y sus distintas características todo ello para tener una mayor comprensión de la misma; por otra parte, se muestra la evolución y desarrollo de la institución de la adopción en El Salvador; se aborda en este mismo capítulo los diferentes principios rectores que garantizan los derechos de las niñas, niños y adolescentes adoptados.

Dentro de este capítulo se analiza quienes son personas sujetas de adopción y quienes pueden adoptar, asimismo los requisitos que deberán cumplir ambos tanto el niño o adolescente adoptado como la persona adoptante, asimismo el efecto que produce la adopción en El Salvador, de forma subjetiva se tocarán los diferentes tipos de adopción entre los cuales se encuentran la adopción nacional y la adopción internacional.

En el Capítulo dos, se aborda como principal tema el principio del Interés superior de la niña, niño y adolescente, así como también se desarrolla el tema del Modelo Tutelar o Doctrina de la Situación Irregular, en la cual no se les veía a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, en esta doctrina se privilegiaban los derechos de los adultos y no los de los niños. Asimismo se aborda el contenido de la Doctrina de la Protección Integral, sistema en el cual las niñas, niños y adolescentes se les ve como sujetos de derechos, ya no son tratados como objetos. En este capítulo se aborda el antecedente histórico del principio del interés superior de la niña, niño y adolescente; asimismo este principio se estudia desde un aspecto jurídico en la regulación salvadoreña, realizando una interpretación y aplicación del mismo.

Además se analiza que el principio en mención posee una consideración primordial ante cualquier decisión a tomar, y una excepción en su aplicación también, por esa razón se explica detalladamente en que caso surge la excepción a la aplicación del interés superior, esta excepción surge cuando se toman decisiones que afecten un derecho determinado de la niña, niño o adolescente. Así como se desarrolla el principio en mención también se desarrollan todos los demás principios que van atados a este, principios rectores de la LEPINA.

En el Capítulo tres, se desarrolla un análisis de la Ley Especial de Adopciones y La Convención de La Haya Sobre La Protección Del Niño y La

Cooperación en Materia de Adopción Internacional en la cual se pretende identificar novedades y problemáticas de la Ley Especial de Adopciones. Asimismo se realiza un análisis a su estructura que cuenta con cinco Títulos que están conformados por 138 artículos. Los puntos principales de análisis en el referido capítulo son: La adoptabilidad de las niñas, niños y adolescentes, la idoneidad de las personas adoptantes, los organismos acreditados y los procesos tanto administrativo como judicial.

Desde el punto de vista de la LEA, en relación con la declaratoria de adoptabilidad y el procedimiento a seguir para su declaratoria, en este mismo apartado se realiza una comparación de cuerpos normativos de los países de Colombia, Argentina y Chile, que declara la adoptabilidad y el procedimiento que se realiza para ello; de igual manera, se observan los vacíos que presenta dicha normativa con respecto a la declaratoria de idoneidad de los adoptantes nacionales y extranjeros. El abordaje de los procedimientos tanto administrativo como judicial se encuentra con una serie de vacíos y de deficiencia normativa. Finalmente se explican los actos posteriores a la resolución que dicta el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia, que decreta la adopción.

El Capítulo cuatro, conformado con un selecto número de conclusiones y recomendaciones que conllevan un aporte doctrinario y procedimental así como jurídico acerca de la protección del interés superior de la niña, niño y adolescente, en la Ley Especial de Adopciones, para ser consultado por los estudiosos del derecho y futuras investigaciones.

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS
ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Cap.	Capítulo
Cn.	Constitución de la República.
ed.	Edición
Ed.	Editorial
edit.	Editor
eds.	Editores
et al.	Autores Varios
inc.	Inciso
Ord.	Ordinal
p.	página
Ref.	Referencia
SC.	Sala de lo Constitucional
Vid.	Ver

SIGLAS

CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CF	Código de Familia
CONNA	Consejo Nacional de la Niñez y la de Adolescencia
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DPI	Doctrina de la Protección Integral
IIN	Instituto Interamericano de la Niña, Niño y Adolescente
ISNA	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia
ISNNA	Interés Superior de la Niña, Niños y Adolescente
JENA	Juzgados Especializados en Niñez y Adolescencia
LEA	Ley Especial de Adopciones
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
ONU	Organización de la Naciones Unidas
OPA	Oficina para Adopciones
PGR	Procuraduría General de la República
D.L.	Decreto Legislativo

CAPITULO I

GENERALIDADES DE LA INSTITUCION DE LA ADOPCIÓN EN LA LEY ESPECIAL DE ADOPCIONES

En la exposición de este capítulo se explicará de manera clara y precisa como la institución de la adopción ha venido evolucionando y reconociéndose a través del tiempo. Asimismo se expondrán los principios que rigen la institución de la adopción.

De igual forma se presentan las generalidades de la institución de la adopción, las clases de adopción que existen y los efectos que esta producen.

1. Antecedentes: evolución y desarrollo de la institución de la adopción en El Salvador

La institución de la adopción en El Salvador tiene su existencia desde la época de la colonia según el Doctor Napoleón Rodríguez Ruiz, manifestando en su libro "Historia de las Instituciones Jurídicas de El Salvador" que la adopción existió en las Leyes Españolas y por lo tanto en el Derecho Indiano; permaneciendo en vigencia dichas legislaciones en cuanto eran compatibles y no contrarias en el acta de Independencia y a la primera Constitución Política, por lo que tenían que vivir jurídicamente en el país.¹ La adopción se originó en El Salvador a partir del 20 de noviembre de 1857 mediante el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas² elaborado dicho código por el doctor Isidro Menéndez. En el cual "se comenzó a regular reglas para

¹Rafael David Arévalo, "La Adopción en El Salvador" (Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1968), 78.

²Ley de Adopción de 1955, no se legisló en materia de adopción. En el Código de Procedimientos Judiciales, aparecían reglas para adoptar, pero fueron inoperantes.

*adoptar, específicamente en el capítulo primero, título sexto, se indicaba el procedimiento y redacción de escrituras públicas de adopción”.*³

Los procedimientos establecidos carecían de correspondencia con normas sustantivas del Código Civil, lo que daba a comprender que no existía una garantía legal para los adoptantes y adoptado y mucho menos un debido proceso para la adopción, fue entonces que se promulgó el Código de Procedimientos Civiles el 12 de Enero de 1863 quedando derogado el Código de Fórmulas.

*Derogado el “Código de Fórmulas”⁴ desaparece la institución de adopción en El Salvador, cuando la comisión encargada de la redacción del Código de Procedimientos Civiles no tomó en cuenta la institución de adopción, por la razón de que se “basaron en el Código Civil de Chile de 1857, y como este no la tenía no la incluyeron dentro de nuestra Legislación”.*⁵ En El Salvador se necesitaba una reglamentación judicial en donde se protegieran a los niños y niñas y adolescentes huérfanos y abandonados.

La institución de la adopción vuelve a la vida institucional salvadoreña, casi un siglo después de su desaparecimiento consignándose como una de las innovaciones de la Constitución Política que forjó la denominada Revolución del 14 de diciembre de 1948; y así en el Título XI que trata de los derechos sociales en el capítulo relativo a la familia el Art. 181 que disponía “los hijos

³Victoria Margarita Doradea Linares et al., “La adopción nacional en infantes de 0 a 5 años en el municipio de San Salvador y la función que desempeña la Procuraduría General de la República y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia en su Procedimiento” (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2014), 16 -17.

⁴Silvia Guadalupe Amaya Jurado et al., “Factores que dificultan la adopción para los extranjeros en El Salvador y el rol del Estado como garante del proceso” (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2009), 99. Debido al Código de Procedimientos Judiciales y Formula, se regulo la figura de la adopción, existiendo así innumerables situaciones familiares que de hecho no tenían amparo legal y que los procedimientos establecidos carecían de correspondencia con normas sustantivas del Código Civil, permaneciendo hasta que fue promulgado el Código de Procedimientos Civiles el 12 de Enero de 1863.

⁵Ibíd. 18.

nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección de sus padres. No se consignará en las actas del registro civil, ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de sus padres. La ley determinará la fórmula de investigar la paternidad".⁶ En la exposición de motivos del anteproyecto de la Constitución se proponía establecer constitucionalmente la adopción y aunque la comisión estimó que merecía su restablecimiento, el tema fue juzgado propio para ser desarrollado por una ley secundaria.

El artículo fue aprobado por mayoría de votos teniendo la redacción siguiente: Art. 181 "Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos en cuanto al nombre, a la educación y a la asistencia".⁷ Esta redacción fue modificada en agosto de 1950, suprimiéndose la parte que se refería al derecho del nombre y agregándosele la frase "y a la protección del padre".

No obstante los antecedentes históricos ya mencionados, en el medio no había reglamentación sobre la institución que nos ocupa, ya que derogado el Código de Procedimientos y Fórmulas por la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, la institución queda fuera de éste en 1863, cuando vuelve a la vida institucional en 1948 como principio constitucional, queda solamente en esta calidad, sin desarrollarse plenamente como institución a través de una norma secundaria como se había dicho.

El Doctor Ricardo Gallardo, preocupado por la situación de las niñas, niños y adolescentes, en 1948 escribió un artículo en la Revista de Ciencias

⁶Constitución Política de El Salvador (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1948).

⁷Constitución Política de El Salvador (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1950).

*Jurídicas y Sociales, y decía lo siguiente: “Es francamente imperdonable que nuestro Código Civil Salvadoreño ignore esta institución máxime en nuestro ambiente y donde muchas personas pudientes o que disfrutaban de una posición económica bonancible no procrearon hijos de su matrimonio o los perdieron irreparablemente. La incorporación de esta institución en el conjunto de nuestras Leyes Civiles es de imperiosa necesidad, la sociedad y la patria ganarán mucho con instaurarle”.*⁸ La reglamentación sobre la institución de la adopción no se consideraba necesaria, a partir de la administración del Coronel Osorio en adelante, la población creció en una forma alarmante originando una niñez con problemas, fue entonces, que los legisladores comprendieron que había que legislar para garantizar un status a las niñas, niños y adolescentes, producto de una sociedad desorganizada.

Es tan imperiosa la instauración normativa, que la Procuraduría General de la República, antes de Pobres, preocupada por las niñas, niños y adolescentes, introdujo el primer estudio sobre la adopción haciendo uso de la iniciativa de Ley que le confería la Constitución Política de 1950, y fue por medio del entonces diputado por el Departamento de Usulután, Doctor Rosendo Aguilar Chavarría, que se sometió a la consideración de la Asamblea, como Proyecto de Ley el estudio elaborado por la Procuraduría General de Pobres, hoy de la República.

El estudio de la Procuraduría comprendía dos partes, *“la primera con el Título “Proyecto De La Ley De Adopción” conteniendo las disposiciones sustantivas en 24 artículos. La segunda parte, titulada “El Juicio Sumario De Adopción”,*

⁸Blanca Estela Figueroa Alas, “La eficacia de la adopción a la luz del Código de Familia en relación a los menores de los cuales sus padres deben dar su consentimiento” (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 1995), 10.

*comprendía 11 artículos relativos a los procedimientos que debía seguirse para la aplicación de la Ley*⁹

Es así que en El Salvador se creó una “*Ley de Adopciones en el año de 1955*”¹⁰, el fin que perseguía dicha ley era brindarle un hijo a las familias, pero contenía vacíos legales, que “*daban lugar a las adopciones fraudulentas esta ley dio lugar al tráfico de niños y niñas y adolescentes*”.¹¹ Y si la “*Procuraduría General de la República no entregaba en términos de 30 días el dictamen sobre los estudios realizados, el Juez lo tenía como favorable a la adopción*”¹². A consecuencia de ello el Juez dictaba la sentencia de adopción, y no se le tomaba la debida importancia al cumplimiento del interés superior de *las niñas, niños y adolescentes*, no se examinaba el dictamen de la Procuraduría General de la República.

El 23 de marzo de 1955 se mandó a oír la opinión de la Honorable Corte Suprema de Justicia, acerca del Proyecto de Ley de Adopción y su procedimiento, elaborados por la Procuraduría General de Pobres, hoy de la República. Y esencialmente la Honorable Corte Suprema de Justicia contestó que no obstante el proyecto en referencia haber sido elaborado en forma meditada y acuciosa, y en lo general de su parte sustantiva, merecía la

⁹El proyecto de referencia, que propiamente ha sido elaborado por la Procuraduría General de la República según lo manifiesta el señor representante Aguilar Chavarría, revela un trabajo meditado y acucioso y en lo general de su parte sustantiva merece la aprobación de esta Corte, pero media esta coincidencia: como es, casi notorio, ha sido encomendada a una Comisión de Juristas Chilenos, la elaboración de un Proyecto de Código Civil para armonizarlo con nuestra actual Constitución y lograr además la incorporación de nuevas Instituciones Jurídicas que reclama nuestro estado social y una de esas Instituciones nuevas es la Adopción sobre la cual aquella Comisión formulo el correspondiente proyecto, el cual ha sido objeto, como también el venido de la Honorable Asamblea, de un estudio metódico y ponderado.

¹⁰Ley de Adopción (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1955).

¹¹La proliferación de las adopciones, que generaron el traslado masivo de menores de un estado a otro, con el apareamiento de prácticas ilegales. Véase. Miguel Ángel Cardoza Ayala, “La adopción en El Salvador: problemas actuales” (Tesis Doctoral, Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2006), 16.

¹²Doradea, “La adopción nacional en infantes de 0 a 5 años,” 19.

aprobación de la referida Corte, pero coincidentemente ésta había encomendado a una comisión de juristas chilenos, la elaboración de un proyecto de Código Civil, para ser armonizado con la Constitución de la fecha e incorporar nuevas instituciones jurídicas que reclaman la realidad salvadoreña y una de esas instituciones nuevas era la adopción, sobre la cual la comisión de juristas chilenos había formulado el respectivo proyecto, el cual fue objeto al igual que el enviado por la Honorable Asamblea, de un estudio metódico.

La Corte Suprema de Justicia presentó como suyo el proyecto elaborado por los juristas chilenos y el cual constaba de 34 artículos repartidos en 3 títulos. La Asociación Nacional Pro-Infancia propuso también un proyecto sobre la Ley de Adopción, el cual constaba de 27 artículos divididos en dos secciones.

Fue el proyecto de los juristas chilenos presentado como suyo por la Corte Suprema de Justicia, que sirvió de base principal en la Ley de Adopción sustituyéndose solamente sus tres primeros artículos, por los del proyecto presentado por la Procuraduría sin tomar nada del proyecto de la Asociación Nacional Pro-Infancia.

En el contenido del dictamen pronunciado por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales, se dejó claro que se retomaba el proyecto de los juristas chilenos presentado por la Corte Suprema de Justicia, no obstante se habían tenido a la vista los tres proyectos presentados, siendo sustancialmente diferentes, el retomado por la Corte con el presentado por la Procuraduría, ya que el de la Procuraduría concedía la facultad de adoptar a quienes tenían hijos legítimos y por disponer de medios económicos suficientes eran capaces de ofrecer un bienestar a las niñas, niños y adolescentes. Y el segundo prohibía terminantemente la adopción a quienes

tuvieran hijos legítimos. Predominando y pronunciándose la comisión por la tesis de la Procuraduría General de Pobres. “Se dijo que se adoptaban los tres primeros artículos del proyecto de la Procuraduría, sugiriendo que se adicionara al artículo tercero el literal d) y que rezaba así “si el adoptado fuera mayor de catorce años deberá prestar también su consentimiento” ¹³, así también se sugería ciertas modificaciones de forma, conservando su fondo.

Es así pues, que los estudios antes dichos sirvieron de fuente para que se emitiera el Decreto 1973 del 28 de octubre de 1955, publicado en el Diario Oficial No. 277 Tomo 169, del 16 de noviembre de 1955, que constituyó la normativa legal que desarrollaría la institución de la adopción en nuestro país, o sea la Ley de Adopción.

El 25 de noviembre de 1955 toma vigencia la Ley de Adopción, basada fundamentalmente en el proyecto que elaboró la comisión de juristas chilenos por encargo de la Corte Suprema de Justicia, no obstante se suprimieron ciertos pasajes del referido proyecto e incorporándose algunos correspondientes al proyecto presentado por la Procuraduría General de Pobres, lo que explica que algunas disposiciones se apartaran de la realidad social y jurídica de nuestro país, existiendo así contradicciones internas en la referida Ley; que permaneció reglando durante treinta y ocho años y nueve meses, únicamente con dos reformas durante toda su vigencia; reformas que no cambiaron su fondo en ningún momento pues no fueron sustanciales.

La referida Ley comprendía treinta y cinco artículos, repartidos en tres títulos y los cuales se referían por su orden, el primero “DE LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN” comprendiendo de trece artículos; el segundo “DE LOS EFECTOS DE LA ADOPCIÓN” conteniendo dieciocho artículos; y el tercero “DE LA EXPIRACIÓN DE LA

¹³Figueroa, “La eficacia de la adopción a la luz del Código de Familia,” 30.

ADOPCIÓN” que constaba de cuatro artículos; dicha ley reguló la adopción de forma simple o semiplena, como se le denomina doctrinariamente.

Es con la vigencia del Código de Familia, que la Ley de Adopción vigente desde el 25 de noviembre de 1955 queda derogada, y fue con el ánimo de armonizar la Constitución de la República de 1983, que se emite el Decreto Legislativo No. 677 publicado en el Diario Oficial No. 231 Tomo 321, de fecha 13 de diciembre de 1993, y toma vigencia desde el 01 de octubre de 1994 y que constituyó el Código antes dicho.

La derogada Ley de Adopción constituía durante su vigencia el mecanismo legal para dotar a cónyuges de una filiación con una persona extraña a sus consanguíneos, es decir, se legisló sin pensar en la protección real de las niñas, niños y adolescentes, sino que fue el crecimiento poblacional de la época que inspiró y provocó la normativa legal de la Adopción, no fue una institución de soluciones propiamente dichas para la niñez desvalida, sino una solución a un problema social poblacional.

El Código de Familia¹⁴ como nuevo cuerpo legal, responde a principios diferentes de la rama que se separa, obedeciendo a factores que destacan las renovaciones de nuestra sociedad, a tal grado que como respuesta nuestro constitucionalismo acogió la institución familiar desde 1950 y en 1983 introduce cambios sustanciales, que hoy son correlativos con la ley secundaria vigente.

La institución de la adopción como parte de la legislación familiar ha adquirido relevancia, dando cambios sensibles en la que se refiere a los requisitos para adoptar, así como a su naturaleza, finalidades y sus efectos,

¹⁴Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993). Se establecía la institución de la adopción, que tenía como fin principal brindarle al adoptado una familia para que tuviese una vida plena y pudiera desarrollarse.

esencialmente a sus motivaciones, lo que trae como consecuencia una variación en su concepto tal como se observa en la nueva Ley Especial de Adopciones.

En la realidad social y jurídica la adopción al parecer resulta el mejor mecanismo para satisfacer de manera integral el derecho de las niñas, niños y adolescentes, por lo que la nueva ley pasa a conocimiento y aplicación de la jurisdicción especializada de niñez y adolescencia. Las disposiciones legales referentes a la institución de la adopción, contenidas en la nueva Ley Especial de Adopciones, en adelante, la LEA, se dividen en cinco títulos los cuales tienen la finalidad única de proteger el interés superior de las niñas, niños y adolescentes adoptados dentro y fuera de nuestro país. La LEA tiene por objeto principal regular la adopción como aquella institución que garantiza el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a poder desarrollarse plenamente dentro del seno familiar.

2. Etimología

El vocablo “*adoptar*” procede del latín “*adoptare*” de ad y optare, es decir: “*desear a*”¹⁵ Al hablar de adopción es preciso establecer que se refiere a aquella institución que tiene por finalidad dar progenitores a la niña, niño y adolescente que carece de ellos y a la vez los cuidados que este requiere.

La definición de adopción puede verse de diferentes puntos de vista, “*en principio el término proviene del latín ad (a, para) y optio (elección) y esta, a su vez concretamente del verbo arrego (ad y rogo) que significa adoptar (arrogare in locum filii, o sea, adoptar como hijo)*”¹⁶

¹⁵María Teresa Larraín Aspillaga, *La adopción un análisis crítico de la Legislación Chilena* (Santiago de Chile: Editorial jurídica, 1991), 89.

¹⁶María Aranzazu Calzadilla Medina, *La adopción internacional en el derecho español* (Madrid: Dickinson, 2004), 27.

Es así, que diversos autores como D' Antonio la define como *“una institución de protección a la minoridad y que por sus características, encuentra justificación en los estado de desprotección o abandono en que se encuentre un menor”*.¹⁷

3. La adopción: Definición, naturaleza, finalidad y características

Según la LEA en su artículo 2, define que adopción: *“es una institución jurídica de interés social que confiere mediante resolución judicial un vínculo de filiación en forma definitiva e irrevocable, que tiene como finalidad proveer a la niña, niño o adolescente como a la persona mayor de edad, una familia que garantice su protección integral, desvinculándose para todo efecto jurídico de su familia de origen”*¹⁸. Es decir que la adopción es un acto voluntario y libre de crear un vínculo de filiación entre dos personas fuera del vínculo sanguíneo.

Según Rafael Sajón, la adopción *“Es un acto de amor del hombre y de la mujer contemporáneos y de las próximas décadas, a favor de las niñas, niños y adolescentes menores de edad en general, huérfanos, abandonados, de padre desconocidos”*.¹⁹ Este punto de vista filosófico expresa que es vital la estabilidad emocional de las niñas, niños y adolescentes desde edades tempranas.

Así también para otros autores, *“La adopción no es un contrato: su jerarquía espiritual, sus propósitos, su régimen especial, su carácter permanente y su condición de fuente del estado civil, la configuran como una institución social o si se quiere como acto complejo de derecho familiar”*²⁰

¹⁷La adopción es un mecanismo de protección de menores, esto es que se busca una familia o un entorno adecuado para un menor en situación de abandono e institucionalizado. Véase. Daniel Hugo D'Antonio, *Derecho de menores* (Buenos Aires: Astrea, 1994), 290.

¹⁸Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017), artículo 2

¹⁹Rafael Sajón, *Derecho de Menores* (Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1990), 439.

²⁰Nuria Delgado Hernández, “Alcances y limitaciones de los mecanismos del control en la protección de los derechos fundamentales del menor de edad adoptado por extranjeros en El Salvador” (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2004), 50.

Por otra parte, se puede mencionar que doctrinariamente la adopción es *“Una medida de protección al niño y al adolescente por la cual bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”*²¹ La finalidad de esta institución se basa propiamente en la protección de las niñas, niños y adolescentes, en la protección familiar. La adopción se establece especialmente en interés superior de las niñas, niños y adolescentes, explicándose de esta manera el interés prioritario o principal.

Cuando se analiza el artículo dos citado, se encuentran varios elementos que componen el mismo y que es de importancia desarrollarlos individualmente; se dice que la adopción es una institución jurídica, es decir, que este lleva un ordenamiento jurídico que contiene subconjuntos de normas que giran alrededor de un núcleo.

También se encuentra el elemento del interés social, es decir, es un todo esencial para la sociedad en sí, esta no tiene preferencias, ni exclusividades, trata de atender a la sociedad en general para un bien propio.

La resolución judicial indica que es un acto proveniente de un juez o tribunal, el cual su resultado es la aplicación del derecho material o procesal. El vínculo de filiación palabra que proviene del latín “filius” el cual significa hijo, hace referencia a un estado de familia que se deriva de la relación entre dos

²¹Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, 6a ed., (Buenos Aires: Astrea, 2004), 18. La finalidad de la adopción se considera como un sistema de protección por excelencia, para el menor carente de familia propia o consanguínea”; el énfasis está en solucionar la problemática del niño o adolescente carente de una familia, lo cual conlleva problemáticas de tipo emocional, social y físicas que repercuten en el desarrollo normal niño y a la vez ello constituye un problema de tipo social para el Estado, demandándose de éste una serie de recursos, tanto humanos como materiales, que en su mayoría de veces, no proporciona eficazmente.

personas de la cual una de estas es el hijo y la otra el padre o madre. Este vínculo de filiación que resulta de esta resolución judicial tiene la característica propia de ser definitiva e irrevocable es decir que una vez tomada la decisión esta no puede retroceder.

La naturaleza jurídica de la adopción se encuentra en diferentes teorías, entre las cuales se puede mencionar las siguientes:

La adopción como contrato: Si la naturaleza de la adopción se ve desde un punto de vista como contrato a esta se la ha atribuido un carácter contractual; la adopción en la doctrina es un contrato perfeccionado por la prestación del consentimiento de las partes. Se consideraba así desde el derecho romano donde la finalidad no beneficiaba al adoptado ya que se realizaba para preservar el culto familiar.

La adopción como institución: *“es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una con la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos”*²² Se dice que es una institución solemne y de orden público ya que al crear y modificar relaciones de parentesco toca intereses del Estado y compromete al orden público; es decir el Estado interviene por medio del poder judicial.

La adopción como acto de poder estatal: Es un acto de poder estatal ya que este da lugar al vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, es decir, una consecuencia de una aprobación judicial *“No obstante no es aceptable ya que si bien es cierto que el decreto del Juez de Familia que aprueba la adopción es un elemento esencial para que se dé ese vínculo jurídico, también la voluntad del adoptante es un elemento esencial previo y necesario para el pronunciamiento judicial. Así como también es necesario que los*

²²Enciclopedia Jurídica Omeba, s.v. “adopción” Buenos Aires: Driskill, 1980.

*representantes del adoptado, convengan en la creación de ese vínculo jurídico paterno-filial*²³

La adopción como acto jurídico mixto: algunos autores expresan que la naturaleza jurídica de la adopción es jurídica mixta así como Chávez Ascencio expresa “*se trata de un acto jurídico mixto que, por otro lado, no deja de ser una institución en el sentido de ser un cuerpo orgánico de disposiciones legales que establecen la forma y manera de constituirla, de llevar las relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado y como institución adquiere cada día más un aspecto social que se funda en la necesidad de lograr en la mejor manera posible mediante el esfuerzo de los particulares y el Estado la protección y amparo del menor en el hogar del adoptante*”²⁴ lo que expone el autor es muy razonable y muy acertado ya que la institución de la adopción además de ser de orden público, de protección familiar y social que pretende dotar al niño de una familia que asegure y proteja su bienestar integral, se constituye por medio de sentencia judicial.

La adopción en la LEA establece en su artículo 2 la finalidad de esta institución la cual es “... *proveer a la niña, niño o adolescente [como a la persona mayor de edad], una familia que garantice su protección integral, desvinculándose para todo efecto jurídico de su familia de origen*”²⁵ La finalidad de la adopción es el brindar la protección integral y social establecida en el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Las características generales de la institución de la adopción son las siguientes²⁶:

²³Ignacio Galindo Garfias, *Derecho Civil* (México: Porrúa, 1980), 89.

²⁴Manuel F. Chávez Ascencio, *La Familia en el Derecho* (Buenos Aires: Porrúa, 1987), 90-91.

²⁵Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 2.

²⁶Bossert y Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, 481.

Imprescriptible: Es una situación jurídica en la familia y la sociedad, no se adquiere por el uno o se pierde por el no uno, ya que no es un derecho patrimonial.

Inalienable: No se permite transigir con él, ni hacer ningún tipo de negociaciones sobre el status de un hijo adoptivo. Por ser un estado familiar no se puede transigir sobre él y cualquier tipo de transacción carece de validez absoluta.

Solemne: La doctrina considera al acto jurídico de la adopción como un acto solemne porque solo se perfecciona a través de la forma procesal señalada en la Ley.

Irrevocable: Al igual que la condición de un hijo es irrevocable e irrepudiable tanto por el adoptado como por los adoptantes, lo que implica que una vez se adquiere la calidad de hijo el adoptado o la calidad de padre el adoptante, esta subsiste incluso cuando la ley por medio de la cual se adquirió pierda su fuerza o vigencia.²⁷

Constitutivo: Establece una filiación que genera derechos y obligaciones originándose como consecuencia el parentesco.

Extintivo: Cuando se adquiere la autoridad parental por el adoptante o adoptantes se extingue la autoridad parental, ahora denominada “responsabilidad parental”, con relación a los padres consanguíneos quienes solo la podrán recuperar en el caso de nulidad de la adopción, ya que sus efectos se destruyen retroactivamente.

Plurilateral: Acto jurídico que es mixto porque intervienen personas naturales y el juez de familia. Se da un cúmulo de voluntades: la de los adoptantes y adoptado/a.

²⁷Anita Calderón de Buitrago et al., *Manual de derecho de familia*, 2 ed. (San Salvador: Centro de Investigación y capacitación proyecto de reforma judicial, 1995), 521.

Interés social: La mayor parte de los países civilizados han incorporado la adopción a sus leyes, valorando con ello la importancia de la misma, en el doble aspecto de su utilidad social y de interés del Estado. Su utilidad social es indiscutible.

4. Principios rectores de la adopción regulados en la ley especial de adopciones

Los principios rectores orientan la hermenéutica jurídica y le sirven de pautas al Juzgador para la aplicabilidad de la norma en un determinado caso de adopción, siendo así que el legislador ha *“considerado conveniente situar en el pórtico de sus disposiciones una serie de postulados fundamentales sobre los que asienta la impartición de justicia,”* en protección al interés superior de la niña, niño y adolescente, los principios que consagra expresamente la Ley Especial de Adopciones son los que a continuación se enumeran.

4.1. Principio del Interés Superior

Cuando se trata de asuntos que involucren a toda niña, niño y adolescente y debe tenerse siempre presente que el interés superior sobre cualquier otro interés. *“Es importante mencionar que en muchas ocasiones surgen conflictos de interés entre adultos y niños, principalmente en estos casos se pone de manifiesto el interés en proteger siempre a la parte más vulnerable, la cual no se encuentra en igualdad de condiciones, y es donde cobra importancia el principio del interés superior del niño.”*²⁸ Las medidas especiales para la protección del niño corresponden tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.

El interés superior del niño es un principio jurídico reconocido en la Convención internacional sobre los derechos del niño, en adelante CDN,

²⁸Edna Gabriela Delfina Pérez Toledo, “Análisis del Principio del Interés Superior del Niño” (Tesis de Grado, Universidad de San Carlos, 2007), 25.

firmada el 20 de noviembre de 1989; principio que es retomado en la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993, en adelante Convenio de La Haya, y en las leyes secundarias que se refieren a la niñez y adolescencia en los Estados que forman parte de la CDN.

La CDN, señala en su artículo 3 Ordinal 1: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*²⁹ Concibiéndose la toma de decisiones de las personas públicas o privadas como una limitación de la potestad discrecional de estos, de igual manera la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en adelante LEPINA establece en el artículo 12 inciso 1 la *“interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías”*³⁰ de toda niña, niño y adolescente.

Se comprenderá por interés superior de la niña, niño y adolescente, según lo establece el artículo 12 inciso 2 de la LEPINA *“toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.”*³¹ En razón a ello cabe mencionar que el interés superior de toda niña, niño y adolescente, es un

²⁹Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 3.

³⁰Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 12 inciso 1.

³¹Ibíd.

principio jurídico garantista, obligando a que cualquier medida que se tome sea en protección a los derechos y garantías de la niña, niño o adolescente.

El Estado a través de los padres, tutores u otras personas responsables garantizará el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente, esto según el artículo 3 ordinal 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, dicha normativa establece que *“los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.”*³² El legislador decreta en el artículo 12 inciso 3 de la LEPINA que es obligación de la *“madre y padre o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño o adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de éstos.”*³³ El Estado lo garantizará mediante la creación de leyes, enfocadas a la protección de los derechos de la niñez y adolescencia.

El principio del interés superior del niño ha sido determinante en el enfoque que actualmente rige el proceso de adopción, ya que tanto los especialistas como los organismos que intervienen en él, *“deben resguardar siempre el bienestar del niño, niña y adolescente por sobre cualquier otra consideración particular que pudieran presentar las personas interesadas en su adopción.”*³⁴ El principio del interés superior se consagra como directriz

³²Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 3 ordinal 2.

³³Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 12 inciso 3.

³⁴Este despertar legislativo, o mejor dicho, jurídico, es consecuencia de la relevancia que el Derecho ha otorgado a la infancia durante las últimas décadas, como expresión de una nueva sensibilidad social y cultural hacia los niños, que surge de una conciencia acerca de la trascendencia de la dedicación a los mismos, que en el quehacer jurídico se ha traducido en una valoración del niño como sujeto activo de derechos que se ha intensificado con el correr del tiempo. Véase. Daniel Manzur Mazú, “Adopción de Niños por personas homosexuales ¿Pertinentemente Viable?” (Tesis de Grado, Universidad de Chile, 2008), 19.

básica en la legislación de familia y se refleja continuamente en la jurisprudencia emanada de los tribunales de muchos países.

La LEA como cuerpo normativo especializado en materia de adopciones regula en su artículo 3 literal “a” el principio de interés superior de la niña, niño y adolescente, el cual se respalda con la LEPINA así como anteriormente se ha dado a conocer. Para una mejor comprensión de este principio, se explica con mayor profundidad en el capítulo dos.

4.2. Principio de igualdad de las filiaciones

El principio de igualdad de las filiaciones, consiste en la equiparación total de los efectos entre la filiación consanguínea y la adoptiva, según lo establece la Constitución de la República de El Salvador en el artículo 36 en la primera parte del inciso 1; *“los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres.”*³⁵ De una igual forma el Código de Familia en el artículo 202, establece que *“todos los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, tiene los mismos derechos y deberes familiares.”*³⁶ Tales disposiciones jurídicas deben interpretarse como normas que tiene por finalidad equiparar los derechos de los hijos sin distinción alguna, los cuales pueden exigirse a sus padres, sin ninguna clase de privilegios, y sin realizar ninguna distinción entre tales derechos, pues se comprenden los esenciales para que la niña, niño o adolescente tenga una vida digna.

El artículo 36 inciso 1, de la Constitución de la República además de establecer la igualdad de derechos que poseen los hijos de filiación consanguínea y los adoptivos, establece en su parte final la obligación de los

³⁵Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

³⁶Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993), artículo 202.

padres de brindar “*protección, asistencia, educación y seguridad a los hijos*”³⁷ tales derechos son indudablemente básicos para el bienestar de la niña, niño o adolescente, pero no lo es menos el derecho a heredar o a suceder el patrimonio de los padres en una sucesión intestada si fuera el caso, puesto que dicho patrimonio puede seguir proporcionando esa protección y seguridad que la Constitución garantiza al hijo o hijos.

La LEPINA como una ley secundaria garantiza el principio de igualdad, no discriminación y equidad en el artículo 11, estableciendo así que “*todas las niñas niños o adolescentes son iguales ante la Ley. Por tal razón no podrá justificarse ninguna distinción, basada en criterios tales como filiación*”³⁸ entre otros que establece la norma legal.

4.3. Principio de subsidiariedad de la adopción nacional

Este principio de subsidiariedad se encuentra regulado en la LEA, en el artículo 3 literal c) y consiste en “*brindar como opción una familia adoptiva, cuando la familia de origen falte o se desconozca su paradero, incumpla o ejerza indebidamente los deberes derivados de la autoridad parental, previa acreditación del agotamiento de las medidas de protección de fortalecimiento familiar establecidas en la ley correspondiente*”.³⁹ El referido artículo está salva guardando el interés superior de la niña, niño o adolescente que en un primer momento se puede encontrar huérfano, o en condición de abandono en donde se desconoce el paradero de sus padres biológicos; y como tercera situación se encuentra un verdadero desinterés en la protección y cuidado de la niña, niño y adolescente de parte de sus padres.

³⁷Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

³⁸Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 11.

³⁹Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 3 literal c).

El Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, en el primer párrafo del preámbulo que para el desarrollo armónico de la personalidad de la niña, niño o adolescente es de suma importancia que su crecimiento sea “*en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.*”⁴⁰ En este párrafo se reconoce el derecho que tiene toda niña, niño y adolescente a crecer y desarrollarse en el seno de una familia ya sea biológica o adoptiva.

El principio de subsidiariedad es retomado por el Convenio de La Haya en el párrafo segundo del preámbulo en el que se establece que “*cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,*”⁴¹ en este caso los Estados partes en el Convenio reconocen que toda niña, niño o adolescente debe ser criado por su familia biológica siempre que sea posible. Pero si se vulnera el principio superior de la niña niño o adolescente se deberá tomar en consideración otras formas de cuidado familiar permanente dentro del país de origen.

El Convenio de La Haya en el párrafo segundo se refiere a las “posibilidades” de colocación de una niña, niño o adolescente en el Estado de origen. Ello no significa que necesariamente se agotan todas las posibilidades, ya que se “*podría alargar de manera indefinida la posibilidad de encontrar un hogar permanente en el extranjero para el niño.*”⁴² Al ser de esta forma se estaría perjudicando el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente.

⁴⁰Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998).

⁴¹Ibíd. El artículo 4 establece que las adopciones consideradas por la Convención sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen: han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño.

⁴²“*La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de Buenas Prácticas N°1*”, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, 2008. Disponible en el sitio web de la Conferencia de la Haya www.hcch.net en “Sección Adopción Internacional” y “Guías de Buenas Prácticas”. Consultado el 5 de noviembre del año 2016. El principio de subsidiariedad debe realizarse de acuerdo al interés superior de la niña, niño y adolescente.

4.4. Principio de subsidiariedad de la adopción internacional

El principio de subsidiariedad se encuentra regulado en la Ley Especial de Adopción en el artículo 3 literal d); tiene como fin principal *“brindar como opción una familia adoptiva extranjera o salvadoreña con residencia en el extranjero, siempre y cuando se hubieren agotado las posibilidades de integración a una familia nacional; considerando su pertinencia en cumplimiento del principio del interés superior. Las solicitudes de adopción de las personas salvadoreñas tendrán prelación sobre las de las personas extranjeras,”*⁴³ este principio da la oportunidad a la adopción extranjera ya sea por extranjeros o salvadoreños con residencia fuera del país en el caso que se haya agotado una adopción nacional.

El Convenio de La Haya reconoce de igual forma el principio de subsidiariedad mediante la adopción internacional según el párrafo tercero que *“reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,”*⁴⁴ siempre y cuando se hubieren agotado todo tipo de posibilidades de poder integrar a la niña, niño o adolescente en una familia en su país de origen. Se deberá considerar la adopción internacional *“solamente si responde al interés superior del niño”*⁴⁵ proporcionándole una familia que cuide de ella o de él.

El párrafo tercero del preámbulo del Convenio de La Haya incentiva a la incorporación de la adopción internacional, dentro de una política integral de protección para la niña, niño o adolescente y su familia biológica lo que

⁴³Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 3 literal d).

⁴⁴Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998).

⁴⁵Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990).

significa que deberán existir *“procedimientos complementarios y competencias coordinadas, tal política incorporaría fundamentalmente el apoyo a las familias en situaciones difíciles, la prevención de la separación de los niños y sus familias, la reunificación de los niños en situación de protección a su familia, el cuidado por familiares, la adopción nacional y las medidas temporales como el acogimiento familiar o el cuidado institucional.”*⁴⁶

Es decir que como un primer parámetro el niño debe ser criado por su familia biológica siempre que fuese posible, y de no ser así el Estado deberá fomentar las formas de cuidado, para la niña niño y adolescente en protección de su interés superior.

Aplicar el principio de subsidiariedad protegerá el interés superior del niño, ya que primero intenta mantener al niño con su familia biológica o familia extensa y luego considera soluciones de familias permanentes nacionales antes de recurrir a la adopción internacional. La institucionalización debería ser el último recurso.

La CDN establece el principio de subsidiariedad en el artículo 21 literal b) reconociendo que *“la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser*

⁴⁶*“La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de Buenas Prácticas N°1”, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, 2008. Disponible en el sitio web de la Conferencia de la Haya www.hcch.net en “Sección Adopción Internacional” y “Guías de Buenas Prácticas”. Véase El Convenio de La Haya reconoce que la niña, niño o adolescente debería ser criado en el seno de su familia biológica siempre que sea posible su protección si por cualquier motivo lo fuese, se deben considerar otras formas de cuidado familiar permanente dentro del país de origen. Solamente después de que hayan agotado formas de cuidado familiar en el país de origen se deberá considerarse la adopción internacional, si esta responde al interés superior del niño.*

*atendido de manera adecuada en el país de origen;*⁴⁷ la colocación de la niña, niño o adolescente en una familia ya sea en su país de origen o mediante la adopción internacional es una de las opciones de cuidado para la niña, niño o adolescente, para la protección y garantía del interés superior.

Es por esa razón que los Estados deben contar con un adecuado procedimiento para la adopción internacional que cuente con un sistema integral de protección y asistencia de la niña niño y adolescente. *“los Estados deben garantizar que los esfuerzos para alcanzar este objetivo no dañen involuntariamente al niño, retrasando indebidamente una solución permanente por medio de la adopción internacional.”*⁴⁸

Para el cumplimiento de este objetivo se propone que se deben crear políticas públicas, con el fin de promover la preservación de la familia y las soluciones de carácter nacional sobre el acogimiento para la niña, niño y adolescentes, y no así obstaculizar la adopción internacional.

4.5. Principio de imitación de la naturaleza

El principio de imitación de la naturaleza se encuentra regulado en el artículo 3 literal e), dicho principio consiste *“en generar un vínculo de filiación entre la persona adoptante y la persona adoptada, incluyendo las limitaciones y sus diferencias naturales en cuanto a la edad de los miembros de una familia,”*⁴⁹ en cuanto a la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado la LEA en el artículo 42 establece un mínimo y un máximo en cuanto a la edad, siendo

⁴⁷Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 21 literal b).

⁴⁸*“La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de Buenas Prácticas N°1”*, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, 2008. Disponible en el sitio web de la Conferencia de la Haya www.hcch.net en “Sección Adopción Internacional” y “Guías de Buenas Prácticas”.

⁴⁹Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 3 literal e).

así que *“la persona adoptante debe ser por lo menos quince años mayor que la persona adoptada y no podrá exceder en más de cuarenta y cinco años la edad de la misma.”*⁵⁰ En cuanto a esta diferencia y límites de edad se procura imitar en lo posible la filiación biológica del ser humano.

4.6. Principio de cooperación internacional

Desde la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 21 literal a) se ha promovido que los Estados *“Velarán por que la adopción del niño sólo se ha autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales.”*⁵¹ Por lo que los Estados velarán que haya un sistema normativo que verdaderamente garantice que la adopción responda al interés superior de la niña, niño o adolescente.

Con base en el mandato del artículo 21 de la CDN es que surge el Convenio de La Haya y es en este Convenio que establece la obligatoriedad para los Estados de ponerse de acuerdo para la celebración de este Convenio. De tal forma que todos los Estados que forman parte en el Convenio de La Haya, según el artículo 6 *“deben establecer obligatoriamente una Autoridad Central*

⁵⁰Por excepción establece el artículo 42 inciso 2 de la Ley Especial de Adopciones ,que *“atendiendo el interés superior de la niña, niño o adolescente, quedará a criterio de la autoridad judicial competente la asignación de personas solicitantes que excedan el rango de edad establecido, para lo que se tomarán en cuenta los principios de la adopción y en ningún caso podrá exceder en más de cincuenta años a la edad de la persona adoptada., queda a criterio del Juez de la niñez y adolescencia prescindir o rebajar los límites de edad cuando se compruebe debidamente. De igual manera el inciso tercero establece que la adopción entre parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que la Jueza o Juez estime que la adopción es conveniente para la persona adoptada. Véase. Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016).*

⁵¹Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 21 literal a).

*para facilitar el funcionamiento del Convenio,*⁵² esta regulación jurídica obliga a que los Estados denominen una autoridad central que se va a encargar de la aplicación del Convenio, proporcionando para ello los recursos y las facultades necesarias a dicha Autoridad para garantizar el debido funcionamiento de la misma.

El principio en mención se encuentra regulado en el artículo 3 literal f) de la Ley Especial de Adopciones, el cual consiste en la *“mutua cooperación entre las autoridades centrales de cada Estado, sobre la base de los convenios internacionales sobre la materia; dicha cooperación se hará valer a través del establecimiento de convenios bilaterales.”*⁵³ Entendiéndose por autoridad central la *“Procuraduría General de la República quien será la autoridad central en materia de adopciones internacionales para los efectos del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional,”*⁵⁴ el error que se encuentra en dicho literal es cuando se refiere a la *“cooperación que se hará valer a través del establecimiento de convenios bilaterales,”* de tal forma que en este apartado se está obligando a los Estados a realizar convenios bilaterales y El Salvador no puede obligar a ningún Estado a suscribir un convenio porque es acuerdo de voluntades.

Los convenios bilaterales, establece el Convenio de La Haya que se realizaran siempre que estén de acuerdo los Estados sobre ciertos aspectos del mismo convenio, no es que se vayan a suscribir convenios bilaterales distintos.

⁵²Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 6.

⁵³La LEA en este literal lo contrario a lo que dispone el Convenio de la Haya véase el artículo 8. Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016).

⁵⁴Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 44.

Todos los Estados contratantes deberán trabajar en conjunto para garantizar la protección de la niña, niño y adolescente. Para lo que deberán *“crear sistemas de protección que complementen y fortalezcan los sistemas implementados por otros Estados contratantes; considerar el impacto de sus normas en materia de adopción, o la falta de las mismas, podrían tener en otros Estados; proporcionar mecanismos para la obtención y difusión de información y estadísticas para los demás Estados partes, y para aquellos que utilicen el sistema de adopción, protección y cuidado del niño; proporcionen a la Oficina Permanente información de contacto actualizada sobre las Autoridades Centrales y los organismos acreditados.”*⁵⁵ Las anteriores mediadas de cooperación entre estados en protección a la niña, niño y adolescente, debido al tráfico de niños.

En la adopción internacional los Estados contratantes deben crear sistemas de protección para la niña, niño o adolescente, debido que la adopción internacional implica riesgos de ser de forma fraudulenta para el adoptado, es decir que los adoptantes tengan la pretensión de traficar con la niña, niño o adolescente, entendiéndose como *“tráfico de niños la sustracción, el traslado la retención con propósitos ilícitos de tráfico de órganos, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro tipo de explotación, ya sea en el país de residencia habitual del niño o en el Estado al que se trasladó.”*⁵⁶ Los sistemas de protección creados por los Estados también deben hacer referencia, a la práctica que realizan ciertas parejas

⁵⁵*“La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de Buenas Prácticas N°1”*, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, 2008. Disponible en el sitio web de la Conferencia de la Haya www.hcch.net en “Sección Adopción Internacional” y “Guías de Buenas Prácticas”. Véase Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 21 literal d).

⁵⁶Nuria González Martín, *Adopción Internacional la practica mediadora y los acuerdos bilaterales: referencias Hispano-Mexicanas* (México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2006), 42.

con el deseo de ser padres a prescindir del debido procedimiento de adopción internacional, incurriendo así en la adopción ilícita.

5. Sujetos de la adopción

Los sujetos que intervienen en la adopción para garantizar el interés superior de toda niña, niño y adolescente según el artículo 9 de la LEA son: La Procuraduría General de la República (PGR), la Junta Directiva de la Oficina para Adopciones; el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONNA), y los Juzgados Especializados de la niñez y adolescencia⁵⁷; pero para efectos de análisis en este apartado, sólo se analiza la figura de la persona que realiza la adopción y el adoptado, siendo así que las Instituciones anteriormente mencionadas y que se vinculan directamente con el procedimiento, se explican en el capítulo tres cuando se expone el Procedimiento de Adopción y sus fases administrativa y judicial.

5.1. Personas sujetas de adopción

El artículo 23 inciso 1 de la LEA establece que las personas sujetas a adopción, podrán ser *“toda niña, niño y adolescente, cuya adoptabilidad haya sido declarada por un Juez Especializado de la niñez y adolescencia,”*⁵⁸ el mismo artículo menciona seis tipos de requisitos que deberán cumplir los sujetos de adopción.

5.1.1. Requisitos para adoptados

La LEA en el artículo 23 establece seis diferentes requisitos para toda niña, niño y adolescente sujetos a ser adoptados, ya sea por personas adoptantes nacionales o extranjeros.

⁵⁷Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 9.

⁵⁸Ibíd. artículo 23.

a.) Los de filiación desconocida; Los niños de filiación desconocida, se consideran en la doctrina según María Teresa Larraín Aspillaga, que son de filiación desconocida en razón que *“en la certificación de nacimiento del niño no se mencionan los nombre y apellidos de sus padres;⁵⁹”* siendo la filiación un derecho fundamental de todo ser humano según lo establece la Convención de los Derechos del niño en su artículo 7 inciso 1 *“ que todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”* ⁶⁰ en un ambiente sano.

b.) Las niñas, niños o adolescentes que carecen de madre y padre, se encuentren en situación de abandono por ambos o cuyo paradero se ignore; Se considera a una niña, niño y adolescente en situación de abandono cuando se encuentra en una *“carencia de una protección física y emocional que afecte su protección y formación integral en los aspectos material, psíquico o moral por acción u omisión,”*⁶¹ por parte de sus progenitores y familiares.

La CDN establece el deber que tienen los padres de familia con sus hijos y los tutores con éstos, a brindar protección para su desarrollo estableciendo

⁵⁹Larraín, *La adopción un análisis crítico de la Legislación Chilena*, 125.

⁶⁰Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 7 inciso 1.

⁶¹Calderón de Buitrago et al, *Manual de derecho de familia*, 149. Comprendiéndose como abandonados todo niño, niña y adolescente que no hayan sido atendidos de una forma personal, afectivamente y mucho menos económicamente por sus padres o por las personas responsables de ello. En las situaciones en que las/os niña, niño y adolescente se encuentren internados en establecimientos de protección de menores, ellos forman una categoría de niños abandonados, por el hecho que ingresan de forma constante a estos sitios, observando así y evaluando el desinterés de sus padres a protegerlos y cuidarlos, pueden ser legitimados adoptivamente a condición de que sus padres no han demostrado un verdadero interés en proteger el interés superior de toda niña, niño y adolescente que se encuentra en establecimientos de protección de menores.

en el artículo 18 numeral 1 que *“los Estados pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”*⁶² El Estado tiene la obligación de crear leyes en beneficio a la protección del interés superior de la niña, niño y adolescente.

c.) Los que estén bajo el cuidado personal de sus progenitoras, progenitores o de otros parientes, siempre que existan motivos justificados y de conveniencia para la persona adoptada, calificados por la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia.

La LEA establece motivos justificables de convivencia entre los futuros adoptantes y el adoptado previamente a otorgar judicialmente la adopción plena. El literal c) en mención tiene relación con el artículo 27 de la misma Ley que establece una excepción a la prohibición de adopción de niña, niño o adolescente determinado, estableciendo en su primer literal que se permitirá la adopción *“cuando haya existido convivencia o afectividad comprobada con la o las personas solicitantes;”*⁶³ para este literal especialmente será necesario que se investigue el origen lícito de tal convivencia o afectividad que existe. se entenderá que ha existido convivencia o afectividad *“entre la o las personas adoptantes y la persona adoptada cuando han hecho vida en común por más de un año en forma continua e ininterrumpida como familia dentro de un hogar estable, antes de haber iniciado el procedimiento de*

⁶²Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 18 numeral 1.

⁶³Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 27.

*adopción.*⁶⁴ Procurando así la protección del interés superior de la niña, niño y adolescente.

Seguidamente el segundo ordinal del artículo 27 de la LEA establece que cuando “exista el *vínculo de parentesco entre la o las personas solicitantes y la persona adoptada,*”⁶⁵ para ambos casos contemplados en esos ordinales será de necesario cumplimiento la presentación de la declaratoria de la aptitud para adoptar de la o las personas adoptantes, y la declaratoria de adoptabilidad de la niña, niño o adolescente.

d.) Las hijas o hijos de uno de los cónyuges o de convivientes declarados; En este caso un cónyuge puede adoptar al hijo o a los hijos del otro mediante el matrimonio, el Legislador ha introducido una variable significativa en relación a los convivientes declarados judicialmente la LEA establece en el artículo 11 inciso 1 “*que la adopción conjunta solamente puede ser solicitada por cónyuges no separados y por parejas conformadas por un hombre y una mujer así nacidos y declarados judicialmente convivientes.*”⁶⁶ Para que los convivientes tengan la declaratoria judicial deberán presentar una solicitud de declaración judicial de convivencia al Juzgado de Familia, de esta forma ser declarados judicialmente convivientes, y así poder un conviviente adoptar al hijo o a los hijos del otro conviviente mediante la declaración judicial de convivencia.

El Código de Familia no hacía mención de los convivientes como adoptantes, por tanto no tenían derecho a poder adoptar a una niña, niño o adolescente.

La niña, niño o adolescente adoptado será registrado con el apellido de su madre o padre adoptivo, según los establece la LEA en el artículo 16 inciso 2

⁶⁴Ibíd.

⁶⁵Ibíd.

⁶⁶Ibíd. Artículo 11

*“En el caso de la adopción de la hija o hijo del cónyuge o conviviente, la persona adoptada usará como primer apellido, el primero del padre adoptante o padre consanguíneo, y como segundo apellido, el primero de la madre consanguínea o adoptiva.”*⁶⁷ Dicho registro del apellido de la niña, niño o adolescente se llevará a cabo en el Registro del Estado Familiar. En cambio en el Código de Familia el artículo 169 establecía que *“la adopción conjunta es la que se decreta a solicitud de ambos conyugues.”*⁶⁸ Esto era por razón de que en el Código de Familia en adelante CF, no se reconocía la convivencia declarada judicialmente de los convivientes, por esa razón que solamente los cónyuges podían adoptar de forma conjunta.

e.) Aquellos cuya madre o padre hayan sido declarados incapaces (sic) judicialmente por la causal de enfermedad mental crónica e incurable aunque existan intervalos lúcidos;

Según los instrumentos internacionales derivados de la ONU (Organización de las Naciones Unidas), ya no se les denomina personas incapaces sino personas con discapacidad; el Código de familia en el artículo 293 regula este numeral como una *“causal de incapacidad,”*⁶⁹(sic) asimismo el CF en el artículo 292 establece que para que una persona sea *“declarada incapaz será mediante sentencia judicial en virtud de las causas legales y con la intervención, en su defensa, del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales;”*⁷⁰ el legislador en busca de la protección del interés superior del niño, niña y adolescente ha optado que sean sujetos de adopción los hijos de estas personas con discapacidad por razón de que con sus padres biológicos no tendrían un debido desarrollo integral.

⁶⁷Ibíd. Artículo 16

⁶⁸Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993), artículo 169.

⁶⁹Ibíd. Artículo 293

⁷⁰Ibíd. Artículo 292

Una persona con discapacidad cognitiva no puede tener la capacidad de garantizarle el desarrollo integral a una niña, niño o adolescente, debido a la situación en la que se encuentra que le impide ejercer el rol materno o paterno. No es por falta de voluntad, es debido a esa situación que le impide el ejercicio de la autoridad parental.

f.) La hermana o hermano de quien ha sido declarada su adoptabilidad.

Este numeral se relaciona con el artículo 28 de la LEA que establece por regla general que en caso de existir hermanas o hermanos que pudieran ser sujetos de adopción, *“éstos no deberán ser separados, excepto cuando con dicha adopción se vea perjudicado el interés superior de la niña, niño o adolescente.”*⁷¹ En este caso solo sería declarar la adoptabilidad de uno de los hermanos.

5.2. Personas adoptantes

Los adoptantes son personas naturales, que asumen legalmente el carácter de padre y madre de la niña, niño y adolescente adoptado; la LEA establece tres tipos de personas que pueden adoptar. El artículo 11 estipula dos de ellas la primera es la *“adopción conjunta debe ser por cónyuges no separados y convivientes declarados judicialmente siendo parejas conformadas por un hombre y una mujer,”*⁷² la segunda se encuentra en el inciso 2 el cual establece *“la adopción individual”*⁷³ por una persona natural, la tercera forma de adopción es la adopción por el tutor.

Anita Calderón de Buitrago define la adopción del tutor como la *“adopción del pupilo por parte del tutor, pero para evitar todo tipo interés económico de parte*

⁷¹Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 28.

⁷²Ibíd. Artículo 11

⁷³Ibíd.

*del tutor hacia el pupilo*⁷⁴ la LEA en su artículo 41 ha dispuesto que “*La tutora o tutor podrá adoptar a su pupila o pupilo siempre que hayan sido aprobadas judicialmente las cuentas de su administración y pagado el saldo que resultare en su contra.*”⁷⁵ El legislador estableció esta restricción para que la adopción no sea vista como un medio para evadir responsabilidades provenientes por una mala administración de los bienes del pupilo de parte del tutor. Estableciendo el artículo 38 siete tipos de requisitos que deberán cumplir los adoptantes, dichos requisitos se expondrán en el siguiente acápite.

5.2.1. Requisitos para adoptantes

La LEA en el artículo 38 establece siete diferentes requisitos para las personas adoptantes ya sean nacionales o extranjeros.

a) Ser legalmente capaz; la capacidad legal es la exigida en el derecho civil, es el mismo tipo de capacidad que se exige en materia de adopción por razón que se convierte en la aptitud para convertirse en padre o madre adoptivo, que como todo padre biológico deberá responder de una manera responsable y procurar el bienestar del niño, niña y adolescente adoptado. “*La capacidad exigida es pues, no solo la que está referida a la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones sino la de poder ser verdaderamente y realmente padre o madre.*”⁷⁶ Al tener la suficiente capacidad se puede ejercer el debido cuidado el, niño, niña y adolescente que esté a su cargo.

b) Ser mayor de veinticinco años de edad, excepto los cónyuges o convivientes mayores de edad que tengan tres años de casados o en convivencia declarada.

⁷⁴Calderón de Buitrago et al., *Manual de derecho de familia*, 538.

⁷⁵Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 41.

⁷⁶Calderón de Buitrago et al., *Manual de derecho de familia*, 531.

La Ley Especial de Adopciones en el artículo 38 literal b) en estudio, ha introducido de una forma novedosa el derecho que tienen los convivientes declarados judicialmente a adoptar, tomando de base el artículo 32 inciso 2 de la Constitución de la República, el cual establece que *“el Estado fomentara el matrimonio; pero la falta de este no afectará el goce de derechos que se establezcan en favor de la familia,”* en beneficio del interés superior de la niña, niño y adolescente acrecer en una familia.

El Legislador ha introducido dos variables significativas en el artículo 38 de la LEA, la primera es en relación al tiempo de convivencia de los cónyuges o conviviente declarados judicialmente, para solicitar la adopción conjunta. Y como segunda variable, el legislador ha introducido el derecho que tiene los convivientes declarados judicialmente a adoptar a una niña, niño o adolescente. De tal forma que la LEA regula en el artículo 38 literal b) que los cónyuges o convivientes tengan tres años de casados o en convivencia declarada, si residen en el exterior; y en la anterior regulación del Código de Familia establecía el tiempo de convivencia solo de los cónyuges, en razón que no reconocía el CF a los convivientes declarados judicialmente, regulando de esta forma el artículo 184 que los adoptantes extranjeros deberían tener *“por los menos cinco años de casados,”*⁷⁷ como tiempo mínimo, en cambio, a los nacionales no se les exigía ningún tiempo mínimo en relación a la duración del vínculo matrimonial.

El legislador introdujo en el Código de Familia en el artículo 171 numeral 2 lo referente a la exigencia de la edad mínima de los adoptantes la cual debe ser de 25 años, de una igual forma lo regula la LEA en artículo 38 estableciendo como edad mínima 25 años para adoptar de forma individual, edad mínima a

⁷⁷Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículos 38, 39. La referida norma jurídica exige el mismo tiempo de tres años como mínimo para los conyuges y convivientes declarados nacionales y extranjeros.

partir de la cual hombres y mujeres pueden optar convertirse en madres y padres adoptivos; la ley requiere de esta edad en adelante porque se presume que los adoptantes tienden a tener la aptitud y la disposición para asumir la responsabilidad parental; y como edad máxima para adoptar establece el artículo 42 de la LEA que no podrá el adoptante exceder de 45 años de edad.

c) Poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir el ejercicio de la autoridad parental.

La aptitud y la disposición para que el futuro adoptante adquiriera la responsabilidad parental, se determina por medio de *“condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud.”*⁷⁸ Estos requisitos procuran la protección del interés superior de toda niña, niño y adolescente sujeto a adopción y garantizar así su desarrollo en una familia.

5.2.1.1. Condiciones familiares

La familia es muy importante porque es en el seno familiar en donde se desarrolla de una forma integral toda niña, niño y adolescente; en relación a este aspecto lo que se investiga es *“la calidad de las relaciones familiares, del o los futuros adoptantes, si se trata de adopción conjunta se verifica el ajuste mutuo de la pareja, y si tiene hijos qué opinión tiene sobre el proyecto de adopción que tiene sus padres”*⁷⁹ de igual manera se investiga la opinión de las otras personas que puedan compartir el bien familiar.

5.2.1.2. Condiciones psicológicas

La adopción pretende darle solución a dos presuntos problemas, el de los niños abandonados o huérfanos y el de los hogares con necesidad de tener

⁷⁸Ibíd. Artículo 38.

⁷⁹Ibíd.

hijas o hijos, “*diversos autores sostiene que los niños adoptados presentan un alto riesgo de sufrir desajustes en su desarrollo por el hecho del problema psicológico entre el abandono del niño y luego es dado en adopción a pareja que en su mayoría no ha podido procrear,*”⁸⁰ es por ello que se espera de los futuros padres adoptivos la aptitud psicológica adecuada para evitar todo tipo de riesgo de daño a la salud psicológica de la niña, niño y adolescente.

5.2.1.3. Condiciones sociales

Las condiciones sociales hacen referencia principalmente a la capacidad que tiene el adoptante de relacionarse en la sociedad, “*principalmente su capacidad para tratar con niños; este estudio en si no concluye en el sujeto sino que se extiende al medio en el cual él vive, analizándose aspectos tales como los prejuicios radicales que existan en la comunidad y que puedan afectar al adoptado,*”⁸¹ de igual manera este tipo de condiciones sociales realizan un estudio a los aspectos culturales del medio del futuro adoptante y el grado de semejanza que pueda existir entre esta cultura y la de la niña, niño y adolescente adoptado.

5.2.1.4. Condiciones económicas

Es requisito que los adoptantes dispongan de medios económicos para suministrar al adoptado una alimentación adecuada y una educación para que en el futuro el niño, niña y adolescente no solamente se desarrolle integralmente sino que también se desarrolle profesionalmente. “*La doctrina recomienda que el juez y los técnicos que lo auxilien no deben regirse por criterios rígidos y uniformes, la condición económica del adoptante debe ser*

⁸⁰Ramón Meza Barro, *Derecho de Familia*, Tomo II, 8º edición, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976), 450.

⁸¹Ibíd, 451. En algunos países se realiza un estudio de la historia social de quien pretende adoptar, incluyéndose experiencias estudiantiles, educación formal recibida religiosos etc.

*apreciada caso por caso y teniendo en cuenta no solo su ingreso mensual si no otras variables.”*⁸² Entre esas variables están los descuentos en pagos de recibos, deudas y si tiene hijos el número de hijos y el pago de colegiaturas agregándole además el costo de la vida.

5.2.1.5. Condiciones de Salud

Este requisito debe tratarse con flexibilidad y mucha precaución, por la razón de que el futuro adoptante llegara a padecer de alguna enfermedad no lo descalifica automáticamente. En este caso la oficina para adopciones de la PGR debe cerciorarse que la salud física del adoptante es buena y que no padece de una enfermedad que impida cumplir con su rol como padre madre adoptivo, o que llegare a poner en peligro la vida de la niña niño y adolescente adoptado, *“se debe establecer que la enfermedad que padece el adoptante no incida en otros requisitos exigidos,”*⁸³ no solo es necesario establecer que los futuros adoptantes tienen la aptitud para adoptar si no disposición para sumir la responsabilidad parental.

5.2.1.6. Derecho a un nivel de vida digno y adecuado

La LEPINA establece otras condiciones en beneficio de la niña, niño y adolescente; es así que en el artículo 21 de la LEPINA se regula lo pertinente a un derecho a un nivel de vida digno y adecuado para la niña, niño y adolescente ya que tienen “el derecho de gozar de un nivel de vida adecuado en condiciones de dignidad”⁸⁴; es esencial para poder tener un mejor

⁸²Calderón de Buitrago et al., *Manual de derecho de familia*, 526.

⁸³Ibíd, 452. Con base a lo establecido anteriormente se debe tomar muy enserio los motivos que inducen al solicitante a adoptar, se debe constatar que estos motivos no amanecen o releguen el interés superior de la niña, niño o adolescente, que exista una conciencia de la responsabilidad que se va adquirir y que exista un pleno convencimiento para aceptarla pese a las dificultades que se enfrenten.

⁸⁴Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 21.

desarrollo, gozar de un nivel de vida adecuado y digno conlleva a que toda niña, niño y adolescente tenga una alimentación nutritiva, una vivienda digna, vestuario. Es responsabilidad primordial de los padres de familia y representantes velar por la satisfacción de este derecho conforme sea sus posibilidades económicas.

El legislador en la Constitución de la República de El Salvador en el artículo 1 inciso tercero regula la *“obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, salud, cultura el bienestar económico y la justicia social.”*⁸⁵ Este inciso se refiere a que todos los habitantes de la República tengan igualdad de oportunidades económicas, sociales y de salud, para poder satisfacer sus necesidades.

5.2.1.7. Derecho a la integridad personal.

La LEPINA establece el derecho a la integridad personal en el artículo 37 el cual expresa que *“las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual.”*⁸⁶ Por lo que no podrán por ningún motivo ser expuestos a ninguna modalidad de violencias tales como *“abuso, explotación, maltrato, tortura, penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes.”*⁸⁷ Es responsabilidad del Estado y la familia de la niña, niño y adolescente protegerlos del abuso o negligencia que afecte el derecho a la integridad.

⁸⁵Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). En relación con la CDN regula en el artículo 27 numeral 2 que los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

⁸⁶Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 37.

⁸⁷Ibíd.

La Constitución de la República de El Salvador en el artículo 2 inciso primero regula que *“toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.”*⁸⁸ La integridad física surge del instinto de conservación y protección, lo concerniente a la regulación positiva de los delitos contra la vida y la integridad física se encuentra establecida en el Código Penal.

d) No haber sido privado o suspendido del ejercicio de la autoridad parental; El Código de Familia en el artículo 242 estipula que la autoridad parental se suspende por sentencia judicial, *“a petición de cualquier consanguíneo del hijo, o del Procurador General de la República o por el juez de oficio. En la sentencia de suspensión el juez podrá ordenar, según el caso, que el padre o madre a quien se le suspenda la autoridad parental se someta a tratamientos sicopedagógicos o médicos, a fin de propiciar su curación o regeneración.”*⁸⁹ Si la sentencia de suspensión de autoridad parental se decreta contra uno de los padres, dicha autoridad parental sobre el hijo será ejercida por el otro padre de familia.

e) No encontrarse sometido a procesos administrativos o judiciales en contra de niñas, niños o adolescentes, así como también en procesos sobre violencia intrafamiliar y violencia de género o haber sido condenado por delitos contra los mismos; este literal pretende que la persona adoptante tenga una integridad moral adecuada para la protección del interés superior de la niña, niño o adolescente adoptado.

⁸⁸Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

⁸⁹Si a ambos padres se les privare o se les suspendiere tal autoridad, se nombrará tutor como se establece en el Art. 299. Vid. Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993).

f) No haber sido condenado por delitos contra la libertad sexual; dichos delitos se encuentran comprendidos en el código penal de la República de El Salvador desde el artículo 158 hasta el 198.

g) No tener antecedentes penales por delitos graves.

5.2.2. Requisitos especiales para personas adoptantes extranjeras o no residentes en el país

El artículo 39 de la LEA establece los requisitos que deberán cumplir toda persona extranjera adoptante o no residente en el país de El Salvador, el mencionado artículo en su inciso primero establece *que “las personas extranjeras o cuya residencia habitual se encontrare fuera del territorio de la República, para adoptar a una niña, niño o adolescente, deberán de cumplir los requisitos generales y el procedimiento establecido,”*⁹⁰ a las personas extranjeras o con residencia habitual en el extranjero se les que exigen que cumplan con los requisitos generales de adopción, y con los requisitos especiales para adoptantes cuya residencia habitual esta fuere del Estado de origen, siendo los siguientes.

a) Que tengan por lo menos tres años de casados o en convivencia declarada, cuando se tratara de adopción conjunta;

El legislador en este literal se ha referido a uno de los requisitos de los adoptantes extranjeros ha introducido una variable en cuanto al tiempo y a los convivientes, debido que el legislador ha incorporado en la Ley Especial de Adopciones en el artículo 39 literal a) el cual establece que los adoptantes extranjeros *“tengan por lo menos tres años de casados o en convivencia declarada, cuando se tratara de adopción conjunta,”*⁹¹ a diferencia de lo que

⁹⁰Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículos 39.

⁹¹Ibíd.

establecía el Código de Familia en el artículo 184 numeral 1 que los cónyuges deberían tener “*por lo menos cinco años de casados*,”⁹² no hacía mención de los convivientes y en cuanto el tiempo la LEA establece en la actualidad tres años como mínimo de casados o de convivencia declarada.

La Convención de La Haya menciona tres parámetros mediante los cuales constata la idoneidad⁹³ de los adoptantes extranjeros, siendo así que el artículo 5 de la Convención establece que “*las adopciones consideradas por la Convención sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción:*

*a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; b) se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; c) han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.”*⁹⁴

b) Que reúnan los requisitos personales para adoptar exigidos por la ley de su país de origen o de residencia.

Este literal nos plantea una singular regulación; los adoptantes extranjeros o residentes fuera del país de El Salvador deberá reunir todos los requisitos exigidos en la LEA y además los requisitos que exige el país de origen o país de residencia habitual del adoptante, este tipo de regulación determinada en la LEA es porque pretende “*resolver los problemas de derecho internacional privado*

⁹²Código de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993), artículo 184.

⁹³El artículo 15 establece que la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar. Véase. Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998)

⁹⁴La estabilidad que pretende establecer el numeral a) del artículo 38 de la LEA, para tal estabilidad no existe un asidero científico, psicológico, moral, convencional y ni religioso para que se imponga este requisito de tres años porque la estabilidad no se logra con el pasar de los años. Véase. Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016).

que podrían darse cuando las legislaciones del país del adoptado y las del país del adoptante sean totalmente diferentes, a tal grado que esa diferencia restaría validez en el extranjero a la adopción decretada en nuestro país,⁹⁵ de no regularse de esta forma se le ocasionaría un perjuicio muy grave a la niña, niño y adolescente adoptado, y el principio del interés superior que se persigue proteger quedaría en una situación de inseguridad jurídica.

Más allá de esta connotación se debe estar a lo dispuesto en la normativa internacional es que más adelante se estudiará es decir la convención de La Haya en donde se regula sobre la idoneidad.

c) Comprobar que una institución pública o estatal de protección de la niñez y adolescencia o de la familia de su país de residencia, velará por el interés de la persona adoptada;

El seguimiento post- adopción es para ver la adaptabilidad del niño niña o adolescente en su nuevo entorno familiar, social y cultural, la idea central del seguimiento no es para vigilar a los padres adoptivos, porque para eso tuvieron que pasar un proceso que comprobó su idoneidad, ni desde luego la de la intromisión en la vida de las familias. Al realizarse el seguimiento post- adopción es para asegurarse de que los padres adoptivos “mantienen una perspectiva razonablemente objetiva sobre su hijo o su hija, sobre su capacidad para analizar las situaciones y las dificultades, para valorar las necesidades que unos u otros puedan experimentar, etc.”⁹⁶

⁹⁵Calderón de Buitrago et al., *Manual de derecho de familia*, 533.

⁹⁶*Manual para Intervenciones Profesionales en Adopción Internacional: valoración de idoneidad asignación de menores a familias seguimiento post adoptivo* (España: Secretaria General Técnica, 2007). disponible en: <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasinfancia/docs/manuallIntervencionesProfesopnales2008.pdf>. Es recomendable que se realicen dos visitas a cada familia en el primer año y al menos una en el segundo año. Lógicamente, en caso de preocupación con alguna familia concreta, las visitas deben ser más numerosas y prolongarse más en el tiempo.

El periodo de tiempo y la duración de los seguimientos dependerán de lo estipulado por cada país.

La LEA en el artículo 121 establece el seguimiento post adoptivo para la adopción nacional el cual será realizado por la Oficina para Adopciones (OPA) esta oficina dará seguimiento a la adaptabilidad de la niña, niño o adolescente adoptado a efecto de constatar la plena incorporación del mismo a su nuevo entorno familiar, social y cultural. Este seguimiento se realizará *“cada cuatro meses y por un período de tres años, debiendo quedar registro del mismo. El número de visitas de dicho seguimiento podrá ser ampliado cuando así lo considere pertinente dicha Oficina.”*⁹⁷

El tiempo que ha estipulado la Ley para el seguimiento Post adoptivo es incorrecto ya que un niño, por lo general, se adapta rápido a su entorno, y este seguimiento en lugar de beneficiar a la niña, niño o adolescente, perjudica su entorno familiar, social y cultural por la razón que se convierte en una intromisión a la intimidad familiar.

El seguimiento post adoptivo en caso de adopción de niña, niño o adolescente determinado que haya convivido con sus padres adoptivos por un periodo de uno o más años previos a que el Juez de la Niñez y Adolescencia decretara por medio de sentencia judicial la adopción, el seguimiento que estipula el artículo 121 inciso 2 de la LEA se realizará *“en forma semestral y por un período de dos años, debiendo quedar registro del mismo.”*⁹⁸ Y el Seguimiento post adoptivo de adopción internacional estipulado en el artículo 122 de la LEA es similar en cuanto al tiempo que tardaría dicho seguimiento realizado por la OPA, al de la adopción nacional ya que la LEA establece en el artículo 122 que el *“seguimiento se realizará cada cuatro meses y por un período de tres*

⁹⁷Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 121.

⁹⁸Ibíd.

años!”⁹⁹Al realizar estos tipos de seguimiento la OPA está realizando una intromisión a la intimidad familiar de la niña, niño o adolescente adoptado y su familia adoptiva.

d) Declaratoria de idoneidad para adoptar por parte de la autoridad central del Estado de recepción.

Este literal hace mención a la declaratoria de idoneidad que establece el artículo 5 el Convenio de La Haya que “*las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción,*”¹⁰⁰ constaten que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para poder adoptar y que a la vez hayan sido debidamente asesorados acerca de la adopción además las autoridades competentes deben de constar si el niño ha sido o será autorizado para entrar y residir de manera permanente en el Estado de recepción.

La declaratoria de idoneidad que requieren los estudios sociales y psicológicos, realizados a las “*personas adoptantes con residencia legal en el extranjero, si se efectúan fuera del territorio salvadoreño deberán ser realizados por especialistas de una institución pública o estatal dedicada a velar por la protección de la niñez y adolescencia,*”¹⁰¹ y los dictámenes realizados por los especialistas deberán ser aprobados por una entidad pública o estatal que vele por la protección del interés superior de la niñez y adolescencia.

Este literal establece la idoneidad que deben tener los adoptantes con residencia habitual fuera del Estado de origen, término que será abordado en el capítulo tres.

⁹⁹Ibíd. artículo 122

¹⁰⁰Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 5.

¹⁰¹Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 40.

6. Clases de adopción

6.1. Por sus efectos

6.1.1. Adopción plena

La adopción plena es una institución adoptada en la legislación salvadoreña, según el artículo 2 de la LEA, estableciendo que “*la adopción es una institución jurídica de interés social que se confiere mediante resolución judicial un vínculo de filiación en forma definitiva e irrevocable,*”¹⁰² mediante dos procedimientos uno en sede administrativa y el otro en sede judicial ambos procedimientos previamente establecidos en la normativa jurídica; según Anita Calderón de Buitrago adopción plena es aquella “*que sustituye a la filiación natural (biológica) de tal modo que el adoptado corta todo vínculo con su familia biológica,*”¹⁰³ dicha adopción crea el vínculo legal no solo entre adoptante y adoptado sino entre este y la familia del adoptante.

En la “*adopción plena*”¹⁰⁴ el adoptado tiene todos los derechos y obligaciones como hijo biológico. Este tipo de adopción constituye plenitud de derechos satisface de manera óptima las finalidades contemporáneas de la institución además contribuye a darle cumplimiento y efectividad al principio de igual entre

¹⁰²Ibíd. Artículo 2

¹⁰³Cesa este parentesco con su familia biológica y todos los efectos jurídicos que provenían de su antigua familia, salvo los impedimentos matrimoniales para con los familiares biológicos del adoptado, que subsisten. Véase. Calderón de Buitrago et al., “*Manual de derecho de familia*”, 523-524.

¹⁰⁴A la adopción plena también se le conoce como adopción privilegiada, arrogación de hijos, filiación adoptiva o adopción legítima. la adopción plena axiológicamente valiosa porque permite dar al niño una identidad filiatoria de la cual el como persona carece. En la adopción plena cesan todos los efectos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica excepto los impedimentos matrimoniales para con los familiares consanguíneos del adoptado. Anteriormente se regulaba la adopción simple la cual consistía en que creaba relaciones de parentesco solo entre el adoptante y el adoptado mas no con la familia del adoptante, y un punto importante que en este tipo de adopción simple el adoptado a un continuaba teniendo relaciones de parentesco con su familia biológica subsistiendo así derecho y obligaciones con esta con excepción de la patria de potestad. Véase. Leonel Pérez Nieto, *Derecho Internacional Privado Parte Especial*, (México: Oxford University, 2000), 172.

los hijos que consagra la Constitución de la República de El Salvador en su artículo 36 el cual establece que *“los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres.”*¹⁰⁵ Además de establecer la igualdad de derechos y deberes de los hijos hace mención de la obligación de los padres hacia sus hijos de brindarles protección, asistencia, educación y seguridad.

6.2. Por los integrantes de la relación adoptiva

6.2.1. Adopción individual

Según lo establece la LEA en su artículo 11 inciso 2 que *“la adopción individual puede ser solicitada por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado familiar.”*¹⁰⁶ Según Anita Calderón de Buitrago y Otros, establecen que la adopción individual *“es aquella que se autoriza a solicitud de un único adoptante.”*¹⁰⁷ Este tipo de adopción al regularse en nuestra Legislación Especial pretende brindarle una protección al principio del interés superior de la niña, niño o adolescente que se encuentre en desamparo.

6.2.2. Adopción conjunta

Según lo establece la LEA en el artículo 11: *“que la adopción conjunta solamente puede ser solicitada por cónyuges no separados y por parejas conformadas por un hombre y una mujer así nacidos y declarados judicialmente convivientes.”*¹⁰⁸ Aunque la LEA regule la adopción conjunta no significa que

¹⁰⁵Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

¹⁰⁶Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 11.

¹⁰⁷Calderón de Buitrago et al., *Manual de Derecho de Familia*, 538. La doctrina no especifica si puede ser uno de los conyuges o de los convivientes y mucho menos si puede adoptar una persona soltera.

¹⁰⁸Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 11.

sea la conveniente para la protección del interés superior de la niña, niño o adolescente, porque existe la posibilidad que el matrimonio o las uniones no matrimoniales no sean “suficiente garantía,”¹⁰⁹ por lo que el Juez antes de decretar la adopción deberá solicitar pruebas sobre todo porque es necesario que el adoptado tenga un hogar estable.

6.3. Por la nacionalidad

6.3.1. Adopción nacional

La adopción nacional es un medio de protección de la niña, niño y adolescente una vez que se “*hayan agotado las posibilidades de permanencia de los menores (sic) en su familia de origen,*”¹¹⁰ debido a ello se exige que se pongan al servicio las políticas y estrategias de promoción de la adopción nacional. Además en el proceso de adopción es relevante la intervención “*de los equipos multiprofesionales especializados en procesos de adopción, garantizando los procesos legales y las intervenciones psicosociales adecuadas a lo largo del proceso todo ya sea previo, durante y post adopción*”¹¹¹ para la realización de la adopción plena adoptantes nacionales se exige que cumplan con los requisitos que la Ley establece.

La adopción nacional o doméstica se encuentra regulada en el artículo 12 de la LEA y consiste en que “*la adopción nacional es la promovida por personas cuya residencia habitual es el territorio salvadoreño y que pretenden adoptar a una niña, niño y adolescente que residan en el mismo país.*”¹¹² Pero para

¹⁰⁹Calderón de Buitrago et al., *Manual de Derecho de Familia*, 525.

¹¹⁰“*La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de Buenas Prácticas N°1*”, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, 2008. Disponible en el sitio web de la Conferencia de la Haya www.hcch.net en “Sección Adopción Internacional” y “Guías de Buenas Prácticas”.

¹¹¹Ibíd.

¹¹²Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 12

solicitar la adopción nacional se necesita cumplir con ciertos requisitos y documentación que la LEA exige.

6.3.2. Adopción internacional

La adopción por extranjeros se dio a consecuencias de las dos guerras mundiales como respuesta de la solidaridad social e internacional, ante el desamparo y la orfandad de muchos niños, niñas y adolescentes, quienes encontraron un hogar con familias extranjeras, luego la adopción se empieza a dar en países, que por su condiciones sociales y económicas deficitarias generan en gran manera el resultado de niños, niñas y adolescentes en abandono. *“Las adopciones internacionales o por extranjeros plantean problemas muy serios de difícil solución, con implicaciones de tipo legal y socio cultural.”*¹¹³ En efecto, el adoptante y el adoptado se encuentran sujetos a distintas regulaciones legales, y al darse esto puede suscitar problemas sobre la dualidad al momento de la aplicación de las diversas leyes, al no saber qué ley prevalece sobre la otra si prevaleciese la del país del adoptante o del adoptado.

Sin embargo en la actualidad se cuenta con el Convenio de La Haya, documento jurídico de carácter vinculante que ha sido *“suscrito y ratificado por más de ochenta Estados”*¹¹⁴ y por lo tanto al tratarse de adopciones entre estos Estados partes prevalecerá la aplicación de este Convenio por sobre cualquier ordenamiento jurídico.

La adopción internacional es un acto jurídico que se crea entre el adoptante y la familia de este con la niña, niño y adolescente adoptado del que se derivan relaciones jurídicas; la adopción tiene como fin la protección del interés superior de las niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una

¹¹³Calderón de Buitrago et al., *Manual de Derecho de Familia*, 544.

¹¹⁴G. Parra Aranguren, *Informe Explicativo: Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado* (La Haya: Oficina Permanente de la Conferencia Scheveningseweg, 1993), 77.

familia ya sea esta nacional o extranjera debido a ello se hace referencia a la “*la adopción internacional que es el acto jurídico que celebran personas con residencia habitual fuera del territorio nacional, independientemente que sean ciudadanos de otro país o no, basta que tenga su residencia habitual fuera del territorio nacional para que se considera adopción internacional.*”¹¹⁵ Lo que se procura es la protección del menor de edad en una familia.

La LEA establece la adopción internacional en el artículo 12 inciso 2 “*Adopción Internacional es la promovida por personas salvadoreñas o extranjeras cuya residencia habitual se encuentra en un Estado contratante y pretenden la adopción de una niña, niño o adolescente que tenga su residencia habitual en el país y deba ser desplazado fuera del territorio nacional.*”¹¹⁶ Haciendo referencia a este texto legal el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, hace mención a la adopción internacional, en donde el niño, niña y adolescente en proceso de adopción y el adoptante tienen su residencia habitual en diferentes Estados.

Es de importancia mencionar que el Convenio de La Haya no está tomando en cuenta las categorías de personas extranjeras o nacional sino que toma en cuenta una categoría muy actual del Derecho Internacional Privado, que se denomina “*residencia habitual,*”¹¹⁷ como el factor de conexión, esto quiere decir que sujetan al individuo a determinado ordenamiento jurídico, la Ley Personal como factor de conexión que sigue al individuo sin importar adonde se traslade.

Uno de los problemas legales que se pudiese presentar es que la adopción que regula la legislación de la residencia habitual del adoptado, es la adopción simple y la legislación del Estado de recepción del adoptante establece la adopción plena. Siendo los efectos jurídicos de la “*adopción simple limitados y*

¹¹⁵González, *Adopción Internacional*, 178.

¹¹⁶Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 12

¹¹⁷*Enciclopedia jurídica*, s.v. “adopción internacional”, 24 de noviembre, www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/residencia-habitual/residencia-habitual.htm.

*mucho más amplios los de la adopción plena;*¹¹⁸ el Convenio de La Haya brinda la respuesta a este problema en el artículo 27 especificando que “si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio, dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto,”¹¹⁹ esto si en un primer lugar, la ley del Estado de recepción lo permite, y como segundo lugar, si las autoridades del Estado de origen hubiesen dado su consentimiento.

La adopción plena, para el caso concreto de El Salvador, tendrá lugar cuando las personas, instituciones y autoridades competentes del Estado de origen brinden su consentimiento, entendiéndose las reguladas en el artículo 4 literal c) numeral 1) del Convenio de La Haya establece que *“las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.”*¹²⁰ Es importante aclarar que el consentimiento que se obtenga por parte de las personas, instituciones y autoridades deberá ser sin presión alguna. De tal forma el artículo 4 del Convenio de La Haya, hace referencia al consentimiento informado que deben brindar los padres o representantes legales de la niña, niño o adolescente.

¹¹⁸Ibíd. La adopción simple regula que el hijo adoptivo no tiene derechos y obligaciones con la familia biológica del adoptante si no una relación entre adoptado y adoptante, el hijo adoptivo sigue manteniendo una relación con su familia biológica con la cual tiene derechos y obligaciones.

¹¹⁹Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 27.

¹²⁰Ibíd. Artículo 4, literal c), numeral 1, que se relaciona con la LEA y hace referencia al consentimiento que deben brindar las instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción, siendo así que el artículo 30 inciso 3 establece “el consentimiento deberá prestarlo la Procuradora o Procurador General de la República cuando se trate de la adopción de personas bajo tutela, de niñas, niños o adolescentes que carecen de madre y padre, de los de filiación desconocida.

El consentimiento informado se encuentra regulado de forma similar en el artículo 30 de la LEA el cual establece que para *“la adopción de una niña, niño o adolescente es necesario el consentimiento de la madre o padre bajo cuya autoridad parental se encontrare, habiendo recibido previamente asesoría y la debida información de las consecuencias de su consentimiento, en particular en lo relativo a la ruptura del vínculo jurídico entre la niña, niño o adolescente y su familia biológica.”*¹²¹ El artículo anterior hace referencia al consentimiento que brindan los padres y representantes legales luego de haber recibido asesoría e información adecuada sobre las consecuencias de su consentimiento.

Los aspectos socioculturales no son menos importantes que los legales, por la razón que los aspectos socioculturales se encuentran en la psiquis de la niña, niño o adolescente teniendo así una mayor influencia, ya que son los que rodean su entorno, entre ellos se encuentran situaciones ambientales, culturales y sociales, estos aspectos pueden llegar a ser todo un valladar para la integración de la niña, niño o adolescente en la familia del adoptante, por ello es necesario que *“los adoptantes tengan un verdadero deseo de adoptar,”*¹²² para proteger el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente adoptado.

7. Efectos de la adopción

Según la LEA los efectos de la adopción se ven reflejados en el artículo 14 el cual expresa que a) *“La persona adoptada pasa a formar parte de la familia de la o los adoptantes, como hija o hijo de éstos, adquiriendo los derechos, deberes y obligaciones que como tal le corresponden, y las personas*

¹²¹Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 30.

¹²²Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998). En la adopción existe un problema grave el cual debe ser tratado, siendo el caso que los niños son víctimas de sujetos inescrupulosos y carentes de todo respeto a la dignidad humana.

*adoptantes adquieren de pleno derecho la autoridad parental*¹²³; es decir, que la niña, niño o adolescente que ha sido adoptado se vuelve en su totalidad parte de la familia de los adoptantes no habiendo ningún tipo de diferencia entre estos. En su literal b) expresa otro efecto, el cual es que *“La adopción pone fin a la autoridad parental o tutela a la que la niña, niño o adolescente estuviere sometida o sometido, desvinculándose para todo efecto jurídico en forma total de su familia de origen, respecto de la cual ya no le corresponden derechos, deberes y obligaciones excepto el caso de la adopción de la hija e hijo del cónyuge; quedando vigentes los impedimentos matrimoniales que por razón de parentesco establece el Código de Familia”*; es decir, que la niña, niño o adolescente queda desvinculado en su totalidad con su familia biológica entendiéndose también que la familia biológica no le corresponde derechos ni deberes sobre el adoptado.

Se puede observar en el literal c), de este mismo artículo, que *“Decretada la adopción internacional, ésta será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”*¹²⁴ como en el artículo 23 numeral 1 de la referida Convención expresa: *“Una adopción certificada como conforme a la Convención por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho de los demás Estados contratantes la certificación especificara cuándo y por quien han sido otorgadas las aceptaciones a las que se refiere el Artículo 17, apartado c.”* Así mismo en el artículo ya mencionado en su numeral 2 expresa *“Todo Estado contratante, en el momento de la firma, la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificará al depositario de la Convención la identidad y las funciones de la autoridad o autoridades que, en dicho Estado son competentes para expedir la certificación. Notificará asimismo cualquier modificación en la designación de*

¹²³Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 14.

¹²⁴Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 23.

*estas autoridades.*¹²⁵ En El Salvador, es la Procuraduría General de la República (PGR) la que extiende este certificado y exige dos requisitos los cuales son:

1. Certificación de la nueva partida de nacimiento del adoptado
2. Certificación de la sentencia judicial que decretó la adopción

Es decir, esta adopción realizada será reconocida de pleno derecho entre los países que están dentro del convenio respectivo.

En su literal f) nos indica que cuando se decreta la sentencia firme la adopción se vuelve irrevocable, es decir, no admite recurso de revocación. Y en su literal e) nos expresa su ultimo efecto el cual es: *“La persona adoptada adquiere la nacionalidad de las personas adoptantes sin que pierda la nacionalidad de origen”*, cuando se analiza este efecto se puede observar que la LEA está imponiendo un efecto que no puede surtir efectos ya que esta Ley tiene validez dentro del territorio salvadoreño y no dentro de los demás países de recepción. Según nuestra ley suprema la Constitución en su artículo 90 expresa claramente el tema de la nacionalidad *“Son salvadoreños por nacimiento: 1º- Los nacidos en el territorio de El Salvador; 2º- Los hijos de padre o madre salvadoreños, nacidos en el extranjero;*

*3º- Los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo domicilio en El Salvador, manifiesten ante las autoridades competentes su voluntad de ser salvadoreños, sin que se requiera la renuncia a su nacionalidad de origen.”*¹²⁶ Lo expresa claramente así como también el artículo 91 de la misma hace referencia a la doble o múltiple nacionalidad pero esto se debe de aclarar que es a los salvadoreños por nacimiento y es dentro de nuestro territorio, no es que nuestra ley

¹²⁵Ibíd. artículo 17

¹²⁶Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

suprema y mucho menos una ley secundaria otorgará la nacionalidad de los padres adoptivos para su hijo adoptado. Puesto que es decisión soberana de cada Estado las formas de regular sobre la nacionalidad, ya que cada Estado tiene su ley suprema y estas no pueden ni deben imponer efectos en otros Estados más que en el propio.

CAPITULO II

INTERES SUPERIOR DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE

En la exposición de este capítulo se explica de manera clara y precisa las diferentes doctrinas que a lo largo del tiempo han estado presentes informando de manera significativa el tema de la protección de derechos de la niñez: la “doctrina” de situación irregular o modelo tutelar; y la Doctrina de la Protección Integral (DPI), o modelo garantista de derechos.

Se presenta cómo se ha dado la transición entre estos dos modelos para la protección de derechos de la niñez y adolescencia, como se ha mencionado. Se desarrolla el tema de gran importancia de la familia en la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; se explican diversos principios rectores de la DPI, así como también diversos tipos de familia, derechos, deberes y consecuencias que tienen en la vida de los niños.

1. Modelo tutelar o “doctrina” de situación irregular

A través de la historia ha habido una construcción o reconstrucción social y jurídica sobre el concepto de cómo la niña, niño y adolescente, es tratado en la sociedad, las familias y el Estado.

Desde finales del siglo XIX, a nivel mundial han existido innumerables legislaciones referidas a las personas menores de edad. Esta normativa se ha denominado “Derecho de menores”. Con el movimiento llamado “Los Reformadores”, el cambio histórico en la niñez que evolucionó tanto el área social como jurídica, el derecho penal, debía reservarse a los adultos; mientras que los “menores delincuentes” debían recibir una consideración jurídica diferente. La idea principal, era una protección a los niños reclusos en penales con adultos, y la forma para hacerlo fue mediante la creación de

legislaciones con un tratamiento exclusivo para menores de edad. Es importante la evolución a nivel mundial, en el caso la evolución experimentada en los países occidentales, que se ha caracterizado por el paso de un modelo de protección a un modelo educativo o de bienestar, que ha dado lugar al denominado modelo de responsabilidad.

El modelo de la situación irregular, también llamado modelo tutelar consideraba a las niñas, niños y adolescentes, cuyo comportamiento se presumiera desviado, como aquejados por alguna patología, conducentes a la comisión de hechos delictuosos como consecuencia de factores biológicos o psicológicos o por influencia de su entorno familiar o social. Durante varios siglos los niños fueron sometidos al mismo tratamiento legal que los adultos, principalmente por los delitos cometidos, ya que eran sancionados de la misma forma y castigados principalmente con privación de libertad.

El Modelo Tutelar o la Doctrina de la Situación Irregular, señala que la persona menor de edad, es la que se encuentra en irregularidad, donde no se les reconocen a las niñas, niños y adolescentes, los derechos fundamentales establecidos para los adultos.¹²⁷ Los límites de esta fundamentación originaria del derecho de menores, continúa afectando todo el proceso hasta los últimos años. Estos límites a los que se hace mención son por un lado la consideración del *“niño como objeto de protección privilegiada y de control especial y no como sujeto pleno de derecho. Por otro lado, la sobre posición del concepto de menor irregular al de menor en situación irregular consecuencia de la todavía persistente teoría positivista de la peligrosidad social”*¹²⁸. Se trata de la confusión entre la situación llamada irregular y la situación en que únicamente se considera al menor de edad cumpliendo actos previstos como delitos por la Ley penal del país.

¹²⁷Salvador Antonio Quintanilla Molina, *Introducción al Derecho de Menores* (Buenos Aires: Palma, 1992), 3.

¹²⁸Alessandro Baratta, *La situación de la protección del niño en América Latina*, Tomo I, 3ª ed. (Buenos aires: Temis, 2004), 5.

En materia procesal, la niña, niño y adolescente, carecía de garantías, el juez era cual padre, lo que conllevaba la idea que era la mejor garantía posible, con miras a asegurar la terapia de reeducación o resocialización; es más, no era necesaria la vinculación del menor de edad con el hecho considerado delictuoso: en ciertos casos, bastaba con demostrar o presumir el estado de abandono moral o material para proceder a dicha disposición.¹²⁹

Emilio García Méndez, expresa que el modelo tutelar es la doctrina que *“legítima una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”*¹³⁰ En donde un menor de edad en situación irregular, se desvanecen las deficiencias de las políticas sociales, optándose por “soluciones” que privilegian la adopción.

El Instituto Interamericano del Niño en adelante IIN, define la Doctrina de Situación Irregular como: *“aquella en que se encuentran un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente o padece de un déficit físico o mental. Dícese también de los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponde a sus individualidades”*¹³¹

El modelo Tutelar o Doctrina de la Situación Irregular, se concibe en América Latina, particularmente en el siglo XX, llevando implícito dos modalidades¹³²: Es eminentemente urbano. Es copia fiel del proceso europeo y norteamericano.

¹²⁹Claudio Roberto Navas Rial, *Los Menores y el Derecho Penal en la República de Argentina*, en anuario de Justicia de Menores (Sevilla: Astigi, S.L., 2002), 120 –121.

¹³⁰Emilio García Méndez, *Legislaciones infanto- juveniles en América Latina: modelos y tendencias* (México: Porrúa, 2007), 7.

¹³¹Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (IIN), *Orientación Técnica Institucional* (Montevideo: Área Jurídica, 2009).

¹³²Susana Iglesias, *El desarrollo del concepto de infancia en “Sociedades y Políticas” N°2* (Buenos Aires: Fundación Pibes Unidos, 1996), 140-141.

Las características de las legislaciones basadas en la doctrina de la situación irregular, se pueden puntualizar de la siguiente forma: Asume la existencia de una división de dos categorías: niños y menores. En esta etapa surge una diferenciación de niño y menor y es que resulta que se deconstruye a la niñez y pasa a una construcción de “minoridad”.

Y es como menciona Yuri Emilio Buaiz Valera, en su obra “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, comentada de El Salvador Libro Primero”: la diferencia social entre los niños, estigmatizan al niño sin oportunidades, generándole una incapacidad jurídica, donde hace la formulación negativa de la definición de niño carenciado, y genera el tratamiento diferenciado de la infancia.

Los niños eran aquellos que contaban con familia, medios de subsistencia, un nivel social aceptable; la crianza y la socialización de los niños era de carácter privado y sectores medios, aun con la influencia pública a través de servicios subsidiarios. Mientras que los menores, eran incapaces sociales, abandonados material o moralmente, un peligro por sus condiciones de vida o la de sus familiares o discapacitados físicos o mentales. Por tanto, se crea un modelo tutelar de protección, donde la delincuencia juvenil y la pobreza eran producto de la sociedad industrial, la crisis de la institución de la familia, pérdida de valores, miseria, marginación.

Ante la crisis del modelo tutelar, surgen movimientos filantrópicos y humanitarios que su finalidad principal es liberar a la niña, niño y adolescente, mediante un modelo denominado re-educativo o de bienestar. Se rechaza la intervención represiva contenida en el modelo anterior, se promueve alejar al menor de edad de la justicia penal, para lo cual se adoptan soluciones extrajudiciales con finalidad de alcanzar la solución del conflicto y la asistencia del menor de edad en problemas. Se inicia un alejamiento de la ideología tutelar y de sus concepciones de “situación irregular” y de “abandono moral y material”, que habilitaron una indiscriminada intervención judicial con argumentos poco jurídicos, alejados de las

concepciones de culpabilidad y responsabilidad propias del derecho aplicable a los plenamente capaces.¹³³

Las características de la nueva ideología incluían creaciones de jurisdicciones especializadas para menores; *Los niños debe separarse de la influencia corruptora de los adultos, al momento de estar recluidos. Un Tribunal Especial que no necesariamente forme parte un Juez, no importa garantizar el derecho sino conseguir la reeducación de la niña, niño y adolescente. Consideración de carácter anormal o patológico de las niñas, niños y adolescentes delincuentes y su equiparación a un enfermo. Cambiar a los menores de edad y adaptarlos al sistema de las clases dominantes. Los menores de edad debían ser apartados de su medio por ser nocivo e internados por su bien y reeducación.*

En consecuencia la niña, niño y adolescente, en el ámbito tutelar era visto vulnerablemente como un riesgo social, objeto de tutela, sometidos a la discrecionalidad del Juez, sin garantías procesales, privados de libertar bajo la idea de medidas reeducativas, aun sin haber cometido delito alguno. La niña, niño y adolescente, era un ser sin voz, un ser sin opinión.

En América Latina se operan cambios sustanciales a raíz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual abandona rotundamente la ideología reconocida como modelo tutelar, denominado también como protección, asistencial o de la situación irregular; generándose en muchos países una dicotomía legislativa surgida de la comparación de sistemas constitucionales e infra constitucionales, debido que al ser ratificada la Convención de los Derechos del Niño fue automáticamente incorporada a la Constitución, mientras paralelamente, continuaban vigentes las normas de rango legal, es decir, infra constitucionales, caracterizadas por una fuerte ideología tutelar, cuyas disposiciones corresponden al modelo tutelar o de la situación irregular.

¹³³Navas, *Los menores y el derecho penal*, 22.

Con la Convención sobre los Derechos del Niño, se busca un cambio de modelo, a partir del tratamiento de derechos humanos del niño; primero entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad; incluye con importancia el principio de Unidad Familiar y de Responsabilidad conjunta de la familia y el Estado, pero sobre todo eleva, nuevamente al niño como sujeto pleno de derechos, avanzando a la idea de ciudadano.¹³⁴

1.2. Historia de los Derechos del Niño en El Salvador

En El Salvador, los niños, niñas y adolescentes eran internados en hospicios, correccionales y guarderías. Estas instituciones eran administradas por el Estado, órdenes religiosas e instituciones de la sociedad civil. *“La utilidad de tales instituciones era que los padres y madres de familia recluyeran a sus hijas e hijos considerándose en situación de riesgo o en conflicto con la ley penal.”*¹³⁵

En esa época, prevalecía en las instituciones estatales, la doctrina tutelar proteccionista y en las instituciones de la sociedad civil el trabajo se caracterizaba o se limitaba a tener un corte asistencialista. Había un tratamiento de los niños, niñas y adolescentes como objetos de tutela y asistencia. La persistencia de instituciones asistencialistas presididas por órdenes religiosas y por laicos marcaban el paso en el tratamiento de este sector de la población, con una diferencia entre unas y otras en el sentido de que las órdenes religiosas por su misma naturaleza se convertían en beneficiarios de ayuda, donativos y asistencia nacional e internacional, no así las dirigidas por laicos cuya ayuda era limitada y dependía más de aportes individuales de empresas nacionales. El organismo no gubernamental (ONG) más importante en esa época era la *Asociación Nacional*

¹³⁴Marcela Zeledón, “El camino para convertirme en niño: Modelo Tutelar o de la Situación Irregular”, *Revista Jurídica Digital enfoque Jurídico* (2015): 16-22. <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/1466>

¹³⁵Javier Pérez de Cuellar, *Enseñanza sobre Derechos Humanos* (Argentina: Astrea, 1991), 30.

*Pro Infancia*¹³⁶ y algunas sociedades benéficas como la Asociación de Señoras de Abogados, Señoras de Oficiales Militares y los Patronatos de Centros de Salud.

Fue hasta en las Constituciones de 1939 y 1945 que se incluía algunas vagas disposiciones en esta materia, pero es hasta la Constitución de 1950 que se reconocen por primera vez los derechos de los niños de forma expresa. Aunado a ellos se crean otras leyes tendientes a dar vigencia y protección a tales derechos entre ellas: La Ley de Adopción (1955).

En 1974 se produce un proceso de reforma judicial que afecta a todo el sistema de justicia penal, creándose en el ámbito de la tutela de los niños, niñas y adolescentes el Código de Menores, cuerpo legal que adopta la doctrina tutelar de la situación irregular siendo destinatarios de dicho cuerpo normativo los niños y niñas en circunstancias especialmente difíciles y los que se encuentran en conflicto con la ley penal. Algunas de las instituciones antes mencionadas tuvieron un papel protagónico en la creación y aprobación del *Código de Menores*¹³⁷, cuya vigencia inicia en el mes de julio de 1974, fecha en que también

¹³⁶Por oficio No. 608 con fecha 12 de julio del mismo año 1955 la Asociación nombrada formulo por medio de su Secretario Dr. Roberto Celis, la siguiente nota: El proyecto en mención constaba de un preámbulo de cinco considerando. Veintisiete artículos divididos en dos secciones; la primera compuesta por tres capítulos y la segunda de uno solo; aun cuando del estudio de las diligencias respectivas y en especial del dictamen de la comisión legislativa correspondiente, se colige que de este proyecto nada se tomó para la elaboración de la ley, únicamente citare los considerandos del preámbulo por cuanto en ellos se exponen con palabra clara y abundante, los motivos que indujeren al legislador salvadoreño a regular las múltiples situaciones familiares derecho que protege la ley de adopción. Véase. Rafael José Antonio Velásquez Mejía, "Algunas consideraciones a la Ley de Adopción" (Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 1986) ,130- 132.

¹³⁷Código de Menores (1974), así como la creación del Departamento Tutelar de Menores (1967); pero es de medular importancia analizar que en el fondo, estas leyes secundarias tenían un carácter severo y coactivo, que posibilita que por parte del aparato estatal y el órgano judicial se lesionaran algunos de los principales derechos fundamentales. Véase. Glenda Larissa Carías Alvarenga, "La violación de los derechos humanos en el trabajo de los niños y niñas en el sector informal de la economía" (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2006), 130- 132.

queda derogada la *Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores*¹³⁸, aprobada en 1966, en esa época como ya se dijo se dieron muchos movimientos de ONG, convirtiéndose en promotores de la creación del Código de Menores.

A partir de la vigencia del Código de menores tenía que nacer en el gobierno una institución con el perfil de convertirse en el ente rector de la protección de la niñez y adolescencia, surge entonces el Consejo Salvadoreño de Menores¹³⁹, institución colegiada, con carácter semiautónomo en la que estaban representados diferentes ministerios, entre ellos salud y educación, ya que técnica y presupuestariamente dependía del Ministerio de Justicia. A cargo del Consejo está la tutela y protección de la niñez y la adolescencia en situación de riesgo o peligro. Además, surge la Dirección General de Protección de Menores¹⁴⁰, dependencia del Ministerio de Justicia que atendía a los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal.

La presencia de ONG, en ese período era muy poca, y las que operaban no tenían la visión, el abordaje ni la metodología de las organizaciones que existen hoy en día, pero sí estaban convencidas de que debían cambiar el estilo de trabajo, y erradicar la visión de que la infancia era un mal necesario que debía atenderse y que eran objeto de asistencia. Después de la guerra

¹³⁸Diario Oficial No. 336 Tomo.- 212 En El Salvador, en cumplimiento al principio de la Constitución Política de 1950 y que continuó siendo el mismo en la de 1962, textualmente decía: "La delincuencia de los menores se sujetará a un régimen jurídico especial". Para ello se decretó la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores el 14 de julio de 1966. El fin primordial fue sustraer a los menores de la acción de la justicia penal destinada a los mayores, sometiéndolos a tribunales especiales y aplicándoles medidas para protegerlos, educarlos y adaptarlos a la vida social.

¹³⁹El Consejo desarrolló varios proyectos y programas, que a juicio de algunos especialistas que laboraron en dicha institución, fueron muy innovadores, probablemente sostienen que era por la mística de trabajo que había desarrollado ya 24 que la asignación presupuestaria era mínima; dentro de esos programas se mencionan las clínicas de conducta para atender a la población infantil externa, el programa de hogares sustitutos, en los que el Consejo remuneraba a ciertas familias para que tuvieran a su cargo varios niños y niñas y una escuela de capacitación permanente, destinada específicamente para el personal que laboraba en el Consejo.

¹⁴⁰Véase. Folleto de la Biblioteca del Instituto Integral de Desarrollo de la Niñez y Adolescencia (ISNA), Consultada el 25 de Octubre del 2016. En 1980 fue creada la Dirección General de Protección de Menores (DGPM), cuyo objetivo es prevenir, reeducar e incorporar a los menores a la sociedad.

civil surgieron con proyectos de asistencia directa a la población infantil víctima del conflicto armado en las áreas de alimentación, vestuario y albergues temporales en los que se atendían a niños y niñas huérfanas; la visión de la niñez que aún prevalecía en ese período era de niños y niñas objeto de asistencia.

A la niñez y adolescencia no se le veía como un ser propio independiente, con capacidades y derechos muy personales y únicos, sino, como un ser totalmente dependiente del adulto, incapaz de resolver por sí solo su vida y en muchas ocasiones sobre todo en *“las clases bajas se le ha considerado como un ente productivo más que incrementa el beneficio familiar, así pues ya a partir de los seis años promedio se le ve como un adulto en pequeño”*¹⁴¹ Tal visión de la niñez y adolescencia, ha posibilitado que en nuestra sociedad, hasta los años 50's del siglo pasado, a la niña, niño y adolescente no se le haya tomado en cuenta en forma personalísima con sus derechos propios, sino que éstos han debido ser tutelados y manejados según la idiosincrasia del adulto. *“Nuestra sociedad ha visto al niño no desde una perspectiva subjetiva y humanista, sino desde un parámetro económico-objetivista”*¹⁴², lo cual ha posibilitado que se ignoren sus derechos como ser humano que es.

A partir de la Constitución de 1983 y específicamente a partir de los años 90's, con la aprobación de la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (1993), el Código de Familia (1993), la Ley del Menor Infractor y la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor, se trata de desplazar la antigua visión sobre el derecho de los niños, por una de corte

¹⁴¹Walter Alarcón, *Pobreza y trabajo infantil en Lima Metropolitana* (Lima: RaddaBarner, 1986), 10-11.

¹⁴²Mario Espinoza Vergara, *Conceptualización Básica sobre el trabajo Infantil. Seminario Taller sobre menores trabajadores* (San Salvador: Cuscatleca, 1991), 25.

proteccionista de tipo moderno científico y social. Pero es de resaltar que el más reciente hecho, el cual es muy relevante y de gran importancia para el país en materia de derechos humanos, especialmente en el área de la niñez y adolescencia, es la ratificación que el Estado Salvadoreño hizo el veintisiete de abril de 1990 con la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de Organización de la Naciones Unidas, con lo cual se convierte ésta en ley nacional, garantizando grandemente la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

2. La Doctrina de la Protección Integral

A lo largo de la historia se ha tratado de desarrollar en forma adecuada el concepto de niña, niño y adolescente; como ya se explicó anteriormente en la “Doctrina” de la Situación Irregular, se estigmatizó al niño y a la niña, por ser pobre o desamparado social y el concepto de *menor* adquiere relevancia jurídica y peor aún se originaba un “*derecho de menores*”.¹⁴³ Los menores como eran conocidos en el Modelo Irregular, que cometían una infracción judicial, eran sancionados al igual que una persona adulta, con penas privativas de libertad, por razón de que la niña, niño y adolescente, no eran considerados sujeto de derechos.

Existían esfuerzos por cambiar la realidad que mostraba el modelo tutelar, el 26 de diciembre de 1924, la Sociedad de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. “*Esta Declaración expresó el derecho de los niños a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual, el derecho a una familia, a la asistencia especial en situaciones adversas tales como las enfermedades, orfandad y discapacidad. Ser atendidos con primacía en situaciones de emergencia,*

¹⁴³Zeledón, “el camino para convertirme en niño”, 16 – 22.

*pronunciándose contra la explotación económica y disponiendo la atención a la salud y nutrición como derechos...*¹⁴⁴ el reconocimiento de la niñez fue una intención política a nivel mundial.

Con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se reconoció de forma jurídica y universalmente, los derechos y garantías que poseen cada niña, niño y adolescente, garantizando así el bienestar y seguridad de ellos, de ser criados en el seno de una familia y el derecho de tener un nombre, una nacionalidad y un desarrollo evolutivo de sus facultades, esta Declaración “*sembró las bases de principios y normas a desarrollar para los grupos humanos de protección especial por sus condiciones de vulnerabilidad*”, esta declaración brindó un avance jurídico mínimo en la protección de los derechos de la niña, niño y adolescente.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), del 20 de noviembre de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas cambia de una forma significativa la forma en que se había visto y tratado a la niña, niño y adolescente, en razón que transforma el enfoque que se les estigmatizaba, la CDN establece que las niñas, niños y adolescentes, son sujetos plenos de derechos y justicia.

La CDN, es el tratado internacional que mayor aceptación ha tenido universalmente de los Derechos del Niño, ésta constituyó el cambio de la Doctrina del Sistema Irregular a la Doctrina de Protección Integral, la cual reconoce derechos y obligaciones de toda niña, niño y adolescente, considerándolos así responsables cuando infrinjan la Ley Penal Juvenil, cuando un niño, niña y adolescente, cometa un hecho delictivo se le aplicarán las sanciones basadas en “*principios educativos y se reducen las*

¹⁴⁴Ibíd.

*penas privativas de libertad por ello se sostiene que dicho tratado en mención, consagró normativamente la Doctrina de Protección Integral.”*¹⁴⁵

La CDN consagra los *“principios generales y particulares de protección integral de la niñez, se reconocen los derechos a la supervivencia, desarrollo, participación y protección”*,¹⁴⁶ es decir, que se les reconocen estos derechos humanos y fundamentales a las niñas, niños y adolescentes.

Con la CDN desaparece el Modelo Tutelar o Doctrina de Situación Irregular, y da pie a la Doctrina de Protección Integral, en donde el Estado, atiende de forma prioritaria los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a través de *“acciones de políticas de Estado, planes y programas.”*¹⁴⁷ A diferencia de la Situación Irregular en donde se establecía que la atención era para el niño con problemas o que se encontrara en abandono, esta forma se veía como una protección final o terciaria; mientras que la protección integral permite la satisfacción de los derechos y garantías de la niña, niño y adolescente de forma prioritaria.

La Doctrina de la Protección Integral se define como *“El conjunto de acciones, políticas, planes y programas, que con prioridad absoluta, se dictan y ejecutan desde el Estado, con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes, gocen de manera efectiva y sin discriminación, de los Derechos Humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus*

¹⁴⁵Ana Solado Osuma, *Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño: en anuario de justicia de menores N 11,2002* (Sevilla: Astigi, 2002), 18.

¹⁴⁶Zeledón, “el camino para convertirme en niño”, 23 – 26.

¹⁴⁷Ibíd.

derechos.”¹⁴⁸ *La anterior definición permite realizar una aclaración entre las políticas universales y las políticas especiales.*

Las políticas universales, se encuentran predestinadas a generar condiciones satisfactorias de la niñez y adolescencia en el área cultural, social, económica y de otra índole, “*siempre con un enfoque a la satisfacción de los derechos individuales y colectivos o difusos de la niña, niño y adolescente.*”¹⁴⁹ Las políticas especiales, tienen como fin proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes, frente a posibles vulneraciones.

La Doctrina de Protección Integral, entre los derechos que reconoce se encuentran cuatro grupos, los derechos de supervivencia, protección, participación, y por último se encuentra el derecho al desarrollo personal y social, estos derechos forman un conjunto que convoca a la prioridad absoluta para la niñez y adolescencia, “*para que se formulen y ejecuten políticas de Estado destinadas a las niñas, niños y adolescentes en materia de derechos y garantías.*”¹⁵⁰ De tal manera la Doctrina de Protección Integral reconoce la condición de sujeto de derecho que tiene cada niña, niño y adolescente; con esta nueva doctrina desaparece la Doctrina de la Situación Irregular en donde se consideraba al niño como sujeto pasivo en materia de protección de sus derechos.

¹⁴⁸Ibíd. 40. El concepto de Protección Integral, toma en consideración a sujetos protegidos y derechos reconocidos, en una noción que ocupa tanto la protección universal de derechos como también la protección especial. El concepto de integridad está relacionado como esencial en la formación de toda norma de protección de los derechos de las niñas niños y adolescentes ya que su objeto primordial es garantizar los derechos y garantías de la niñez y adolescencia sin ninguna discriminación.

¹⁴⁹Yuri Emilio Buaiz Valera, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia libro primero comentado* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2012), 62. La protección a los derechos individuales y difusos o colectivos no deben de reducirse meramente a lo jurídico si no que de una forma primordial la protección social que se refiere a la concepción e implementación de políticas públicas destinadas a garantizar derechos básicos de niñas, niños y adolescentes.

¹⁵⁰Ibíd. 65. El derecho de protección se refiere a la protección ante situaciones que vulneren los derechos y garantías de la niña, niño y adolescente, por tal razón se encuentren en desventaja ya sea por abuso, maltrato, explotación o por cualquier otra circunstancia

Las medidas de protección constituyen la anteposición a la protección colectiva o difusa de los derechos de la niñez y adolescencia, la protección difusa está dirigida a garantizar de manera plena el disfrute de los derechos de supervivencia, desarrollo y participación de las niñas, niños y adolescentes y esto se llevará a su concretización a través de mecanismos de políticas públicas, y se llevará a cabo mediante la prestación de servicios y bienes para satisfacción de los derechos. “*Las medidas de protección especial,*”¹⁵¹ están dirigidas a proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes, frente a situaciones que los coloquen en desventajas.

La Doctrina De La Protección Integral de la Niña, Niño y Adolescente, tiene tres elementos primordiales: el primer elemento establece que la niña, niño y adolescentes, son sujetos de derechos, es decir, que son titulares de derechos y obligaciones, como todos los demás miembros de la sociedad; en segundo lugar se encuentra el derecho a la protección especial, abarcando así “*todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes;*”¹⁵² y como tercer elemento se encuentra el derecho a condiciones de vida, este se refiere al derecho fundamental que tiene toda persona a la nacionalidad según lo establece la Constitución de la República en el artículo 90. Es decir, que toda niña, niño y adolescente, tiene el derecho constitucional de poder obtener la nacionalidad salvadoreña, mediante nacimiento o adopción por padres salvadoreños.

¹⁵¹Ibíd. 66. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, acuerda medidas de protección que se convierten en formas sociales de impacto para así transformar la situación de desprotección que vive la niñez y adolescencia. En el área jurídica la protección especial no está dirigida al reconocimiento de situaciones o condiciones jurídicas subjetivas del ser humano, sino que al reconocimiento del derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser protegido frente a situaciones que lo pongan en vulneración y pretendan una violación a los derechos y garantías. Vid. Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990).

¹⁵²Ibíd. 30.

La doctrina de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, garantiza la protección del interés superior de ellos y su desarrollo evolutivo, así mismo esta doctrina obliga a la sociedad en su conjunto a velar por el cumplimiento de los derechos y garantías de toda niña, niño y adolescente, el *“Estado asume el compromiso de ser el promotor y garante del cumplimiento de los derechos, mediando para el ejercicio de los mismos e interviniendo activamente para reparar los derechos conculcados.”*¹⁵³ Así mismo la familia tiene la obligación de brindar amor, protección, alimentación y educación entre otros cuidados.

El fundamento de la Doctrina de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se encuentra en los *“principios universales de los derechos humanos la dignidad, la equidad y la justicia social adquiere especificidad en los principios particulares de igualdad y no discriminación, efectividad y prioridad absoluta, interés superior del niño y participación solidaria del Estado,”*¹⁵⁴ la doctrina de protección integral llega a su concretización mediante la realización de programas que se definen y ejecutan desde el Estado, con la cooperación de la familia y la sociedad en conjunto, para garantizar el goce de los derechos humanos a toda niña, niño y adolescente.

En la doctrina de protección integral existen los siguientes cuatro principios básicos, el primero es la efectividad y prioridad absoluta, el segundo se encuentra la igualdad o no discriminación, el tercero es el interés superior de la niña, niño y adolescente, y por último principio se encuentra la participación solidaria o principio de solidaridad. Los principios anteriores tienen como finalidad garantizar el bienestar de la niña, niño y adolescente.

¹⁵³Ibíd. 23.

¹⁵⁴Ibíd.

Para finalizar, a manera de conclusión, es necesario establecer cuáles son los cambios en El Modelo Tutelar o Doctrina de Situación Irregular, siendo que en el modelo tutelar se establecía la acepción de menores, el juez intervenía cuando existían conflictos jurídicos o vulneración a la Ley Penal, no se escuchaba la opinión del niño; en cambio en la doctrina de protección integral, ya no existe el concepto de menor si no que ahora se denomina niña, niño y adolescente, en esta nueva doctrina el *“Estado se convierte en promotor del bienestar del niño, mediante Políticas Públicas y de Protección Especial, mediante este principio de protección el Estado, la familia y la sociedad, actúan bajo la dirección del principio de corresponsabilidad.”*¹⁵⁵

A continuación se exponen de una forma breve los principios establecidos en la Doctrina de la Protección Integral, ya que se explican de una forma amplia más adelante en este capítulo, así mismo aclarando que éstos han sido receptados en la LEPINA, y por lo tanto se hace mención de la respectiva regulación en dicha Ley.

2.1. La efectividad y prioridad absoluta

Son dos principios establecidos en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en la primera parte se encuentra estipulado el principio de efectividad cuando se regula que *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.”*¹⁵⁶ En la segunda parte se regula el principio de Prioridad Absoluta en lo que respecta a los *“derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando*

¹⁵⁵Zeledón, “el camino para convertirme en niño”, 24.

¹⁵⁶Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 4.

*sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional,*¹⁵⁷ el principio de efectividad confiere un carácter imperativo a los lineamientos establecidos en la CDN, para lo cual el Estado, deberá ejecutar programas para el desarrollo de políticas en materia de la niñez y la adolescencia.

Por otra parte, el principio de prioridad absoluta, establece que los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, deben ser atendidos con la mayor prioridad, porque el Estado debe adoptar las medidas necesarias para su efectivo cumplimiento y deberá utilizar todos los recursos a su alcance para la protección integral de la niñez y adolescencia.

2.2. La igualdad o no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación tiene su fundamento legal en la Constitución de la República de El Salvador, en el artículo 3 inciso uno el cual reza que *“todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de sus derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.”*¹⁵⁸ Este principio busca el respeto a los derechos y garantías de todos los habitantes de la república de El Salvador.

De igual manera el principio de igualdad, no discriminación y equidad está regulado en el artículo 11 inciso primero de LEPINA el cual estipula que *“Todas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante la Ley. Por tal motivo, no podrá justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios tales como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional, étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental,*

¹⁵⁷Ibíd.

¹⁵⁸Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

*nacimiento o cualquier otra condición de las niñas, niños, adolescentes o de sus madres, padres, representantes y responsables, que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales.*¹⁵⁹ Ninguna niña, niño y adolescente deberá ser discriminado por ninguna razón debido que goza de los mismo derechos y garantías que las demás personas ya sean nacionales o extranjeros.

La no discriminación es un principio elemental para la construcción de políticas de protección integral de la niñez y adolescencia y se encuentra consignado en el Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *“Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales”.*¹⁶⁰ El mencionado artículo establece la prohibición de desigualdad y discriminación, el cual enfatiza que no debe existir ningún tipo de distinción para negar derechos a las niñas, niños y adolescentes.

2.3. Interés superior de la niña, niño y adolescente

En la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, se reconoció el concepto del interés superior de la niña, niño y adolescente, el cual deberá ser considerado de una forma fundamental, en cuanto a promulgación de leyes y de

¹⁵⁹Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 11, establece que el inciso segundo de la norma jurídica, no se opone al establecimiento de medidas especiales de acción positiva a favor de determinados grupos o colectivos de niñas, niños o adolescentes.

¹⁶⁰Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 2. Por otra parte, y como una perspectiva novedosa en su momento a “finales de los ’80” la Convención establece un componente relevante en materia de derechos humanos al prohibir no sólo la discriminación en razón de las condiciones del niño o la niña sino que además prohíbe la discriminación en razón de alguna condición de los padres o representantes legales.

medidas concernientes y que sean tomadas por las autoridades administrativas, judiciales, e instituciones públicas y privadas de bienestar social, predestinadas a la protección y bienestar de la niña, niño y adolescente.

La Convención sobre los Derechos del Niño, consagra como principio fundamental el Interés Superior del Niño en el artículo 3 el cual establece que *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.¹⁶¹ El Principio de Interés Superior de la niña, niño y adolescente, es un principio jurídico-social, de aplicación e interpretación y ejercicio de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

El interés superior de la niña, niño y adolescente, garantiza los derechos de ellos; además este principio permite imponer límites destinados a asegurar la protección especial, de los mismos debido a su vulnerabilidad. Este principio se explica detalladamente más adelante en el punto tres de este mismo capítulo.

2.4. La participación solidaria o principio de solidaridad

Este principio se encuentra consignado en el artículo 5 de la CDN el mencionado artículo hace referencia que los *“Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos de la presente Convención”*.¹⁶² El referido artículo, señala el rol importante que realiza el

¹⁶¹Ibíd. Artículo 3.

¹⁶²Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 5.

Estado, como ente central, la familia y la sociedad para el cumplimiento del goce efectivo de los Derechos Humanos y Fundamentales, que debe gozar toda niña, niño y adolescente.

3. Principios rectores en la LEPINA

3.1. Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente

3.1.1. Antecedente histórico del principio de interés superior del niño, niña y adolescente

Se entenderá por principio de interés superior del niño, niña, y adolescente todo aquello que favorezca en su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de la personalidad del niño, niña y adolescente. El principio del interés superior del niño, niña y adolescente se regula por primera vez en la Declaración de los Derecho del Niño del año 1959 la cual se establecía como “Principio”¹⁶³ y posteriormente con la Declaración Universal de Derechos Humanos, preocupados por el bienestar del niño, niña y adolescente se regula como instrumento jurídico obligatorio en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el 20 de noviembre del año 1989 en su “artículo 3”.¹⁶⁴ La aprobación, en 1989, de la CDN es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y

¹⁶³El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios dispensado todo ellos por la ley y por otros medios. Para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin la consideración fundamental a que se atenderá será el interés del niño. Véase. Alfonsina Camacho de Chavarría, *Derecho sobre la familia y el Niño* (Costa Rica: EUNED, 2004), 205.

¹⁶⁴En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Vid. Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990).

protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes según diversos estudios, *“disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos”*.¹⁶⁵

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, niñas y adolescentes gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

En este orden de ideas, se describen los derechos que corresponden a los niños, niñas y adolescentes y se enmarca el compromiso del Estado en la garantía del cumplimiento de tales derechos, teniendo en cuenta el interés superior del niño, como un principio general del derecho y un estándar que debe regir las relaciones del niño con el adulto, *“inculcando que la condición del niño como sujeto independiente y autónomo de sus derechos, debe tenerse en cuenta y considerar esta condición al momento de tomar una decisión, tratando de buscar una visión democrática, a cambio de una visión*

¹⁶⁵Miguel Cillero Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, 3ª ed. (Bogotá: Temis, 2004), 86 – 87. En virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños. El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

*autoritaria, en la cual los niños, al igual que los adultos, poseen derechos personales”*¹⁶⁶

El interés superior del niño, niña y adolescente consiste no sólo en darle mayor protección, sino que priorizarlos en el desarrollo a todo nivel; si se visualiza desde la figura de la adopción se debe dar una importancia ya que radica en el hecho de que es una solución viable para el cuidado de aquellos sin familia o en estado de abandono. Así, se ha señalado que *“es la solución ideal para los niños privados de los cuidados de su familia biológica de forma transitoria”, y la institucionalización es reconocida expresamente* como último recurso¹⁶⁷

Sin duda, uno de los artículos más importantes de CDN es el 21, el cual, enfocado en regular la adopción, establece: *“Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: “a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;*

¹⁶⁶Inés M. Weinberg, *Directora Convención Sobre los Derechos del Niño* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2002), 67. La autora sostiene que el articulado de fondo señala una de las partes primordiales de la CDN, que son los principios rectores, pues estos como parámetro de dirección, permean toda la interpretación de los derechos como tales, dando una nueva visión de la infancia, lo que es directamente aplicable a la forma de garantizar cada derecho.

¹⁶⁷Nuria González y Sonia Rodríguez, *El interés superior del menor: contexto normativo* (México: Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2015), 20 – 25.

Asimismo establece en su literal, b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

Seguidamente establece en su literal, e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”¹⁶⁸ La importancia que reviste esta previsión normativa es indiscutible al contemplar todos los cuidados y medidas que se han de tomar para asegurar que la adopción responda íntegramente al interés superior de la niña, niño y adolescente.

Quando se trata de materia de niñez y adolescencia se debe tener presente el principio del Interés Superior de la niña, niño y adolescente. *“Es importante mencionar que en muchas ocasiones surgen conflictos de interés entre adultos y niños, principalmente en estos casos se pone de manifiesto el interés en proteger siempre a la parte más vulnerable, la cual no se encuentra en igualdad de condiciones, y es donde cobra importancia el principio del interés superior del niño.”¹⁶⁹ Las medidas especiales para la*

¹⁶⁸Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 21.

¹⁶⁹Pérez, “Análisis del Principio del Interés Superior del Niño y la Niña”, 25.

protección de la niñez y adolescencia corresponden tanto al Estado como a la familia y la sociedad a la que pertenece.

Se trata de un principio general que ha sido introducido por la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 como ya se anotó supra.

3.1.2. Generalidades del principio de interés superior del niño, niña y adolescente

El concepto de interés superior del niño es *“flexible y adaptable.”*¹⁷⁰ El principio en mención debe tratarse de forma individual debido a la situación del caso concreto de la niña, niño y adolescente quienes están siendo vulnerados en sus derechos en cada caso en concreto, las decisiones tomadas por las autoridades administrativas y judiciales deben tener como fin primordial la protección del interés superior del niño. Con respecto a las *“decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.”*¹⁷¹ En la toma de decisiones se debe tener presente la evaluación y la determinación del caso en concreto de cada niña, niño y adolescente, de tal forma que deben llevarse a cabo respetando los derechos regulados en la CDN Y en sus protocolos facultativos. Se considera como un principio de interpretación y aplicación de la ley el cual es de obligatorio cumplimiento por la familia, la sociedad y el Estado en la toma de decisiones concernientes a los niños y adolescentes, y que a su vez está dirigido a asegurar el desarrollo integral de

¹⁷⁰Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, (artículo 3 párrafo 1) Aprobada por el comité en su 62º, periodo de sesiones (14 de enero al de febrero de 2013)

¹⁷¹Ibíd. 9. El interés superior del niño debe de ser primordial al momento de promulgar disposiciones legislativas y formular políticas en todos los niveles de los poderes públicos, así mismo al momento de aplicar las disposiciones legislativas y políticas públicas. Al momento de proponer un proyecto de ley, propuesta política o asignación presupuestaria en la niñez y adolescencia, se debe realizar un proceso de valoración de los efectos que provocaran tales propuestas en los derechos de los niños a fin de proveer cualquier tipo de vulneración en sus derechos y garantías.

los mismos, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. En el caso de la filiación, en sentido amplio, ese interés superior encuadra dentro de ese mismo criterio ya que la solución que se adopte debe tener una especial consideración del derecho del niño a su identidad.¹⁷²

Los jueces en sus pronunciamientos deben determinar claramente, en cada caso, cual es el concreto interés superior en juego.

El artículo 1 de la Convención de La Haya establece que las adopciones tendrán lugar en consideración al interés superior del niño o la niña, esto es lo más importante que la figura se dé en conveniencia o en provecho del adoptado, prefiriéndose en relación a cualquier otro interés que pueda provenir de la adopción, incluso de los futuros padres adoptivos. No obstante, este principio no debe aplicarse de manera absoluta, como en el caso de que con la adopción se puede estar afectando el interés de los hijos y de los padres que están por adoptar, ya que es evidente que el interés de los descendientes de los adoptantes, deben ser igualmente protegidos como los del adoptado, obligando a que las adopciones que tengan lugar bajo el Convenio de La Haya, procedan solamente después de haber constatado que se ha examinado todas las posibilidades de la colocación del niño en el país de origen, y que dicha adopción internacional responde a ese interés superior.

¹⁷²Raúl Arnaldo Bogarín et al, *El Interés Superior del Niño* (Paraguay: División De Investigación, Legislación Y Publicaciones Centro Internacional De Estudios Judiciales, 2009), 45. Este principio debe traducirse primariamente en reconocer a su favor un estatuto jurídico estable de manera equivalente por los países más relacionados con él, a saber, su país de origen y su país de destino, este principio debe tomarse en cuenta para cualquier resolución que afecte directa o indirectamente al menor, analizando que es lo más conveniente al menor en cada caso concreto pues no existe una norma básica que ayude a resolver caso por caso entorno al interés del menor, es por ello que las autoridades están obligadas a buscar, por todos los medios necesarios, el interés superior del niño. Además, para la aplicación de este principio debe tenerse en cuenta valores para la determinación de los criterios que orienten lo más conveniente al menor, lo cual implica que depende mucho de la cultura del país del que se trate y difícilmente habrá uniformidad en su aplicación, más bien con frecuencia no hay consenso en relación a los valores que deben observarse.

Se entenderá por interés superior de la niña, niño o adolescente, toda situación que favorezca su desarrollo integral, con el objeto de lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad; y en consecuencia los Órganos de Gobierno, las instituciones gubernamentales, no gubernamentales y las autoridades administrativas, deberán en toda medida o actuación concerniente a las niñas, niños o adolescentes, tener como consideración primordial su interés superior.¹⁷³ El Estado buscará las medidas para darle cumplimiento a este principio el cual tiene como base primordial el aseguramiento de los derechos al niño, niña y adolescente.

Es necesario tener en consideración el desarrollo de ciertas características que generan que el principio de interés del niño, niña y adolescente tome importancia y relevancia en el ámbito de la institución de la adopción.

- Es un derecho por encima de otro derecho; si se está en riesgo diversos derechos, significa que debe prevalecer frente a cualquier otro derecho.
- Es un principio generador de otros derechos; cuando se cumple con dicho principio acarrea diversos derechos para los niños, niñas y adolescentes, el más primordial es el derecho a una familia.
- No es simplemente tratar de satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino que tienen que ser garantizados; las leyes tienen que asegurar el goce de sus derechos.
- Para el adoptado consiste en asignarle, un grupo familiar que le acoja y garantice su pleno desarrollo integral. Es de vital importancia para el niño, niña y adolescente ya que eso influye en la formación personal dentro de una sociedad.

¹⁷³Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 3.

- El Estado debe ser el principal garante de vigilar y supervisar que se le brinden en forma plena todos sus derechos, antes durante y después de la adopción. ¹⁷⁴ El Estado debe asegurar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes aun después de realizada la adopción.

3.1.3. Principio de Interés Superior de la niña, niño y adolescente en la legislación secundaria salvadoreña

La LEPINA, y la Ley Especial de Adopciones en adelante LEA, como leyes especiales secundarias, regulan todo lo relacionado con la institución de la adopción en El Salvador, se pone de manifiesto el principio de interés superior de la niñas, niño y adolescente, en la aplicabilidad de las normas jurídicas las cuales tiene como fin el cumplimiento de dicho principio a favor de toda niña niño y adolescente, en cuanto se refiere a la niñez y adolescencia que por una u otra razón son huérfanos y abandonados que merecen especial atención y protección en una familia. Es en base a este principio que el niño tiene prioridad para recibir amor y protección de una familia y adoptar a un niño, niña o adolescente es ofrecerle todo lo necesario para su pleno desarrollo.

En la Ley Especial de Adopciones en el título I de las generalidades, en su artículo 1 expresa: *“La presente ley tiene por objeto, regular la adopción como una institución que garantiza el derecho y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, asegurando su bienestar y desarrollo integral;... Asimismo, regula los procedimientos administrativo y judicial para la adopción de niñas, niños y adolescentes...”*¹⁷⁵ Por lo que se observa que el principio de interés superior

¹⁷⁴Amaya et al., “Factores que Dificultan la Adopción,” 44.

¹⁷⁵Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 1.

de la niñez y adolescencia es la base fundamental en donde se establece una serie de disposiciones que contemplan los derechos y garantías de las que tiene derecho a gozar toda niña, niño y adolescente; la institución de la adopción estará orientada y basada en la efectiva aplicación del principio en mención.

El artículo 9 de la LEA establece que: *“Para garantizar el interés superior de la niña, niño o adolescente y el respeto de sus derechos, en las diligencias de adopción intervendrán la Procuraduría General de la República, la Junta Directiva de la Oficina para Adopciones, el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia –en adelante CONNA–, los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Familia, sin perjuicio de la facultades constitucionales de la Procuradora o Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.”*¹⁷⁶ El artículo en mención regula el principio de interés superior de la niña, niño y adolescente como una garantía especial que se relaciona con la institución de la adopción, y que tiene como antecedente el artículo 21 literal “a” de la Convención de los Derechos del Niño¹⁷⁷

Las instituciones que intervendrán en el tema de la adopción tienen sus funciones específicas así como lo señala la LEA en el caso de la Procuraduría General de la República según el artículo 7 de la LEA expresa que *“la Procuradora o Procurador General de la República es el funcionario facultado para aprobar el procedimiento en la fase administrativa.”*¹⁷⁸ Así también en la Oficina para Adopciones, en adelante OPA, la directora o director es quien tiene la facultad para declarar la aptitud de las personas para adoptar de manera conjunta o en forma individual. La OPA es parte de

¹⁷⁶Ibíd. Artículo 9.

¹⁷⁷Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 21.

¹⁷⁸Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 7.

la PGR, según el artículo 45 de la LEA *“es una oficina especializada con autonomía técnica esta tiene como función principal recibir, tramitar y resolver administrativamente la solicitud de adopción de niñas, niños y adolescentes, así como los procesos y diligencias que sean necesarios para tal fin, garantizando su interés superior.”*

Los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia son competentes para decretar la adopción de todo niño, niña y adolescente que carezca de una familia y los Juzgados de Familia, es competente para decretar la adopción de personas mayores de edad.

La institución de la adopción, tiene como objetivo primordial el interés superior de la niña, niño y adolescente al cual se le busca darle cumplimiento mediante una serie de políticas públicas, programas, implementadas por el Sistema Nacional de Protección y medidas administrativas y judiciales; las primeras dictadas por el CONNA y las judiciales por los jueces especializados en la niñez y adolescencia, esto es mediante las normativa jurídica Salvadoreña y la Normativa Internacional.

El interés superior del niño se encuentra regulado en el artículo 12 de la LEPINA en cual expresa *“En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.*

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

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

Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos siguientes:

a) La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos;

b) La opinión de la niña, niño o adolescente;

c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo;

d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente;

e) El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y,

f) La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.

*La consideración de este principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o particular.*¹⁷⁹

El principio en mención se debe cumplir en su totalidad en relación a su aplicación, interpretación e integración, en la toma de decisiones los procesos

¹⁷⁹Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 7.

administrativos y judiciales así mismo en la implementación y evaluación de las políticas públicas.

El interés superior del niño debe de ser de obligatorio cumplimiento y es así que se garantizan el cumplimiento de los derechos y garantías de la niña, niño y adolescente, en la familia, escuela, sociedad, en los órganos públicos o privados, en el diseño y en la ejecución de las políticas públicas y en la familia. *“El interés superior de las niñas, niños y adolescentes limita la libre discrecionalidad.”*¹⁸⁰ El autor Cillero menciona en la doctrina que la CDN, regula el principio del interés superior del niño desde el punto de vista garantista, siendo así que el autor describe el mencionado principio como, *“una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, e identifica el interés superior como una satisfacción de ellos; es decir el interés tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho).”*¹⁸¹ Refiriéndose así a los titulares de derechos a la niñez y adolescencia.

El principio del interés superior del niño, no debe ser aplicado a discrecionalidad de los adultos basándose para ello en su experiencia, cultura, tradiciones si no en conveniencia directa a la niña, niño y adolescente buscando así el cumplimiento y desarrollo de sus derechos y garantías. Existe prohibición de tomar decisiones que afecten los derechos de la niñez y adolescencia dichas decisiones estarán sometidas, *“so pena de estar violentando el principio en comento.”*¹⁸² De tal manera que siempre se busca como fin primordial la protección y aplicación de los derechos.

¹⁸⁰Buaiz, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, 147.

¹⁸¹Cillero, *El interés superior del niño*, 11. El principio del interés superior del niño, es un principio garantista.

¹⁸²Los mecanismos de defensa técnica se encargan de la representación de la niña, niño y adolescente y de ejercer adecuadamente el derecho de defensa como parte en los procesos judiciales. *Vid.* Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).

En el momento de la toma de decisiones, prevalecen los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos de otros sectores de la población, debido a ello la LEPINA regula en los artículos 50 al 52, la protección a los derechos de la niñez y adolescencia y siendo en un proceso administrativo o jurídico, la LEPINA en su artículo 50 garantiza el derecho a la *“defensa material”*¹⁸³ que tienen las niñas, niños y adolescentes, a defenderse con los medios que establece la ley ya sea ante cualquier persona, entidad u organismos públicos o privados; en relación a este artículo la Constitución de la República de El Salvador en el artículo 12 inciso 2 parte final establece la garantía *“al detenido de la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca.”*¹⁸⁴ Este es un derecho fundamental.

Seguidamente el artículo 51 de la LEPINA garantiza el derecho al acceso a la justicia que tiene la niñez y adolescencia y el artículo 52 del mismo cuerpo legal regula el derecho al debido proceso ya sea en un procedimiento administrativo o judicial, los términos establecidos en la Constitución de la República de El Salvador según el artículo 11 inciso primero regula que *“ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser*

¹⁸³Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 50 establece la defensa material de los derechos del niño, por lo que las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a defenderse con todos los medios que la Ley disponga, ante cualquier persona, entidad u organismo, sea este público o privado. Asimismo, tienen garantizada la protección administrativa y judicial, la cual implica la posibilidad de acudir ante las autoridades competentes, ya sea directamente o por medio de su madre, padre, representantes o responsables, conforme a las disposiciones de esta Ley. Para el ejercicio de este derecho, el Estado debe garantizar la asistencia y la representación jurídica gratuitas a niñas, niños y adolescentes.

¹⁸⁴Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

*enjuiciada dos veces por la misma causa.*¹⁸⁵ La Constitución y la LEPINA establecen un proceso transparente y con las debidas garantías que regula la ley.

La LEPINA establece en el artículo 52 un debido proceso sin la intervención ya sea de la madre o del padre, o de ambos en donde son ellos los que tienen *“la asistencia o defensa material y la asumen de forma directa en sustitución de las niñas, niños y adolescentes, en particular en aquellas situaciones que involucran instituciones familiares como las obligaciones alimentarias o de manutención, regímenes de visitas, e incluso en situaciones de evidentes procesos de protección,”*¹⁸⁶ creyendo así de alguna forma cumplido el debido proceso. Y el *“carácter progresivo del ejercicio de los derechos no impide en nada que los niños, niñas o adolescentes sean parte procesal,”*¹⁸⁷ debido que la LEPINA constituye a toda niña, niño y adolescente como sujetos de derechos en lo sustantivo y en lo adjetivo.

La LEPINA, como ya se anotó, desarrolla el principio del interés superior en el artículo 12, entendiéndose así como un principio de interpretación y aplicación de la ley en beneficio de la niñez y adolescencia, y deberá ser de obligatorio cumplimiento para asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías por estos, por este motivo es que la doctrina establece que el principio en mención es un principio garantista y que además *“limita la potestad discrecional de los decisores administrativos, judiciales o de otra*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ Buaiz, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, 154. Mencionándose para tal efecto el artículo 139 de la Ley Procesal de Familia el cual establece el proceso en relación al pago de alimento de la niña, niño y adolescente siendo representados los derechos de estos por su madre o padre, expresando así en su contenido las reglas a seguir. Vid. Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1933), Artículos 239-241.

¹⁸⁷ *Ibíd.* 155.

*índole.*¹⁸⁸ De tal manera que los funcionarios públicos deberán de velar siempre en beneficio y cumplimiento del interés superior del niño.

El artículo 12 de la LEPINA establece seis reglas del literal “a” al “e” del inciso cuarto para el funcionamiento del interés superior del niño, en casos concretos en defensa de los derechos individuales, colectivos o difusos.

La regla del literal a) del artículo 12 de la LEPINA establece que *“La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos;”*¹⁸⁹ a su vez el literal en mención se relaciona con el artículo 5 de la LEPINA. Y se explicara más ampliamente cuando se aborde el principio rector de sujetos de derechos.

El literal en mención como se explicó anteriormente tiene relación con el artículo 5 de la LEPINA el cual establece que quienes son sujetos de derechos *“todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos. Los derechos, garantías y obligaciones reconocidos en la presente Ley son aplicables a toda persona desde el instante de la concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad, y serán ejercidos directamente por las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de su madre y padre y las limitaciones establecidas en la presente Ley.”*¹⁹⁰ A su vez La Constitución De La República de El salvador en su artículo dos inciso 1 reconoce la exigibilidad de derechos desde el instante de la concepción.

La regla del literal b) del artículo 12 de la LEPINA establece *“la opinión de la niña, niño o adolescente.”*¹⁹¹ El literal en mención se relaciona con el artículo 94

¹⁸⁸Ibíd. 149.

¹⁸⁹Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 12.

¹⁹⁰Ibíd.

¹⁹¹Ibíd.

del mismo cuerpo legal el cual se refiere al derecho que tiene la niñez y adolescencia a opinar y a ser oído, de tal forma el artículo en mención establece en su inciso primero que *“las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a opinar y a ser oídos en cuanto al ejercicio de los principios, garantías y facultades establecidos en la presente Ley. Este derecho podrá ser ejercido ante cualquier entidad, pública o privada y estas deberán dejar constancia en sus resoluciones de las consideraciones y valoraciones relacionadas con la opinión expresada por aquéllos. La opinión de las niñas, niños y adolescentes será recibida con métodos acordes a su edad y será tomada en cuenta en función de su desarrollo evolutivo.”*¹⁹² Todo ello en beneficio del interés del niño.

Seguidamente el inciso segundo del artículo 94 de la LEPINA, establece que *“Cuando el ejercicio personal de ese derecho no resulte conveniente al interés superior de la niña, niño o adolescente, éste se ejercerá por medio de su madre, padre, representante o responsable, siempre que no sean partes interesadas ni tengan intereses contrapuestos a los de las niñas, niños o adolescentes.”*¹⁹³ El presente inciso del referido artículo, tendría aplicación en un caso concreto, por ejemplo cuando la niña, niño y adolescente tendría que brindar su declaración como testigo en público sin los medios idóneos, como son las cámaras Gesell, en ese caso en particular se vería afectado su interés superior, en razón de no proporcionar los medios adecuados para rendir su testimonio.

La LEPINA en el inciso tercero del artículo en mención, *“garantiza a las niñas, niños y adolescentes el ejercicio personal de este derecho, especialmente en los procedimientos administrativos o procesos judiciales que puedan afectar sus derechos e intereses, sin más límites que los*

¹⁹²Ibíd.

¹⁹³Ibíd.

*derivados de su interés superior.”*¹⁹⁴ De igual forma la CDN en su artículo 12 numeral 2 establece el derecho a la opinión, brindando así al niño *“la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”*¹⁹⁵ Garantizando así el debido proceso regulado en el artículo 11 inciso primero de la Constitución de la República de El Salvador.

En el artículo 11 inciso primero de la Constitución de la República de El Salvador se regula el debido proceso en el cual *“ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.”*¹⁹⁶ El artículo en mención es una garantía al derecho del debido proceso, en el cual toda persona en el territorio de El Salvador tiene derecho a la transparencia del mismo.

El literal c) del artículo 12 de la LEPINA establece, *la “condición como persona en las diferentes etapas del desarrollo evolutivo,”*¹⁹⁷ de la niña, niño y adolescente, por lo que cualquier decisión que se vaya a tomar en relación a ellos, se debe tener en consideración que no son adultos sino personas en el desarrollo de sus facultades, el inciso en mención tiene relación con los artículo 10 de la LEPINA el cual regula el principio del ejercicio progresivo de

¹⁹⁴Ibíd.

¹⁹⁵Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 12 numeral 2.

¹⁹⁶Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

¹⁹⁷ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 12.

las facultades de la niñez y adolescencia, principio que se explicara más adelante.

El artículo 5 de la CDN establece que el Estado deberá respetar *“las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”*¹⁹⁸ La CDN establece la obligación y responsabilidad que tienen los padres, de impartirle una dirección y orientación apropiada, a la niña, niño y adolescente para que pueda obtener un desarrollo apropiado de sus facultades, y el artículo 6 de la CDN, establece que el Estado garantizara *“la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño,”*¹⁹⁹ para ello el Estado deberá crear políticas y programas de desarrollo.

La regla del literal d) del artículo 12 de la LEPINA establece *“El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente;”*²⁰⁰ indica que el niño debe tener una adecuada evolución de las facultades, orientada por el cuidado de sus padres o en su caso de quien ejerza su representación legal, tal como lo regula el artículo 10 inciso primero de la LEPINA, en donde establece que *“los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes serán ejercidos por éstos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien*

¹⁹⁸Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 5.

¹⁹⁹Ibíd. Artículo 6.

²⁰⁰Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 12.

*ejerza la representación legal, y de las disposiciones establecidas en la presente Ley.*²⁰¹ De igual forma la CDN en su artículo 5 y 6 establece la obligación a los padres y representantes legales de brindarle una adecuada orientación y dirección al niño para su desarrollo.

La regla del literal e) del artículo 12 de la LEPINA estipula *“El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y,”*²⁰² el numeral en mención, se relaciona al artículo 7 de la LEPINA el cual establece quienes son los sujetos obligados a la protección del interés superior del niño, además según el artículo 5 del mismo cuerpo legal, los padres tienen la responsabilidad de brindar una dirección y orientación adecuada para el desarrollo evolutivo de las facultades de la niña, niño y adolescente quienes son los sujetos de derecho.

*El literal “f” del artículo 12 de la LEPINA “la decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.”*²⁰³ El numeral en mención no se debe confundir con la interpretación y aplicación de los derechos del niño los cuales se encuentran en juego en el caso en concreto, el numeral f), se refiere a las consideraciones en la toma de decisiones judiciales y administrativas mediante las cuales se pretende garantizar los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.

La CDN obliga a los Estados a garantizar el reconocimiento del principio en el cual ambos padres tienen la obligación en la crianza de sus niños, según el artículo 18 párrafo primero de la CDN el cual estipula que *“los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del*

²⁰¹Ibíd.

²⁰²Ibíd.

²⁰³Ibíd.

*principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*²⁰⁴ En razón de ello el Estado tiene la obligación de brindar la asistencia necesaria a los padres, representantes legales, tutores para el desempeño adecuado de sus funciones en protección del interés superior del niño.

La CDN regula el principio del interés superior del niño, en el artículo 3 párrafo 1, establece *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*²⁰⁵ El fin primordial del artículo 3, párrafo 1, de la CDN es velar por que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean respetados en todas las decisiones y medidas concernientes a la niñez y adolescencia. Cualquier situación que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá.

Lo establecido en el artículo 3 del párrafo 1 de la CDN se aplica a toda niña, niño y adolescente de carácter individual y colectivo, por lo que el Estado está obligado a considerar de forma primordial el principio del interés superior del niño en toda decisión que se tome de forma particular. *“El Comité²⁰⁶ señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo*

²⁰⁴El artículo 18 párrafo 2 y 3 de la CDN, establece “establece que el Estado deberá proporcionar salas cunas en las instituciones en donde trabajen los padres del niño y adolescente para ayudarlo así en el cuidado y en la protección. Vid. Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990).

²⁰⁵Ibíd.

²⁰⁶Observación general N° 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, párr. 30.

*y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos.*²⁰⁷ Para las instituciones públicas y privadas de bienestar social así como las autoridades judiciales y administrativas deben tener como fin principal la protección del Interés Superior del Niño, el artículo 18 párrafo 1 de la CDN regula la obligación que tienen los padres de velar por el cuidado y cumplimiento de los derechos de sus hijos.

El artículo 18 párrafo 1 de la CDN establece que *“los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”*²⁰⁸ El mencionado artículo se relaciona con el artículo 7 de la LEPINA el cual establece quienes son los sujetos obligados en la crianza y desarrollo evolutivo, psicológico, profesional, entre otros, de la niña, niño y adolescente, los padres y en su caso los representantes legales, instituciones públicas, organizaciones privadas y la sociedad en general tienen la obligación de colaborar en la crianza de la niñez y adolescencia.

²⁰⁷Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, (artículo 3 párrafo 1) Aprobada por el comité en su 62, periodo de sesiones (14 de enero al de febrero de 2013). Los términos de instituciones públicas o privadas de bienestar social cuya función que realizan las referidas instituciones repercuten en la niñez y adolescencia. Las mencionadas instituciones además de abarcar los derechos económicos, sociales y culturales toma en cuenta los derechos civiles.

²⁰⁸Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 18. Asimismo el artículo 7 de la LEPINA, establece quienes son los sujetos obligados a la crianza del niño, por lo que las madres y padres, en condición de equidad, los representantes o responsables de las niñas, niños y adolescentes, funcionarios, empleados e instituciones públicas, organizaciones privadas y la sociedad en general, están obligados a cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley. Vid. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).

En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, “*es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.*”²⁰⁹ La madre, padre y en su caso los representantes legales tienen la obligación de velar por la crianza y desarrollo de la niña, niño o adolescente, esta obligación será inducida por el principio de interés superior del niño y a su vez, también será garantizada por el Estado y la sociedad.

Centrar el interés del niño en la temática de los derechos humanos y en su calidad de persona no resulta inoperante o reiterativo, por el contrario, conduce a tratar a la figura de la niña, niño y adolescente con una visión radicalmente diferente a la existente “*en épocas pretéritas.*”²¹⁰ Las conclusiones adoptadas por la Comisión N° 2 del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, El Niño como Sujeto de Derecho, se encuentra estimar el interés superior de la niña, niño y adolescente o mejor interés superior de estos como un principio general del derecho, cuyo contenido debe ser materializado en cada caso, por los legisladores nacionales e internacionales, siendo el juez en última instancia quien lo deberá aplicar al caso concreto.

El principio del interés superior del niño ha sido determinante en el enfoque que actualmente rige todo el proceso de adopción, ya que tanto los

²⁰⁹Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos establecidos en el artículo 12 inciso 4 de la LEPINA. Vid. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).

²¹⁰Astrid Carolina Schudeck Díaz et al., “El Interés Superior del Niño” (Tesis de grado, Universidad de Chile, 2002), 5. En efecto, anteriormente se consideraba al niño como un objeto de protección, en la actualidad es considerado como un sujeto de derecho.

especialistas como los organismos que intervienen en él, *“se debe resguardar siempre el bienestar del niño, niña y adolescente por sobre cualquier otra consideración particular que pudieran presentar los adultos interesados en su adopción.”*²¹¹ Este principio se consagra como directriz básica en toda la legislación actual existente sobre materias de familia y se refleja incesantemente en la jurisprudencia emanada de los tribunales de muchos países.

3.1.4. Excepción en la aplicación del interés superior del niño

La excepción a la aplicación del interés superior del niño, solo podrá ser ejecutada en casos específicos que la Ley lo autoriza expresamente, un ejemplo específico es el del artículo 9 numeral 1 de la CDN expresa que *“Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.”*²¹² El artículo en mención se refiere a la separación de la niña, niño y adolescente del seno de su familia de origen debido por ejemplo, al maltrato ya sea físico, psicológico.

La LEPINA expresa en qué momento se realizará una excepción en la aplicación del principio del interés superior del niño, sobre derechos que

²¹¹Manzur, “Adopción de Niños por personas homosexuales,” 19. En consecuencia de la relevancia que el Derecho ha otorgado a la infancia durante las últimas décadas, como expresión de una nueva sensibilidad social y cultural hacia los niños, que surge de una conciencia acerca de la trascendencia de la dedicación a los mismos, que en el quehacer jurídico se ha traducido en una valoración del niño como sujeto activo de derechos que se ha intensificado con el correr del tiempo.

²¹²Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 9. En su parte final, establece que tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

tiene la niñez y adolescencia, en casos concretos en donde se ha vulnerado el interés superior de estos. Siendo ejemplo el artículo 78 de la LEPINA el cual regula el Derecho a conocer a su madre y padre y ser criados por ellos por lo que *“Todas las niñas, niños y adolescentes, sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su madre y a su padre y ser criados por ellos, salvo en este último caso cuando sea contrario a su interés superior.”*²¹³ Debido a la protección del principio del interés superior del niño, se le llega a privar a la niña, niño y adolescente del derecho a conocer y a ser criado por su familia de origen por razón de protegerlos ante el maltrato físico y psicológico de su familia, debiéndole preservar el derecho a la vida e integridad, derechos que su misma familia está violentando.

3.1.5. Interpretación y aplicación del principio del interés superior del niño

La interpretación y aplicación del principio de interés superior del niño se encuentra dirigido a la prevalencia de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, de tal manera que la LEPINA solamente admite una interpretación de prevalencia de derechos y garantías de la niñez y adolescencia en una forma superior. *“Cuando existe conflicto entre los derechos de éstos frente a otros derechos e intereses legítimos, o cuando como la ley ordena se debe aplicar el mayor derecho por mayor tiempo.”*²¹⁴ De forma que en un caso concreto siempre debe prevalecer en primer lugar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

²¹³Asimismo el artículo 79 inciso 1 de la LEPINA se refiere a mantener relaciones personales con su madre y padre, el cual expresa que *“Las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho a mantener con su madre y padre las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad, aun cuando estos estén separados, salvo cuando ello sea contrario a su interés superior. Y con el artículo 80 de la misma ley. Vid. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).*

²¹⁴Buaiz, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, 153.

3.1.6. El Principio del Interés Superior del Niño como una consideración primordial a que se atenderá

En todo tipo de medida de aplicación el interés superior del niño debe considerarse de forma primordial en protección de los derechos de la niñez y adolescencia. *“La expresión “a que se atenderá” impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.”*²¹⁵ De tal forma los Estados se comprometen a proteger el interés superior del niño, al momento en que los Estados son parte en un Convenio o un tratado, por lo que se rigen por lo establecido en los mencionados cuerpos legales, como ejemplo la CDN el Convenio de la Haya.

El interés superior del niño posee la expresión de ser considerado primordial por lo que el interés de la niña, niño y adolescente no puede ser considerado de la misma forma que otros derechos ya que es de mucha importancia procurar el bienestar a la niñez y adolescencia. Y 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.”*²¹⁶ Por lo que el artículo 21 inciso primero de la CDN establece que *“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la*

²¹⁵Observación general N° 14), 10.

²¹⁶Ibíd. En razón de que los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.

*consideración primordial,*²¹⁷ por lo que la institución de la adopción está orientada a la protección de los derechos de los niños, niña y adolescente y el derecho a desarrollarse en el seno de una familia.

3.2. Sujetos de Derechos

El artículo 5 de la LEPINA, en su primer inciso establece que *“Todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos”*²¹⁸ De tal manera se tiene como exigibilidad el cumplimiento de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes desde el momento de la concepción. Tal como lo establece el artículo 1 inciso 2 de la Constitución de la República de El Salvador en cuanto se *“reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.”*²¹⁹ La Constitución reconoce como un derecho fundamental la vida y la integridad de toda persona desde el momento de la concepción.

Por lo que es de suma importancia el ejercicio progresivo de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, para el cumplimiento de tales derechos y garantías por lo que se deben de considerar tres elementos concomitantes, *“el desarrollo evolutivo de las facultades, la dirección y orientación apropiada de padres y madres, y por ultimo las limitaciones expresas en esta misma ley.”*²²⁰ Cada uno de estos elementos es de suma

²¹⁷Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 21. De tal forma que la CDN, considera el interés superior del niño debe ser una consideración primordial, lo cual significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por qué se debe tener en mayor consideración lo que sea mejor para el niño.

²¹⁸Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 5.

²¹⁹Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

²²⁰Gerison Lansdown, *La evolución de las facultades del niño*, (Italia: Savethe Children, 2005), 67.

importancia para garantizar el principio superior de la niña, niño y adolescente.

El elemento llamado desarrollo evolutivo de las facultades de toda niña, niño o adolescente, *“tiene una estrecha relación con los grupos etarios de la “Niñez” y “Adolescencia”, pero también al interior de cada uno de éstos la evolución de las facultades es diversa, así, no serán iguales las facultades de un niño o niña comprendidos en la primera infancia, de cero a 3 años, que el de un niño o niña comprendidos en la edad de 7 a 12 años.”*²²¹ Debido a que el desarrollo físico y psicológico de una niña, niño y adolescente de 7 años tiende a tener un mayor grado de capacidad.

La dirección y orientación que brinden los padres y madres, a la niña, niño y adolescente deber ser adecuada para el ejercicio de los derechos y garantías del mismo, una de las obligaciones que tienen los padres es sobre la crianza y el cuidado, o por uno sólo de los progenitores. En la disposición jurídica del artículo 5 de la LEPINA *“es debido hacer extensiva la obligación que tienen los padres, a los responsables de niños, niñas y adolescentes, de orientarlos y dirigirlos en su desarrollo,”*²²² la razón por lo que la obligación se debió hacer extensiva es porque no siempre éstos se encuentran al cuidado de los padres o madres biológicos.

El artículo 7 de la LEPINA regula de una forma más extensiva quienes son los sujetos obligados a la protección de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes siendo así que dicha norma jurídica establece que son sujetos obligados *“Las madres y padres, en condición de equidad,*

²²¹Buaiz, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, 118. El concepto de facultades en evolución es un punto de equilibrio entre el reconocimiento de toma de decisiones de la niña, niño y adolescente sin que ninguna persona adulta interfiera, y la prerrogativa de ser escuchados y respetados por las personas adultas, además que se les conceda una autonomía cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos.

²²²Ibíd. 119.

*los representantes o responsables de las niñas, niños o adolescentes, funcionarios, empleados e instituciones públicas, organizaciones privadas y la sociedad en general, están obligados a cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley.”*²²³ Siendo de una gran importancia la protección del interés superior de la niña, niño y adolescente.

Siendo de tal forma que el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como ya se mencionó, prescribe que es obligación de los Estados Partes poner de su parte, *“el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”*²²⁴ Todo ello con el fin de garantizar los derechos de la niña, niño y adolescente.

El Estado deberá prestar la asistencia apropiada a los padres y representantes legales, para el desempeño de sus funciones en la crianza y desarrollo de la niña, niño y adolescente, para ello el Estado tiene como fin la *“creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado”*²²⁵ de toda niña, niño y adolescente.

El Estado deberá garantizar la protección del interés superior de la niña, niño y adolescente, mediante creación de medidas apropiadas, para que *“los niños cuyos padres que trabajan tengan derecho a beneficiarse de los*

²²³Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 7.

²²⁴Convención Internacional sobre Derechos del Niño, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 18.

²²⁵Ibíd.

servicios e instalaciones de guarda de niños,”²²⁶ siempre y cuando la niña, niño y adolescente reunieran las condiciones requeridas en el lugar de trabajo de los padres.

La Constitución de la República de El Salvador establece en su artículo 42 que *“las leyes regularan la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores,”*²²⁷ el Estado tiene como obligación crear leyes para garantizar la protección del interés superior de toda niña, niño y adolescente de tal manera las normas jurídicas deberán buscar como fin primordial garantizar el bienestar y desarrollo integral de la niña, niño y adolescente mediante la creación de las referidas instalaciones, aunque la Constitución de la República de El Salvador establece que los patronos deberán crear salas cunas y guarderías para los hijos de los trabajadores en la práctica lamentablemente no se emplea.

En cuanto a las limitaciones que establece la LEPINA refiriéndose al ejercicio directo de los derechos y garantías, y tomando como ejemplo el artículo 100 de la LEPINA, en donde se reconoce el derecho de asociación de forma voluntaria y libre de los niños, niñas y adolescentes pero solo los adolescente que sean mayor de 14 años podrán, *“constituir asociaciones sin fines de lucro e incluso formar parte de sus órganos directivos,”*²²⁸ se puede observar en el presente artículo la existencia de una limitación en cuanto que las niñas y niños, no pueden ser parte de la estructura directiva de ninguna asociación, ellos solo podrán asociarse.

²²⁶Ibíd.

²²⁷Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

²²⁸Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 100.

De tal forma que el artículo 99 inciso primero de la LEPINA refiriéndose a las limitaciones establece que *“las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a reunirse pública o privadamente con fines lícitos y pacíficos, dentro de los límites establecidos por las leyes 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.”*²²⁹ El anterior inciso reconoce el derecho de reunión que posee cada niño, niña y adolescente en el territorio Salvadoreño, seguidamente el inciso segundo determina que *“estará prohibida la entrada de niñas, niños y adolescentes a casa de juego de lenocinio bares u otros similares”*²³⁰ por el motivo que dichos lugares son considerados nocivos para la salud, desarrollo evolutivo, espiritual de la niña, niño y adolescente.

La Constitución de la República de El Salvador regula el derecho de reunión en el artículo 7 inciso primero, que en su primera parte establece que *“los habitantes de El Salvador tienen derecho asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objetivo lícito.”*²³¹ En este inciso se encuentra estipulado el derecho de reunión que poseen todas las personas en el territorio salvadoreño, de una forma similar las niñas, niños y adolescentes tiene el derecho a reunirse en cualquier lugar que sea apropiado para su salud y desarrollo, podrán reunirse en cualquier momento, siempre que sean con objetivos pacíficos y lícitos.

3.3. Principio del rol primario y fundamental de la familia

La familia es y ha sido la base fundamental de la sociedad, ya que es muy antigua como lo es la humanidad misma, *“la familia tiene su origen natural en la conjunción de los sexos y como institución jurídica deriva del matrimonio*

²²⁹Ibíd.

²³⁰Ibíd.

²³¹Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

que es la unión sancionada por la ley"²³² En la antigüedad la religión es decir el culto a los antepasados, formó un factor importante en la integración de la familia.

La familia ha evolucionado a través de la historia, y ha permitido comprender el rol que el individuo ha desempeñado en las distintas etapas de evolución de la familia, es así que a manera de ejemplo se puede decir que la estructura paternalista de la familia pertenece al orden natural. La familia como el núcleo primario anterior y superior al Estado ha permitido observar el desarrollo del individuo social y políticamente en las diferentes etapas históricas de la humanidad, es por ello que a través de la historia se ha podido observar que el ser humano no puede estar solo, necesita asociarse para así poder sobrevivir, *"y de esta asociación de dos seres humanos de un hombre y de una mujer, surge la procreación y la relación entre padres e hijos"*²³³ es así que a esta integración se le conoce como familia.

Al hablar de familia se refiere a aquella institución que tiene como finalidad ser la base de la sociedad en principios y valores. La doctrina expresa que la familia, según Anita Calderón, etimológicamente se dice que el término "Familia" proviene de la voz Latina *"Familia que a la vez deriva de fámulos que a su vez procede del asco famel"*²³⁴ *"la familia es la agrupación humana histórica y jurídicamente de más profundo arraigo"*²³⁵ en nuestra civilización, el concepto de familia ha sido conceptualizado en distintos sentidos y por muchas disciplinas las cuales han implementado diversos alcances, para la

²³²Eduardo Rodríguez Piñeres, *Curso Elemental de derecho civil colombiano* (Bogotá: Librería Americana, 1919), 9.

²³³Calderón de Buitrago et al, *Manual de derecho de familia*, 43.

²³⁴Ibíd. 7. Hogar o habitación, significa el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa.

²³⁵Ibíd. 43. Se entiende por familia "odumus" la unión de personas colocadas bajo la autoridad o la "manus" de un jefe único, los descendientes se encuentran sometidos a la autoridad del padre, y la esposa se encuentra en una condición similar a la de una hija "loco filiae".

ciencia del derecho es de suma importancia el concepto jurídico de familia pero primeramente se debe conceptualizar el aspecto “*biológico y social*” ²³⁶ por la razón que inciden de una forma directa en el campo jurídico.

Los autores destacan la importancia de la familia en el ámbito social explicando la importancia de esta en la sociedad, “la familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria y como un hecho social que la muestra como un organismo anterior y superior al estado” ²³⁷ por el hecho que la familia ha existido mucho antes de la formación del estado.

La familia es y ha sido una institución social, en un significado de concepción moderna se puede llegar a definir como relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión sexual y la procreación de los hijos e hijas. Los autores Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni, manifiestan que “*desde una perspectiva sociológica la familia es una institución social, las relaciones determinadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco constituyen un sistema integrado en la estructura social*” ²³⁸ establecida en la sociedad de cada país. Para los autores es difícil establecer un concepto jurídico de familia, pero con la intervención del Estado en los vínculos y relaciones familiares ha conducido a que se establezca el

²³⁶Ibíd. 2. Para explicar el concepto biológico de familia se cita a Sara Montero Duhalt, *Derecho de Familia* (México: Porrúa, 1934), 2. Se conoce como el grupo humano primario natural e irreductible, que se forma por la unión sexual de un hombre y una mujer lo cual trae como resultado la procreación de los hijos. El concepto biológico social de la familia no basta la unión sexual de la pareja para constituir una familia; es decir que las uniones pasajeras o aisladas no configuran una familia, a menos que de estas relaciones se procreen hijos y esto de lugar a las relaciones entre padres e hijos. Para que la unión de la pareja de origen a la relación familia es necesario la permanencia prolongada y la cohabitación, pues aun que no existan hijos un hombre y una mujer que cohabitan de forma permanente dan lugar a la formación de una familia.

²³⁷María Josefa Méndez Costas et al, *Derecho de Familia* (Santa Fe: Rubinzal-Culzini, 1990), 15.

²³⁸Bossert y Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, 9. El contenido de familia no se agota con el concepto biológico y social, es de notorio conocimiento que la familia necesita el reconocimiento del Estado a través del vínculo del matrimonio que une entre sí a los conyugues, a los hijos con sus padres y las obligaciones que tiene estos con sus hijos.

concepto jurídico de familia ya sea a nivel doctrinario como legislativo. Siendo así que para el autor Enrique Díaz *“la familia es una institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual de la filiación”*²³⁹ reconociendo a la familia como institución social, ante la sociedad y el Estado.

Para la autora Sara Montero, el concepto de derecho de familia es autónomo porque cumple requisitos tanto del derecho privado y público por lo que define a la familia como *“el conjunto de norma jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público”*²⁴⁰

La familia es la institución que tiene como único fin de asegurar la existencia y el desarrollo de las personas vinculadas por el matrimonio y la filiación; el autor Bellucio manifiesta las diversas significaciones que se le pueden asignar a la palabra familia entre ellas se encuentra, una amplia, una restringida y una intermedia. La familia en sentido amplio, es considerada como *“el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar, mientras que en el sentido restringido, la familia solo comprende el núcleo paterno filial, es decir la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que se encuentran bajo la potestad de los padres. Y por último la familia en sentido intermedio en el cual la familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la*

²³⁹Enrique Díaz del Guíjarro, *Tratado de Derecho de Familia*, (Buenos Aires: Astrea, 1971), 24.

²⁴⁰Montero, *Derecho de Familia*, 24. La familia es el conjunto de personas entre las que existen vínculos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión sexual y la procreación.

*autoridad del señor de ella*²⁴¹ La familia en la actualidad es el grupo social permanente constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.

En nuestro país la regulación de la familia, parte de nuestra Constitución, en donde tomando en consideración la importancia social y jurídica de la familia establece que es la base fundamental de la sociedad y que por ende tendrá la protección del Estado para lograr su integración, así como su bienestar y desarrollo integral, social y económico. La constitución ordena que el Estado debe buscar la integración familiar, mediante la solidaridad, el respeto mutuo a la persona humana y no perdiendo la dignidad de cada uno de los miembros de la familia, es obligación del Estado proteger a cada uno de los miembros de la familia garantizándoles el goce de sus derechos tales como *“el goce la libertad, a la salud, a la educación, el bienestar económico y la justicia social”*²⁴² tal como lo expresa la Constitución en su artículo uno.

La Constitución de 1983, dedica un apartado especial a la familia, en su título II, Derechos y Garantías de la Persona, Capítulo II, Derechos Sociales, Sección Primera, Familia, reconociendo en su Art. 32 al 36. El artículo 32 el cual literalmente dice: “La Familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste, no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia.

²⁴¹ Augusto C. Belluscio, *Derecho de Familia*, (Buenos Aires: De Palma, 1979), 3-5.

²⁴² Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

La Constitución de 1983 establece en favor de la familia el principio de igualdad, el cual es uno de los principios importantes del Derecho de Familia, reconociendo así mismo los postulados de los tratados y convenciones internacionales sobre materia de familia.

Legalmente la familia se define según el art. 2 del Código de Familia, como *“el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco”*. Dicha definición es ya obsoleta, puesto que la realidad de país está mostrando diferentes formas de constituir familia. La familia es el principal núcleo de interacción social, la principal fuente de influencia que tienen las niñas, niños y adolescentes desde que nacen y como menciona Plata (2003), *“es por excelencia el principio de continuidad social, que conserva, transmite y asegura la estabilidad social de ideas y de la civilización.”*²⁴³ Es la primera unidad social donde pueden satisfacerse inicialmente las necesidades y requerimientos para el adecuado nacimiento, crecimiento y desarrollo de los individuos.

En la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador, LEPINA en su capítulo cuarto indica los principios rectores que protegen a todos las niñas, niños y adolescentes. En el artículo 9 se encuentra el Principio del rol primario y fundamental de la familia *“La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado. Se reconoce el rol fundamental de la familia como medio natural para garantizar la protección integral de las niñas, niños y adolescentes; y su papel primario y preponderante en la educación y formación de los mismos. Los padres tendrán derecho preferente a escoger la educación de sus hijos. Las autoridades administrativas y judiciales, tomarán en cuenta este principio,*

²⁴³A, Plata, “La percepción del adolescente con conducta antisocial acerca de su ambiente familiar” (Tesis de grado, Centro Cultural Universitario Justo Sierra, A.C. de México, 2003), 130-131.

para lo cual escucharán el parecer de la madre, padre o representante legal, cuando sea procedente. La facultad de ejercicio de los derechos establecidos a favor de las niñas, niños y adolescentes será dirigida y orientada por quienes ejerzan legítimamente la autoridad parental o representación legal. En caso de duda, la decisión final corresponderá a quien ejerza la autoridad parental de la niña, niño o adolescente; a menos que, quien deba tomar la decisión sea el presunto infractor de los derechos de la niña, el niño o adolescente, en cuyo caso la decisión corresponderá a la autoridad competente. Ninguno de los principios o derechos establecidos en esta Ley se entenderá que limita o menoscaba en manera alguna la autoridad parental de quien legítimamente la ejerce respecto de las niñas, niños y adolescentes sujetos a la misma”²⁴⁴.

La familia es la base fundamental de la sociedad, es la génesis en donde el niño aprende la noción de ser humano, de ser persona, en donde se inicia la educación, donde aprende los hábitos esenciales que vamos a cumplir el resto de la vida, como por ejemplo el control de esfínteres, limpieza, alimentarse etc, también aprenden nociones básicas acerca de los patrones de afectividad del ser humano, el concepto de madre y padre; sexo, mujer y hombre y todo eso en un momento crucial de su crecimiento y desarrollo. La familia, para Robles (2004), es una institución social en la cual a través de las interacciones, se facilita el desarrollo de habilidades, valores, actitudes y comportamientos que, en un ámbito de cariño, apoyo, reconocimiento y compromiso permite la integración de los individuos a la sociedad.

El Estado de El Salvador tiene la obligación de proteger a la familia a través de leyes adecuadas y de la creación de los organismos y servicios necesarios. Todo niño, niña y adolescente deben ser protegidos de una

²⁴⁴Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 9.

forma integral por el Estado mediante la creación de leyes, dicha protección se establece en la “*Convención sobre los Derechos del Niño, la cual implica protección social y jurídica del menor ya que su interés superior será la consideración social y jurídica del menor*”²⁴⁵ la protección del interés superior del niño es considerado primordial, por esa razón todo niño es protegido desde su concepción, la Constitución de la República en su artículo uno inciso dos protege a toda niña, niño y adolescente. Todo niño tiene el derecho de ser protegidos dentro del seno familiar, para lo que la ley especifica cuáles son los requisitos para así poder ser adoptados, y de esta forma todo niño, niña y adolescente esté bajo el cuidado de una familia.

La familia es el único medio natural para garantizar una protección integral de las niñas, niños y adolescentes, es decir que hasta no agotarse todos los medios para que la niña, niño y adolescente permanezca en su familia de origen, no debe proveerse de otro medio de protección. Existen medios supletorios como lo son el acogimiento de emergencia, acogimiento familiar, colocación familiar, acogimiento institucional. Estos medios de protección supletorios declaran el carácter temporal y/o excepcional, cuya finalidad será siempre la de proteger a las niñas, niños y adolescentes.

La adopción, que no es un programa en sí mismo, sino un derecho a obtener una familia, sólo en aquellos casos en que es imposible, por carencia absoluta de la familia de origen o extendida, o por ser contrario al interés

²⁴⁵Calderón de Buitrago et al, *Manual de derecho de familia*, 61. Mediante este principio los niños, merecen la protección jurídica del Derecho. Es por esa razón que la ley establece los medios para obtener el cuidado personal de todo niño, y niña y adolescente y de esa forma obtener la custodia y la mantención de sus patrimonios si llegasen a tener el niño. Principio de la unidad de la familia, este principio se desarrolla en torno a lograr la integración familiar. La Constitución de la República de El Salvador en sus artículos 34 y 35, estos artículos constitucionalizan los derechos fundamentales de los menores y a la vez la obligación del estado de hacer los efectivos, ordenando así que la ley secundaria establezca los deberes del estado con ellos, y la creación de instituciones que velen por la protección de la infancia.

superior del niño, niña o adolescente, procede la separación absoluta de éstos, pero nótese que siempre en función del derecho a una familia.

El papel primario y preponderante de la familia en la educación y formación de las niñas, niños y adolescentes: La educación es el proceso social más generalizado entre los grupos humanos. Según Otero F Ontiveros la educación “es una forma concreta del bien común, o educación es aprender a ser persona y a ser familia”²⁴⁶. Educación es el proceso exclusivamente humano, intencional, intercomunicativo, es decir que la persona crece y el mejor ámbito por excelencia para este proceso es la familia; los padres son los primeros educadores y se apoyan en su vocación de servicio y su amor para transmitir enseñanzas para la mejora de sus hijos.

Cuando se expresa que el principio encierra este papel importante de la educación para la familia habla sobre la responsabilidad primordial de formar integralmente a las niñas, niños y adolescentes, a tener una cultura de derechos y deberes.

El principio del rol primario y fundamental de la familia será tomado en cuenta por las autoridades tanto administrativas como judiciales, escucharán de igual forma a la madre, el padre o al representante legal cuando sea oportuno. Se debe tener mucho cuidado con el alcance que se le deba dar a las opiniones de los padres o representantes legales de las niñas, niños y adolescentes ya que en la aplicación de este se desconoce la opinión de los niños en los procesos judiciales o administrativos. Es importante mencionar que esa satisfacción de necesidades y esa gran influencia que ejerce la familia en la vida de las niñas, niños y adolescentes marca el destino de lo que será la forma de vida de estos adolescentes. Es necesario conocer y

²⁴⁶Leticia Mireya Carrillo Picazzo, “La Familia, La autoestima y El Fracaso Escolar del Adolescente” (Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2009) 41

analizar las funciones, principalmente psicosociales, que debe cumplir la familia a lo largo del desarrollo del niño, las cuales tienen una base común, pero son específicas para cada familia. El eje que guía a cada familia se basa en la complementariedad y en el bienestar de cada miembro, para lo cual el núcleo familiar habrá adoptado formas de interacción específicas y roles concretos.

Entre los cambios importantes que la familia moderna tiene se pueden mencionar que han cambiado las funciones de la familia, es decir, que ahora la madre no solo se encarga del hogar sino también ahora ella trabaja para ayudar en casa, como se expresaba anteriormente la composición de la familia ha variado, y los ciclos de vida y el rol de los padres ha tenido variaciones muy importantes.

La familia moderna está relacionada a la democracia, de igual manera en un ambiente familiar en el que la democracia sea la que prevalezca no permitirá que ciertos miembros del grupo tengan preponderancia sobre los otros tanto en los aspectos económicos como en los de desarrollo personal.

“En este sentido una familia moderna sería la que permite a los miembros expresarse de acuerdo a sus propias características individuales y mantiene relaciones más equitativas, tanto entre padres como entre hijos”²⁴⁷ En este sentido, el reconocimiento de la figura masculina como la única representante de la autoridad, no es una característica de cómo se concibe una familia moderna, no obstante esa condición o puede alterarse según los cambios sociales que se den en el territorio ya sea por influencia de instituciones o por la necesidad de las mujeres de asumir nuevos roles.

²⁴⁷Hernán Henao Delgado, *Cada vez tenemos menos familia: en el tiempo*, (9 de octubre de 1995); Citado por: Consuelo Hoyos Botero, *Psicosociología de la familia e instituciones prematrimoniales*, (Medellín: Señal Editora, 1996), 59.

Estamos frente a una época de grandes mutaciones familiares que requieren categorizaciones conceptuales expresadas con nuevos términos ausentes en el léxico y es por ello que se encuentra las familias ensambladas; la falta de un nombre propio que las denomine dificulta la construcción de su identidad nacida de sus características específicas.

La designación promueve la visibilidad de estas familias en los distintos ámbitos de la vida cotidiana, institucional y científica, permitiendo centrar la atención sobre los problemas que les son propios. Hoy en día para aludir a tales configuraciones acudimos a distintas expresiones que intentan definir las, como “nuevas familias después del divorcio” o “segundas familias”, designación propia del ámbito jurídico, remedo de las llamadas “segundas nupcias”²⁴⁸

En el área psico-social, estas familias han recibido distintas designaciones como “familia reconstruida”, “familia transformada”, “familia recompuesta”, familia “mezclada” o “combinada”. La diversidad de nombres evidencia la dificultad en dar a estas familias una entidad propia en la sociedad como en el ámbito institucional. De las diversas denominaciones posibles para distinguirlas, se ha elegido la de “familia ensamblada”²⁴⁹ que ya goza de una cierta consolidación en el campo jurídico²⁵⁰ y en otros ámbitos, porque nos ha parecido que simboliza con mayor precisión los intercambios y articulaciones que existen entre la unidad que se crea y los sistemas familiares precedentes.

²⁴⁸Carmen Valdivia Sánchez, *La familia: concepto, cambios y nuevos modelos* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2005), 188.

²⁴⁹María Silvia Dameno, *Familias Ensambladas* (Buenos Aires: Escuela de Post- Grado A.G.B.A. 2004), 450.

²⁵⁰Dra. María Josefa Méndez Costa: Alimentos y familia ensamblada, Rev.”L.L.”, 1996-D. Vid. Dora Teresa Davison, *Familias reconstituidas, reconstruidas, ensambladas*. (Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2010), 123-125.

“La familia ensamblada es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa”²⁵¹. Es decir, incluye en la conceptualización de familia ensamblada tanto al núcleo integrado por el progenitor a cargo de sus hijos de una unión anterior que vuelve a casarse, como al conformado por el padre que no convive con sus hijos.

Cómo funciona la familia ensamblada, pues esta opera como un sistema mediante pautas transaccionales que determinan los modos en que se relacionan los integrantes entre si y el medio social. El núcleo se transforma de acuerdo con las diferentes etapas del ciclo vital y provee a sus integrantes, en cada uno de los estadios, la protección psico-social necesaria mediante un doble proceso. Por una parte, ofrece continuidad y sentido de pertenencia a sus componentes. Por la otra, posibilita su crecimiento a través de la expresión de la singularidad e identidad de cada uno de ellos.²⁵²

Dentro de un proceso dialectico de unidad y diferenciación, los esfuerzos individuales confluyen para asegurar la solidaridad del núcleo, al mismo tiempo que se garantiza el respeto por las diferencias. Esta articulación entre la unidad familiar y el desarrollo personal ofrece mayores obstáculos en la familia ensamblada. La conformación del “nosotros” resulta más dificultosa porque los integrantes de la pareja vienen con un nutrido bagaje proveniente no solo de su familia de origen, sino también de los vínculos maritales precedentes; experiencias vitales, creencias, tradiciones, rituales, convicciones religiosas o modelos educativos. Los niños, a su vez, han

²⁵¹Cecilia P. Grosman, *Familias ensambladas: Nuevas uniones después del divorcio; ley y creencias; problemas y soluciones legales* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2000), 222.

²⁵²Silvia Mesterman et al., *Alerta familias ensambladas*, (Buenos Aires: Astrea, 2000), 39-40.

experimentado distintos patrones de conducta y criterios disciplinarios que pueden sufrir cambios en la nueva organización. Por lo tanto, la acomodación para que la familia adquiriera una identidad propia y se genere el sentimiento de pertenencia requiere un mayor tiempo.

Los elementos que permiten configurar el lugar de pertenencia pueden ser la interacción frecuente de las personas de acuerdo con normas establecidas; la definición de la pertenencia al grupo dada por sus propios integrantes que aceptan tal carácter; y la calificación de pertenencia por personas ajenas al núcleo. Esto significa que no solo deben existir condiciones objetivas, como ser un vínculo relacional basado en ciertos códigos comunes, sino también sus miembros deben sentirse parte de la familia y considerar al otro como un integrante de la misma.

La familia ensamblada posee las características propias de cualquier familia, con funciones como la socialización de los niños, el soporte afectivo, la cooperación económica, la protección o la recreación. Al mismo tiempo, la literatura sobre el tema enuncia algunas características especiales que la distinguen de la familia originaria: es una estructura compleja formada por una multiplicidad de vínculos; existe ambigüedad en los roles; la interdependencia, que es el principio básico de cualquier organización, requiere concretarse en este caso con los subsistemas familiares precedentes y, por consiguiente, es necesario articular los derechos de los integrantes del nuevo núcleo con los derechos de quienes componen aquellos subsistemas.

A través del tiempo se ha observado la aparición de la unión de personas del mismo sexo, a esto se le llama Familias Homoparentales, que han ido superando tabúes y convenciones sociales, se han dispuesto mostrarle a la sociedad que puede llegar a tener una vida de pareja tan normal como las

parejas heterosexuales, *“Ya están lejanos los tiempos en que la homosexualidad era considerada una enfermedad, una tara que requería de tratamiento clínico, en terapias en ocasiones mucho más traumáticas que la propia condición de gay.”*²⁵³

Si bien es cierto, la sociedad salvadoreña no está lista aún para enfrentar estos cambios en la familia, por lo que el matrimonio de las personas del mismo sexo no está reconocido en nuestra legislación.

En consideración se cree que la denominación de “unión” o “familia homosexual” es errada ya que no especifica a que se refiere y deja una infinidad de dudas, por ejemplo un hombre gay se puede casar con una lesbiana para poder adoptar y es una pareja heterosexual ante la sociedad pero en realidad sería una familia homosexual casada. *“Luego, la denominación correcta sería la de “unión entre personas del mismo sexo”, pero podría, por vía interpretativa, excluir a los hijos, dejando sólo a la pareja”*²⁵⁴ La sociedad debe estar psicológicamente y legalmente apta para que en El Salvador como en otros países puedan surgir este tipo de familias del mismo sexo.

El artículo 33 inciso 1 parte final de la Constitución de El Salvador establece que se “Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer.” y el Código de Familia en su artículo 3 establece “el Estado está obligado a proteger a la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico” y en el artículo

²⁵³Carlos López Díaz, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, (Santiago de Chile: Librotecna, 2005), 95.

²⁵⁴Ibíd. La existencia de afecto entre dos personas puede dar origen a un núcleo que puede merecer protección legal, y surge la interrogante si estamos frente a una familia, en nuestra legislación salvadoreña a apuntaría a una respuesta negativa, pero haciendo la comparación en el derecho internacional acoge la opinión contraria, trayendo como ejemplo a España reconoce el matrimonio gay desde el año 2005.

11 establece “El matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida” En ninguna norma jurídica se contempla el matrimonio de personas del mismo sexo, por ende no se reconocen como familia las uniones que llegan a formar.

Tal como queda configurada la Ley Especial de Adopciones, en su artículo 11 parte final establece que “La adopción individual puede ser solicitada por cualquier persona con capacidad para adoptar, con independencia de su estado familiar”; este artículo abre camino a que personas homosexuales puedan adoptar. Si bien en la práctica, se plantea el problema de idoneidad del solicitante. En los países extranjeros se da la situación que las parejas del mismo sexo son *“los más solícitos y esmerados en el cuidado de los menores a su cargo, dada la imposibilidad de tener hijos entre ellos, y la necesidad de demostrar su capacidad como padres a quienes los miran con escepticismo, los hijos de homosexuales son hijos deseados: las situaciones de abandono y maltrato son infinitamente superiores entre los padres heterosexuales.”*²⁵⁵ El problema radica que la sociedad salvadoreña como muchos países latinos no se encuentran capacitados para estos cambios en las familias.

La relación estable de hecho o matrimonial entre dos personas del mismo sexo, que tienen hijos por intercambios de uno o ambos miembros de la pareja, por adopción y/o procreación asistida, reivindica una sexualidad no procreadora entre la pareja. A diferencia de las demás configuraciones familiares, *“sus relaciones no son de reproducción, pero no excluye su capacidad o disponibilidad para ejercer la parentalidad.”*²⁵⁶

²⁵⁵Ibíd. 97-98. En si no son las personas homosexuales de por sí las pueden causar daños al niño o al adolescente, sino que el inadecuado entorno social que puede generar daño para los niños que pudieran ser adoptados por personas con esta tendencia sexual.

²⁵⁶López, M.L, “Cambios Sociales y Familia,” *Revista Área Social* n°5 (2011): 2-8.

Así también existen las familias monoparentales, estas son conformadas por el o los hijos y el padre o la madre, asumiendo la jefatura masculina o femenina. La ausencia de uno de los progenitores puede ser total, o parcial cuando el progenitor que no convive continua desempeñando algunas funciones. En ambos casos, debido a separación, divorcio, abandono, viudez, alejamiento por motivos forzosos (trabajo, inmigración, ingreso en prisión, etc.) de uno de los padres, o elección por parte de la mujer o el hombre, de ejercer la parentalidad sin necesidad de un vínculo afectivo estable de cohabitación. Últimamente la familia monoparental construye nuevas formas y matices, con los cambios sociales subyacentes, como por ej. Un padre o madre que por viudedad, cohabita con un hijo o hija soltero/a y adulto que asume la jefatura familiar.²⁵⁷

3.4. Principio de ejercicio progresivo de las facultades

A lo que se refiere el principio de ejercicio progresivo de las facultades es la *“noción de evolución de las facultades del niño está implícita en el tema general del desarrollo del niño, que impregna el texto entero de la Convención. Aunque es evidente que las personas se desarrollan a lo largo de la vida,”*²⁵⁸ debido a que el aprendizaje y el crecimiento de toda niña, niño o adolescente no cesan a la edad de 18 años. El propósito del desarrollo evolutivo de las facultades de la niña niño y adolescente es para promover y aumentar no sólo el bienestar, sino también las capacidades de ellos, por lo que Estados tienen la obligación de tomar medidas apropiadas para así poder alcanzar tales objetivos en beneficio de todos los niños.

²⁵⁷María del Pilar Munuera Gómez, “Mediación Familiar: Un nuevo espacio de intervención para trabajadores sociales”, *Revista Nacional de Trabajo Social de Colombia*, n°14 (2009): 8-11.

²⁵⁸Lansdown, *La evolución de las facultades del niño*, 67-68. La infancia constituye un período excepcional por las oportunidades y la vulnerabilidad que la caracterizan y, por tal motivo, se le brinda una protección especial. La CDN, se puede considerar un instrumento destinado a fomentar el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía personal del niño.

El principio de ejercicio progresivo de las facultades se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el cual establece en el primer inciso *“los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes serán ejercidos por éstos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal, y de las disposiciones establecidas en la presente Ley.”*²⁵⁹ La progresividad al que se refiere el presente artículo se encuentra referido a los derechos y garantías, que se encuentran estipuladas en la Convención sobre los Derechos del Niño, para los efectos de dicha progresividad toma como parámetro el desarrollo evolutivo de las facultades de la niña, niño o adolescente.

En la Convención Sobre los Derechos del Niño el comité ha acentuado de una forma insistentemente la importancia de que se le reconozca a toda niña, niño y adolescente como sujeto de derechos, esto de conformidad con los artículos 5 12-16, se reconocen de esta forma derechos de la niña, niño y adolescente de forma universalmente y así poder proteger el desarrollo de sus facultades en la máxima medida posible.

La Convención sobre Derechos del Niño, toma como parámetro el desarrollo evolutivo de las facultades de la niña, niño o adolescente para determinar la progresividad, de tal forma como lo regula el principio de corresponsabilidad en el artículo 5 la Convención sobre Derechos del Niño en el cual establece que *“en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en*

²⁵⁹Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 10.

*la presente Convención.*²⁶⁰ De tal manera que es obligación del Estado respetar la obligación y derecho que tienen que los padres, tutores o responsables, de brindarle una orientación y dirección apropiada para que la niña, niño o adolescente ejerza sus derechos, ejemplo de ello derecho a la opinión, derecho a la libertad de pensamiento, entre otros.

La evolución de facultades en el desarrollo, la madurez, no es sólo un hecho supeditado a la edad, aunque se ha señalado una relación estrecha con los *“grupos etarios, no es el único que influye el desarrollo evolutivo de niñas, niños y adolescentes, pues la educación y cultura familiar y social, el medio en el que se relacionan, entre otros son factores que se conjugan para la determinación de la realidad evolutiva de la niñez, bien más temprano, bien más tarde. Elementos cognitivos de orden socioeducativos, no son uniformes en todas las sociedades y países, como las culturas tienen expresiones distintas, relacionados con estos elementos de la realidad histórica, cultural, educacional, etc.”*²⁶¹

Por lo que son elementos determinantes en la madurez de la niña, niño y adolescente.

Es de suma importancia destacar la interrelación que existe entre el artículo 5 y 12 de la CDN, sobre el concepto de facultades en evolución que regula el artículo 5, y el concepto de participación contenido en el artículo 12 el cual estipula que *“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*

²⁶⁰Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 5. Los padres como representantes, delegan la responsabilidad de tomar decisiones a los niños a medida que éstos desarrollan la competencia y, por supuesto, la voluntad de asumir dicha responsabilidad.

²⁶¹Buaiz, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, 142.

en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.²⁶² Este artículo exige que toda niña, niño y adolescente sean reconocidos como protagonistas activos, con el derecho de participar en la toma de decisiones que puedan llegar a afectar sus vidas.

La CDN en el artículo 12 numeral 2 establece que *“se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”*²⁶³ Este ordinal regula el derecho de la niña, niño y adolescente a intervenir en el proceso participativo en la toma de decisiones especialmente en aquellas enfocadas en la protección de su interés superior, el resultado de ese procedimiento será una decisión tomada por los adultos, pero informada e influenciada por las opiniones del niño.

En relación al artículo 12 numeral 2 de la CDN, la Ley de Protección integral de la Niñez y Adolescencia, en el artículo 94 regula el derecho a opinar y a ser oído, en el cual haciendo énfasis el inciso 2 de la presente ley, establece que en *“Cuando el ejercicio personal de ese derecho no resulte conveniente al interés superior de la niña, niño o adolescente, éste se ejercerá por medio*

²⁶²Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 12. El artículo citado no realiza una limitación en las diferentes formas de expresión; en el lenguaje verbal: las opiniones pueden expresarse de numerosas maneras, por ejemplo mediante emociones, dibujos, pinturas, canciones o representaciones teatrales.

²⁶³Ibíd. La importancia de la participación de los niños en las decisiones y acciones que los afectan es reconocida en el artículo 12 de CDN, la participación es un derecho sustantivo: es una cuestión de principio que los niños tengan derecho a ser escuchados y tomados en serio. Al mismo tiempo, es un derecho procesal, mediante el cual los niños pueden intervenir para promover y proteger la realización de otros derechos. La participación no es solamente un medio que sirve a los niños para efectuar cambios, sino que les brinda también la oportunidad de adquirir una cierta sensación de autonomía e independencia, además de aumentar su competencia social y capacidad de adaptación. Véase. Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990).

de su madre, padre, representante o responsable, siempre que no sean partes interesadas ni tengan intereses contrapuestos a los de las niñas, niños o adolescentes ²⁶⁴ Haciendo así referencia a la protección de la niña, niño o adolescente.

*Siendo así que el artículo 94 inciso 3 de la LEPINA establece que “garantizara a las niñas, niños y adolescentes el ejercicio personal de este derecho, especialmente en los procedimientos administrativos o procesos judiciales que puedan afectar sus derechos e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.”*²⁶⁵ De tal forma que la LEPINA garantiza en el mencionado artículo la protección al derecho a opinar y ser oído que tiene cada niña, niño y adolescente dentro del territorio salvadoreño.

Es de mucha importancia que se reconozca la evolución de las facultades de toda niña, niño o adolescente, siendo de tal forma que el artículo 29 a) de la CDN hace referencia a la importancia de la educación para el desarrollo de las facultades de toda niña, niño y adolescente regulando así dicho artículo que *“Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.”*²⁶⁶ Mediante tal regulación la educación debe ser favorable a los niños y debe inspirar y motivar a cada uno de ellos para que puedan desarrollarse *según la evolución de sus capacidades* en un ambiente sano y dinámico.

²⁶⁴Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 94. Siendo así responsable de la consecuencia que puedan surgir los adultos.

²⁶⁵Ibíd. Al demostrar un mayor grado de respeto por su propia capacidad deberán ejercer derechos, los niños deberán necesariamente aprender a manifestar igual respeto por el ejercicio de derechos por parte de otras personas.

²⁶⁶Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 29.

El artículo 6 de la CDN establece que “*los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*”²⁶⁷ Al imponer esta obligación, extiende el mandato al desarrollo de las facultades cognitivas, sociales, afectivas, físicas y morales la niña, niño y adolescente. El artículo 27 confirma esta amplitud, reconociendo explícitamente la importancia de un nivel de vida adecuado para el “*desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*” de la niña, niño o adolescente. Además los artículos 28 y 29 indican expresamente el papel de la educación en el desarrollo de “*la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades*”.²⁶⁸

Generalmente se reconoce que al brindarle los adecuados cuidados a la niña, niño o adolescente tienden a tener un mayor desarrollo en todas las capacidades físicas y mentales.

Existen ciertos cambios significativos en la niña, niño en cuanto “la fuerza física, la agilidad y las competencias cognitivas y sociales se producen durante el segundo año de vida del niño, cuando alcanza los 6 o 7 años y cuando llega a la pubertad, por consiguiente, señalan que en el transcurso de la adolescencia las partes clave del cerebro responsables de inhibir las emociones violentas y las acciones precipitadas son “*absolutamente*

²⁶⁷Ibíd. Artículo 6.

²⁶⁸Ibíd. Artículo 28. El derecho al juego se encuentra regulado en el artículo 31 de la CDN, como ayuda al desarrollo evolutivo de las facultades de la niña, niño o adolescente, dicha regulación reconoce la importancia del desarrollo del niño. El juego es esencial para el desarrollo del niño, pues le proporciona la oportunidad de divertirse, explorar, refugiarse y participar en acontecimientos culturales y sociales. En efecto, entre los expertos en desarrollo infantil existe la opinión muy difundida de que el juego es la manifestación primordial del ansia espontánea del niño de desarrollarse y que habría que considerarlo una dimensión fundamental para juzgar la calidad de la adaptación de los individuos al mundo que los rodea. La Convención extiende, además, el concepto de desarrollo a las obligaciones del Estado respecto a los niños con discapacidades: el artículo 23 destaca el derecho de los mismos a tener oportunidades que les permitan lograr “la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”.

inmaduras”, algunas investigaciones indican que, hasta los 11 o 12 años de edad, la competencia intelectual de los niños para pensar en el futuro y planificarlo, o para razonar en términos relativos en vez de hacerlo en términos abstractos, es mucho menos sofisticada que en el caso de los adolescentes de edades comprendidas entre los 12 y los 18 años.”²⁶⁹

Existen otras investigaciones que expresan la capacidad de razonamiento moral, está se encuentra mayormente desarrollada en los adolescentes más próximos a la edad adulta.

En el caso cuando la niña, niño y adolescente son de corta edad haciendo referencia a la edad entre 2 a 9, *“la mayor parte de las decisiones personales que se toman es para protegerlos e incumbe a los adultos que son responsables de ellos.”²⁷⁰* La razón fundamental de que se den a los padres derechos y responsabilidades en este sentido es que los niños carecen de la competencia necesaria para ejercer un juicio propio en defensa de su interés superior.

La toma de decisiones personales en la vida del niño es de mucha importancia para el fortalecimiento del desarrollo de sus facultades, a medida que la niña, niño y adolescente se va desarrollando física y psicológicamente, y se enfrenta con algunos tipos de elección entre ellos a la escuela que asistirá, la selección de los amigos y la obligación de hacer los deberes escolares. *“Cuando llega a la adolescencia, según los diferentes ambientes culturales los objetos de preocupación pueden ser las decisiones relacionadas con la prosecución de los estudios, el comienzo de una*

²⁶⁹Lansdown, *La evolución de las facultades del niño*, 45. Un adolescente entre las edades de 12 o 13 años no puede darse cuenta de que hay más de una solución para un problema.

²⁷⁰Ibíd. 49. Amanera de ejemplo; Si el niño es muy pequeño, sus padres toman decisiones, por ejemplo, cuando se trata de hacerle cruzar la calle, proporcionarle una alimentación adecuada o elegirle prendas de vestir apropiadas.

*actividad laboral remunerada, la gestión de las relaciones sexuales, la elección de la religión, entre otros.*²⁷¹ Este tipo de toma de decisiones de las niñas, niños y adolescente demuestra la capacidad de decisiones que tienen de poder elegir.

EL inciso segundo del artículo 10 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece que *“Para facilitar el ejercicio de estos derechos, las entidades públicas y privadas ejecutarán proyectos dirigidos a la niñez y adolescencia, los cuales comprenderán actividades, planes o programas educativos sobre los derechos y obligaciones de las niñas, niños y adolescentes. En el caso de los centros educativos, estas actividades serán coordinadas por el Órgano Ejecutivo en el ramo de Educación.”*²⁷² Este inciso determina obligaciones a las entidades públicas y privadas, centros educativos del Estado, entre otros.

3.5. Principio de igualdad, no discriminación y equidad

Este principio se encuentra regulado en el artículo 3 de la Constitución de la República de El Salvador el cual hace referencia en la primera parte del inciso 1 *“Todas las personas son iguales ante la ley.”*²⁷³ Este inciso se refiere al mandato de la aplicación de la Ley por tanto de las autoridades administrativas y judiciales, a pesar que este principio hace referencia a la igualdad de las personas no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en una misma situación jurídica por la razón que no todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas.

²⁷¹Ibíd. 41.

²⁷²Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 10.

²⁷³Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

La igualdad a la que se refiere el artículo tres de la Constitución de la República de El Salvador, designa un concepto relacional no designado así una cualidad de las personas, *“lo que obliga a recurrir aun termino de comparación comúnmente determinado tertium comparationis; y este no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien elige el criterio de valoración.”*²⁷⁴ El derecho de igualdad de las personas no es un derecho absoluto, si no que el legislador es quien le corresponde determinar el criterio de valorización como es también la aplicación de las normas jurídicas.

En consecuencia, el derecho de igualdad, se debe entender de tres formas como un primer parámetro como un *“derecho en virtud del cual se reconoce y garantiza a los ciudadanos a ser tratados en condiciones de igualdad y sin discriminación, segundo punto, como un principio, en cuanto que manda a los poderes públicos para que actúen en favor de una igualdad real,”*²⁷⁵ y como un último punto el derecho de igualdad es reconocido como un límite, de manera que no permite arbitrariedades.

El derecho de igualdad, además de encontrarse regulado en las normas jurídicas de El Salvador, también se encuentra reconocido a nivel internacional en los tratados y convenios ratificados por El Salvador. Entre ellos se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableciendo así en la primera parte del artículo 7 *“todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley.”*²⁷⁶ Regulando de una forma similar la Convención Americana sobre Derechos

²⁷⁴Lisette Beatriz Mendoza et al, *Constitución de la República de El Salvador Comentada*, D.O. No. 152, Tomo No 396, (El Salvador: Editorial jurídica salvadoreña, 2012), 46. La Constitución prohibirá la desigualdad sin razón jurídica, que haga la diferencia de las actividades de las personas y que según sus hechos, sean tratados.

²⁷⁵Ibíd.

²⁷⁶Declaración Universal de Derechos Humanos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1948), artículo 7.

Humanos regula en su artículo 24 que *“todas la personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*²⁷⁷ Para el cumplimiento de sus derechos y garantías.

Asimismo la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 2 establece, *“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”*²⁷⁸El presente artículo hace referencia al derecho de igualdad y a la no discriminación hacia toda persona en especial a toda niña, niño o adolescente.

La protección a la no discriminación regulada en la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 2, asimismo en la Constitución de la República de El Salvador en el artículo 3, y en la LEPINA artículo 11, se extiende a todas las niñas, niños y adolescentes, *“sujetos a la jurisdicción del Estado parte, y no exclusivamente a sus nacionales, por lo que cualquier niña, niño, o adolescente que se encuentre en el territorio de la República de El Salvador, no siendo de esta nacionalidad, debe ser protegido por el país,”*²⁷⁹ a través del Sistema Nacional de Protección, el cual actuará sin realizar ningún tipo de distinciones, a la niña, niño o adolescente debido a su condición de no ser nacional.

²⁷⁷Convención Americana sobre Derechos Humanos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1969), artículo 24.

²⁷⁸Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 2.

²⁷⁹Buaiz, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, 56.

En la segunda parte del artículo 3 de la Constitución de la República establece “*Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.*”²⁸⁰ Este artículo contiene algunas causas de discriminación bajo las cuales comúnmente se ha manifestado la desigualdad entre estas causas se encuentra la nacionalidad, raza, sexo y religión. Aclarando que dicha enumeración no es taxativa, debido que pueden existir otras posibles causas de discriminación.

La LEPINA, como ya se anotó, regula en el artículo 11 el principio de igualdad, no discriminación y equidad, el cual establece que “*Todas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante la Ley. Por tal motivo, no podrá justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios tales como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional, étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental, nacimiento o cualquier otra condición de las niñas, niños, adolescentes o de sus madres, padres, representantes y responsables, que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales.*”²⁸¹ El mencionado artículo toma de base el artículo 3 de la Constitución. El principio de igualdad, no discriminación y equidad, busca garantizar el respeto de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes. No debe de existir ningún tipo de distinción para negar o conceder derechos, utilizándose para ello como fundamento las siguientes condiciones, entre ellas la condición social a la que pertenece la niña, niño o adolescente, sexo, religión o la edad, de la niña, niño o adolescente, “*el*

²⁸⁰Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

²⁸¹Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 11.

principio de igualdad establece un elemento novedoso y relevante en materia de derechos humanos, con alcance ulterior, que se proyecta más allá de la propia condición del niño, al prohibir no sólo la discriminación en razón de las condiciones inherentes a la niña, niño o adolescente”²⁸² prohibiéndose así algún tipo de discriminación en razón de alguna condición de los padres o representantes legales, en caso de niñas, niños o adolescente cuyos padres adoptivos sean de nacionalidad extranjera.

El principio de igualdad es considerado una protección para niñas, niños y adolescentes, el cual trasciende desde las condiciones del sujeto protegido hasta terceros, siendo así que no se discrimine por las condiciones de origen, sexo, raza, color, opinión política, etc., de la niña, niño o adolescente. Tal como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 26 la ley prohíbe todo tipo de *“discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”²⁸³ Debido a ello la LEPINA protege a la niña, niño o adolescente de la discriminación que puede surgir por los terceros vinculados inmediata o mediatamente a la vida y al desarrollo del niño.*

La equidad, al integrarse al principio de no discriminación se admite como una *“verdadera corrección material de la injusticia social,”²⁸⁴ pero no puede pretender ser un modelo legal, haciendo así desaparecer a la justicia de igualdad, “que obliga al Estado a proteger integralmente a todos los sectores*

²⁸²Buaiz, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, 72.

²⁸³Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (El Salvador: Asamblea de El Salvador, 1976), artículo 2 Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

²⁸⁴Buaiz, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia*, 74.

*sociales en materia de derechos humanos, puestos que estos no son sólo para un sector de la población.*²⁸⁵ Siendo de tal forma que el Principio de igualdad, no discriminación y equidad, regulado en el artículo 11 de la LEPINA establece la equidad integrada al principio de no discriminación, dirigida especialmente al bienestar y desarrollo de la niña, niño y adolescente.

3.6. Principio de corresponsabilidad

El Estado, la familia y la sociedad son la trilogía a cargo de este principio de corresponsabilidad o también llamado principio de solidaridad social. Está claro que el eje central de todos estos principios rectores es la niña, niño y adolescente; y la responsabilidad de estos descansa en el ejercicio y goce efectivo de todos los derechos humanos.

La niña, niño y adolescente tiene un ejercicio de participación esencial, ya que la obligación de los padres no es la de participar por la niña, niño o adolescente sino más bien de que este se apropie de su papel principal. La niña, niño y adolescente es el sujeto más importante en el ejercicio de sus derechos, como tenedor titular que es de los mismos. Está claro que nadie absolutamente nadie (Estado, familia y la sociedad) puede sustituir el ejercicio directo de los derechos humanos de los niños.

El sujeto legítimo de la participación y del ejercicio directo es, en definitiva, la niña, niño y adolescente. El Estado, la Familia y la Sociedad se comportan entonces respecto a ese ejercicio como *“garantes y ordenadores del efectivo disfrute de los derechos, con plena sujeción al carácter imperativo de las*

²⁸⁵Ibíd.

*normas. Para ello, la formación en un ambiente de libertad, justicia, participación y democracia, es parte de la formación y orientación para el ejercicio de los derechos.”*²⁸⁶

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo cinco, nos indica la naturaleza de responsabilidad social al ejercicio efectivo de los derechos humanos al asignarle al Estado, a la familia y a la sociedad la misión de garantizar estos derechos al eje principal que son las niñas, niños y adolescentes.

El principio de solidaridad social o corresponsabilidad, debe interpretarse en conjunción con los principios de efectividad y prioridad absoluta, porque si bien éste último obliga a las medidas de goce, disfrute y garantía de los derechos de los niños en un sentido amplio; el de solidaridad explica el deber de comunidad y padres en orientar el pleno ejercicio de los derechos por parte del niño.

El papel importante del Estado como uno de los responsables de este principio es que este está obligado a garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo humano de las niñas, niños y adolescentes. Los artículos 6, numeral 2 relacionado con el artículo 27, todos de la Convención de los Derechos del Niño, acerca de la responsabilidad del Estado en generar condiciones de vida dignas a través de políticas públicas dirigidas a las familias, para que éstas a su vez puedan cumplir el papel y la responsabilidad para con sus hijos. En igual sentido el artículo 16 de la LEPINA en relación con el artículo 20 de la ley antes mencionada.

²⁸⁶Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 13.

También es deber del Estado hacer cumplir los derechos de los niños, y en tal sentido, debe producir las transformaciones y adecuaciones institucionales imprescindibles para tal fin. Los cambios para transformar sustancialmente la sustitución y reacción de derechos representada por la visión minúscula de las instancias de protección, deben estar apuntados a la refundación del Estado para la conformación de la estructura constitutiva y activa de derechos, lo cual compromete la gestión pública en la *“afirmación, realización e implementación de los derechos de los niños”* ²⁸⁷ con severas implicaciones principalmente en el orden de la estructuración y concepción del modelo de Estado que gestiona los asuntos públicos para la satisfacción de las “necesidades reales”. Es decir que se debe dar inicio a un proceso de cambios estructurales del modelo en que ha sido fundado y desarrollado el Estado.

El Estado tiene la obligación bajo el principio de corresponsabilidad de cumplir y hacer cumplir los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes; generar condiciones a las familias para el nivel de vida adecuado que permita hacer efectivos los derechos de los niños y producir cambios sustanciales en los órdenes institucionales culturales y sociales.

La Familia también juega un papel muy importante en el principio de corresponsabilidad, en la Convención de los Derechos del Niño en el artículo cinco compromete a los Estado Partes en respetar las responsabilidades de los padres y familiares para que orienten adecuadamente la formación integral de los niños y protejan su desarrollo humano pleno. La familia en manera ideal debería de ser la nativa para dar una excelente crianza, cuidados, formación y desarrollo a las niñas, niños y adolescentes; pero en la actualidad no solo las familias nativas pueden garantizar estos cuidados y este

²⁸⁷Baratta, *La niñez como arqueología del futuro*, 235.

interés superior de la niña, niño y adolescente sino también las familias adoptivas.

Es importante destacar el artículo dieciocho de la CDN como la principal e indeclinable responsabilidad de los padres el cual consiste en el deber de crianza, cuidados y desarrollo de sus hijos e hijas. Se hace ineludible insistir que se trata de una responsabilidad compartida que impone obligaciones para ambos padres no importando la formación de estos si es en estado matrimonial, extramatrimonial o de una unión de hecho o no matrimonial; Así también la responsabilidad está vinculada a las obligaciones del Estado en el sentido que este debe de garantizar condiciones objetivas a los padres y madres para que puedan cumplir efectivamente su obligación; esta obligación es completamente orientada al ejercicio de la autoridad parental, los padres están autorizados a orientar sobre las reglas y los valores en el comportamiento de sus hijos.

Esto significa indudablemente que los encargados de la protección de la niñez y adolescencia debe agotar siempre la permanencia de los niños en la familia por cuantos medios sean agotados; esto también significa que estos órganos deben responsabilizar a los padres cuando estos no quieren asumir sus obligaciones. El artículo dieciocho desarrolla completamente el principio de corresponsabilidad dirigido a la familia incluyendo normativas relacionadas con los deberes y derechos de los padres, responsables o tutores para evitar que los niños sean separados en su entorno familiar; de esta forma el principio que se está estudiando se establece para afirmar como miembros de una familia de origen, y para que se introduzcan cambios sustanciales en las políticas sociales tradicionales, ya una vez superado este enfoque la Convención de los Derechos del Niño, exige el deber indeclinable de los padres y familiares, de asumir derechos y deberes para la protección

integral de sus hijos y obliga a los Estados Partes tanto a respetar este principio fundamental como a promover y apoyar las capacidades de las familias para el ejercicio de sus responsabilidades.

La sociedad como antes se ha mencionado es parte de la trilogía de responsabilidad de este principio; esta por su parte es la vigilante del cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y esto implica que el deber de demandar su cumplimiento y o restitución. Es obligación de dirigentes comunes y sociales, de organizaciones de base social, popular y gubernamentales y de toda la sociedad en conjunto de asumir y exigir la plena vigencia y respeto de los derechos de todas las niñas, niños y adolescentes.

La sociedad y los órganos de Estado son responsables de presentar y participar en programas para la atención de las niñas, niños y adolescentes con especial enfoque para aquellos que se encuentran violados o amenazados en sus derechos. En El Salvador la responsabilidad del principio de corresponsabilidad en el punto de la sociedad se efectúa a través de las Asociaciones de Promoción y Asistencia a los Derechos de la Niñez y Adolescencia como lo expresa el artículo 193 de la LEPINA estos *“son formas de organización legalmente constituidas para la protección local de los derechos de la niñez y de la adolescencia e integradas en la Red de Atención Compartida”*²⁸⁸ Estas asociaciones pueden ser públicas o privadas y pueden ser utilizadas por toda la niñez y adolescencia sin distinción alguna.

3.7. Principio de Prioridad Absoluta

La prioridad absoluta es aquel principio que tiene por finalidad asegurar la efectividad de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes,

²⁸⁸Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 193.

ya que su naturaleza jurídica corresponde al de una garantía y por ende este debe incluirse en los nombrados principios garantistas.

El principio de Prioridad Absoluta también lo regula la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela (LOPNA) en su artículo 7 el cual expresa que *“El Estado, la familia y la sociedad deben asegurar con Prioridad Absoluta, todos los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. La prioridad absoluta es imperativa para todos...”*. Cuando nos indica que este principio en estudio es imperativo, es decir, que es una obligación fundamental y primordial para el desarrollo social a futuro, no es una opción tener la prioridad absoluta a la niña, niño y adolescente sino más bien manda y exige que estos sean el eje central.

Este principio se centraliza en atender las necesidades y derechos básicos de las niñas, niños y adolescentes, es decir, para este principio la niñez esta primero antes que nada. En el marco del derecho de las niñas, niños y adolescentes emerge como prioridad absoluta debido a su valor intrínseco, puesto que es una persona humana en condiciones peculiares de desarrollo, lo cual hace de ellos un ser humano completo en cada fase de su crecimiento y a su valor prospectivo, porque cada niño es la continuidad de su familia, de su pueblo y de la especie humana. En este principio se exige un trato preferencial en todos los niveles y ámbitos en el que el interés de ello así lo requiera.

Según el artículo 14 de la LEPINA comprende cuatro puntos importantes los cuales son la Especial preferencia y atención de los niños y adolescentes en la formulación y ejecución de todas las políticas públicas; La asignación privilegiada y preferente, en el presupuesto, de los recursos públicos para las áreas relacionadas con los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y para las políticas y programas de protección integral al niño y

adolescente; Precedencia de los niños y adolescentes en el acceso y la atención a los servicios públicos; Primicia de los niños y adolescentes en la protección y socorro en cualquier circunstancia.

El referido artículo expresa que *“El Estado debe de garantizar de forma prioritaria todos los derechos de la niñez y de la adolescencia mediante su preferente consideración en las políticas públicas, la asignación de recursos, el acceso a los servicios públicos, la prestación de auxilio y atención en situaciones de vulnerabilidad y en cualquier otro tipo de atención que requieran”*.²⁸⁹

²⁸⁹Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 14.

CAPITULO III

LA LEY ESPECIAL DE ADOPCIONES Y LA RELACIÓN CON LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA CONVENCION DE LA HAYA SOBRE LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La Ley Especial de Adopciones (LEA), aprobada por la Asamblea Legislativa por decreto número 282, de fecha diecisiete de febrero de 2016, publicada en el Diario Oficial número 205, Tomo número 413, del 4 de noviembre de 2016, pretende ser, según su Considerando número IV, un *“ordenamiento jurídico cuyo objetivo primordial es dar primacía al interés superior de la niña, niño y adolescente privilegiándolo con medidas adecuadas que permitan mantenerlo en su familia de origen, o integrándolo a una familia preferentemente nacional, cuando carezca de la misma”*.

Desde esa perspectiva, resulta necesario hacer un análisis de su contenido partiendo de las normativas convencionales de carácter internacional que se refieren a la protección y garantía de los derechos de la niñez y adolescencia: La Convención del 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño (CDN) , del sistema de la ONU; y la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, en adelante, la Convención de La Haya.

Ambos instrumentos internacionales son leyes de la República, puesto que El Salvador es Estado Parte; en consecuencia, lo regulado en éstos, obliga a El Salvador, en virtud del contenido del art. 144 de la Constitución de la República el cual expresa que *“los tratados internacionales celebrados por El*

*Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”*²⁹⁰ Esto se debe al orden jerárquico según la pirámide de Kelsen, el cual muestra que los tratados prevalecen a las leyes, es de importancia establecer que “*la no concordancia entre normas de distinto rango jerárquico no implica por sí una violación a la Constitución*”²⁹¹ según (Sentencia de 14-II-97, Inc. 15-96).

De tal forma que en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su numeral segundo “*no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos, costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*”²⁹²

Con relación a la CDN, basta recordar que instaura un nuevo paradigma para la protección de los derechos de la niñez: La Doctrina de la Protección Integral (DPI), que se fundamenta en principios que guían la interpretación y aplicación de su normativa, los cuales ya han sido explicados en el Capítulo II. Es en este instrumento en el que se regula expresamente el principio del interés superior, imponiendo su consideración en la toma de decisiones que afecten derechos de la niñez.

²⁹⁰Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

²⁹¹Lisette Beatriz Mendoza et al., *Constitución de la República de El Salvador Comentada*, D.O. No. 152, Tomo No 396 (El Salvador: Editorial jurídica salvadoreña, 2012), 67.

²⁹²Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1966), artículo 5.

Disponible en, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

La Convención de La Haya, que deriva del mandato establecido en el art. 21 de la CDN,²⁹³ es el instrumento internacional de mayor difusión y relevancia en materia de adopción, y cuenta al momento actual con más de 70 Estados Partes²⁹⁴, dentro de los cuales están aquellos con los que El Salvador ha tenido históricamente más adopciones internacionales.²⁹⁵

En los preámbulos de ambas Convenciones se establece lo siguiente: *“Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”* (CDN, párrafo sexto); *“Reconociendo que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”* (Convención de La Haya, párrafo primero). Resulta evidente que la adopción es una respuesta adecuada para aquellos niños, niñas y adolescentes vulnerados en su derecho a vivir y ser criados en el seno de una familia.

²⁹³Convención Internacional sobre Derechos del Niño (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990), artículo 21. En donde expresa que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: Promoverán cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes. Si bien, vale recordar que en el seno de la Conferencia de La Haya, el tema cobró relevancia desde el 10 de octubre de 1988, en su décima sexta sesión. Al respecto, la Oficina Permanente resumió las razones para incluir, con carácter prioritario en la próxima sesión, el tema de la adopción internacional: i) un aumento espectacular de las adopciones internacionales que se ha producido en muchos Estados desde finales de los años sesenta ...ii) la existencia de problemas humanos serios y complejos, algunos ya conocidos pero agravados ...iii) la insuficiencia de los instrumentos legales internos e internacionales existentes y la necesidad de una aproximación multilateral. Cfr. Informe explicativo Parra-Aranguren, párrafo número 6; disponible en www.hcch.net

²⁹⁴G. Parra Aranguren, *Informe Explicativo: Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado* (La Haya: Oficina Permanente de la Conferencia Scheveningseweg, 1993), 77.

²⁹⁵Ibid.

1. Estructura de la ley especial de adopciones

Al revisar la estructura de la LEA, se observa que consta de 5 Títulos los cuales son:

Título I: De las generalidades, cuenta con un solo capítulo, arts. 1-22. Comprende: el objeto de la Ley, definición de adopción, principios rectores, interpretación y aplicación, adoptabilidad, aptitud para adoptar, aprobación del procedimiento administrativo, decreto de la adopción, filiación adoptiva, clases de adopciones, irregularidades y prácticas indebidas en adopción, efectos, el reconocimiento del derecho del adoptado a conocer los orígenes, los apellidos y nombre propio del adoptado, la licencia remunerada por adopción, de la existencia de otras hijas e hijos y varias adopciones, las prohibiciones y nulidades, así como las consecuencias de otras infracciones.

Título II: De los Sujetos, formado por tres capítulos, arts. 23-43. Se refiere a las personas sujetas a adopción, el consentimiento, asentimiento y derecho a opinar y ser escuchado, y, de las personas adoptantes.

Título III: De la Oficina para Adopciones (OPA), compuesto por dos capítulos, arts. 44-59. Regula la estructura y funcionamiento de la OPA, y lo referente a los Organismos Acreditados, término propio de la Convención de La Haya.

Título IV: De los procedimientos, dividido en cinco capítulos, arts. 60-123. Se establecen los procedimientos regulados por la Ley, como la declaratoria de adoptabilidad, la autorización de la adopción en sede administrativa, el decreto de adopción en sede judicial, y los actos posteriores a este decreto.

Título V: Régimen sancionatorio y disposiciones finales, consta de dos capítulos, arts. 124-138.

Como se ha observado más arriba, el análisis de esta Ley debe partir de las convenciones internacionales relacionadas. Por lo tanto, es necesario recordar específicamente, los artículos 20 y 21 de la CDN:

Art. 20: Protección de los niños privados de su medio familiar. 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Art. 21: Adopción. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán por

que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella. e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes

En el primer artículo, se está señalando, según la UNICEF,²⁹⁶ que es obligación del Estado proporcionar protección especial a los niños privados de su medio familiar, y asegurar que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar o de la colocación en un establecimiento apropiado, teniendo en cuenta el origen cultural del niño. En el segundo, se refiere a los Estados que reconocen y/o permiten la adopción, se cuidará de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción sea admisible así como las autorizaciones de las autoridades competentes.

Por su parte, la Convención de La Haya hace referencia a estas ideas en su preámbulo, del cual ya se citó el primero, expresándose en los siguientes:

“Recordando que cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,

Reconociendo que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen,

²⁹⁶Comité Español (Madrid: Argetica SI, 2006), 23.

Convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños,

Deseando establecer a tal efecto disposiciones comunes que tomen en consideración los principios reconocidos por instrumentos internacionales, especialmente por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989 y por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional (Resolución de la Asamblea General 41/85, del 3 de diciembre de 1986)²⁹⁷

Se denota la importancia de que todo Estado cuenta con un Sistema de protección y cuidados para su niñez, reconociendo que ese sistema debe resaltar como prioridad el mantenimiento del niño en su familia de origen, y también reconoce el carácter subsidiario de la adopción; incluso será preferente una adopción de carácter internacional frente a una institucionalización para su cuidado y protección.

Con la entrada en vigencia de la LEPINA, únicamente el juez especializado está facultado para dictar medidas de protección que separen al niño, de forma temporal, de su familia de origen; sin embargo, la autoridad administrativa también puede dictar un acogimiento de emergencia según se establece en el art. 123. La idea es que, por medio de programas, se logren superar las causas que propiciaron tal separación, y que sea nuevamente la familia de origen la principal responsable de la protección de sus niños, niñas

²⁹⁷Resolución de la Asamblea General 41/85, Diciembre 1986. Poco difundida en El Salvador

y adolescentes; por ese motivo, la duración de estas medidas de protección es limitada: acogimiento institucional, 3 meses como máximo, art. 129; acogimiento familiar (en sus dos modalidades, colocación familiar y familia sustituta): 6 meses como máximo, art. 126.

Sin embargo, en la LEPINA no se contempló la adopción como medida de protección de carácter definitivo, aún y cuando forma parte de ese sistema de protección y cuidados²⁹⁸; siendo por medio de la LEA, que se atribuye competencia al Juez Especializado para decretar la adopción de niños, niñas y adolescentes.

2. Análisis sobre problemática de la ley especial de adopciones

De la estructura y contenido de la LEA, se advierten algunas inquietudes que merecen su análisis y discusión.

1. Sobre la adoptabilidad: Desde el art. 5 se expresa que la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia, es la funcionaria o el funcionario competente para declarar la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente, previa la aprobación del procedimiento administrativo, según el art. 7. Establece que la procuraduría solo trabajara con la idoneidad y esto es sobre las familias, sobre los adoptantes facultados. No obstante, el art. 66, establece que la persona Titular de la Procuraduría General de la República (PGR) luego de recibir las diligencias de adoptabilidad (en la OPA) deberá remitir las diligencias en 7 días máximo al Juez Especializado, quien deberá decretar la adoptabilidad siguiendo el trámite en esa norma propuesto, y

²⁹⁸Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009). En un principio, en el anteproyecto de Ley aparecía, aunque insuficientemente regulada en el art. 128: “La adopción es una institución de protección especialmente establecida en consideración al interés superior de los niños, niñas y los adolescentes aptos para ser adoptados y que tiene por objeto proveerlos de una familia permanente y adecuada que asegure su bienestar y desarrollo integral”. (resaltado fuera de texto); sin embargo, al aprobarse la Ley, ya no se incluyó. En otras legislaciones que acogen la DPI, la adopción aparece incluida como parte de ese sistema de protección y cuidados; por ejemplo en Colombia, Argentina y Uruguay.

luego, remitir la resolución certificada a la OPA. En ese sentido, no está claro el contenido del art. 7 mencionado. Aunado a esto, el art. 93, denominado Autorización para adopción, no señala en su contenido a que niña, niño y adolescente hace mención y a que familia seleccionada se refiere, debería ser claro el artículo en mención en establecer a que familias seleccionadas hace referencia.

2. No se definen claramente en el art. 9 las funciones específicas de los garantes de la adopción. El artículo en estudio no especifica las funciones que debe realizar cada institución, por lo que solo están mencionados para que aparezcan, lo correcto era que se establecieran de manera delimitada las funciones correspondientes a cada sujeto, y sus responsabilidades en la Ley Especial de Adopciones.

3. Las irregularidades y prácticas indebidas en el procedimiento de adopción no aparecen señaladas expresamente; por ejemplo, las entregas directas no se han prohibido, concretamente la entrega de un niño por parte de la madre biológica a algunas personas que están interesadas en realizar la adopción. En Panamá, la Ley prohíbe la entrega directa, no hay adopción por consentimiento; así lo establece la ley de adopciones de la República de Panamá, ley 46 en su artículo 46 numeral 3 en la cual señala la prohibición expresa: “A la madre o al padre biológico otorgar de manera directa y voluntaria al niño, niña o adolescente a los supuestos padre o madre adoptivos”.

Así como también el protocolo facultativo de la CDN relacionado a la sustracción, venta y tráfico de niños en el contexto de la adopción internacional en la cual se utiliza el término “child laundering”²⁹⁹ para denotar una forma especializada de sustracción, venta y tráfico de niños en el

²⁹⁹Nota de la Oficina Permanente: Se ha respetado el término utilizado por el autor en la versión original para hacer referencia a las prácticas que se describen en este párrafo.

contexto de la adopción. “Este término hace referencia a la obtención ilícita de las niñas, niños y adolescentes por medio de fuerza, fraude o precio, elaborando documentación falsa que identifica al menor como abandonado legalmente o huérfano desamparado susceptible de ser adoptado ubicando a la niña, niño y adolescente en los canales oficiales para adopciones internacionales”.

La Convención de La Haya busca proteger de prácticas abusivas asegurando su reconocimiento en los Estados contratantes. Exige que los padres biológicos que consientan la adopción sean convenientemente asesorados y debidamente informados de las consecuencias de su consentimiento y junto a esto que el consentimiento no haya sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. Esto se hace con el fin de evitar la venta de bebés, fraudes o algún mal entendido que surja.

4. Con relación a establecer “el abandono” de la niña, niño y adolescente, se crea un procedimiento en sede administrativa, que resulta innecesario y vuelve más lento el proceso, como se observa en el artículo 30 inc. 5 el cual expresa que “...*la Procuraduría General de la República podrá alegar el abandono sin causa justificada de la niña, niño o adolescente, debiendo iniciar inmediatamente el correspondiente proceso de pérdida de autoridad parental*”³⁰⁰ Para efectos de esta ley, esto es innecesario ya que en algunas legislaciones como la argentina, colombiana, chilena y la uruguayana se establece que basta la declaratoria de adoptabilidad para que el niño pueda ser adoptado; no se necesita adelantar ningún proceso que en El Salvador se denomina de pérdida de la autoridad parental para dejar al niño en situación jurídica de adoptabilidad.

³⁰⁰Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 30

En El Salvador todavía se cree que la autoridad parental debe sancionarse con pérdida para que el niño pueda ser adoptado, queriendo significar con eso que pesará más el derecho de los padres a mantenerse esta titularidad que el derecho de la niña, niño y adolescente a vivir con una familia distinta a la biológica. Es decir que aún se cree que se debe realizar el proceso de pérdida de la autoridad parental para dejar así al niño en una situación jurídica de adoptabilidad. La declaratoria de adoptabilidad como nos muestran los países antes mencionados sería suficiente para que el niño quede en posición de ser adoptable porque de todas maneras la autoridad parental se extingue por la nueva adopción que crea un nuevo vínculo con la nueva mamá y papá adoptivos.

En esta ley se quiso evitar el proceso judicial de pérdida de la autoridad parental a través del inciso 5 del mencionado artículo, lo cual era perverso porque un ente administrativo no puede ir y prohibir derechos de rango constitucional a un progenitor, es por ello que se incluye el inciso último al artículo 30 de la LEA, el cual notablemente sigue privilegiando derechos de adultos por sobre los derechos de la niñez y adolescencia.

5. En el artículo 32 se establece una función al Comité de Selección y Asignación de familias adoptivas, que no tiene relación con sus atribuciones.

La naturaleza de este comité es seleccionar familias y aquí estamos hablando que un cónyuge quiere adoptar al hijo de su esposa o esposo, esto no tiene nada que ver con la función a desarrollar del comité que es de selección y asignación de familias adoptivas, en razón que este se encuentra integrado por varias personas para seleccionar a las familias para adoptar; por lo que no tiene razón de ser, que este comité este encargado de asesorar a una persona que desea adoptar al hijo de su cónyuge.

6. En cuanto a los requisitos especiales para adopción internacional, del artículo 39 no se menciona lo referido en el artículo 5 literal “c” de la Convención de La Haya referida a materia de adopción internacional, el cual se refiere al permiso de entrada y residencia de la niña, niño y adolescente al país de recepción; este es un requisito primordial que se debe solicitar previo a realizar el proceso de adopción y no al finalizar dicho proceso. Además que no se explica la exigencia de 3 años de casados y más de 25 años de edad (a diferencia de los cónyuges nacionales); por otra parte, se separan en dos literales “b” y “d” lo relativo a la idoneidad, cuando en ambos se pide lo mismo; el artículo 39 en un solo literal debió de regular que uno de los requisitos personales exigidos por la ley del país de recepción de los adoptantes es la idoneidad, la cual debe ser avalada por la autoridad central de su país de residencia.

7. En el artículo 40 hay una contradicción con el artículo 75 literal “j” en lo relativo a la aprobación de los estudios técnicos. En razón que el artículo 40 parte final establece que todos los dictámenes deben ser aprobados por la autoridad central del Estado de Recepción de los adoptantes; y el literal “j” del artículo 75 establece que los estudios social y psicológico de las personas solicitantes debidamente respaldados por entidades públicas. Cuando hubieren sido realizadas por profesionales particulares en el extranjero, deberán ser respaldadas por uno de los organismos acreditados. Por lo que se observan la contradicción en ambos artículos. Al inicio la LEA estipula en el artículo 40 que todos los estudios técnicos que se realicen deben ser respaldados por la autoridad central del país de residencia habitual de los adoptantes y la autoridad central es la máxima autoridad por lo que controla, autoriza y supervisa lo que realizan los organismos acreditados, por lo que parece ilógico lo que establece el artículo 75 literal “j”.

8. Con respecto a la estructura organizativa de la OPA y la integración de la Junta Directiva, si bien se desea abrir el tema de adopción a la sociedad, en consonancia con el principio de corresponsabilidad, lo que implica una trilogía de actores en los que se encuentra la sociedad, la familia y el Estado, en la Ley Especial de Adopciones quisieron sacrificar este principio de corresponsabilidad a la estructura organizativa de la OPA, pero se crea una tremenda burocracia que causará un retraso en el proceso.

9. El Comité de Selección y Asignación de familias adoptivas, quedó siempre bajo responsabilidad exclusiva de la PGR, con el agregado de que ahora lo preside el Director de la OPA; y antes lo presidía el titular de la Procuraduría General de la República. A este comité de selección se le debió incorporar el principio de corresponsabilidad, en el cual hubiera participado la sociedad civil, la familia y el Estado.

10. En relación a los Organismos Acreditados, existe una insuficiencia normativa en la Legislación de El Salvador; y un error de parte del legislador al regular en el artículo 57 inciso 2 que *“los organismos acreditados son aquellos que se encargan de dar cumplimiento a las obligaciones que dicho convenio les impone.”*³⁰¹ Dicho error es por el desconocimiento de la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; puesto que no es cierto que éstos son los que se encargan de dar cumplimiento a las obligaciones que dicha Convención impone en razón que el artículo 6 numeral 1) establece que *“todo Estado contratante designará una Autoridad central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que la Convención le impone.”*³⁰² En El Salvador, con la entrada en vigencia de la LEA, la autoridad central es la Procuraduría General de la República en materia de adopción internacional.

³⁰¹Ibíd.

³⁰²Ibíd.

El artículo 57 la Ley Especial de Adopciones, quiso definir a los organismos acreditados lo cual no logró; la Convención no le impone ninguna función a los organismos acreditados, sino que dicha Convención establece que será cada estado contratante quien le designara las respectivas funciones que le podrán ser encomendadas a ese organismo acreditado; en la declaración que hizo El Salvador en relación al art 21 de la Convención de La Haya, El Salvador expresó que no aceptará que ningún organismo acreditado realice las funciones de la autoridad central.

11. En el art. 67, establece que si el Juez Especializado decide la integración de la niña, niño o adolescente en una familia pre adoptiva, certificará la resolución a la OPA, para que *a discreción* de dicha oficina, asigne una familia pre adoptiva a un niño, niña o adolescente. Ninguna decisión debe ser tomada a discreción. El artículo 67 al establecer que la oficina para adopciones a discreción asigne una familia pre adoptiva, está creando un proceso sui generis el cual no se encuentra regulado en la Ley Especial de Adopciones, en razón de la protección del interés superior del niño, no se debió estipular que quedara a discreción de la dirección de la OPA la asignación de la familia pre adoptiva; el término discreción está determinadamente prohibido, lo que para la OPA puede ser “legal”, para otras personas puede ser una arbitrariedad.

12. Uno de los objetivos de la Convención de La Haya, incluso reflejado en su nombre oficial, es instaurar un sistema de cooperación entre Estados; por lo tanto, requerir a los solicitantes la procuración obligatoria, es contraria al espíritu de dicha Convención. La Convención de La Haya tiene un triple objeto: Como primer objetivo, es garantizar que las adopciones se realicen en protección del interés de la niña, niño y adolescente; el segundo objetivo, es establecer un sistema de cooperación entre los Estados que permiten la

adopción internacional y por ultimo como tercer objetivo la Convención de La Haya reconoce en efecto inmediato a las adopciones que surgen en el marco de esta convención.

El proceso de adopción internacional según lo establece la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en su artículo 14 inicia cuando la persona con residencia habitual en un estado contratante desea adoptar a una niña, niño o adolescente de otro estado, se dirige a la “*autoridad central*”³⁰³ de su país de residencia habitual y es esta autoridad la que prepara el informe de idoneidad y esta misma institución es la que transmite toda la información de la persona o cónyuges, a la autoridad central del país de origen de la niña, niño o adolescente que será adoptado.

13. Los medios impugnativos en la fase administrativa no están suficientemente claros. En razón que el artículo 82 de la Ley Especial de Adopciones, establece que “El recurso de revocatoria procede contra las resoluciones pronunciadas dentro del proceso administrativo.”³⁰⁴ El artículo en mención no establece a que resoluciones administrativas específicamente se le pueden interponer recurso de revocatoria. Seguidamente el artículo 83 inciso 2 de la de la misma ley no es muy claro al establecer que “*en el caso del acuerdo tomado calificando la aptitud de la o las personas adoptantes, el recurso deberá admitirse inmediatamente después de transcurrido el plazo de interposición y remitirse las actuaciones ante dicha autoridad, quien deberá resolverlo dentro del plazo de diez días posteriores a la recepción de las mismas; de esta resolución no se admitirá recurso alguno. Respecto a las*

³⁰³Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 14.

³⁰⁴Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 82.

resoluciones pronunciadas por la OPA, dicho recurso será resuelto por la autoridad que las dictó dentro de los tres días siguientes de su interposición.” El inciso no es suficientemente claro que autoridad conocerá del recurso de revocatoria, cuando las resoluciones no hayan sido pronunciadas por la OPA.

14. En el art. 87, se impone a la OPA la obligación de informar a los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia la conclusión del procedimiento administrativo con la autorización de adopción. El artículo en mención no es claro en definir qué hará el juzgado especializado con dichos informes.

En realidad la OPA se encarga de declarar la idoneidad de los adoptantes, y al concluir este proceso administrativo deberá informar al Juzgado Especializado. Y el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia se encarga de declarar la adoptabilidad.

15. El art. 99 establece que a los 60 días posteriores a la declaratoria de adoptabilidad que remita el Juzgado Especializado, el expediente de adopción pasará al Comité de Selección y Asignación, el que seleccionará a la familia que mejor garantice el desarrollo integral de la niña, niño o adolescente sujeto a adopción, en el caso de adopción internacional; pero el art. 92 concede 45 días para que el comité seleccione a una familia nacional que garantice el desarrollo integral de la niñez y adolescencia. El tiempo que se le establece al comité para la selección de la familia de un estado de recepción se considera que es que una dilación innecesaria en el proceso los 15 días demás que tiene, se debe evitar cualquier dilación indebida.

16. En el art. 105, entre los documentos anexos a la solicitud de adopción se establece que el Juez Especializado pedirá a la OPA, el expediente administrativo en original, y dentro de la documentación que debe constar en

dicho expediente, existen varios documentos que ya presentó a su vez el apoderado.

17. El seguimiento post adoptivo es abusivo e invasivo de la intimidad familiar. Debido a la forma y al tiempo de ejecutarlo, el artículo 121 de Ley Especial de Adopciones establece el seguimiento post adoptivo nacional en el cual la OPA dará seguimiento a la situación de la niña, niño o adolescente adoptado a efecto de verificar la plena incorporación a su nuevo entorno familiar, social y cultural.

Este seguimiento se realizará cada cuatro meses por un periodo de 3 años; por lo que se considera que es demasiado el tiempo para el seguimiento post adoptivo.

El artículo 122 de la misma ley, expresa que el seguimiento post adoptivo en la familia internacional se realizara cada cuatro meses por un periodo de 3 años por lo que el Estado de recepción estará visitando a la familia para ver la si la niña, niño o adolescente se ha adaptado a su familia adoptiva, y al ambiente cultural, social, que lo rodea; se cree que es demasiado tiempo ya que un niño se adapta fácilmente a su al ambiente que lo rodea más si es tratado con amor y respeto.

3. Análisis sobre novedades de la ley especial de adopciones

Así como se ha observado que la presente ley en estudio contiene ciertas problemáticas también se deben de resaltar las novedades que esta trae consigo las cuales se detallarán a continuación:

1. La aptitud para adoptar vista en los artículos 6, 11 y 91 de la LEA en el cual expresan *“Adopción por parejas declaradas judicialmente convivientes. Hombre y mujeres así nacidos”*

2. El derecho que toda niña, niño y adolescente tiene de conocer sus orígenes, es decir, tienen derecho a conocer quiénes son su madre y padre biológicos. Este derecho de conocer sus orígenes es absolutamente irrenunciable e imprescriptible como lo señala el artículo 15 de la LEA.

3. El cambio de nombre propio a la niña, niño y adolescente, según el artículo 17 de la LEA, expresa que en sede judicial si lo desean, se podrá decretar el cambio del nombre propio de la persona que ha sido adoptada.

4. Licencia por adopción según el artículo 18 de la LEA; es una novedad en cuanto que las personas adoptantes gozarán de una licencia remunerada durante dieciséis semanas ininterrumpidas siempre y cuando la niña, niño y adolescente adoptado será menor de doce años de edad. Habrá excepciones con respecto a niñas, niños y adolescentes adoptados que sean mayor de los doce años de edad y será el Juez o Jueza competente quien determinará el goce de dicha licencia.

5. Una de las novedades de la LEA es cuando en su artículo 20 cita las prohibiciones de adopción entre hermanos, ya que esto si se permitiera da lugar a una confusión de parentescos reales.

6. Registro único de adopciones de niñas, niños y adolescentes y personas aptas para adoptar, es una novedad muy importante de la LEA ya que se regula en el artículo 25 el cual expresa que se creara el registro único de adopciones y este estará bajo la responsabilidad de la OPA, este registro deberá estar en actualización permanente con las resoluciones que declaran finalizado el proceso general de protección, resoluciones judiciales de adoptabilidad, informes que la OPA debe emitir de conformidad a la presente ley.

Así como se llevará el registro único de las niñas, niños y adolescentes también se llevará un registro único para las personas aptas para adoptar ya sean personas individuales, cónyuges o convivientes declarados. Estos registros únicos tendrán carácter confidencial y solo se permitirá acceder a ellos en el ejercicio de sus funciones la OPA, JENA y el Ministerio Público.

7. Ratificación del consentimiento según el artículo 31 de la LEA, podrá realizarse por medio de apoderado. En caso no comparecieren o no fueren localizados, se tomara en consideración los otorgados en sede administrativa como lo expresa el artículo 108 de la LEA.

8. Del derecho a opinar y ser escuchado de las hijas e hijos de los adoptantes como lo expresa el artículo 34 de la LEA, estos deberán manifestar su opinión en sede administrativa y en sede judicial a fin de ser valorada en el interés superior de la persona adoptada. Esta opinión de estos hijos e hijas deberá constar por escrito y debería agregarse como documento anexo a la solicitud de adopción.

9. Todo Estado contratante deberá asignar una Autoridad Central según lo expresa el artículo 6 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, así como también lo expresa la Guía de buenas prácticas en adopción N° 1. En el caso de El Salvador la autoridad es la Procuraduría General de la República como lo expresa el artículo 44 de la LEA, y este tiene una oficina especializada en materia de adopciones la cual es la Oficina para Adopciones conocida como OPA esta tiene como función principal recibir, tramitar y resolver administrativamente la solicitud de adopción de las niñas, niños y adolescentes, así como también los procesos o diligencias que sean necesarios no dejando de garantizar siempre el interés superior de estos, citado del artículo 45 de la LEA.

10. La Junta Directiva como lo expresa el artículo 48 de la LEA, se tendrá que reunir ordinariamente cada sesenta días y extraordinariamente cuando sea convocada por la persona titular de la Dirección Ejecutiva de la OPA.

11. El procedimiento para la adopción según el artículo 60 de la LEA; expresa que todas las notificaciones tendrán un plazo de 72 horas como máximo para su realización. Esta novedad en la LEA ayuda a que el proceso vaya sujeto a tiempos y evite su dilatación.

12. Declaratoria judicial de adoptabilidad artículo 62 de la LEA; se tramitarán como Diligencias de jurisdicción voluntaria artículo 66 de la LEA.

13. Decreto de adopción artículo 64 de la LEA, expresa que a presencia de la persona delegada de la Procuraduría General de la República resolverá lo conducente. Es otra persona distinta al procurador adscrito, y en su caso, al delegado para ratificar el consentimiento.

14. Derecho de acceso al expediente, artículo 71 de la LEA; consulta del expediente se dejará constancia en el mismo para efectos de tener por notificada cualquier resolución pronunciada.

15. Asesoría gratuita sobre procedimiento y documentación, artículo 72 de la LEA; en la OPA y Procuradurías auxiliares. Pueden publicarse en la web para mayor acceso.

16. Requerimientos como lo expresa el artículo 86: La OPA y Procuradurías Auxiliares pueden requerir a adoptantes, apoderados, instituciones públicas o privadas los requerimientos que consideren necesarios por ejemplo art. 31 JVPPs. Ejemplo: La designación y aceptación de la persona responsable de asumir el cuidado del adoptado en caso de urgencia. Este requerimiento no aparece en la LEA, ni aparecía en el CF, pero se exige en la OPA, tal como se advierte en el sitio oficial de la PGR en la web.

17. La adopción de la hija o hijo de cónyuge, según el artículo 116 de la LEA; se presenta directamente al JENA, no se somete a procedimiento administrativo. El consentimiento se debe de otorgar en la OPA o en escritura pública.

18. Las sanciones reguladas en el artículo 124 de la LEA, por el incumplimiento de plazos por parte de las y los funcionarios competentes. Esto es para evitar que el proceso se dilate.

19. Indemnización por incumplimiento de licencia por adopción, artículo 126 de la LEA, la persona empleadora que incumpla con la obligación de conceder la licencia por adopción deberá de indemnizar a la persona trabajadora con el equivalente a diez veces el salario que devenga. Esta indemnización será impuesta por el Juez o Jueza que conoció.

20. Los plazos establecidos en esta Ley según el artículo 128 de la LEA; ya sea en procedimiento administrativo como judicial se contarán en días corridos, excepto aquellos que se señale que se trate de días hábiles. Y su conteo será a partir del día siguiente de la notificación respectiva vencen en el último momento hábil del horario de oficina del día respectivo. En los casos donde no se ha establecido plazo para las actuaciones por parte de los funcionarios públicos se entenderá que el plazo a observar es de siete días hábiles.

4. La adoptabilidad de las niñas, niños y adolescentes desde la doctrina de la protección integral

La adopción es un tema de derecho de familia el cual involucra derechos humanos fundamentales y universales de niños, niñas y adolescentes, la institución de adopción desde la perspectiva de los Convenios y la Ley Especial de Adopciones, se aborda desde la doctrina de la protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, dicha doctrina garantiza

el respeto de sus derechos a través de la familia, la sociedad y el Estado, tal como se ha expuesto en el capítulo precedente.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, hace referencia a la adopción únicamente en tres de sus artículos:

Artículo 135.- Competencia

El CONNA es la máxima autoridad del Sistema de Protección Integral y entre las funciones que desempeña se encuentra el del literal 13:

Vigilar el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes sujetos a adopción.

Artículo 126.- Familia sustituta

El encargado de seleccionar las familias sustitutas es el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia según el artículo en mención.

La familia sustituta constituye una modalidad de acogimiento familiar y es aquella familia que no siendo la de origen, acoge en su seno a una niña, niño o adolescente asumiendo la responsabilidad de suministrarle protección, afecto, educación y por tanto, obligándose a su cuidado, protección y a prestarle asistencia material y moral. Esta medida deberá ser objeto de revisión cada seis meses, con el objeto de valorar la restitución de la niña, niño o adolescente a su familia de origen o para adoptar la medida más adecuada a su situación.

El juez competente calificará la idoneidad de la familia que desee servir como sustituta.

Las familias sustitutas deberán cumplir, como mínimo, con las condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien la aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

En el caso que la familia sustituta solicite la adopción de la niña, niño o adolescente acogido en el seno de la misma, siempre y cuando se reúnan los requisitos para su adopción, el tiempo que estos hayan convivido con la familia sustituta se tomará en cuenta para la contabilización del plazo establecido en el artículo 176 del Código de Familia.

Las familias sustitutas serán supervisadas por el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia. (Resaltado fuera de texto).

Artículo 128.- Opción para adoptar niños acogidos

Las personas que hayan sido responsables de una niña, niño o adolescente en acogimiento familiar, tendrán opción prioritaria para su adopción, siempre que cumplan con los requisitos legales y en respeto del interés superior.

Sin el ánimo de referirse al contenido de estas tres disposiciones normativas, que evidentemente requieren de un análisis teleológico, *”desde un enfoque de derechos, y cuyo resultado sin dudas, sería de un irrespeto a los derechos de la niñez y adolescencia, privilegiando una visión adulto-centrista, quiero abordar un aspecto que está íntimamente vinculado al tema de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes,”*³⁰⁵ quienes son considerados como sujetos de adopción, es decir, la “adoptabilidad”.

En el borrador del anteproyecto de la LEPINA de noviembre de 2007, se regulaba en el artículo 128, la adopción como una medida de protección definitiva a la niñez y la adolescencia. Al respecto se señalaba que *“la adopción es una institución de protección especialmente establecida en*

³⁰⁵Geraldine Alcira Figueroa de Álvarez, *Reflexiones pragmáticas sobre derecho de familia*, 7ª Ed, (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2013), 140.

consideración al interés superior de los niños, niñas y los adolescentes aptos para ser adoptados y que tiene por objeto proveerlos de una familia permanente y adecuada que asegure su bienestar y desarrollo integral”,³⁰⁶ ante la sociedad ahora en la actualidad la Ley Especial de Adopciones es la que garantiza la institución de adopción tiene como objeto principal la protección del interés superior de la niña, niño y adolescente además de ofrecerles una familia que velara por su bienestar.

En los artículos del 129 al 133 del borrador de la LEPINA, se establecían los siguientes aspectos: “Fundamento de la protección”, “Prohibición de lucro”, “Tipos de adopción”, “Adopción conjunta, individual y plena”, “Régimen jurídico aplicable a las adopciones”. Luego de realizar un análisis a las anteriores propuestas presentadas en el borrador, se llegó a la conclusión que las anteriores instituciones no eran lo suficientemente reguladas para adecuarlas de una forma armónica a la “Convención de La Haya sobre la Protección de la Niñez y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”. No obstante lo anterior, se había considerado como una figura de protección a la niña, niño y adolescencia aunque nunca llegó a su concretización.

El Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, el cual trata sobre la protección de la niñez y la cooperación en materia de adopción internacional,

³⁰⁶Ibíd., 145. En el decreto transitorio legislativo de fecha 6 de enero de 2011, mediante el que se le atribuyó al Instituto Salvadoreño para el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, -en adelante ISNA-, la facultad de dictar las medidas de protección contenidas en la LEPINA que son competencias de las inexistentes Juntas de Protección, a esa fecha, y mientras éstas no se creen y entren a funcionar, nada se menciona sobre la “adoptabilidad” de los niños, niñas y adolescentes. En la derogada Ley del ISNA, se contemplaba en su art. 53, que correspondía a ese Instituto la facultad de emitir resolución administrativa declarando, después de las investigaciones realizadas, la adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes que se encontraban en los supuestos enunciados en la normativa señalada, y que eran puestos a “disposición del señor Procurador General de la República”. Evidentemente esta disposición, desde todo punto de vista, obedecía al modelo tutelar de protección, pero en realidad, vulneraba los derechos de la niñez y adolescencia.

en el capítulo II denominado condiciones de las adopciones internacionales, establece en su artículo 4. a), requiere como un *“requisito sine quo non para el procedimiento de adopción,”*³⁰⁷ por lo que es necesario que *“las autoridades competentes del Estado de origen se han asegurado después de agotar todas las posibilidades, de que el niño es adoptable,”*³⁰⁸ esta normativa jurídica se refiere a la declaratoria judicial de adopción que deberá ser declarada por el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia luego de haberse realizado una investigación y estudios técnicos, todo esto enfocado en garantizar la protección de los derechos fundamentales de la niña, niño y adolescente, entre esos derechos se encuentra el derecho de opinión que tiene la niñez y adolescencia, todo ello en busca del cumplimiento del interés superior del niño.

En relación a las obligaciones a que se refiere el artículo 4 del Convenio de La Haya, que impone a la autoridad central del Estado de origen, se encuentran, los artículos 7, 8, 9, y 16 *“a) preparará un informe, que contenga información sobre la identidad del niño, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares;”*³⁰⁹ el literal a) de este último artículo, establece que la obligación de la autoridad central del Estado de origen es la preparación de un informe sobre la identidad, evolución personal, historial médico y la situación de adoptabilidad, del niño, niña o adolescente, *“que es*

³⁰⁷Figuroa, *Reflexiones pragmáticas*, 87.

³⁰⁸Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 4.

³⁰⁹Ibíd. 5. Así mismo continúan explicando los literales b) y d) del artículo 16 del Convenio de la Haya los cuales expresan en primer lugar el literal b) establece que el Estado de origen se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural; además el literal d) establece que, basándose especialmente en los informes relativos al niño y a los futuros padres adoptivos, la colocación previa obedece al interés superior del niño.

*muy diferente a la resolución de adoptabilidad,*³¹⁰ que declara el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia.

El Código de Familia, regulaba en su art. 182, los niños, niñas y adolescentes que podían ser “*sujetos de adopción.*”³¹¹ Disposición legal que al ser analizada, tiene un enfoque hacia la Doctrina de la Situación Irregular al establecer en su texto legal, la categoría de “*menores abandonados*”. En razón que se les veía a los niños, niñas y adolescentes como un objeto y no como sujetos de derechos a quienes se les debía proteger su interés superior.

El preámbulo del Convenio de La Haya hace referencia a un sistema de protección para toda niña, niño y adolescente en función de garantizar sus derechos cuando establece una serie de etapas en busca de la protección de la niñez y adolescencia, todo ello para asegurar el respeto a de sus derechos fundamentales, y primordialmente “*el derecho de vivir en el seno de una familia en un clima de felicidad, amor y comprensión.*”³¹² Así poder tener un completo desarrollo de sus facultades evolutivas.

En una primera etapa el niño, niña o adolescente ingresa al sistema de protección Integral, tal como lo establece el primer párrafo del Preámbulo del Convenio de la Haya, que: “*para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y*

³¹⁰ Figueroa, *Reflexiones pragmáticas*, 127.

³¹¹Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), artículo 182. Dicha normativa jurídica en su art. 192.1 requería anexar a la solicitud de adopción, la certificación de la resolución emitida por el ISNA en la que conste que el niño, la niña o adolescente ha sido considerado sujeto de adopción. Al haber sido derogada completamente la ley del ISNA, consideramos que este Instituto perdió su competencia para resolver sobre tan delicado aspecto de la “adoptabilidad” que involucra de forma directa los derechos de niñas, niños y adolescentes.

³¹²Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998).

*comprensión,*³¹³ tal principio analiza e identifica familias vulnerables que pudieran poner en un estado de riesgo los derechos de los niños, niñas y adolescentes, dejándolos en una situación de abandono, e incluso otra forma de vulnerar los derechos de la niñez y adolescencia es mediante las entregas directas que realizan los progenitores de las niñas, niño y adolescentes, y en *“consecuencia, el Estado por medio de políticas públicas, planes y programas debería atender a estas familias para su preservación”*³¹⁴ y así evitar la desintegración de la familia y la venta y tráfico de niños.

En una segunda etapa se encuentra la preservación de las familias, según lo establece el segundo párrafo del preámbulo de la Convención de La Haya *“Cada Estado debería tomar, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen,”*³¹⁵ mediante la creación de programas pertinentes y adecuados, los cuales tendrán como objeto principal incluir a las familias que sufren necesidades, en razón de la *“consecución de la reunificación familiar; de igual forma el Estado debe crear estrategias de acción mediante políticas públicas que permitan y garanticen que los niños, niñas y adolescentes permanezcan en sus familias.”* Para cumplir de forma satisfactoria lo expuesto en el párrafo segundo de la Convención de La Haya el Estado deberá utilizar todos los recursos necesarios para mantener al niño en su familia de origen.

Entre las medidas de protección temporales que establece la LEPINA se encuentran el acogimiento familiar, colocación familiar, y la familia sustituta, *además se encuentra “incluida la institucionalización como una medida de*

³¹³ibíd.

³¹⁴Figueroa, *Reflexiones pragmáticas*, 129.

³¹⁵Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998).

protección excepcional,”³¹⁶ las referidas medidas de protección constituyen la tercera fase dentro del sistema de protección y cuidados de la niña, niño y adolescente. Como última fase se encuentra la institución de la adopción, cuidando de que se respete el principio de la subsidiariedad de la adopción internacional.

Tal como lo establece la LEPINA en su artículo 124, la autoridad competente para dictar las medidas de protección temporales, es el Juez Especializado en Niñez y Adolescencia, además es la *“autoridad judicial a la que corresponde dar el debido seguimiento a las medidas de protección que deben propender, en todo caso, al reintegro del niño, niña o adolescente a su familia de origen o ampliada según convenga al interés superior de éstos.”*³¹⁷ Esto no será posible, cuando se esté frente un caso de filiación desconocida, en este caso en particular se podrá considerar la decisión de que la niña, niño o adolescente, son sujetos de adopción, por lo que se deberá pronunciar la resolución de adoptabilidad de forma inmediata.

4.1 Procedimiento de declaratoria judicial de adoptabilidad

En cuanto al procedimiento de declaratoria judicial de adoptabilidad de la niña, niño o adolescente, la Ley Especial de Adopción establece en su artículo 5 que *“la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia es la Funcionaria o el Funcionario competente para declarar la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente.”*³¹⁸ El procedimiento judicial de declaratoria de

³¹⁶Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 121.

³¹⁷Figueroa, *Reflexiones pragmáticas*, 125. Anteriormente al surgimiento de la LEPINA quien conocía en el proceso administrativo era el ISNA, conocía del proceso de adoptabilidad y era quien dictaba la resolución sobre la declaratoria de adoptabilidad, teniendo “el debido seguimiento y supervisión” de las medidas de protección de colocación en hogar sustituto y colocación institucional.

³¹⁸Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 5.

adoptabilidad inicia al momento que el adoptante o su apoderado presenta la solicitud y las diligencias para la declaratoria de adoptabilidad en la OPA, la cual deberá cumplir los “*requisitos de la demanda*”³¹⁹ que expresa el artículo 42 de la Ley Procesal de Familia.

Una vez recibidas las diligencias de adopción, expresa el artículo 66 de la LEA, que “*la persona Titular de la Procuraduría General de la República, deberá remitirlas dentro del plazo de siete días a la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia.*”³²⁰ El Juez Especializado verificara si la solicitud cumple los requisitos de la demanda, si los cumple la admitirá además examinara las diligencias que se anexaran a la solicitud. Recibida la solicitud y las diligencias el Juez Especializado “*procederá dentro de los quince días posteriores a su recepción a señalar audiencia de sentencia, en la cual de conformidad a las pruebas recibidas y a la investigación realizada por el equipo multidisciplinario, decretará la adoptabilidad o no de la niña, niño o adolescente.*”³²¹ Cuando el Juez declare la adoptabilidad de una niña, niño o adolescente deberá remitir certificación de dicha resolución a la OPA.

La resolución de adoptabilidad debe expresar todas las acciones posibles que se llevaron a cabo en “*procura de preservar al niño, niña o adolescente en su propia familia de origen o consanguínea, con el debido respeto de sus derechos, y debe aún más enfatizar de qué forma se garantiza el interés superior del niño, niña o adolescente al considerarlo adoptable.*”³²² Tal

³¹⁹Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), artículo 42. La solicitud que se presentara en la OPA deberá reunir los requisitos previstos para la demanda, en lo que fuere aplicable para la declaratoria de adoptabilidad de la niña, niño o adolescente. La OPA deberá remitirlas dentro del plazo de siete días a la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia, quien examinará las mismas, y procederá dentro de los quince días posteriores a su recepción a señalar audiencia de sentencia.

³²⁰Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 66.

³²¹Ibíd.

³²²Figueroa, *Reflexiones pragmáticas sobre derecho de familia*, 130.

resolución es dictada por Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia quien es el único funcionario competente para hacerlo según el artículo 5 de la Ley Especial de Adopciones.

En este sentido se considera que existe deficiencia jurídica en la regulación de la Ley Especial de Adopciones, en razón a la declaratoria de adoptabilidad, debido que existe contradicción entre el artículo 5, 7 y 66 de la ley, el art. 5 se expresa que *“la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia, es la funcionaria o el funcionario competente para declarar la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente, previa la aprobación del procedimiento administrativo, según el art. 7.”*³²³ Cuando en realidad la Procuraduría solo trabaja con la idoneidad de los adoptantes en razón que la ley no establece el procedimiento administrativo para la adoptabilidad el cual desarrollaría la OPA.

En la Ley Especial de Adopciones existen vacíos, en razón que el artículo 66 establece que las diligencias de declaratoria de adoptabilidad se presentan ante la OPA, pero no expresa quienes presentan las diligencias; como una segunda observación el artículo 87 de la misma Ley regula que la OPA conocerá en el proceso administrativo y tendrá la *“obligación de informar a los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia inmediatamente concluido el procedimiento administrativo con la autorización de adopción.”*³²⁴ Existe contradicción entre este artículo y el artículo 66 de la misma regulación jurídica por el motivo que la OPA deberá remitir las diligencias al Juez Especializado Niñez y Adolescencia en el plazo de 7 días, quien examinará las misma y procederá dentro de los 15 días a celebrar audiencia de sentencia, este artículo deja claro que la OPA no realiza ningún procedimiento administrativo de adoptabilidad.

³²³Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 5.

³²⁴Ibíd. Artículo 87.

Además como ya se pudo observar al inicio la LEA establece en el contenido del artículo 5 amarrado con el 66 hacen depender la declaratoria de adoptabilidad a la existencia cierta de una petición concreta de parte del apoderado del adoptante que tiene el deseo de adoptar a una niña, niño o adolescente. Piénsese por ejemplo en el caso de un niño con discapacidades, ya sea visual, auditiva, del habla o con algún síndrome. Ellos no son tomados en cuenta en el programa de adopción porque se tiene la idea errónea que a nadie le interesa adoptarlos, estos niños necesitan una familia la cual les proteja su interés superior, pero como no hay una petición concreta de una familia o persona individual interesada en adoptar a un niño con estas condiciones especiales, de acuerdo a la LEA no se declarará adoptable sino existe una petición en concreto de adoptabilidad, cuando por estricto sentido a la protección de los derechos de la niñez, todo niño, niña y adolescente privados de su derecho a vivir en familia, deberán ser declarados adoptables porque tiene el derecho de pertenecer y crecer dentro del seno de una familia que lo ame y lo proteja.

Cuando se encuentra con estas dos normativas se puede notar que lo que se está realizando es una vulneración al derecho que posee toda niña, niño y adolescente necesitado de una familia, en razón que las dos normativas anteriores están obligando a la existencia de una presentación de solicitud de adoptabilidad de parte del apoderado del adoptante, cuando en realidad toda niña, niño y adolescente vulnerado en su derecho de vivir en el seno de una familia deberá ser declarado adoptable por la autoridad correspondiente.

Como ya se mencionó, que toda niña, niño o adolescente tiene el derecho de crecer en una familia y debe ser decretado adoptable, no importando que no exista una petición realizada a su favor plasmada en una solicitud, es ahí en donde debe entrar el Estado mediante la OPA para promover las adopciones de niños y adolescentes que poseen algún tipo de discapacidad.

Aunando más los artículo 5 y 7 a generar más confusión en razón que existe contradicción entre estos artículos, el primero expresa que el Juez Especializado de Niñez y Adolescencia es el Funcionario competente para “*declarar la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente,*”³²⁵ y el segundo artículo establece que será previa a la aprobación que realiza la “*Procuradora General de la República quien es la Funcionaria facultada para aprobar el procedimiento en la fase administrativa*”³²⁶ y el artículo 66 de la Ley Especial de Adopciones establece que la OPA solo recibirá las diligencias para la declaratoria de adoptabilidad y se las deberá transmitir al Juez Especializado, lo que queda claro que la OPA no realiza ningún procedimiento administrativo en relación a la adoptabilidad, sino que lastimosamente se convierte en una “pasa papeles”.

Al decretar el Juez Especializado la adoptabilidad de las niñas, niños o adolescentes, se debería de estipular que uno de los efectos inmediatos de la declaratoria de adoptabilidad fuera la extinción de la autoridad parental, “*consecuencia lógica si se toma en cuenta que frente a los derechos de los progenitores se anteponen los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es decir, los derechos de los hijos e hijas.*”³²⁷ La responsabilidad parental de los progenitores debe ser ejercida en función de proteger y garantizar de manera integral los derechos de la niñez y adolescencia.

4.2 Derecho comparado

Se realiza una comparación de la Ley Especial de Adopciones, en relación al marco jurídico sobre la declaratoria de adoptabilidad con otros países latinoamericanos, en los cuales a través de sus respectivas normas jurídicas expresan que no en todos los países la declaratoria de adoptabilidad es

³²⁵Ibíd. Artículo 5.

³²⁶Ibíd. Artículo 7.

³²⁷Ibíd.

decretada mediante un Juez sino que también en algunos países es declarada mediante un proceso administrativo.

4.2.1. Colombia

En otras legislaciones latinoamericanas, como Colombia la autoridad competente para resolver sobre la declaratoria de adoptabilidad, es la autoridad administrativa, en la Ley 1098 de diciembre de 2006, el Código de la Infancia y Adolescencia, en su art. 82.14 establece que *“corresponde al Defensor de Familia declarar la situación de adoptabilidad en la que se encuentre el niño, la niña o adolescente”*;³²⁸ y lo recalca en su art. 98 inciso segundo cuando expresamente señala que *“la declaratoria de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, corresponde exclusivamente al Defensor de Familia”*.³²⁹ No obstante a las disposiciones legales anteriormente mencionadas, existe la posibilidad del control judicial de la decisión administrativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 108 del mismo Código que señala:

4.2.1.1. Homologación de la declaratoria de adoptabilidad

“Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el párrafo primero del artículo anterior, el defensor de familia deberá remitir el expediente al juez de familia para su homologación”.³³⁰ Esta resolución tiene por efecto dar por terminada la patria potestad de los progenitores, cuando estos no procuran el bienestar y la protección integral de la niña, niño y adolescente. La autoridad parental debe de ejercerse en función de la protección integral de los derechos de la niñez

³²⁸Ley 1098 Código de la Infancia y Adolescencia (Bogotá: D. C., 2006), artículo 82.14.

³²⁹Ibíd., artículo 98.

³³⁰Ibíd.

y adolescencia (hijas e hijos), dejando de esta forma atrás la noción de que los derechos de los progenitores prevalecen sobre los derechos de la niña, niño y adolescente.

El modelo jurídico colombiano, en razón de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, no encaja con la normativa jurídica de El Salvador, en razón de que las medidas de protección todas son dictadas por la autoridad administrativa (el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-) por lo que la autoridad administrativa, tiene el seguimiento y supervisión de las mismas. En El Salvador, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, no se le ha brindado autoridad a las Juntas de Protección para dictar medidas de protección de *“acogimiento familiar o institucional,”*³³¹ en razón que son *“medidas judiciales de protección,”*³³² por lo que los Jueces Especializados de la Niñez y adolescencia son los competentes para dictarlas.

4.2.2. Argentina

Seguidamente se realiza un estudio en la legislación Argentina sobre el procedimiento de adoptabilidad, en la cual la autoridad competente para resolver sobre la declaratoria de adoptabilidad es la autoridad administrativa, en la Ley n.º 26.994, el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 607 literal c) en el supuesto que las *“medidas excepcionales a que el niño, niña y adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada no ha dado resultado en un plazo de 180 días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña y adolescente que tomó la decisión debe*

³³¹Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 126.

³³²Ibíd.

*dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad.*³³³ La resolución dictada debe ser comunicada al juez interviniente en el plazo de veinticuatro horas.

La autoridad administrativa conoce, sobre el procedimiento de declaración de adoptabilidad de niños entregados en adopción por sus padres, la referida autoridad deberá cerciorarse si los “*progenitores son menores de edad o mayores*”³³⁴, dado el caso que cuando se realiza una adopción por progenitores menores de edad, se requiere el asentimiento de unos de los titulares de la responsabilidad parental del adolescente, esto según el artículo 644 inciso 3 del Código Civil y Comercial de Argentina.

El mencionado artículo establece que el “*El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.*”³³⁵ El juez en todo momento deberá garantizar la protección del interés superior de la niña, niño y adolescente y su desarrollo integral.

³³³Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina: Congreso de la Nación, 2015), Se puede consultar en la siguiente dirección:

http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

³³⁴Ibíd., artículo 644. En el supuesto de que la madre decida entregar a su hijo en adopción, su decisión solo puede ser tomada después de los 45 días de nacido el niño; en este caso, se debe aclarar que el plazo mencionado coincide con la etapa de puerperio de la mujer.

³³⁵Ibíd. El Código Civil y Comercial no ha determinado un plazo para lograr este asentimiento, pero por conexión es el plazo 180 días que estipula el artículo 607, dentro de los cuales se deberán tratar de agotar las medidas tendientes a que el niño o niña permanezca en su familia de origen o ampliada, o se deberá lograr el asentimiento de quien dependa la responsabilidad parental del progenitor adolescente que quiere dar a su hija o hijo en adopción.

En un caso específico en donde la madre adolescente decida entregar su hijo en adopción, la autoridad administrativa deberá obtener el asentimiento de al menos uno de los padres de la madre adolescente, para completar su consentimiento, en razón que la legislación argentina no ha considerado a los padres menos de edad, absolutamente capaces para entregar a sus hijos en adopción sin el asentimiento de quienes ejercen la autoridad parental sobre ellos. Cabe señalar que el juez en estos casos sólo decide sobre la posibilidad de que la autoridad administrativa dicte la declaración administrativa de adoptabilidad, pero no sobre la declaratoria judicial de adoptabilidad lo cual constituye pérdida de tiempo.

La declaratoria de adoptabilidad en un primer momento se decretada mediante un procedimiento administrativo en donde se *“dictamine sobre si el niño, niña o adolescente se encuentra en estado de adoptabilidad.”*³³⁶ Luego se elevan las actuaciones para que un Juez lo vuelva a declarar en igual estado, por lo que no se trata de una revisión o aprobación del procedimiento administrativo sino que de realizar un nuevo procedimiento en sede judicial.

La declaratoria judicial de adoptabilidad se encuentra regulada en el art. 609 del Código de Comercio, el cual expresa: *“que el juez competente en el juicio de la declaración judicial de adoptabilidad es el mismo que ejerció el control de la legalidad de las medidas excepcionales.”*³³⁷ Cabe señalar que cuando no existan medidas excepcionales, no será competente dicho juez según lo establece el artículo 716 del Código Civil y Comercial, el cual estipula que *“en los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del*

³³⁶Ibíd., artículo 646.

³³⁷Ibíd., artículo 716.

*lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.*³³⁸En beneficio de los derechos de la niñez y adolescencia.

A forma de ejemplo menciona la ley Ley 14528 en relación a lo establecido en el artículo anterior, es competente para conocer en el proceso de la declaratoria judicial de adoptabilidad es el *“juez de familia del domicilio donde el niño, niña o adolescente resida habitualmente. Para el caso que se desconozca dicho domicilio será competente el del lugar en que se encuentre el niño, niña o adolescente, o el del Juez de Familia donde se hubiesen tomado las primeras medidas de protección.”*³³⁹ Seguidamente el artículo 7 estipula la duración del proceso de declaración judicial de declaración de adoptabilidad el cual tendrá una duración máxima de seis meses.

El modelo jurídico de argentina, en razón de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, no es totalmente semejante con la normativa jurídica de El Salvador, en razón de que la declaratoria de adoptabilidad y medidas de excepcionales de protección son dictadas por el Juez de Familia y es el quien tiene el seguimiento y supervisión de las mismas. En El Salvador, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 122 le brinda a los Jueces Especializados de la Niñez y Adolescencia, la autoridad para dictar medidas de protección de *“acogimiento familiar o institucional.”*³⁴⁰ La Ley Especial de Adopciones en su artículo 5 estipula que la autoridad

³³⁸Ibíd.

³³⁹Ley 14528 (Argentina: Congreso argentino, 1997), artículo 630.El artículo 9 inciso primero, referido a la imposibilidad de identificación de padres o familiares. Audiencia. Medidas de protección. Si al vencimiento de los plazos no se pudiese identificar a los padres, o no se hallasen familiares o referentes afectivos del niño, se dejará debida constancia de ello en el expediente y, previa audiencia con el niño, niña o adolescente y notificación al Ministerio Público Fiscal, el Juez procederá a la declaración de la situación de adoptabilidad.

³⁴⁰Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), artículo 122.

competente para declarar la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente es la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia.

4.2.3. Chile

En la Legislación de Chile la autoridad competente para conocer sobre la declaratoria de adoptabilidad es la autoridad judicial, en razón que da inicio antes el juez competente según lo regula el artículo 13 de la Ley -19620 Normas sobre la Adopción de Menores, en la cual se establece que el *“procedimiento que tenga por objeto declarar que un menor es susceptible de ser adoptado, se iniciará de oficio por el juez, a solicitud del Servicio Nacional de Menores o a instancia de las personas naturales o jurídicas que lo tengan a su cargo. Cuando el procedimiento se inicie por instituciones públicas o privadas que tuvieren a su cargo al menor, la solicitud deberá ser presentada por sus respectivos directores.”*³⁴¹ Luego de ser recibida la solicitud, el juez mandará a realizar las respectivas citaciones a los ascendientes.

Tal como lo expresa el artículo 14 de la Ley -19620 Normas sobre la Adopción de Menores, en la que establece que luego de *“recibida la solicitud precedente, el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada, para que concurran a la audiencia preparatoria a exponer lo que sea conveniente a los intereses de aquél, pudiendo oponerse a la solicitud, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado.”*³⁴² Asimismo, deberá ser citado el niño, niña y adolescente quien es susceptible de ser adoptado.

³⁴¹Ley -19620 Normas sobre la Adopción de Menores (Chile: Ministerio de Justicia, 1999), artículo 13.

³⁴²Ibíd.

El artículo 15 de la Ley -19620 Normas sobre la Adopción de menores, establece que *“El juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él. Y si no se dedujere oposición y se contare con los antecedentes de prueba suficientes para formarse convicción, el tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria.”* La misma normativa establece que cuando el proceso de inicio a petición de personas naturales estas deberán agregar a la solicitud el informe de idoneidad.

En la legislación Chilena como ya se mencionó anteriormente la autoridad competente para resolver sobre el procedimiento de declaratoria de adoptabilidad es la autoridad judicial según establece el artículo 15 de la Ley -19620 Normas sobre la Adopción de Menores, que *“el juez resolverá acerca de la veracidad de los hechos y circunstancias que se invocan para solicitar la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado, en especial la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del mismo en su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él. Si no se dedujere oposición y se contare con los antecedentes de prueba suficientes para formarse convicción, el tribunal dictará sentencia en la audiencia preparatoria.”*³⁴³ Decretando así la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente.

La Ley de Adopciones de Chile en el artículo 17 da el derecho de interponer recurso de apelación contra la sentencia que declare a la niña, niño y adolescente susceptible de ser adoptado o la que deniegue esa declaración, procederá el mencionado recurso en el solo efecto devolutivo.

³⁴³ *Ibíd.*, artículo 14.

La normativa jurídica respecto a la adopción en Chile y a la protección jurídica de los derechos de la niñez y adolescencia, no tiene semejanza con la normativa jurídica de El Salvador, en razón que en la legislación de Chilena a un no reconoce a la niña, niño y adolescente como sujeto de derechos, sino como objeto al utilizar la frase “menor” ve al niño como objeto y no como sujeto. Además la solicitud de la declaratoria de adoptabilidad se presenta directamente ante el Juez competente, con su respectiva documentación y es el mismo Juez quien dicta la sentencia de declaratoria de adoptabilidad. En El Salvador la Ley Especial de Adopción, en primer lugar toma de parámetro la Doctrina de Protección de la niña, niño y adolescente, en esta doctrina se les ve como sujetos de derechos.

En cuanto al trámite de declaratoria de adoptabilidad en Chile, puede iniciar de tres formas distintas en un primer caso puede iniciar de oficio, en un segundo momento mediante solicitud del Servicio Nacional de Menores, o mediante el apoderado del adoptante o los adoptantes presentan directamente la solicitud ante el Juez de Familia, según lo estipula el artículo 13 de la Ley -19620, el apoderado deberá presentar de forma anexa a la solicitud el informe de idoneidad, luego de ello el Juez citara a los ascendientes del niño o adolescente susceptible de ser adoptado a rendir su consentimiento en la audiencia preparatoria es en esta audiencia que el Juez declara la adoptabilidad del niño o adolescente susceptible de ser adoptado. En cuanto al procedimiento judicial de declaratoria de adoptabilidad en El Salvador el tramite inicia con la presentación de la solicitud de declaratoria de adoptabilidad mediante el apoderando ante la OPA.

Seguidamente la OPA luego de haber recibido la solicitud y las diligencias presentadas por el apoderado del adoptante, tiene 7 días para remitirlas al Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia, quien las examinara y

señalara *“audiencia de sentencia 15 días posteriores a su recepción,”*³⁴⁴ en donde desfilará la prueba pertinente y la investigación realizada por el equipo multidisciplinario. El artículo 5 de la Ley Especial de Adopción establece que el funcionario competente para decretar la adoptabilidad de un niño o adolescente susceptible de ser adoptado es el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia mediante sentencia judicial, a diferencia en El Salvador como ya se expresó la solicitud el apoderado no la presenta directamente ante el Juzgado Especializado sino que ante la OPA y en Chile la solicitud se presenta directamente ante el Juez de Familia.

5. La Idoneidad

*“La idoneidad es la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”*³⁴⁵

*“La adopción responde a una necesidad de la niñez y adolescencia en estado de abandono de ser protegidos de obtener cuidados, de ser queridos y educados por unos adultos que se constituyen en sus padres de una forma legítima y legal”*³⁴⁶. La adopción es un acto social y público en el que una niña, niño o adolescente tutelado por una administración pasa a ser hijo de una familia. Esta administración tiene la responsabilidad de cuidar y proteger a las niñas, niños y adolescentes que tutela y en consecuencia tiene también

³⁴⁴Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 66. Ya se expresó anteriormente en el país de Chile se celebra audiencia preparatoria en la cual se decreta la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente, mientras en El Salvador es el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia quien decreta la adoptabilidad en la audiencia de sentencia una similitud que existe es que en ambos países se puede apelar de la resolución que decreta la adoptabilidad del niño o adolescente, o la deniegue.

³⁴⁵Ley 54/2007, Adopción Internacional (España: de 28 de diciembre).

³⁴⁶Elena Ricart et al., *Adopción y Vínculo Familiar* (Argentina: Herder, 2012), 45.

que velar por que los solicitantes de una adopción reúnan las capacidades necesarias para ejercer su parentalidad adoptiva.

Se considera que la idoneidad es una medida de protección hacia la niña, niño y adolescente y sus derechos a tener una familia que le ayude a crecer y desarrollarse en su identidad, una familia que se ocupe de ellos. Se trata por tanto, de una medida encaminada a evitar en lo posible la adopción de la niñez y adolescencia por parte de personas que no garantizarían su seguridad o su adecuada evolución.

Pero esta no es la única razón que justifica la existencia de un proceso de idoneidad. La niña, niño y adolescente en situación de ser adoptado ha sufrido en su vida pérdidas y carencia importantes que pueden haberle dejado secuelas más o menos profundas. *La idoneidad debería valorar la adecuación o no de los solicitantes para ahijarse un niño que ha sufrido la pérdida de sus padres biológicos y que tiene una historia previa.*³⁴⁷ Necesita una familia que pueda aceptar y respetar esta diferencia y entender la complejidad emocional que estos hechos influyen para el niño. Solo así podrá reparar y rehacerse de los daños vividos y sentirse de verdad hijo.

Todas estas circunstancias que van ligadas a la adopción son bien diferentes de las de la familia biológica y condicionan por tanto el procedimiento para llegar a la parentalidad adoptiva. *El objeto central de la valoración es que las personas que soliciten una adopción tengan un proyecto adoptivo que vaya a favor del crecimiento y bienestar de todos los miembros de la familia y que prevengan así los factores de riesgo*³⁴⁸. No se trata de buscar a los padres ideales ya que no existen ni biológicos ni adoptivos y por lo tanto tampoco se

³⁴⁷Ibíd.

³⁴⁸Jesús Palacios, *Intervenciones Profesionales en Adopción Internacional: Valoración de Idoneidad, asignación de menores a familias y seguimiento pos adoptivo* (Sevilla: MEPSYD, 2007), 45.

trata de encontrar un modelo de familia determinado. Al contrario es importante estar abierto a los diferentes estilos de funcionamiento familiar que hay en la sociedad y que son suficientemente válidos para atender las necesidades de los adoptados.

Los profesionales que realizan esta tarea, que en ocasiones son profesionales particulares y otras forman parte de un equipo multidisciplinario de ciertas entidades públicas, tienen que revisar sus propios prejuicios para evitar ver con malos ojos aquello que personalmente no les es familiar o no corresponde a la manera de vivir de estos. Pero que si en cambio es necesario detectar aquellas situaciones que por distintas razones sociales, personales, laborales o económicas, pueden constituir un riesgo para la salud mental y bienestar general de la niña, niño y adolescente adoptado y de toda la familia, lo que conllevaría el consiguiente sufrimiento para todos.

A la vez el proceso de valoración también debe ser honesto y transparente para que garantice los derechos de los solicitantes. Es importante crear un clima de acogimiento, respeto y seriedad, y que los profesionales puedan empatizar con los sentimientos que les embargan. *Muchos de ellos llegan a la idoneidad con grandes expectativas y temores, quizás es la única posibilidad que tienen de constituirse en padres después de una serie de procesos médicos en busca de la fertilidad.*³⁴⁹ Lógicamente están inquietos por si podrán cumplirse sus deseos. Pueden reaccionar con inhibición, reserva, enfado y también miedo. Se encuentran frente a personas desconocidas que evaluarán su situación.

Inmersos en estas emociones pueden mostrar en un primer momento aquello más inadecuado de sí mismos, aquello menos resuelto y más defensivo. *La tarea de los profesionales conscientes de todo ello, ser facilitadores de la*

³⁴⁹Ricart. et al., *Adopción y Vínculo Familiar*, 46.

*comunicación y el intercambio para ayudar a los solicitantes a expresarse y mostrarse de una forma más completa, de modo que puedan detectarse no solo los aspectos más defensivos de su personalidad, sino sobre todos sus recursos, cualidades y capacidades emocionales.*³⁵⁰ Esta perspectiva es más justa con los solicitantes y está más cerca de lo que son como personas. A la vez los profesionales tienen una tarea pedagógica e informativa la cual es ayudar a pensar y a reflexionar acerca de la realidad de la niña, niño y adolescente, de las reacciones que puede tener en el proceso de adaptación a la familia y acerca del proceso emocional que deberá realizar para aceptar y elaborar sus orígenes diferentes. Teniendo en cuenta que la motivación para adoptar debe contemplar y permitir asumir la parentalidad adoptiva con responsabilidad y compromiso emocional.

Los solicitantes de una adopción deben reunir condiciones suficientes, que constituyan su idoneidad, para adoptar a una niña, niño o adolescente ya sea que se trate de adopción nacional o internacional. Los criterios o condiciones de idoneidad que se considera que deben reunirse ya sea nacional o internacionalmente son en primer lugar el saber *la motivación para la adopción, es decir, lo que ha llevado al solicitante a tomar su decisión, y valorar si hay un verdadero deseo de paternidad y / o maternidad con el consecuente ejercicio de las funciones parentales.*³⁵¹ Se trata de valorar si la niña, niño o adolescente ocupará el lugar que le corresponde, de hijo, con reconocimiento y atención a sus necesidades particulares, o si, de forma inconsciente, se le va a pedir en cambio que ejerza la función de llenar vacíos y necesidades de los adultos.

Es muy importante que *los solicitantes gocen de una suficiente salud mental, que hayan podido desarrollar una vida autónoma e independiente y que*

³⁵⁰Ibíd.

³⁵¹Ibíd., 48.

*tengan una personalidad con un predominio sano y equilibrado.*³⁵² Se trata de garantizar capacidades emocionales y educativas para la crianza de la niña, niño o adolescente, que incluyan cierta tolerancia a la frustración y a lo desconocido, ya que estos lo vivirán de entrada y tendrá reacciones sorprendentes que pueden frustrar a los padres en sus expectativas de trato en algunos momentos de su vida en común.

Es importante también que *los adoptantes mantengan una salud estable fuera de enfermedades graves de riesgo para la vida*³⁵³ ya que se trata de garantizar que la niña niño o adolescente no sufra una nueva pérdida afectiva demasiado rápido, ni tenga que *hacerse cargo de las limitaciones físicas de los padres a una edad muy temprana y en unas condiciones psíquicas aun precarias, ligadas a su historia previa*³⁵⁴. Una niña, niño y adolescente que llega con graves carencias necesita de unos padres con un mínimo de condiciones que le permitan reparar lo que ha vivido.

Cuando los adoptantes son una pareja debe de existir entre ambos *un vínculo sano y amoroso en el que no predominen las colusiones patológicas que podrían perjudicar gravemente tanto su propio desarrollo como padres como el de los hijos que viviesen en la familia.*³⁵⁵ Es necesario que la decisión de adoptar sea compartida y asumida por los dos miembros de la pareja con el mismo grado de responsabilidad y compromiso. Si se tratare de que los adoptantes ya tengan hijos biológicos, es necesario que las relaciones familiares tengan una base sana y adecuada a las necesidades de los niños.

³⁵²Palacios, *Intervenciones Profesionales en Adopción Internacional*, 50.

³⁵³Ricart et al., *Adopción y Vínculo Familiar*, 47.

³⁵⁴Ibíd., 50.

³⁵⁵Palacios, *Intervenciones Profesionales en Adopción Internacional*, 49.

Es de manera indispensable que los adoptantes para obtener una declaración de idoneidad requieran buenas condiciones personales, sociales, laborales y económicas que garanticen la adecuada atención a las necesidades que la niña, niño o adolescente adoptado y su integración en la sociedad. Se tiene que conocer la realidad de la adopción, respetar y aceptar los orígenes diferentes de la niña, niño o adolescente adoptado y tener una comprensión tanto de sus necesidades específicas, para poder acogerlo con suficiente empatía y flexibilidad como de sus capacidades emocionales y educativas con lo que se garantiza un excelente crecimiento y evolución. Garantizar un proceso honesto y transparente, respetando los derechos de la niñez y adolescencia tal como están contemplado en el Convenio de la Haya relacionado a materia de adopción internacional.

La declaratoria de aptitud para adoptar según el artículo 55 de la LEA “*es una resolución emitida por la persona titular de la Dirección Ejecutiva de la OPA en base al contenido de los estudios psicosociales, a efecto de calificar a la persona o personas solicitantes como familia apta para adoptar*”³⁵⁶ Esta resolución de aptitud para adoptar como bien se expresa en el artículo citado tiene que estar motivada en ciertos puntos para así declarar apto o no apto al solicitante para adoptar, esta resolución se emitirá dentro de un plazo determinado por la LEA según el artículo 91 expresa que “*...en el plazo de treinta días se emitirá la resolución declarando la aptitud o no para la adopción...*”³⁵⁷ Esta declaración puede ser individual o conjunta; según regula en la LEA en su artículo 6 el competente para declararla es La Directora o Director Ejecutivo de la Oficina para Adopciones en adelante OPA. Así se relaciona también el artículo 45 el cual expresa que la Oficina para Adopciones es “*es una oficina especializada de la Procuraduría*

³⁵⁶Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 55.

³⁵⁷Ibíd. Artículo 91.

General de la República con autonomía técnica. Tiene como función principal recibir, tramitar y resolver administrativamente la solicitud de adopción de niñas, niños y adolescentes, así como de los procesos o diligencias que sean necesarios para tal fin, garantizando su interés superior.”³⁵⁸

En El Salvador se llevará un Registro Único según lo expresa el artículo 25 LEA *“Se crea el Registro Único de Adopciones de niñas, niños y adolescentes, y personas aptas para la adopción, el cual estará bajo la responsabilidad de la OPA...”³⁵⁹* Este registro deberá permanecer en constante actualización y los informes que la OPA deberá de emitir según la ley deberán ser brindados cada tres meses los cuales conforme a ley deberán de tener los datos necesarios, tanto de adoptados como adoptantes. El Registro Único también como expresa el artículo antes mencionado *“deberá llevar un Registro Único de personas individuales, cónyuges o convivientes declarados, calificados como aptas para la adopción”³⁶⁰* Este Registro Único tendrá estrictamente un carácter confidencial al cual solo podrán acceder las personas específicas que establece dicha ley.

El Salvador así como otros países que trabajan la adopción tanto nacional como internacional regulan ciertos requisitos generales y especiales para las personas adoptantes. En la LEA en su artículo 38 detalla cuales son los requisitos generales para las personas adoptantes, requisitos que se aplican a la adopción nacional; así como en su artículo 39 detalla los requisitos especiales para personas adoptantes extranjeras o no residentes en el país.

³⁵⁸Ibíd. Artículo 45.

³⁵⁹Ibíd. Artículo 25.

³⁶⁰Ibíd.

Como se mencionaba anteriormente se necesita para obtener un certificado de idoneidad ciertos estudios técnicos los cuales la LEA los regula en su artículo 40 para solicitantes extranjeros, así como en su artículo 90 de la misma ley en mención regula los estudios técnicos para solicitantes nacionales. Un punto muy importante que la LEA regula es sobre la diferencia de edad que debe de existir entre el adoptado y el adoptante lo cual se encuentra en el artículo 42 y este cita *“la persona adoptante debe ser por lo menos quince años mayor que la persona adoptada y no podrá exceder en más de cuarenta y cinco años la edad de la misma...”*³⁶¹ Pero en el mismo artículo hace la excepción de la edad atendiendo esta al interés superior de la niña, niño o adolescente adoptado, en el inciso tres *“Quedará a criterio de la autoridad judicial competente la asignación de personas solicitantes que excedan el rango de edad establecido, para lo que se tomarán en cuenta los principios de la adopción y en ningún caso podrá exceder en más de cincuenta años a la edad de la persona adoptada.”*³⁶² Es así como se aclara la excepción.

Los criterios técnicos para que las personas que quieren adoptar califiquen los establece la Junta directiva de la OPA el cual en el artículo 49 literal “h” expresa claramente una de sus atribuciones la cual es *“Establecer criterios técnicos para la calificación de la persona o las personas que pretenden adoptar, así como para la asignación de la familia idónea a las niñas, niños o adolescentes sujetos de adopción”*³⁶³. Es así como se establece que El Salvador se interesa profundamente por el interés superior de estas niñas, niños y adolescentes que serán adoptados.

³⁶¹Ibíd. Artículo 42.

³⁶²Ibíd.

³⁶³Ibíd. Artículo 49.

*La exigencia de la idoneidad es relativamente reciente*³⁶⁴. Se ha afirmado que su obligatoriedad deriva de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, si bien este importantísimo convenio multilateral de carácter universal, que han ratificado gran parte de los países del mundo, regula en su artículo 21 la adopción sin mencionar de forma específica esta responsabilidad estatal, que podría deducirse, no obstante de la exigencia genérica de que en la adopción el interés superior del niño sea la consideración primordial.

Es sin embargo el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, el que alude de forma precisa a esta necesidad en sus artículos 5 y 15.

6. Organismos Acreditados

Los Organismo acreditados son una agencia de adopción que ha tenido que pasar por un proceso de acreditación de conformidad como lo expresa el artículo 10 de la Convención de La Haya el cual cita “*Solo pueden obtener y conservar la acreditación los organismos que demuestren su aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudieran confiárseles*”³⁶⁵. Los organismos acreditados cumplen cualquier criterio adicional para la acreditación impuestos por el país que emite la acreditación, y que ejerce ciertas funciones del Convenio en lugar de o conjuntamente con la Autoridad Central.

El Convenio de la Haya impone requisitos básicos para guiar el proceso de acreditación estos organismos acreditados deberán cumplir ciertos requisitos

³⁶⁴Salomé Adroher Biosca, *Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español* (Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1997), 78.

³⁶⁵Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 10.

para obtener y conservar su acreditación, como ya me menciono anteriormente en el artículo 10, debe demostrar aptitud para cumplir correctamente las funciones que a este se le asignen, así también el convenio en su artículo 11 nos expresa otra serie de requisitos que los organismos acreditados deben cumplir entre los cuales cita “*perseguir únicamente fines no lucrativos; ser dirigidos y administrados por personas cualificadas por su integridad moral y por su formación o experiencia de trabajo en el ámbito de la adopción internacional; estar sometidos al control de las autoridades competentes en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera;*”. Cabe mencionar que el artículo 32 expresa que “*los directores y administradores y empleados de los organismos acreditados no deben recibir remuneraciones desproporcionadas en relación con los servicios prestados*”.³⁶⁶

En muchos países los organismos acreditados ejercerán las funciones de las Autoridades Centrales en los procedimientos concretos de adopción conforme al Convenio. El Convenio fortaleciendo el interés superior de las niñas, niños y adolescentes garantiza el proceso de acreditación de estos organismos para trabajar en la materia de adopciones internacionales esto fortalece y protege a las niñas, niños y adolescentes en adopción.

La existencia y la permisibilidad de los Organismos acreditados a ejercer las funciones de protección de la niña, niño y adolescente en un Estado es asunto de política de cada Estado. “*Un organismo acreditado en un Estado contratante solo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados*”³⁶⁷. Es decir, que el Estado que concede la acreditación y el Estado donde ejercen sus funciones. Se espera que los organismos sean indispensablemente con altos

³⁶⁶Ibíd. Artículo 32.

³⁶⁷Ibíd.

estándares profesionales y éticos más elevados ya que se espera que estos cumplan con los principios del Convenio y que estos prevengan las prácticas ilegales e indebidas en materia de adopción.

El Convenio hace una designación para ejercer funciones de la autoridad central a los organismos acreditados pero es importante mencionar que no todas las funciones pueden ser desempeñadas por estos. Las funciones que se encuentran en los artículos 7, 8 y 33 no pueden ser delegados a los organismos acreditados. *Las funciones que si pueden ser desempeñadas por los organismos acreditados las encontramos a partir del artículo 14 hasta el artículo 21 del Convenio*³⁶⁸

Las funciones a ejecutar por los Organismos Acreditados como se mencionó anteriormente se encuentran dentro de los artículos 14 al 21 del Convenio los cuales se detallaran a continuación:

Preparar un informe de los solicitantes que contenga la información sobre la identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, situación personal, familiar y médica, medio social, los motivos que les animan para adoptar, la aptitud para asumir una adopción internacional, así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.

Transmitir el informe a la Autoridad Central del Estado de origen.

Preparar un informe de la niña, niño y adolescente que será adoptado que contenga la información sobre la identidad, su adoptabilidad, su medio social, su evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia, así como sobre sus necesidades particulares.

³⁶⁸ Acreditación y Organismos acreditados para la adopción: Principios generales y guía de buenas prácticas, guía número 2, en virtud del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Asegurar que se ha tomado en cuenta las condiciones de educación de la niña, niño y adolescente así como también su origen étnico, religioso y cultural.

Asegurar que se ha obtenido los consentimientos previstos en el artículo 4 del Convenio.

Constatarán la colocación prevista obedece al interés superior del niño.

Transmitirá a la Autoridad Central del Estado de recepción el informe de la niña, niño y adolescente, la prueba de que se ha obtenido los consentimientos requeridos y la motivación de la decisión relativa a la colocación, procurando no revelar la identidad de la madre y el padre, si en el Estado de origen no puede divulgarse su identidad.

Tomaran todas las medidas necesarias para que la niña, niño y adolescente reciba la autorización de salida del Estado de origen así como de entrada y residencia permanente en el Estado de recepción.

Desplazar a la niña, niño y adolescente al Estado de recepción si se han observado las exigencias del artículo 17 del presente Convenio.

Asegurarse de que el desplazamiento se realice con toda seguridad, en condiciones adecuadas y cuando sea posible, en compañía de los padres adoptivos o de los futuros padres adoptivos.

Devolver a las autoridades que han expedido el informe de las niñas, niños y adolescentes cuando no pueda producirse el desplazamiento.

Retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su cuidado provisional.

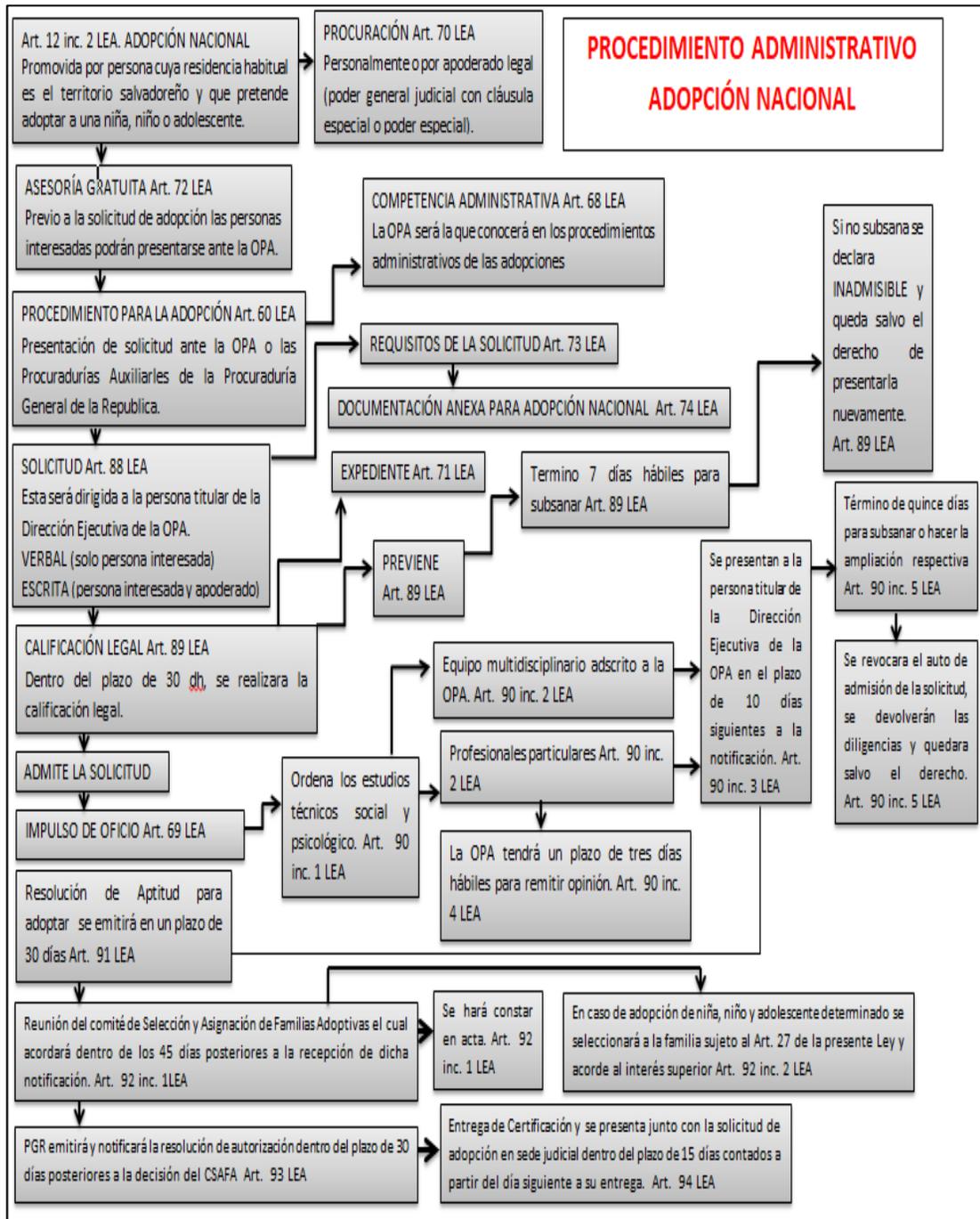
Asegurar sin dilación una nueva colocación del niño en vistas a su adopción o en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero.

Asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.

Los Organismos acreditados son regulados dentro de la LEA articulado a partir del 57 al 59. Pero esta regulación se encuentra con un problema ya que en su artículo 57 inciso final expresa que los organismos acreditados se encargan de dar cumplimiento a las obligaciones que dicho convenio les impone, y se tiene que dejar claro que el convenio no impone ninguna obligación ya que las obligaciones o facultades que se les concederán serán otorgadas por la autoridad central que los acredita y a su vez la autoridad central que los autoriza les reconocerá ciertas facultades.

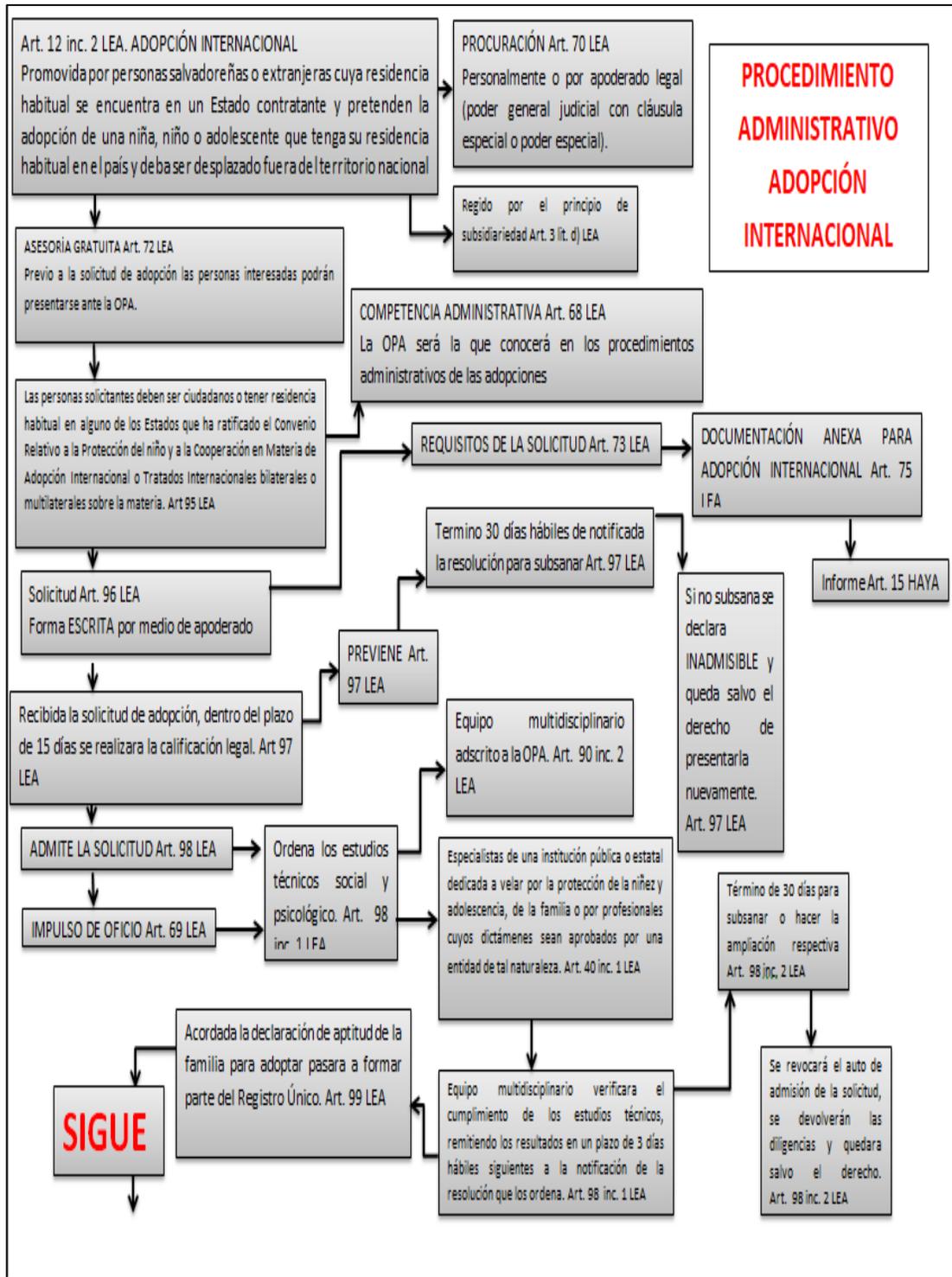
Como se mencionó anteriormente, El Salvador, ha declarado que las funciones conferidas a la Autoridad Central, serán ejercidas exclusivamente por ésta, lo que significa que en El Salvador, ningún organismo acreditado puede realizar las funciones de la Autoridad Central, entiéndase PGR.

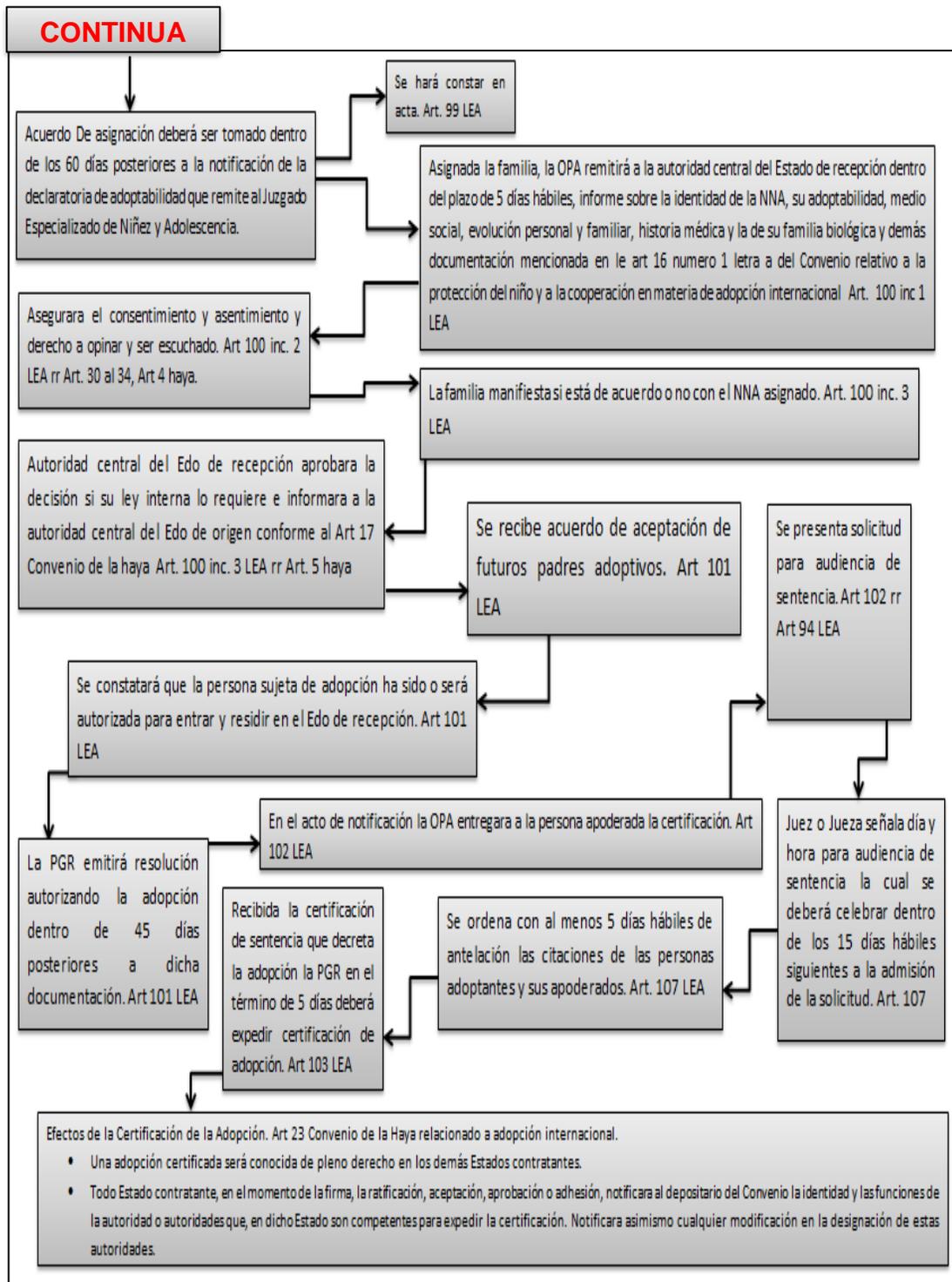
7. Procedimiento administrativo Adopción Nacional



Fuente: Elaboración propia, a partir de la Ley Especial de Adopciones.

8. Procedimiento administrativo Adopción Internacional





Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley Especial de Adopciones.

9. Procedimiento judicial de adopción

El proceso judicial de adopción, establece el artículo 115 de Ley Especial de Adopciones se “*tramitara como diligencia de jurisdicción voluntaria de adopción,*”³⁶⁹ en razón que la adopción es un trámite en el cual no existe conflicto entre las partes, el adoptante o adoptantes podrán desistir de su pretensión de adoptar a una niña, niño o adolescente según el artículo 109 de la Ley Especial de Adopciones, en “*cualquier estado del proceso de adopción en sede judicial,*”³⁷⁰ hasta antes que el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia decrete sentencia definitiva, cuando el desistimiento se realice por medio de apoderado este deberá estar especialmente facultado para ello.

El artículo 60 de la Ley Especial de Adopciones establece que el proceso judicial de adopción inicia con la “*declaratoria de adoptabilidad,*”³⁷¹ dictada por el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia quien deberá enviar certificación de la resolución de adoptabilidad a la OPA, según el artículo 104 de la Ley Especial de Adopciones, será el competente para conocer en de la diligencia voluntaria de adopción, ante él se presentara la solicitud de adopción por escrito la cual deberá cumplir los requisitos de la demanda establecidos en el artículo 42 de la Ley Procesal de Familia.

Según el “*artículo 42 Ley Procesal de Familia*”³⁷² la solicitud deberá contener, la designación del Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia quien deberá conocer del procedimiento de adopción, en la solicitud deberá estipularse las generales de la persona adoptante así mismo las de su

³⁶⁹Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 115.

³⁷⁰Ibíd.

³⁷¹Ibíd. Artículo 66.

³⁷²Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), artículo 42. La demanda deberá presentarse por escrito y deberá contener los siguientes requisitos.

adoptado, la niña, niño y adolescente; además se debe estipular su domicilio, seguidamente los datos generales de la madre y padre biológicos que hayan dado a su hijo en adopción estableciendo para ello su consentimiento, para lo que se deberá establecer su domicilio y las generales y el domicilio de su apoderado. En la solicitud se deberá establecer los motivos de la adopción de forma precisa y clara.

En la misma solicitud se deberán anexar el informe de los “*estudios técnicos social y psicológico*”³⁷³ que establece la Ley Especial de Adopción en su artículo 40 y 106 como medios de prueba, “certificación de la resolución *la declaratoria de adoptabilidad*”³⁷⁴ establecida en el artículo 5 y la “*resolución de la autorización de adopción*”³⁷⁵ la cual es extendida por la Procuraduría General de la República establecida en el artículo 94 cuando se trate de

³⁷³Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículos 40 y 106. Se encuentran regulados los estudios técnicos que cele deberán realizar a las personas que pretenden adoptar a una niña, niño o adolescente el primer artículo establece que “Los estudios sociales, psicológicos y demás a que deben someterse las personas adoptantes con residencia legal en el extranjero, si se efectúan fuera del territorio salvadoreño, deben ser realizados por especialistas de una institución pública o estatal dedicada a velar por la protección de la niñez y adolescencia, de la familia o por profesionales cuyos dictámenes sean aprobados por una entidad de tal naturaleza. Dichos dictámenes deberán ser respaldados por la autoridad central de su país de origen. En todo caso dichos estudios serán calificados por la Oficina para Adopciones durante el proceso administrativo. Y el artículo 106 de la misma ley expresa que estos dictámenes deberán estar anexos en el expediente administrativo de los solicitantes extranjeros o salvadoreños con residencia habitual fuera del territorio salvadoreño.

³⁷⁴Ibíd. El artículo 5 Expresa que la declaratoria de adoptabilidad de la niña, niño o adolescente será declarada por el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia, previa aprobación de la Procuradora o Procurador General de la República es la Funcionaria o el Funcionario facultado para aprobar el procedimiento en la fase administrativa. Al realizar el estudio a la mencionada ley, se puede observar que no estipula el procedimiento administrativo a seguir para la declaratoria de adoptabilidad de la niña, niño o adolescente ya que los artículo 5, 7 y 66 de la ley en estudio se e contradicen el artículo 66 no le delega ningún procedimiento administrativo a la OPA si no que la convierte en una simple pasa papeles el artículo 66 solo le delega al recibimiento de las diligencias e inmediatamente deberá enviarlas al Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia.

³⁷⁵Ibíd. El Artículo 104 de la mencionada ley; expresa que la Jueza o Juez Especializado de Niñez y Adolescencia que declaró la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente, será la o el competente para decretar o no la adopción.

adopción nacional y la del 102 cuando sea adopción internacional emitida en el proceso administrativo. Así mismo se deberá designar el lugar que señale el apoderado para recibir notificaciones; así como el lugar donde se pueda notificar al adoptante o adoptantes cuando deban comparecer personalmente y de igual forma citar a los padres biológicos cuando fuere necesario.

Cuando uno de los cónyuges o en su caso uno de los convivientes desee adoptar a la hija o hijo de su cónyuge o conviviente, la adopción deberá ser solicitada por ambos por lo que deberán anexar a la solicitud los siguientes documentos establecidos en el artículo 116 de la Ley Especial de Adopciones; primeramente se tendrá que anexar el *“Testimonio de escritura matriz o certificación del acta otorgada en la OPA, en la que conste que la madre o padre biológico de la niña, niño o adolescente sujeto de adopción ha otorgado el consentimiento para la adopción; b) Certificación de la partida de nacimiento de la niña, niño o adolescente sujeto de adopción con la marginación de pérdida de autoridad parental de su madre o padre; y, c) Certificación de partida de nacimiento con la marginación de declaratoria de incapaz de su madre o padre; o de los edictos a que se refiere el artículo 30 de la presente Ley en su caso”*³⁷⁶ para establecer el abandono de la niña, niño o adolescente.

Una vez presentada la solicitud el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia requerirá a la OPA el expediente administrativo en original, el cual deberá contener los siguientes documentos según el artículo 105 de la LEA *“a) Certificación de la resolución que autoriza la adopción; b) Certificación de la resolución de la declaratoria de adoptabilidad de la niña, niño o adolescente; c) Certificación de las partidas de nacimiento de la niña, niño o adolescente sujeto de adopción, de la o las personas solicitantes y de*

³⁷⁶Ibíd. Artículo 116.

*sus hijas e hijos; d) Certificación de partida de matrimonio de las personas solicitantes, o en su caso, certificación de la resolución de declaratoria de calidad de convivientes; e) Certificación de partida de defunción de la madre o padre biológicos;*³⁷⁷ o en caso que los dos hayan fallecido será de ambos todo ello para saber si el niño o adolescente se encuentra huérfano y sin protección.

Asimismo se deberán agregar al expediente los siguientes documentos, “f) *Los estudios técnicos social y psicológico con su respectivo informe, practicados en la OPA a las personas solicitantes o en su caso, certificación del dictamen de verificación de dichos estudios cuando fueron presentados por la o las personas adoptantes o su apoderada o apoderado; g) Certificación de la partida de nacimiento debidamente marginada de la madre o padre biológicos que ha sido declarado incapaz; h) Certificación de la aprobación judicial de las cuentas de la administración de la tutora o tutor, y del pago que haya resultado en su contra, en su caso;*”³⁷⁸ Los adoptantes deberán de someterse a los estudios técnicos sociales y psicológicos para verificar si son idóneos para proteger y garantizarle los derechos a la niña, niño y adolescente asimismo proporcionarle un desarrollo evolutivo e integral.

³⁷⁷Ibíd. Artículo 105. El artículo 29 del Código de Familia, expresa que luego de que el respectivo funcionario haya celebrado el matrimonio deberá entregar a los contrayentes certificación del acta y el notario testimonio de la escritura, y pondrá en los documentos de identidad personal de aquéllos una razón firmada y sellada, en la que conste que han contraído matrimonio, el nombre de la persona con quien se contrajo, y el lugar y fecha de su celebración. Una certificación del acta de matrimonio o de la escritura respectiva se agregará al expediente matrimonial. El artículo 123 del Código de Familia establece el caso de la declaración judicial de unión no matrimonial, deberá ser declarada judicialmente para poder hacer uso de los derechos conferidos por el Código de Familia, de razón de la unión no matrimonial, por lo que se requiere la declaración judicial previa de su existencia. Dicha declaración procederá al acaecer el fallecimiento de uno de los convivientes o la ruptura de la unión.

³⁷⁸Ibíd.

Por último se requiere que el expediente administrativo contenga los documentos siguientes “i) *el inventario de los bienes de la persona sujeta de adopción o carencia de los mismos en caso de encontrarse la niña, niño o adolescente bajo tutela;*”³⁷⁹ j) certificación de las tres publicaciones de los edictos realizados a los padres biológicos de quienes se desconoce su paradero, por lo que se les notifica a través de edicto el proceso administrativo y así poder establecer el abandono de la niña, niño y adolescente; y se deberán agregar las, “k) *actas de consentimiento para la adopción otorgada por la madre o padre biológicos,*”³⁸⁰ y por representantes legales en el caso de que la madre y el padre biológico sean menores de edad.

³⁷⁹Ibíd. Según establece el artículo 307 del Código de Familia, El tutor deberá iniciar las diligencias de inventario y avalúo de los bienes del menor o incapaz, dentro de los ocho días siguientes a la aceptación del cargo. El inventario deberá practicarse conforme a lo dispuesto en el Código Civil, dentro de un plazo que no excederá los treinta días, con intervención del Procurador General de la República o del Procurador Auxiliar Departamental, en su caso. El plazo anterior podrá ampliarse por el juez, de acuerdo a las circunstancias. En ningún caso, ni aun por disposición del testador, estará el tutor exento de esta obligación. Luego de haber realizado el inventario y valuó de los bienes de la niña, niño y adolescente, el tutor o tutora estará en la obligación de realizarla garantía de administración, esto según el artículo 308. El cual expresa que “practicado el inventario y avalúo, el tutor deberá constituir garantía de administración, salvo que hubiere sido relevado de esta obligación por el testado”.

³⁸⁰Ibíd. Las certificaciones de los edictos a los que se refiere el literal j), son para establecer el abandono de la niña, niño y adolescente esto según lo establece la Ley especial de adopciones en su inciso 4 del artículo 30, Para efectos de esta Ley y para el establecimiento del abandono de la niña, niño o adolescente como causal de la pérdida de autoridad parental contemplada en el artículo 240 del Código de Familia, se entenderá que el paradero de la madre y padre de la persona en proceso de adopción es desconocido, cuando habiendo sido citados por la Procuraduría General de la República a través de edictos publicados por dos ocasiones con intervalo de quince días hábiles en un periódico de amplia circulación, estos no se presenten; y previo informes sobre el desconocimiento de su paradero recibidos de la Fiscalía General de la República, Policía Nacional Civil, Dirección General de Migración y Extranjería, Dirección General de Centros Penales, Registro Nacional de las Personas Naturales e Instituto de Medicina Legal, en un plazo que no exceda los quince días hábiles siguientes a su solicitud. En la última publicación del edicto, se deberá prevenir a la madre o padre cuyo paradero se desconoce, para que se presente dentro de los quince días siguientes a la misma para que ejerza su derecho, y si no lo hiciere, se le nombrará defensor. Finalizado el procedimiento del inciso anterior, la Procuraduría General de la República podrá alegar el abandono sin causa justificada de la niña, niño o adolescente, debiendo iniciar inmediatamente el correspondiente proceso de pérdida de autoridad parental.

Asimismo el solicitante individual casado o conviviente necesita el asentimiento del cónyuge o del conviviente, habiendo sido para ello debidamente asesorado, además se requiere certificación de la opinión o consentimiento de la niña, niño y adolescente adoptado, de acuerdo a su edad y a su desarrollo evolutivo.

Cuando los solicitantes sean extranjeros o salvadoreños con residencia habitual fuera del país, el expediente administrativo que fuera enviado al Juzgado Especializado de Niñez y Adolescencia deberá contener además de los documentos anteriormente mencionados, se requieren los que establece el artículo 106 de la Ley Especial de Adopciones, *“Certificación expedida por la Institución Pública o Estatal de Protección de la Niñez o de la Familia, oficialmente autorizada, donde conste que las personas solicitantes reúnen los requisitos exigidos para adoptar por la ley del país de su residencia habitual y el compromiso de efectuar el seguimiento de la situación de la niña, niño o adolescente en dicho país,”*³⁸¹ la autoridad central del país de recepción antes de enviar la certificación redactara un informe donde conste que las personas reúnen los requisitos de la ley de su país de residencia habitual.

Tal como lo establece el Convenio de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en su artículo 15 el cual expresa que *“la Autoridad central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional, así como sobre los niños que estarían en*

³⁸¹Ibíd. Artículo 106.

*condiciones de tomar a su cargo,*³⁸² la autoridad central del país de recepción o de residencia habitual de las personas adoptantes deberá transmitir el informe a la Oficina para Adopciones de la Procuraduría General de la República.

Las autoridades centrales de cada Estado deberán tomar, ya sea de forma directa o con la cooperación de las autoridades públicas o de organismos debidamente acreditados en su Estado, las medidas apropiadas para evitar el tráfico de niñas, niños y adolescente y el beneficio económico de los traficantes de personas, todo esto en relación a la realización de una adopción, para ello los Estado deberán cooperar por medio de sus autoridades centrales en *“reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción,”*³⁸³ En el caso de que exista algún tipo de complejidad o sea necesario la verificación de información, el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia, prevendrá a las partes que en el *“término no mayor de treinta días”*³⁸⁴ presenten o aclaren lo pertinente.

Luego de ser presentada la solicitud juntamente con sus anexos y el expediente administrativo, él Juez verificará si cumplen los requisitos de ley, entre ellos la solicitud deberá cumplir las reglas de admisibilidad del artículo 42 de La Ley Procesal de Familia, a la solicitud si los cumple el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia, la admitirá y en el auto de admisión señalará día y hora para la celebración de la audiencia de sentencia según lo establece el artículo 107 de la Ley Especial de

³⁸²Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 15.

³⁸³ *Ibíd.*

³⁸⁴Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 107.

Adopciones, dicha audiencia se celebrara *“dentro de los quince días siguientes a la admisión de la solicitud, ordenando con al menos cinco días hábiles de antelación las citaciones de las personas adoptantes y sus apoderadas o apoderados. Las personas adoptantes deberán comparecer personalmente a dicha audiencia.”*³⁸⁵ Mostrando así el interés que tienen en la protección del interés superior de la niña, niño y adolescente que podrá llegar a ser su hijo adoptivo.

Expresa el artículo 108 de la Ley Especial de Adopciones, el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia deberá citar con tres días hábiles de antelación a la audiencia de sentencia a la madre y al padre biológico quienes brindaron el consentimiento y asentimiento para la adopción de la niña, niño y adolescente en sede administrativa, a efecto de ratificar su consentimiento y asentimiento en la audiencia de sentencia ante el Juez Especializado, ya sea de forma personal o por medio de su apoderado y *“En caso que no comparecieren o no fuere posible su localización, se tomarán en consideración para decretar la adopción, los otorgados en sede administrativa.”*³⁸⁶ Todo ello en protección del interés superior del niño, en el caso de la persona titular de la Procuraduría General de la República o de su delegado el consentimiento deberá ser ratificado en la audiencia de sentencia.

³⁸⁵Ibíd. En razón que el proceso de adopción se seguirá mediante las diligencias de jurisdicción voluntaria por lo que el artículo 181 inciso 2, de la Ley Procesal de Familia establece que en el auto de admisión de la solicitud el Juez ordenará la notificación al procurador de familia, las citaciones y publicaciones a que hubiere lugar; se pronunciará sobre las pruebas solicitadas y ordenará de oficio las que considere necesarias y fijará fecha para que se celebre la audiencia de sentencia dentro de los quince días siguientes. La Ley Especial de Adopciones ordena la citar con al menos cinco días antes de la celebración de la audiencia a los adoptantes y a sus apoderados quienes deberán comparecer en persona a la audiencia, a diferencia de la Ley Procesal de Familia que en el mismo auto de admisión de la solicitud ordenan la notificación del procurador de familia y a los adoptantes y apoderados.

³⁸⁶Ibíd. Artículo 108.

El Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia en la *“audiencia de sentencia valorará la documentación presentada con la solicitud, junto a los demás elementos de juicio vertidos en dicha audiencia, y en caso de ser procedente decretará la adopción,”*³⁸⁷ según lo regula el artículo 110 de la Ley Especial de adopciones, dicha sentencia deberá contener los datos necesarios de la niña, niño o adolescente que será adoptado, para la inscripción de la partida de nacimiento en el Registro del Estado Familiar correspondiente.

La sentencia que decreta la adopción o su negativa será apelable de conformidad a la Ley Procesal de Familia, según lo expresa el artículo 111 de la Ley Especial de Adopciones, el apoderado de la persona adoptante deberá tramitar el recurso de apelación de conformidad al artículo 153 de la Ley Procesal de Familia el cual establece que el *“recurso de apelación procede contra las sentencias definitivas pronunciadas en primera instancia,”*³⁸⁸ el artículo 154 de la misma normativa establece que el recurso de apelación podrá ser interpuesto por el apoderado del adoptante, *“el*

³⁸⁷Ibíd. Artículo 110. La sentencia que decreta la adopción de la niña, niño o adolescente deberá contener los datos necesarios para la respectiva inscripción de la partida de nacimiento de la persona adoptada en el Registro del Estado Familiar esto fuera en el caso que fuera abandonado y no se supiera nada de sus progenitores, y en caso que sus padres lo hayan dado con el debido consentimiento en adopción en la sentencia deberán constar los datos necesarios para la inscripción de la nueva partida de nacimiento de la niña, niño o adolescente adoptado y se deberá cancelar y marginar su primera partida de nacimiento.

³⁸⁸Ley Procesal de Familia (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), artículo 153. A demás el recurso de apelación procede contra las siguientes resoluciones: a) La que declare inadmisibile la demanda, su modificación o ampliación; b) La que resuelva sobre la intervención de terceros, de sucesores procesales o rechace la representación de alguna de las partes; c) La que deniegue el aplazamiento de una audiencia; d) La que decida sobre la acumulación de procesos; e) La que decida sobre las excepciones dilatorias; f) La que decrete, modifique, sustituya o deje sin efecto medidas cautelares; g) La que deniegue la suspensión del proceso; h) La que rechace la práctica de una prueba solicitada oportunamente; i) La que deniegue la promoción de un incidente y la que lo resuelve; j) La que declare la conclusión extraordinaria del proceso; y, k) La que deniegue la ampliación o reforma de la sentencia definitiva en lo accesorio.

*procurador de familia.*³⁸⁹ La Ley Procesal de Familia establece dos tipos de apelaciones la apelación diferida y la apelación adhesiva.

La apelación diferida se encuentra regulada en el artículo 155 de la Ley Procesal de Familia, las apelaciones interpuestas durante el curso del trámite de adopción “*se acumularán para su conocimiento y decisión a la apelación de la sentencia o de las resoluciones interlocutorias.*”³⁹⁰ Se tramitara de forma inmediata la apelación de la resolución, “*que decrete, modifique,*”³⁹¹ o que llegare a declarar inadmisibile la modificación de la solicitud o su ampliación; en éste caso, el trámite se suspende hasta que se resuelva el recurso.

Cuando el apoderado del adoptante o adoptantes interpusiera recurso de apelación de la sentencia definitiva, establece el artículo 158 LPrF que deberá fundamentar los motivos de “*inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal.*”³⁹² El interesado deberá invocar el precepto legal como inobservado o erróneamente aplicado, por lo que al aplicarse de una forma errónea el precepto legal constituirá un defecto del procedimiento, para que el recurso sea admisible el interesado deberá oportunamente que se subsane la falta, excepto cuando se trate de vicios de la sentencia.

En el escrito que se fundamente la apelación, según el artículo 159 LPrFam el apoderado podrá solicitar la recepción de prueba en el caso que hubiera sido “*solicitada y no admitidas en la audiencia o cuando no se produjo por algún motivo ajeno a la voluntad del apelante.*”³⁹³ EL apoderado deberá

³⁸⁹Ibíd. Artículo 154.

³⁹⁰Ibíd. Artículo 155. Se tramitara de forma inmediata la apelación de la resolución que deja sin efecto las medidas cautelares, que se hayan dictado en razón de la protección de un derecho que se encuentra en riesgo de ser vulnerado.

³⁹¹Ibíd.

³⁹²Ibíd.

³⁹³Ibíd. Artículo 159.

ofrecer en el escrito de apelación la prueba pertinente, cuando se trate de prueba documental, y la tuviere tendrá que agregarla al escrito de apelación en este caso sería la sentencia que decreta la adopción o la negativa de esta, en el dado caso que no la tuviere el apoderado deberá que indicar *“el lugar donde se encontrare o el funcionario que lo tuviere para que la cámara respectiva la requiera,”*³⁹⁴ para el esclarecimiento del procedimiento de adopción.

El artículo anterior en su inciso tres estipula que cuando se alegare en el escrito la falsedad de un documento que haya sido presentado en segunda instancia se le dará aviso a la Fiscalía General de la República para que realice la respectiva investigación, en el caso que se solicite la *“verificación de un documento se resolverá sobre la petición previo el trámite incidental,”*³⁹⁵ en la audiencia de sentencia.

Tal como establece el artículo 156 LPrFam el escrito de apelación de la sentencia definitiva deberá *“interponerse y fundamentarse por escrito, dentro del plazo de cinco días contados desde la notificación de la sentencia.”*³⁹⁶ Cuando se hayan interpuesto apelaciones en el curso del trámite de las diligencias de jurisdicción voluntaria de adopción, sino se llegaron a fundamentar se tendrán por no interpuesta la apelación.

Al ser admitido el recurso de apelación, el Juez de la Niñez y Adolescencia, remitirá todas las actuaciones al Tribunal de Segunda Instancia, es decir, la Cámara Especializada en Niñez y Adolescencia. Dicho tribunal según expresa el artículo 160 LPrFam, luego de haber recibido las actuaciones deberá resolver dentro del término de cinco días sobre la admisión del

³⁹⁴Ibíd.

³⁹⁵Ibíd.

³⁹⁶Ibíd. Artículo 156.

recurso y el asunto planteado, “*salvo si se ofrecieren pruebas en cuyo caso, se fijará una audiencia para recibirlos dentro de los diez días siguientes de admitido el recurso.*”³⁹⁷ El Tribunal de Segunda instancia resolverá el recurso de apelación dentro de los cinco días siguientes de celebrada la audiencia en donde desfilaron las pruebas ofrecidas en el recurso.

El Tribunal de Segunda Instancia al momento de resolver el recurso de apelación, según el artículo 161 LPrFam podrá “*confirmar, modificar, revocar o anular la resolución impugnada.*”³⁹⁸ Al momento de resolver el recurso de apelación la cámara decidiere anular la resolución impugnada, deberá ordenar la “*reposición de la audiencia cuando el caso lo requiera o pronunciar directamente la resolución definitiva, según las circunstancias.*”³⁹⁹ En caso que la Cámara ordenare la reposición de la audiencia esta deberá celebrarse en un plazo que no exceda de quince días de recibidos los autos, además en esta audiencia no podrá conocer en el proceso él mismo Juez que conoció de la anterior sino que un Juez designado por el Tribunal de Segunda Instancia para realizarla.

Cuando se hubiera presentado el recurso de apelación de la sentencia que decreta la adopción y la Cámara hubiere resuelto que confirma la sentencia que el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia dictó en la audiencia de sentencia, o simplemente no se haya presentado ningún recurso; la sentencia que decreta la adopción o su negativa, según el artículo 170 LPrFam procederá hacer ejecutoriada por el “*Juez que conoció en primera*

³⁹⁷Ibíd. Artículo 160.

³⁹⁸Ibíd. Artículo 161. El Tribunal de Segunda Instancia deberá examinar previamente las nulidades alegadas y sólo en el caso de rechazarlas, se pronunciará sobre los argumentos de la apelación. En el caso que la cámara declare la nulidad será imposible el aprovechamiento de los actos procesales posteriores, se dispondrá la reanudación del proceso desde el estado en que se hallaba en el momento de causarse la nulidad, todo ello según lo establece el artículo 161 de la Ley Procesal de Familia.

³⁹⁹Ibíd.

*instancia sin formación de expediente separado.*⁴⁰⁰ De tal manera establece el artículo 112 de la Ley Especial de Adopciones que la *“adopción se constituye desde que queda firme la sentencia que la decreta, la cual es irrevocable.”*⁴⁰¹ Al encontrarse ejecutoriada la sentencia que decreta la adopción de la niña, niño o adolescente, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Especial de Adopciones.

9.1. Actos posteriores a la sentencia que decreta la adopción

Al encontrarse ejecutoriada la sentencia que decreta la adopción de la niña, niño y adolescente el Juez competente celebrará una audiencia según establece el artículo 118 de la Ley Especial de Adopciones en la que la *“persona adoptante comparecerá personalmente a la audiencia que señale la Jueza o Juez competente, dentro de los quince días hábiles siguientes, para la asignación física de la familia a la persona adoptada.”*⁴⁰² A La referida audiencia deberá comparecer personalmente el adoptante cuando sea una adopción individual, y

⁴⁰⁰Ibíd. Artículo 170.

⁴⁰¹Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 112. Véase el artículo 171 de la Ley Procesal de Familia, estipula la ejecución inmediata de la sentencia que decreta la adopción de la niña, niño y adolescente, por lo que deberá ejecutarse el cumplimiento de la misma a partir de la fecha en que esta quedo ejecutoriada, salvo que las partes de común acuerdo hayan fijado plazo para su cumplimiento. El artículo 1777 de la Ley Procesal de Familia, se refiere exclusivamente cuando la sentencia confiare el cuidado personal de un menor a uno de los padres u otra persona determinada, el Juez ordenará día y hora para hacer efectiva la entrega del menor, para lo cual citará a la persona con quien convive éste, salvo que estuviere bajo el cuidado de la persona a quien se le confió. En caso que la persona que fue citado no compareciere, el Juez solicitará al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor la localización del menor para hacer efectiva la entrega. En todo caso se respetará la integridad física y moral del menor. De igual manera se procederá cuando se resuelva sobre el deber de convivencia de un menor, inclusive cuando éste se negare a cumplir la sentencia. Vid. Ley Procesal de Familia, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1994).

⁴⁰²Ibíd. Artículo 118. En relación a la comparecencia personal expresa el artículo 113 de la Ley Especial de Adopciones, que los adoptantes deberán comparecer personalmente a la audiencia para que se concrete la asignación de la familia a la niña, niño o adolescente adoptado. También deberán comparecer en esta forma a una entrevista con los especialistas adscritos al tribunal si la Jueza o Juez lo considera conveniente.

deberán comparecer ambos cónyuges cuando sea una adopción conjunta, en razón que el Juez de la Niñez y Adolescencia le explicará los derechos y obligaciones como padres adoptivos le corresponden, además son llamados a comparecer personalmente para el recibimiento de la niña, niño y adolescente.

Establece el artículo 119 de la Ley Especial de Adopciones, que en el momento en que se encuentre ejecutoriada la sentencia que decreta la adopción, el Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia *“enviará copia certificada a la persona funcionaria del Registro del Estado Familiar,”*⁴⁰³ para que en dicho Registro asienten una nueva partida de nacimiento en el libro de partidas correspondiente, asimismo remitirá copia certificada al Registro del Estado Familiar al país de origen en donde se encuentra la partida original de nacimiento de la niña, niño o adolescente adoptado para la cancelación y marginación de la misma. En el texto de la nueva partida de nacimiento de la persona adoptada no se hará mención de los vínculos de ella con sus padres consanguíneos.

Para realizar el seguimiento post adoptivo es necesario según establece el artículo 120 de la Ley Especial de Adopciones, que la nueva partida de nacimiento de la niña, niño o adolescente adoptado debe ser asentada debidamente en el Registro del Estado Familiar, debido que los padres adoptivos o por medio de su apoderado *“deberán presentar certificación de la misma en la OPA a efecto de realizar el seguimiento post adoptivo y archivo oportuno del expediente.”*⁴⁰⁴ El seguimiento post adoptivo será nacional e internacional.

⁴⁰³La cancelación respectiva de la partida de nacimiento de la niña, niño adoptado no se expresarán los motivos de la su cancelación, pero aparte se llevará un registro reservado en el que consten dichos motivos de la primer partida de nacimiento del niño cancelada y de los asientos del registro reservado, no se expedirán certificaciones, salvo mandato judicial. Vid. inciso 4 del artículo 119, Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017), artículo 119.

⁴⁰⁴Ley Especial de Adopciones (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016), artículo 120.

Una vez quede firme la sentencia que decreta la adopción nacional y sea asentada la nueva partida de nacimiento de la niña, niño o adolescente adoptado, los padres adoptivos o su apoderado presentara certificación de la misma ante la OPA para que le dé seguimiento a la situación de incorporación del niño o adolescente adoptado en su nueva familia, en la sociedad y en la cultura, según establece el artículo 121 de la Ley Especial de Adopciones el *“seguimiento se realizará cada cuatro meses y por un período de tres años, debiendo quedar registro del mismo.”*⁴⁰⁵ La ley ha establecido demasiado tiempo en la realización del seguimiento post adoptivo en razón que un niño se adapta de manera rápida a su entorno.

Cuando se trate de una adopción internacional de igual manera deberá estar firme la sentencia que decreta la adopción internacional y asentada la nueva partida de nacimiento para que la OPA de seguimiento post adoptivo del niño o adolescente adoptado mediante la “autoridad central u organismo acreditado” del país de recepción, la autoridad anteriormente mencionada deberá informar sobre la situación de incorporación de la niña, niño o adolescente adoptado en su nuevo entorno social, familiar y escolar, según establece el artículo 122 de la Ley Especial de Adopciones el seguimiento post adoptivo de la adopción internacional se realizará *“cada cuatro meses y por un período de tres años, debiendo quedar registro del mismo,”*⁴⁰⁶ la autoridad central del país de recepción deberá enviarle el informe respectivo a la OPA.

⁴⁰⁵Ibíd. Artículo 121. El número de visitas de dicho seguimiento podrá ser ampliado cuando así lo considere pertinente dicha Oficina. El inciso dos del artículo 121 de la Ley Procesal de Familia, regula el tiempo del seguimiento post adoptivo del niño y adolescente determinado, estableciendo dicha normativa que en el caso de adopción de niña, niño o adolescente determinado que haya convivido con la personas adoptantes por un período de uno o más años previos a decretarse la adopción, este seguimiento post adoptivo se realizará en forma semestral y por un período de dos años, debiendo quedar registro del mismo.

⁴⁰⁶Ibíd. Artículo 122.

Además, se expedirá el certificado al que se refiere el art. 23 de la Convención de La Haya para los efectos consiguientes en el Estado de recepción.

Es conveniente mencionar que en una investigación realizada de manera directa en la oficina para adopciones se ha podido constatar que desde la entrada en vigencia de la nueva ley no se ha ingresado ninguna solicitud de adopción. De igual forma se procedió a una investigación expresa en el Juzgado Especializado de Niñez y Adolescencia de San Salvador, ubicado en el Bulevar Tutunichapa. Centro Integrado de Justicia Penal. Doctor Isidro Menéndez, edificio 2B tercer nivel, en el cual se nos explicó por parte de la Procuradora adscrita que no ha ingresado ninguna petición amparada en la nueva ley, por el contrario solo se han registrado conflictos de competencia a los cuales nos referimos en los anexos.

Esta investigación se realizó expresamente con el objetivo de verificar la aplicación de la nueva Ley, y es aquí donde proporcionan la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia que resuelve los conflictos de competencia negativa suscitados entre Jueces de Familia y Jueces Especializados en niñez y adolescencia los cuales aparecen anexados en la parte final de la investigación.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

1. La adopción de acuerdo al contexto histórico, ha sido concebida desde diferentes perspectivas para tomar en el momento actual según se desprende del contenido del artículo 1 de la Ley Especial de Adopciones, que es una institución de protección jurídica - social a la niñez y adolescencia, y señala expresamente la finalidad de la misma. Atendiendo a la adopción algunas de sus características han sido resaltadas expresamente en la Ley Especial de Adopciones, si vemos por ejemplo la irrevocabilidad, otra de sus características en cuanto a sus efectos es una adopción plena, así mismo haciendo referencia a la naturaleza jurídica de la adopción establecida de forma expresa en el artículo 1 de la Ley Especial de Adopciones.

2. Los principios amparados en el artículo 3 de la Ley Especial de Adopciones, permitirán una hermenéutica jurídica que verdaderamente garantice que la adopción es en protección del interés superior de la niña , niño y adolescente, aun cuando en el Principio de cooperación internacional regulado en el artículo 3 literal f) de la LEA existe un error, cuando establece que el principio de cooperación internacional “consiste en la mutua cooperación entre las autoridades centrales de cada Estado, sobre la base de los convenios internacionales sobre la materia, dicha cooperación se hará valer a través del establecimiento de convenios bilaterales.” Respecto a esto como ya se mencionó anteriormente existe un error no es posible por cuanto la Convención de La Haya es multilateral. Por ejemplo si Estados Unidos o Francia no quieren suscribir un Convenio, no lo podemos obligar en razón

que es voluntad de cada Estado soberano. En este aspecto la Ley Especial de Adopciones comete un error al tratar de imponer a los Estados que deben de suscribirse.

3. El aplicador de la ley tanto en sede administrativa como en sede judicial no obstante de existir algunas contradicciones que han sido advertidas en la presente investigación, está obligado en todo caso a realizar el control de convencionalidad. Por tanto aunque se señalen inconsistencias, vacíos u omisiones se tiene la norma convencional a la cual se debe remitir el aplicador de la Ley Especial de Adopciones con base a lo dispuesto en el artículo 144 de la Constitución de la República de El Salvador.

4. A través de la evolución y del paso de un modelo tutelar a un modelo garantista se establece que la naturaleza de la adopción cambia rotundamente como ya se mencionó anteriormente en el contenido, si antes se privilegiaba el derecho de las personas adultas bajo una concepción tutelar, en el nuevo modelo de la Doctrina de Protección Integral que arranca con la Convención de los Derechos de la niña, niño y adolescente privilegia la adopción desde un punto de vista puerocéntrico, atendiendo al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

5. Para estudiar un caso de adopción deberá el aplicador de la ley de recordar, retomar y basar sus resoluciones en estos principios que dimanan de la Doctrina de Protección Integral en razón que su aplicación es de rigor cumplimiento en cada caso en concreto, por ejemplo el principio del rol primario de la familia y el principio de prioridad absoluta, se deberá trabajar en los casos de adopción en un plazo razonable.

6. En relación a los principios establecidos en la LEA que dimanan de la Doctrina de la Protección Integral deberán estar expresamente señalados en

las resoluciones que las autoridades administrativas y judiciales promulguen, ya no es posible solo decir que la adopción responde al interés superior de la niña, niño o adolescente sin haber establecido por qué responde a dicho principio.

7. El concepto de adoptabilidad se observa en la Ley Especial de Adopciones que posee grandes falencias con respecto a proteger los derechos de la niñez y adolescencia cuando la Ley Especial de Adopciones hace referencia a dicha normativa en su artículo 5 que la declaratoria de adoptabilidad la realiza el Juez o Jueza Especializado de Niñez y Adolescencia previa la aprobación del procedimiento al que se refiere el artículo 7 de la presente ley el cual se refiere al procedimiento administrativo que realiza la OPA , que termina con la autorización de la adopción que realiza la Procuradora General de la República, y el artículo 66 del mismo cuerpo legal establece que recibida la solicitud la Procuradora General de la República la remitirá al Juez Especializado, cuando se encuentra con estas dos normativas se puede notar que lo que se está realizando es una vulneración al derecho que posee toda niña, niño y adolescente necesitado de una familia. En razón que las dos normativas anteriores están obligando a la existencia de una presentación de solicitud de adoptabilidad de parte del apoderado del adoptante, cuando en realidad todo niño, niña y adolescente vulnerado en su derecho de vivir en el seno de una familia deberá ser declarado a adoptable por la autoridad correspondiente.

En cambio como la ley lo está estableciendo en el contenido del artículo 5 amarrado con el 66 hacen depender esa declaratoria de adoptabilidad a la existencia cierta de una petición concreta de parte del apoderado del adoptante que tiene el deseo de adoptar a una niña, niño o adolescente. Piénsese por ejemplo en el caso de un niño con discapacidades ya sea

visual, auditiva, habla o con algún síndrome. Ellos no son tomados en cuenta en el programa de adopción porque se tiene la idea errónea que a nadie le interesa adoptarlos. Estos niños no se declararan adoptables sino existe una petición en concreto de adoptabilidad, cuando por estricto sentido a la protección de los derechos de la niñez, todo niño, niña y adolescente con discapacidades deberá ser declarado adoptable porque tiene iguales derechos como aquellos que no posean estas discapacidades.

Lo grave de la LEA es que condiciona a la declaratoria de adoptabilidad aun hecho cierto de petición concreta de una persona interesada con el deseo de adoptar a una niña, niño o adolescente. Se debe instar en los derechos de los niños, debiendo ser que toda niña, niño o adolescente carente de una familia debe ser declarado adoptable aunque no exista tal petición. La LEA se queda corta con respecto de promover las adopciones de la niñez y adolescencia con discapacidad, solo en un artículo se establece que la OPA debe promover la adopción de niños con características especiales de salud, por lo que se debió de prestar un mayor interés en la LEA sobre dicho punto.

8. La idoneidad, hizo falta regular un plazo razonable para la vigencia de la declaratoria de idoneidad, esto es porque el ser humano es constantemente cambiante y es irrazonable utilizar una declaratoria de más de seis u ocho años de haber sido extendida ya que como se mencionó anteriormente el ser humano es cambiante. Para esto se debió tomar en cuenta la normativa jurídica internacional ya que estas regulan y establecen plazos para la vigencia de la declaratoria de idoneidad de personas sometidas en proceso de adopción. Ejemplo Francia y España estos países regulan un plazo razonable para la vigencia de la declaratoria de idoneidad.

9. Se encuentra deficiencia normativa en la Ley Especial de Adopciones, ya que existe un vacío sobre los organismos acreditados, y se encuentra un

gran error acerca de los mismos, en el inciso final del artículo 57 de la LEA, en el cual se establece que “Los organismos acreditados son aquellos que se encargan de dar cumplimiento a las obligaciones que dicho convenio les impone.” El Convenio de la Haya en ningún momento le impone ninguna obligación a los organismos acreditados, si no que las obligaciones o facultades que les corresponden a estos se las otorga la entidad central de cada Estado miembro que los acredita, y a su vez esta autoridad central que los autoriza les reconoce ciertas facultades, entre ellas el de realizar los estudios técnicos para la idoneidad.

10. Existe deficiencia normativa en la LEA en el tema de organismos acreditados viendo el vacío en el artículo 58 inciso final, continuando con el análisis que se considera que el procedimiento y los requisitos para la autorización de los organismos acreditados debieron ser incluidos en el contenido mismo de la Ley Especial de Adopciones, no mandarlos para que sean desarrollados por la OPA, porque no dice a través de que serían desarrollados si a través de un manual o por un reglamento, solo establece que serán desarrollados por su junta directiva, sabiendo la seriedad de un organismo acreditado en el tema de adopción.

11. Existe un gran vacío en la LEA ya que no incluye la figura del *child laundering*, la cual indica una forma especializada de sustracción, venta y tráfico de las niñas, niños y adolescentes en el contexto de la adopción. Se resalta que la demanda de niños por parte de las naciones industrializadas y la disponibilidad de muchos niños sin hogar en las naciones en vías de desarrollo, además de las adopciones internacionales regulares y legales, ha conducido a prácticas de tráfico internacional de niños con fines de adopción en el exterior o bajo la apariencia de una adopción, para otros propósitos usualmente ilegales. La sustracción o venta de niños para ser considerada como tráfico de niños para la adopción.

2. Recomendaciones

1. Modificación expresa de la Ley Especial de Adopciones por ejemplo en el contenido del artículo 5, estableciendo que toda niña, niño o adolescente vulnerado en su derecho de ser creado en una familia artículo 80 de la LEPINA deberá ser declarado adoptable, de oficio o a petición de parte, por la autoridad competente.

2. Debe de modificarse la LEA, en sentido que no es necesario realizar el proceso de pérdida de autoridad parental ya que solo debería bastar la declaratoria de adoptabilidad para que la niña, niño o adolescente estuviera apto para ser adoptado.

3. Se recomienda con respecto al tema de idoneidad que se establezca un plazo para la vigencia de declaratoria de idoneidad que ha sido declarada por la Dirección Ejecutiva de la OPA a las personas que se encuentran sometidas dentro de un proceso de adopción. Pueden regular una revalidación de su idoneidad así como lo establecen cuerpos normativos internacionales reguladores de la materia de adopción.

4. Los estudios técnicos de idoneidad procedentes de los organismos acreditados deberán demostrarse caso por caso y a estos deberá anexarse la autorización vigente de los mismos donde acredite que han sido facultados para realizar dicha actividad, ya que en normativa internacional de adopciones es necesario presentar esta autorización para que estos tenga mayor validez. Así también a los organismos acreditados se les puede encomendar la facultad de la actividad del seguimiento post adoptivo el cual pueden realizar si están facultados para ello.

5. Se recomienda que en la misma Ley Especial de Adopciones se regulen los requisitos y los procedimientos para la autorización de los organismos acreditados, y no mandarlos a posterior desarrollo.

6. Se recomienda reformar la LEA para que pueda ser incluida la figura del *Child laundering* tan importante, ya que el mismo Convenio no previene por tanto de manera directa sino tan solo de forma indirecta la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Se deben de tomar medidas importantes para evitar este tráfico de niñas, niños y adolescentes. Es recomendable que los Estados de recepción y de origen trabajen de manera coordinada para evitar la sustracción de niñas, niños ya adolescentes con fines de adopción. Cualquier Estado que tenga razones para creer que puedan ocurrir sustracciones debe implementar las medidas de emergencia necesarias para combatir estas prácticas indebidas.

9. Se recomienda incluir en la LEA, en el tema de la OPA que se descentralice y que realizaran la creación de sub regionales de la OPA en cada departamento, con el fin de agilizar el proceso de adopción.

10. Se recomienda modificar en el articulado de la LEA, referente a las atribuciones del Juez o Jueza Especializado de Niñez y Adolescencia, donde se expresen limitantes de su poder en la aplicación de los principios para así evitar arbitrariedad, Un ejemplo de ello, en la aplicación del principio de interés superior de la niña, niño y adolescente. La LEPINA regula en su artículo 12 inciso final literal a) hasta el f los elementos que se deben considerar para la aplicabilidad y ponderación del principio del interés superior de la niña, niño y adolescente.

BIBLIOGRAFIA

Libros.

Aranzazu Calzadilla, Medina María. *La adopción internacional en el derecho español.* Madrid: Dickinson, 2004.

Adroher Biosca, Salomé. *Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español.* Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1997.

Alarcón, Walter. *Pobreza y trabajo infantil en Lima Metropolitana.* Lima: RaddaBarner, 1986.

Baratta, Alessandro. *La situación de la protección del niño en América Latina.* Buenos aires: Temis, 2004.

Belluscio, Augusto C. *Derecho de Familia.* Tomo I. Buenos Aires: De Palma, 1979.

Bogarín Arnaldo, Raúl. *El Interés Superior del Niño. Paraguay: división de investigación, legislación y publicaciones centro internacional de estudios judiciales.* Madrid: Índice, 2009.

Bossert, Gustavo A, y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia,* 6a ed. Buenos Aires: Astrea, 2004.

Botero, Consuelo. *Psicosociología de la familia e instituciones prematrimoniales.* Medellín: Señal Editora, 1996.

Buaiz Valera, Yuri Emilio. *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia libro primero comentado.* San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2012.

Calderón de Buitrago, Anita y Cesar Rolando García. *Manual de derecho de familia*, 2 ed. San Salvador: Centro de Investigación y capacitación proyecto de reforma judicial, 1995.

Calzadilla Medina, María Aranzazu. *La adopción internacional en el derecho español* Madrid: Dickinson, 2004.

Chávez Ascencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho* .Buenos Aires: Porrúa, 1987.

Camacho de Chavarría, Alfonsina. *Derecho sobre la familia y el Niño.* Costa Rica: EUNED, 2004.

Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, 3ª ed. Bogotá: Temis, 2004.

D' Antonio, Hugo Daniel. *Derecho de menores.* Buenos Aires: Astrea, 1994.

Dameno, María Silvia. *Familias Ensambladas* .Buenos Aires: Escuela de Post- Grado A.G.B.A. 2004.

Davison, Dora Teresa. *Familias reconstituidas, reconstruidas, ensambladas.* Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2010.

Díaz del Guijarro, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Astrea, 1971.

Espinoza Vergara, Mario. *Conceptualización Básica sobre el trabajo Infantil: Seminario Taller sobre menores trabajadores.* San Salvador: Cuscatleca, 1991.

Figuroa de Álvarez, Geraldine Alcira. *Reflexiones pragmáticas sobre derecho de familia.* 7ª Ed. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2013.

Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil.* México, Porrúa, 1980.

García Méndez, Emilio. *Legislaciones infanto- juveniles en América Latina: modelos y tendencias.* México: Porrúa, 2007.

González Martin, Nuria. *Adopción Internacional, la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales: referencias Hispano- Mexicanas.* México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2006.

González, Nuria y Sonia Rodríguez. *El interés superior del menor: contexto normativo.* México: Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2015.

Grosman Mesterman, Silvia. *Alerta familias ensambladas.* Buenos Aires: Astrea, 2000.

Grosman, Cecilia P. *Familias ensambladas: Nuevas uniones después del divorcio; ley y creencias; problemas y soluciones legales.* Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2000.

Hoyos Botero, Consuelo. *Psicosociología de la familia e instituciones prematrimoniales.* Medellín: Señal Editora, 1996.

Iglesias, Susana. *El desarrollo del concepto de infancia en Sociedades y Políticas: N°2 Fundación Pibes Unidos.* Buenos Aires: Astrea, 1996.

Larraín Aspillaga, María Teresa. *La adopción un análisis crítico de la Legislación Chilena.* Santiago de Chile: Editorial jurídica, 1991.

Lansdown, Gerison, *La evolución de las facultades del niño.* Italia: Savethe Children, 2005.

López Díaz, Carlos. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia.* Tomo I. Santiago de Chile: Librotecnia, 2005.

Méndez Costas, María Josefa. *Derecho de familia.* Tomo I. Santa Fe: Rubinzal, Culzini, 1990.

Mendoza, Lissette Beatriz y Ricardo Mendoza Orantes. *Constitución de la República de El Salvador Comentada.* El Salvador: Editorial Jurídica Salvadoreña, 2012.

Mesterman, Silvia y Irma Saucedo González. *Alerta familias ensambladas.* Buenos Aires, Astrea, 2000.

Meza Barro, Ramón. *Derecho de Familia, tomo II, 8^o edición.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

Montero Duhalt, Sara. *Derecho de familia.* México: Porrúa, 1934.

Navas Rial, Claudio Roberto. *Los Menores y el Derecho Penal en la República Argentina: en Anuario de Justicia de Menores.* Sevilla: Astigi, S.L., 2002.

Palacios, Jesús. *Intervenciones Profesionales en Adopción Internacional: Valoración de Idoneidad, asignación de menores a familias y seguimiento pos adoptivo.* Sevilla: MEPSYD, 2007

Parra Aranguren, G. *Informe Explicativo: Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.* La Haya: Oficina Permanente de la Conferencia Scheveningseweg, 1993.

Pérez de Cuellar, Javier. *Enseñanza sobre Derechos Humanos,* Madrid, Indice, 1991.

Pérez Toledo, Edna Gabriela Delfina. *Análisis del Principio del Interés Superior del Niño.* Universidad de San Carlos, Guatemala, 2007.

Pérez Nieto, Leonel. *Derecho Internacional Privado Parte Especial.* México: Oxford University, 2000.

Quintanilla Molina, Salvador Antonio. *Introducción al Derecho de Menores.* Buenos Aires: Palma, 1992.

Ricart, Elena y Vinyet Mirabent. *Adopción y Vínculo Familiar.* Argentina: Herder, 2012.

Rodríguez Piñeres, Eduardo. *Curso Elemental de derecho civil colombiano.* T II. Bogotá: Librería Americana, 1919.

Sajón, Rafael. *Derecho de Menores.* Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1990.

Sánchez, Carmen Valdivia. *La familia: concepto, cambios y nuevos modelos.* Bilbao: Universidad de Deusto 2005.

Solado Osuma, Ana. *Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño: en anuario de justicia de menores N 11,2002.* Sevilla: Astigi, 2002.

Weinberg, Inés M. *Directora Convención Sobre los Derechos del Niño.* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2002.

Tesis.

Amaya Jurado, Silvia Guadalupe, Jaqueline Lisseth Coreas Vaquerano y Daysi Yanira Mendoza Rodas. “Factores que dificultan la adopción para los extranjeros en El Salvador y el rol del Estado como garante del proceso.” Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2009.

Arévalo, Rafael David. “La Adopción en El Salvador”. Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1968.

Cardoza Ayala, Miguel Ángel. “La adopción en El Salvador: problemas actuales.” Tesis Doctoral, Corte Suprema de Justicia, 2006.

Carías Alvarenga, Glenda Larissa. “La violación de los derechos humanos en el trabajo de los niños y niñas en el sector informal de la economía.” Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2006.

Carrillo Picazzo, Leticia Mireya. “La Familia, La autoestima y El fracaso escolar del adolescente.” Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2009.

Delgado Hernández, Nuria. “Alcances y limitaciones de los mecanismos del control en la protección de los derechos fundamentales del menor de edad adoptado por extranjeros en El Salvador.” Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2004.

Doradea Linares, Victoria Margarita y Cindy Evelyn Fuentes Solorzano. “La adopción nacional en infantes de 0 a 5 años en el municipio de San Salvador y la función que desempeña la Procuraduría General de la República y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia en su Procedimiento.” Tesis de grado, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2014.

Figuroa Alas, Blanca Estela. “La eficacia de la adopción a la luz del Código de Familia en relación a los menores de los cuales sus padres deben dar su consentimiento.” Tesis de Grado, Universidad de El Salvador, 1995.

Manzur Mazú, Daniel. “Adopción de Niños por personas homosexuales: ¿Pertinentemente Viable?”. Tesis de Grado, Universidad de Chile, 2008.

Mejía Velásquez, Rafael José Antonio. “Algunas consideraciones a la Ley de Adopción.” Tesis de grado, Universidad de El Salvador, El Salvador, 1986.

Pérez Toledo, Edna Gabriela Delfina. “Análisis del principio del Interés Superior del Niño.” Tesis de grado, Universidad de San Carlos, 2007.

Plata, A. “La percepción del adolescente con conducta antisocial acerca de su ambiente familiar.” Tesis de grado, Centro Cultural Universitario Justo Sierra, A.C. de México. 2003.

Schudeck Díaz, Astrid Carolina. “El Interés Superior del Niño”. Tesis de grado, Universidad de Chile, 2002.

Legislación.

Código de Familia, D .L. No. 677, del 11 de octubre de 1993. Publicado en D.O. No. 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993.

Constitución de la República de El Salvador. D. L. No. 38. Del 15 de diciembre de 1983. Publicado en D.O. 234. Tomo 281. Del 16 de diciembre de 1983.

Constitución Política de El Salvador (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1948.

Constitución Política de El Salvador (El Salvador, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1950.

Convención Internacional sobre Derechos del Niño. D.L. No. 487. Del 27 de abril de 1990, publicado D.O. No. 108, Tomo 307, del 9 mayo de 1990.

Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. D.L. No. 339. Del 2 de julio de 1998, publicado en D.O. No. 140, Tomo 340, del 27 de julio de 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (Pacto San José). Aprobada en San José, Costa Rica, el 7 al 22 de noviembre de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. D.O. No. 152, Tomo No 396, (El Salvador: Editorial jurídica salvadoreña, 2012), 46.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, D.L. No. 839, del 26 de marzo del 2009. Publicado en D.O. No. 68, Tomo 383, del 16 de abril de 2009.

Ley Especial de Adopciones, D.L. No. 282, del 17 de febrero del 2016, Publicado en D.O. No 205, Tomo No. 413, del 11 de abril del 2016.

Ley de Adopción en El Salvador, fue de fecha 28 de octubre, por medio del D.L. N° 1973 publicado en el Diario Oficial N° 211, Tomo N° 169 del 16 de noviembre de 1955.

Ley Procesal de Familia, D.L. No 133, del 14 de septiembre del 1994. Publicado en D.O. No. 173, Tomo 324, del 20 de septiembre de 1994.

Ley 1098 Código de la Infancia y Adolescencia, Bogotá, D. C., 2006.

Ley 14528, Argentina, Congreso argentino, 1997.

Ley -19620 Normas sobre la Adopción de Menores, Chile, Ministerio de Justicia, 1999.

Ley 54/2007, Adopción internacional, España, de 28 de diciembre.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

Revistas.

Gómez Munuera, María del Pilar. “Mediación Familiar: Un nuevo espacio de intervención para trabajadores sociales.” *Revista Nacional de Trabajo Social de Colombia*, n° 14 (2009):8-11.

López, M.L. “Cambios Sociales y Familia.” *Revista Área Social*, n° 5 (2011):2-8.

Revista en línea.

Zeledón, Marcela. “El camino para convertirme en niño: Modelo Tutelar o de la Situación Irregular.” *Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”* (2015):6-10. 4 de febrero de 2015. <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/1466>.

Zeledón, Marcela. “El camino para convertirme en niño: La Doctrina de la Protección Integral.” *Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”* (2015):16-20. 16 de febrero de 2015. <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/1557>.

Enciclopedia.

Enciclopedia Jurídica Omeba, s.v. “adopción”, acceso 30 de noviembre 2016, <http://www.omeba.com/>

Enciclopedia Jurídica, s.v. “adopción internacional”, acceso 24 de noviembre 2016, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

Sitios Web.

Conferencia de la Haya. “La Puesta en Práctica y el Funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción Internacional: Guía de Buenas Prácticas N°1”, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, 2008.” Consultada 16 de enero, 2017. www.hcch.net en “Sección Adopción Internacional” y “Guías de Buenas Prácticas”.

Conferencia de la Haya. “Acreditación y Organismos acreditados para la adopción: Guía de Buenas Prácticas N°2”, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, 2008.” Consultada 16 de enero, 2017. www.hcch.net en “Sección Adopción Internacional” y “Guías de Buenas Prácticas”.

Congreso de la Nación de Argentina. “Código Civil y Comercial de la Nación.” Consultada 16 diciembre, 2016. http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf

Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (IIN). “Orientación Técnica Institucional.” Consultada 30 de octubre, 2016. http://www.iin.oea.org/pdf-iin/oti/OTI_2_adopciones_Final.pdf

Naciones Unidas. “Observación General N° 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, párr. 30.” Consultada 4 de Julio, 2016. www.hcch.net

Naciones Unidas. “Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, (artículo 3, párrafo 1).” Consultada 4 de Julio, 2016. www.hcch.net

Secretaría General Técnica. “Manual para Intervenciones Profesionales en Adopción Internacional: valoración de idoneidad asignación de menores a familias seguimiento post adoptivo.” Consultada 3 de diciembre, 2016. <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasinfancia/docs/manualIntervencionesProfesopnales2008.pdf>

**ANEXOS
COMPETENCIA
120-COM-2017
XLIII**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las diez horas siete minutos del veintinueve de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS los autos en competencia negativa suscitada entre la Jueza interina del Juzgado Primero de Familia (2) y la Jueza Especializada de la Niñez y Adolescencia, ambas esta ciudad, para conocer de las Diligencias de Adopción, promovidas por la licenciada **G.M.G.**, en su carácter de Apoderada Específica de Familia de la señora **E.M.D.**

VISTOS LOS AUTOS; Y,

CONSIDERANDO:

I.- La licenciada M.G., en la calidad antes mencionada, presentó solicitud en las Diligencias de Adopción, que fue asignada al Juzgado Primero de Familia de esta ciudad (2), en las que en esencia **MANIFESTÓ:** Que debido a que su representada es infértil, decidió seguir el trámite para brindar un hogar sustituto, por cuya motivo el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia le confió un niño a su cuidado el once de febrero de dos mil quince, fecha desde la cual su mandante le ha dado al mismo todo el cuidado personal, salud, educación, amor y ayuda económica. Continuó acotando, que su representada cumple con los requisitos establecidos en el Código de Familia para poder adoptar al niño que se encuentra bajo su cuidado, puesto que es una persona de buena conducta, quien goza de buena salud y posee los medios económicos para sufragar los gastos necesarios para garantizar el buen desarrollo del mismo. Motivo por el que pidió se autorice la adopción del niño mencionado.

II.- La Jueza interina del Juzgado Primero de Familia de esta ciudad (2), mediante auto de las quince horas cuarenta minutos del veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, de fs. 50, **SOSTUVO:** Que debido a la entrada en vigencia de la Ley Especial de Adopciones, el veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, el Tribunal a su cargo carece de competencia objetiva para dirimir el caso. Motivo por el que se declaró incompetente en razón de la materia y remitió los autos al Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de esta ciudad.

III.- La Jueza Especializada de la Niñez y la Adolescencia de esta ciudad, en auto de las quince horas del veintiuno de junio de dos mil diecisiete, de fs. 55/61, **EXPUSO:** Que la Ley Especial de Adopciones –en adelante LEA- que entró en vigencia el veinticuatro de abril de dos mil diecisiete modificó las Diligencias de Adopción, incorporando competencia para los Jueces Especializados en Niñez y Adolescencia, de tal forma que el Juez que declare la adoptabilidad, es competente para decretar la adopción; a su vez dicha ley señala que tales administradores de justicia serán competentes para declarar la adoptabilidad, previa la aprobación del procedimiento en la fase administrativa ante la Procuraduría General de la República. No obstante lo anterior, el Art. 131 LEA consigna un criterio de competencia de las diligencias en trámite, pues prescribe: “Las diligencias de adopción iniciadas antes de la vigencia de la presente ley, se continuarán tramitando hasta su conclusión, de conformidad a las leyes con que fueron promovidas, salvo que sea más favorable la aplicación de la presente ley”, de la lectura de tal disposición se colige, que el legislador determinó que todas las Diligencias de Adopción iniciadas conforme a la Legislación de Familia deben ser concluida conforme a la misma.

Señaló además, que la sede judicial a su cargo puede aplicar la LEA a un caso anterior a su entrada en vigencia, únicamente cuando no se

hayan iniciado las Diligencias de Adopción y/o la aplicación de dicho cuerpo de ley sea más favorable de acuerdo a las circunstancias del caso; sin embargo, dicho Tribunal no puede aplicar el Código de Familia ni la Ley Procesal de Familia y la regla general contenida en el art. 131 LEA estatuye, que toda diligencia de esta naturaleza iniciada –aún en la fase administrativa- previo al veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, debe ser finalizada ante el Juzgado de Familia, pues de lo contrario, significaría la repetición de todas las diligencias administrativas de conformidad con la LEA, lo cual devendría en un atraso al acceso a la justicia y a la definición de la situación del niño, niña o adolescente sujeto de adopción.

En el expediente bajo estudio, señaló la precitada Jueza, se puede verificar que las diligencias de adopción iniciaron en el año dos mil once, al realizar la petición ante la Oficina Para Adopciones de la Procuraduría General de la República –en adelante OPA-, respecto que le asignaran un niño o niña de cero a tres años de edad, habiendo modificado posteriormente su petición a un niño específico en el año dos mil quince, por tener bajo la medida de protección de acogimiento familiar en la modalidad de familia sustituta al niño que hoy pretende adoptar, iniciándose tales diligencias bajo el régimen jurídico contemplado en la legislación de familia, lo que puede constatarse con el hecho de que las resoluciones emitidas por el componente administrativo –PGR e ISNA- como son: declaración de idoneidad para la adopción, asignación de niño, autorización de adopción de un niño específico, declaratoria de adoptabilidad, fueron fundamentadas en los cuerpos normativos mencionados anteriormente.

La referida funcionaria judicial hizo constar además, que al declinar su competencia la Jueza Interina del Juzgado Primero de Familia de esta ciudad (2), no fundamentó por qué no aplicó el art. 131 LEA, no

obstante estar obligada a ello, de conformidad a lo establecido en el art. 7 literal i) L. Pr. F.; tampoco vertió la razón por la cual en el presente caso operaría una excepción al mismo.

En virtud de tales argumentos y consideraciones, concluyó que el conocimiento de la fase judicial de las Diligencias en estudio corresponde al Juez de Familia, debido a que las mismas fueron iniciadas previa la entrada en vigencia de la LEA, por lo tanto debe aplicarse el contenido del art. 131 LEA y siendo que la aplicación de la LEA sería desfavorable al interés superior del niño, pues se retardaría la definición de la condición del mismo por medio de la filiación adoptiva; se declaró incompetente para tramitar las Diligencias de Adopción promovidas y procedió a darle cumplimiento a lo prescrito en el art. 64 de la Ley Procesal de Familia, remitiendo el caso a esta Corte.

IV.- Los autos se encuentran en esta Corte para dirimir el conflicto de competencia negativo suscitado entre la Jueza interina del Juzgado Primero de Familia (2) y la Jueza Especializada de Niñez y Adolescencia, ambas de esta ciudad.

Analizados los argumentos expuestos por las expresadas funcionarias, se hacen las siguientes *CONSIDERACIONES*:

Debido a la similitud de las circunstancias dilucidadas mediante el conflicto de competencia de referencia 101-COM-2017, es menester proceder a resolver el caso del que se ha hecho mérito, en el mismo orden de ideas.

En el conflicto bajo estudio, la Jueza de Familia rechaza la competencia material con arreglo –según ella- en la Ley Especial de

Adopciones –L.E.A.-, la cual confiere la facultad de conocer sobre las adopciones de menores de edad a los Jueces Especializados de Niñez y Adolescencia, sustrayendo de dicha esfera a los Jueces de Familia. La Jueza remitente por su parte sostiene, que las diligencias de adopción fueron iniciadas con anterioridad a la vigencia de la citada Ley, por tanto serían aplicables las normas del Código de Familia y la Ley Procesal de Familia.

Para efectos del presente análisis de competencia, es preciso mencionar que la L.E.A. entró en vigencia el veinticuatro de abril del presente año y que entre sus disposiciones se ha omitido establecer un régimen preciso y claro de transitoriedad limitándose únicamente a indicar en su art. 131, lo siguiente: *“Las diligencias de adopción iniciadas antes de la vigencia de la presente Ley, se continuarán tramitando hasta su conclusión, de conformidad a las Leyes con que fueron promovidas, salvo que sea más favorable la aplicación de la presente Ley.”*

En lo que se refiere a la primera parte de dicho precepto normativo, el mismo hace referencia a que *“Las diligencias de adopción iniciadas antes de la vigencia de la presente Ley, se continuarán tramitando hasta su conclusión, de conformidad a las Leyes con que fueron promovidas, [...]”*, ante ello resultaría imprescindible definir el momento en que se tienen por iniciadas tales diligencias. Así, el art. 60 de la L.E.A. en su inciso 1º, establece: *“El Procedimiento Administrativo para la Adopción inicia con la presentación de la solicitud de adopción ante la Oficina para Adopciones o las Procuradurías Auxiliares de la Procuraduría General de la República – [...]”* De igual forma, el art. 192 derogado de la Ley Procesal de Familia, señalaba en cuanto al trámite de adopción en sede judicial: *“A la solicitud de adopción de menores deberá anexarse la certificación que autorice la adopción extendida por la Procuraduría General de la República. [...]”*.

Finalmente el art. 38 del Reglamento de la Ley Orgánica de la P.G.R., apunta: *“El procedimiento administrativo de adopción inicia desde la recepción de la solicitud de autorización de adopción, nacional o internacional, y finaliza con la entrega de la certificación de la resolución de autorización de la adopción y otros documentos conexos a la persona solicitante [...]”*

De las disposiciones citadas supra resulta evidente que las Diligencias de Adopción, en este caso, en la legislación familiar se encontraban estructuradas en dos fases: una administrativa que inicia con la presentación de la respectiva solicitud ante la P.G.R. y concluye con la autorización para adopción emitida por el titular de dicha institución; seguidamente, con dicha autorización se procede a la fase judicial ante los Tribunales de familia competentes quienes finalmente declararán o no la adopción. Vale la pena mencionar que la integración de organismos tanto administrativos como judiciales se hace con el propósito de garantizar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes y el respeto de sus derechos, particularmente en lo que concierne a los trámites de adopción.

En esa línea de pensamiento se debe analizar, que la LEA en su art. 8 señala, que el Juez que declare la adoptabilidad es competente también para decretar la adopción; posteriormente en su art. 5 prescribe que el Juez o Jueza Especializado de Niñez y Adolescencia será competente para declarar la adoptabilidad, previa la aprobación del procedimiento en la fase administrativa por la Procuradora General de la República; procedimiento que difiere a aquel contenido en el Código de Familia y Ley Procesal de Familia.

En el presente caso, es importante denotar, como bien lo hace la Jueza Especializada de Niñez y Adolescencia, que las diligencias de

adopción, en sede administrativa fueron iniciadas, sustanciadas y concluidas bajo el imperio del Código de Familia, según puede constatarse por la resolución emitida por la OPA a las nueve horas doce minutos del veintisiete de septiembre de dos mil once, de fs. 33, por la cual se declaró la idoneidad de la señora D., para la adopción de un niño o niña y la resolución dictada por la PGR el seis de abril del año dos mil diecisiete por medio de la cual, dicha institución autorizó la adopción del niño por parte de la señora D. No obstante lo anterior, la Jueza de Familia declinante sostiene que el régimen aplicable es la L.E.A., por haberse presentado la solicitud en sede judicial después de la entrada en vigencia de dicha normativa.

No hay forma, de que la aplicación de la nueva ley al presente caso sea más favorable al interés superior del niño que se pretende adoptar, cuando ya todos los trámites administrativos han concluido bajo el imperio de la legislación familiar, de tal forma, que no hay posibilidad de que la aplicación de la LEA al caso en análisis beneficie al niño, teniéndose en cuenta que presupondría la exigencia de más requisitos, debiéndose considerar que ningún justiciable querría aumentar los requisitos que le son exigidos, cuando está en la disposición más pronta de obtener una resolución final a su caso. Debiéndose considerar además, que en el caso de mérito, se encuentra en juego la definición de la situación jurídica de un niño abandonado y una mujer que anhela ser madre a pesar de su infertilidad, siendo que el niño ya se constituyó víctima de la realidad familiar en la cual nació, se torna de suma importancia evitar la re-victimización del mismo por parte del Estado.

Ante tal afirmación, es importante tomar en cuenta lo dispuesto en el art. 15 de la Constitución, el cual advierte: *“Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate,*

y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.” En ese mismo sentido, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, señala en su art. 8 en referencia a las garantías judiciales, lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Así, la doctrina distingue tres momentos de aplicación de las leyes: a) Cuando éstas se encuentran vigentes y rigen un hecho realizado dentro del período de vigencia; b) Por retroactividad, cuando aplican a un hecho efectuado antes de su entrada en vigor; y c) Por ultractividad, cuando se aplican después que concluyó su vigencia.

El art. 137 de la L.E.A. prevé las derogatorias a los arts. 165 al 185 del Capítulo III, Título I, del Libro Segundo del Código de Familia, los cuales hacían alusión a la adopción, así como las demás disposiciones que contraríen dicha Ley; sin embargo, al haberse comprobado que las diligencias de adopción en el presente caso, iniciaron cuando todavía se encontraban vigentes los artículos supra citados del Código de Familia, será dicho régimen el que deba aplicarse por ultractividad de la Ley, así como las normas de la Ley Procesal de Familia pertinentes, lo que redundará en la seguridad jurídica y el respeto de los derechos adjudicados a favor de la adolescente y solicitantes. A esta conclusión se llega porque el juez competente en materia de familia debe resolver no obstante vacío, insuficiencia u oscuridad de la ley según reiteradamente la legislación familiar lo preconiza. El reconocimiento y protección de los derechos, más el de los

niños y adolescentes no puede detenerse por imprecisiones o vacíos legales o disposiciones legales susceptibles de recibir interpretaciones múltiples no coincidentes. Ellos no pueden correr el riesgo de la inseguridad jurídica.

Ahora bien, conviene aclararle a la Jueza interina del Juzgado Primero de Familia de esta ciudad (2), que en su resolución enunció que declinaba el conocimiento de la causa por ser incompetente en razón de la materia; sin embargo, tal declaratoria de incompetencia es relativa pues, hasta antes de la entrada en vigencia de la L.E.A., no quedaba duda que eran los Jueces de Familia quienes conocían de las diligencias de adopción desde el once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, fecha en la que entraron en vigencia el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia; por lo tanto, la pretensión de adopción continúa siendo materia eminentemente de familia, pues pretende establecer relaciones de filiación entre el adoptado y los adoptantes, no obstante que haya sido decisión de la legislatura que, inspirada en concretar los intereses de la niñez y adolescencia, haya optado por crear la referida Ley. Asimismo, no puede pasarse por alto que en lo relacionado a las adopciones de personas mayores de edad, el art. 8 inc. 2º de la L.E.A., determina que los Jueces de Familia son los competentes para conocer de ellas.

Aunado a lo anterior cabe remarcar a la referida funcionaria judicial, que si todo el proceso se ha llevado a cabo conforme al Código de Familia y a la Ley Procesal de Familia, y antes de la entrada en vigencia de la LEA su autoridad podía conocer de casos como el que se encuentra en análisis; no existe justificación para negarse a conocer de este caso teniendo en cuenta lo que explícitamente prescribe el art. 131 LEA, artículo cuyo contenido fue omitido por la Jueza mencionada en su análisis, a quien corría la carga de la argumentación de su incompetencia, quien debió aplicarlo por ser normativa vigente, en aras de facilitar la culminación del proceso de adopción del niño,

teniendo en cuenta que el proceso bajo análisis se ha llevado a cabo a lo largo de varios años en sede administrativa, debido a las circunstancias del mismo.

Aún más, debe considerarse que no obstante que la LEA entró en vigencia el veinticuatro de abril del año dos mil diecisiete, no se encuentra instaurada la estructura institucional que señala el art. 46 de la misma y que al calificar la competencia objetiva en casos de esta naturaleza es fundamental medir también el impacto en el justiciable, en este caso el niño, quien debería esperar a que se configure la estructura necesaria para que se volvieran a iniciar las diligencias en sede administrativas, lo cual es imperdonablemente innecesario, atentatorio y dilatorio.

Es de tener en cuenta, que el Principio de Juez Natural constituye una garantía constitucional en virtud de la cual, los casos deberán ser juzgados por entes judiciales constituidos previamente a la existencia de los mismos; por lo tanto debe tenerse en cuenta, que las Diligencias de Adopción bajo examen fueron iniciadas bajo el régimen jurídico vigente en ese momento, es decir, la legislación de familia, siendo imperioso en consecuencia, que la pretensión sea resuelta por la jurisdicción de familia, esto en virtud del Principio mencionado, en relación a los Principios de Legalidad y de Irretroactividad de la Ley, de tal suerte, que la LEA no puede aplicarse a casos que pre datan de la entrada en vigencia de la misma, en sede administrativa; salvo que extraordinariamente existiera causa legal y razones suficientes de orden público y fácticas en atención al art. 131 de dicho cuerpo de ley.

Interpretación sociológica a aplicar en el análisis de competencia LEA

La aplicación e interpretación de la LEA debe como en todos los casos del Derecho, pero quizá con mayor preponderancia en este tipo de

supuestos en ella recogidos, considerarse la realidad que en El Salvador se vive. Nos referimos a que:

A-) se sabe que a la fecha hay una cantidad ingente de solicitudes de adopción, de niños, niñas y adolescentes sujetos de adopción y de familias acreditadas, todas ellas han sido usuarios de los servicios administrativos de adopción que las entidades competentes en la materia han prestado.

B-) La adopción en alguna medida constituye un medio para que el Estado cumpla con su deber de proteger a la familia en complemento al cumplimiento de otras prestaciones que debería conferir para posibilitar su conformación y protección [Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257. Con especial relación al derecho a la vida y la protección a la familia]. La adopción constituye una oportunidad de constituir una familia, proteger a la niñez y adolescencia, entre otras formas que deberían implementarse como la filiación civil. Dado que el Legislador salvadoreño ha dado el paso adelante para autorizar la LEA, corresponde a las autoridades ahí establecidas como competentes a aplicarla eficazmente, aunque la misma presentase vacíos e insuficiencias de ley.

C) El cuadro fáctico de las diligencias de adopción se resume en que el niño sujeto de la adopción fue abandonado por sus padres biológicos y por su parte, madre adoptiva deseosa de conferirle una familia y a la sazón, imposibilitada para procrear, ha recurrido a los servicios estatales administrativos y judiciales para obtener el tan soñado deseo de conformar una familia. Constitucionalmente el Estado tiene el deber de remover todos los obstáculos que impidan conformar una familia. Arts. 1, 2 y 17 Pacto de San José.

En ese sentido, esta Corte por sentencia marcada bajo referencia: 60-COM-2014, de fecha dieciséis de octubre de dos mil catorce, V.2.2, párrafo dos razonó: *“En cuestión de organización del trabajo judicial, deben tenerse presente dos conceptos: Acceso Formal a la Justicia y el Acceso Material a la Justicia. Por el primero, una persona debe tener la oportunidad de presentar una demanda. Por el segundo, aquél debe obtener una sentencia y su ejecución, para ver materializado su derecho reconocido u otorgado judicialmente. Ambos engranan en el deber de garantía de los derechos humanos a cargo del Estado, art. 2 Pacto de San José. Tal norma señala: <<Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.>> En la expresión empleada: “medidas... de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, cabe el análisis y decisión que se tomará en esta sentencia. Con lo que se preserva el derecho humano a disfrutar de garantías judiciales, arts. 8 y 25 de dicho Pacto.”*

Más adelante se agregó: *“La Corte debe asegurar una pronta y cumplida justicia y para ello dictar las políticas de distribución del trabajo judicial pertinentes (sentencia de competencia 336-COM-2013). Las decisiones de competencia forman parte de tales políticas. Bajo esta misma premisa, organizamos el trabajo judicial, para tal efecto interpretamos y aplicamos sistemáticamente las disposiciones ya señaladas a fin de que la discusión procesal sobre la competencia o carencia de ésta por razones distintas al territorio y por éste se diriman ante la Corte, previo agotamiento del trámite legal respectivo.”*

Y por último, en dicha sentencia se afirmó: *“El art. 172, inc. 1 Cn: señala que “Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.” Asimismo, el art. 182, 2ª Cn.: “Dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de cualquier fuero y naturaleza;”. La primera disposición otorga la potestad jurisdiccional al Órgano Judicial a ejercerla en cualquier materia común o especializada. La segunda, confiere a la Corte Suprema de Justicia la atribución de resolver los conflictos entre tales tribunales. Por eso, de su interpretación conjunta vemos que esta situación permite ejercitar la interpretación a la que nos hemos referido anteriormente, a fin de tomar la línea jurisprudencial que potencie el acceso a la justicia para que la Corte pueda tomar la decisión gubernativa de distribución del trabajo judicial, en atención a las necesidades del servicio de administración de justicia”.*

Asimismo se interpretó, que el art. 182, at. 2ª Cn referente a que la Corte debe dirimir conflictos de competencias implica que un tercero, es decir, este tribunal, tome una decisión respecto de la controversia que dos juzgadores han emitido respecto de quién debe conocer un tipo de caso y que ello constituye un mecanismo procesal que evita dilaciones innecesarias en un procedimiento que pudieren suceder en perjuicio de los justiciables, quienes tienen derecho a gozar de un Acceso Formal y Material a la Justicia sin dilaciones indebidas.

Que además, según el art. 182, at. 5ª Cn., en cuanto a la atribución de esta Corte a que adopte las medidas que estime necesarias para que se dé una cumplida justicia, encontramos que este tipo de decisiones deben cumplir ese propósito y para ello, los jueces competentes en los casos deberían colaborar para que el Órgano Judicial funcione como

un sistema articulado entre sí. Que si bien es cierto, son muy valiosas las opiniones o criterios jurisprudenciales que los jueces exponen en sus resoluciones de competencia y que la independencia judicial debe respetarse y protegerse; pero que deben también considerarse todos los aspectos que conciernen al caso específico, algunos de los cuales se han expuesto en esta resolución.

Así las cosas, se comunica a la sociedad de jueces de familia y especializados en materia de niñez y adolescencia que cuando se declaren incompetentes para conocer de estos casos, proporcionen argumentos con arreglo a todos los posibles enfoques de Derecho que pudieren converger; que en la medida de lo posible, asuman su competencia si existiera algún argumento salvable a su favor, el que pudiera figurar en una multitud de criterios interpretativos favorables o desfavorables al análisis de competencia. Asimismo, que estén atentos a las resoluciones de conflictos de competencia con el propósito que se proporcione una respuesta a los justiciables, a la manera de un Órgano Judicial estructurado como sistema, integrado armónicamente según reglas y criterios previa, clara y precisamente establecidos, lo que en más de un caso, supondrá atemperar criterios particulares en la decisión de los casos, los que, aunque ricos en razones, pudieran distanciarnos, de momento, en la resolución pronta de estos casos. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la independencia judicial y libertad de expresión de las ideas, propia del desempeño judicial.

En conclusión esta Corte estima, que teniendo en cuenta que en el caso bajo análisis la fase administrativa se ventiló en su totalidad antes de la entrada en vigencia de la LEA, pues constan en autos: la Declaratoria de Idoneidad emitida en favor de la señora D. por parte de la OPA a las nueve horas doce minutos del veintisiete de septiembre de dos mil once, de fs. 33, el Acta de Comité Institucional de Asignación de Familia Nacional, de las

nueve horas del trece de febrero de dos mil diecisiete, de fs. 34, mediante la cual la PGR acordó seleccionar a la señora D. para asumir mediante adopción la autoridad parental del niño, la Resolución de Autorización de Adopción del mismo por la referida señora, dictada por la PGR a las nueve horas cuarenta y seis minutos del seis de abril de dos mil diecisiete, de fs. 35, la Declaratoria de Adoptabilidad del niño pronunciada por el ISNA a las catorce horas del veintidós de junio de dos mil dieciséis, de fs. 45; debiéndose considerar además, que la solicitud bajo estudio fue presentada ante la jurisdicción de familia y que debe aplicarse el contenido del art. 131 LEA, en el sentido de que las diligencias de que se ha hecho mérito deben continuarse y finalizarse conforme a la legislación de familia, debido a que tal legislación brinda una respuesta más expedita y permite que a la brevedad se defina la situación jurídica del niño por medio de la figura jurídica de la adopción, se concluye que la competente para conocer y resolver sobre las diligencias de adopción planteadas es la Jueza interina del Juzgado Primero de Familia de esta ciudad (2) y así se determinará.

POR TANTO: de acuerdo a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts. 182 at. 2ª y 5ª de la Cn. y 47 inc. 2º CPCM., esta Corte a nombre de la República de El Salvador, **RESUELVE: A)** Declárase que es competente para sustanciar y decidir las diligencias de que se ha hecho mérito, la Jueza interina del Juzgado Primero de Familia de esta ciudad (2); **B)** Remítanse los autos a dicha funcionaria con certificación de este proveído, a fin de que resuelva lo que conforme a derecho corresponda. **C)** Comuníquese esta resolución a la Jueza Especializada de Niñez y Adolescencia de esta ciudad, para los efectos de Ley. **HÁGASE SABER.**

A.PINEDA.-----J.B.JAIME.-----S.BLANCO R.-----M.R.Z.-----
M.REGALADO-----O.BON.F.-----A.L.JEREZ.-----L.R.MURCIA.-----

A.R.ARGUETA.-----DUEÑAS.-----S.L.RIV.MARQUEZ-----PRONUNCIADA
POR LOS MAGISTRADOS Y MAGISTRADAS QUE LA SUSCRIBEN.-----
-----E.SOCORRO C.---SRIA.INTA.----