

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



**FACTORES QUE INCIDEN EN LA CAPACIDAD JURÍDICA PROCESAL DE
LOS ADOLESCENTES MAYORES DE CATORCE AÑOS, PARA EJERCER
EL DERECHO DE ACCIÓN DE CONFORMIDAD A LA LEY DE
PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO(A)
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**OSCAR FERNANDO AQUINO MARTÍNEZ.
HAZEL MAYDEL GARCÍA LARIOS.
MARÍA GUADALUPE TOLENTINO AQUINO.**

DOCENTE ASESOR:

Msc. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO 2019

TRIBUNAL CALIFICADOR

**Lic. Josué Rubén Rivas Baires.
Presidente**

**Lic. Nelson Isaac Montano.
Secretario**

**Msc. Wilmer Humberto Marín Sánchez.
Vocal**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado.
RECTOR**

**Dr. Manuel de Jesús Joya.
VICERRECTOR ACADÉMICO**

**Ing. Nelson Bernabé Granados.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez.
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín.
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández.
VICEDECANO**

**Dr. Juan José Castro Galdámez.
SECRETARIO**

**Lic. René Mauricio Mejía Méndez.
DIRECTOR DE ESCUELAS DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo.
DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACION**

**Licda. María Magdalena Morales.
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACION DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por haberme permitido llegar hasta este punto de mi carrera, por haberme otorgado la sabiduría necesaria, por siempre ayudarme en momentos difíciles, y por haberme permitido alcanzar un logro más en mi vida.

Doy gracias a mi madre Ana Luz Martínez, por todo el apoyo brindado, por su amor incondicional, por ser un pilar fundamental en mi proceso educativo, por estar dispuesta a escucharme, siempre que la necesito, por todos sus sabios consejos, mil gracias mami por todo tu amor.

Doy gracias a mi padre Guillermo Aquino Flores, el mejor abogado del mundo, compañero, amigo, colega, mi ejemplo a seguir, quien desde el cielo observa cada uno de mis logros; De igual forma agradezco a mi hermano José Humberto Aquino, el primogénito de mis padres, mi más grande amigo y mentor, quien de igual forma que mi padre desde el cielo siguen cuidando de mí.

Doy gracias a mi esposa Ivania Claribel Rivas de Aquino, quien ha sido mi compañía en mis noches de desvelo, gracias por su comprensión y cariño y por creer siempre en mí.

Agradezco a los docentes de la facultad que de forma directa o indirecta formaron parte de mi proceso de aprendizaje y formación, para llegar a ser un excelente profesional.

Oscar Fernando Aquino Martínez

AGRADECIMIENTOS

Primeramente agradecer a Dios por todas las bendiciones que derrama sobre mi cada día, y en especial por brindarme la fortaleza necesaria para permitirme llegar hasta donde ahora me encuentro culminando con felicidad mi trabajo de graduación, ya que sin el nada es posible.

A mis padres Sandra Larios y Oscar García por estar a mi lado y darme su apoyo incondicional en este proceso, animarme a superarme profesionalmente y ver en cada obstáculo de la vida una nueva oportunidad para continuar luchando por las metas propuestas, que no hay mejor herramienta en la vida que la perseverancia para triunfar.

A mi hija Arianna Martínez y a mi esposo Marcelo Martínez por ser el motor que impulsa mi vida, que con su amor y su apoyo me motivan a convertirme en una mejor persona y convertirme en una profesional

Con mucho cariño y aprecio a mis compañeros de tesis y amigos de toda la carrera, Guadalupe Tolentino y Oscar Aquino, por la paciencia y comprensión al momento de elaborar este trabajo de graduación. A nuestro asesor de tesis por habernos brindado la orientación adecuada y necesaria para finalizar de la mejor manera el proyecto de graduación.

Hazel Maydel García Larios

AGRADECIMIENTOS

A Dios todopoderoso, por permitirme terminar esta etapa de mi vida y darme la sabiduría durante todo mi proceso académico.

A mi madre con mucho cariño y muy especialmente María Gladys Aquino, por ser mi mejor amiga, mi pilar fundamental y siempre me ha animado a seguir adelante y por su muy valioso apoyo durante toda mi carrera.

A mi padre Lázaro Tolentino, por su apoyo incondicional y sus consejos dados durante este tiempo, a mi hermano especialmente Uvaldo Leonel Portal Aquino, por su amor incondicional y apoyo durante todo mi proceso de aprendizaje.

A mis tíos especialmente Ana Mirian de Juárez y José Francisco Juárez, quienes son como mis segundos padres, agradezco por su amor incondicional, y por haber estado pendiente de cada uno de mis pasos durante todo este proceso educativo.

Al profesional que aceptó guiarnos en la elaboración de esta investigación, lo cual es de respetar mucho, infinitas gracias Msc. Wilmer Humberto Marín Sánchez.

A Hazel Maydel García Larios Y Oscar Fernando Aquino, por compartir esta aventura de vida de la cual hemos ganado una valiosa amistad.

María Guadalupe Tolentino Aquino

INDICE

RESUMEN.....	i
ABREVIATURAS Y SIGLAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPITULO I	1
GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN	1
1.1 Antecedentes Históricos.....	1
1.2 Teorías unitarias del derecho de acción.....	5
1.2.1 Como derecho a la tutela concreta.....	6
1.2.3 Como derecho Abstracto	8
1.2.4 Como forma típica del derecho de petición.....	9
1.2.5 Como derecho a la jurisdicción	11
1.2.6 Aplicación de teorías unitarias en El Salvador	14
1.3 Doctrinas dualistas	15
1.3.1 Conceptualización sobre la acción procesal.....	15
1.3.2 Características según la doctrina dualista.....	16
1.4 Relación de la acción procesal y la pretensión.....	17
1.4.1 Elementos de la acción y de la pretensión.....	18
1.4.2. Materialización de la pretensión	20
1.4.2.1 En el ámbito judicial.....	21
1.5 La capacidad	22
1.5.1. Generalidades	22
1.5.2. Tipos de capacidad.....	25
1.5.2.1. De Goce	25
1.5.2.2. De Ejercicio o de obrar.....	26
1.5.3.3. Procesal.....	27
CAPITULO II	31
EI DERECHO DE ACCION DE LOS MENORES.....	31

2.1 Evolución de los derechos de los menores en el marco jurídico internacional.....	31
2.1.1 Declaración de Ginebra de 1924	32
2.1.2 Declaración de los Derechos del Niño de 1959	35
2.1.3 Convención de los derechos del niño de 1989.....	36
2.1.4 Reconocimiento Constitucional de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en El Salvador.....	38
2.2 evolución de los derechos de los menores en el salvador	41
2.2.1 Código de Menores de 1974	43
2.2.2 Ley de Menor Infractor ó Ley Penal Juvenil.....	46
2.2.3 Código de familia.....	48
2.2.4 Ley del instituto salvadoreño para el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia	50
2.2.5 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)	51
2.3. El derecho de acción de los menores en el salvador	53
2.3.1. Definición de menor	54
2.3.2. Incapacidad procesal del menor	55
CAPITULO III	58
LA CAPACIDAD JURÍDICA PROCESAL DE LOS ADOLESCENTES MAYORES DE 14 AÑOS PARA EJERCER EL DERECHO DE ACCIÓN DE CONFORMIDAD A LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LEPINA	58
3.1 Generalidades de los derechos de la niñez y adolescencia.....	58
3.2 Transición del niño como objeto de derecho a sujeto de derecho	64
3.2.1 Definición legal del niño, niña y adolescente.....	67
3.2.2 El niño como sujeto de derecho.....	70
3.3 Principios rectores para la garantía y protección de los derechos de la niñez y adolescencia	71
3.3.1 Principio de Rol primario y fundamental de la Familia	71
3.3.2 Principio de Igualdad, no discriminación y equidad.....	73
3.3.3 Principio de Corresponsabilidad.	76

3.3.4 Principio de Prioridad Absoluta	77
3.3.5. Principio del Interés Superior de la Niña, del Niño y Adolescente	78
3.4. La representación procesal de los menores de edad.....	82
3.4.1 Ejercicio de la Capacidad Jurídica Procesal de los Adolescentes mayores de catorce años.....	85
DERECHO COMPARADO	88
4.1 Capacidad procesal de los menores en el derecho argentino	88
4.2 Capacidad procesal de los menores en el derecho español.....	90
4.3 Capacidad procesal de los menores en el derecho venezolano	95
CAPITULO V.....	101
PRESENTACION E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.....	101
5.1 Presentación de los resultados	101
5.1.1 Cuestionario dirigido a litigantes	102
5.1.2 Cuestionario dirigido a defensores públicos de la procuraduría general de la república	109
5.1.3 Entrevista Realizada A Juez Especializado de La Niñez y Adolescencia, (Juez Uno) de San Salvador.	116
5.1.4. Entrevistas a Secretarios del Juzgado Especializado de Niñez y adolescencia de San Salvador.....	118
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	127
CONCLUSIONES.....	127
RECOMENDACIONES	131
BIBLIOGRAFIA.....	132

RESUMEN

El presente trabajo de grado se desarrolla en cinco capítulos, con especial énfasis en la representación del adolescente mayor de catorce años según la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, iniciando con un análisis sobre las generalidades del derecho de acción, las diferentes doctrinas tanto las teorías unitarias como las teorías dualistas, llegando a la conclusión que en El Salvador, se aplica la teoría Unitaria del derecho de acción.

En este mismo orden de ideas, en el capítulo dos, se desarrolla el Derecho de Acción de los niños niñas y adolescentes, su evolución en el marco jurídico internacional. Con relación a la representación procesal de los adolescentes mayores de catorce años, y su capacidad jurídica para ser parte en los procesos judiciales, expuesto en el capítulo tres, se hace notar que esta facultad se ve rodeada de muchos factores que inciden.

Entre los factores Jurídicos se contemplan principalmente la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, la cual da origen a la legislación especial de familia, y con esta posteriormente a la creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

Y por último, pero no menos importante, se realiza un estudio del marco jurídico de los países de Argentina, España y Venezuela, ya que estos han tenido al igual que El Salvador un desarrollo progresivo del derecho de familia, y en todos ellos se le reconoce al adolescente la capacidad progresiva de sus facultades y por ende la facultad de poder ser representado directamente por un abogado en los procesos donde les sean vulnerados sus derechos.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C.c.	Código Civil
C.Pr.C.M.	Código Procesal Civil y Mercantil
D.O.No.	Diario Oficial Número
L.M.I.	Ley del Menor Infractor
L.P.J.	Ley Penal Juvenil
Pr.F.	Ley Procesal de Familia

SIGLAS

CDN	Convención Sobre los Derechos del Niño
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
PNPNA	Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia.
UTE	Unidad Técnica Ejecutiva
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado versa sobre el tema “Factores que inciden en la Capacidad Jurídica Procesal de los Adolescentes Mayores de catorce años para ejercer el derecho de acción de conformidad a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.” La selección del tema obedece al motivo principal de ser novedoso en la legislación salvadoreña que rompe con el esquema civilista en relación a la capacidad jurídica procesal de los adolescentes. Y que, en la ley en mención, dispone que los adolescentes mayores de catorce años están facultados para ejercer el derecho de acción, lo que implica promover por ellos mismos procesos judiciales en los cuales sus derechos sufran afectación sin la necesidad de acudir por medio de sus padres o tutores.

Asimismo identificar los factores que intervienen para el desarrollo de la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años, razón que la ley señala desde que edad puede darse el ejercicio del derecho de acción, por lo que es de suma importancia determinar qué aspectos se dan para que el ejercicio de este derecho.

En el contenido de la presente investigación se ha tomado en cuenta, específicamente, aspectos teóricos, normativos del objeto de estudio. Por lo que dicha investigación se encuentra estructurada en una serie de capítulos que mantienen una relación lógica y congruente.

El Capítulo uno se denomina “Generalidades sobre el Derecho de Acción”, en un primer momento se destaca el contexto histórico del desarrollo del Derecho de Acción, retomando el estudio de la “acción”, desde el Derecho romano y sus diferentes acepciones como: sinónimo de derecho, pretensión, facultad de provocar la actividad de la jurisdicción y en un segundo término

se ubican las diferentes teorías, denominadas teorías unitarias y dualistas del Derecho de Acción, que desde la historia ha sido un aporte para definir dicho concepto.

En el Capítulo dos se estudia el derecho de acción de los menores, partiendo un contexto histórico que dieron origen al reconocimiento, ejercicio de este derecho, entre los más destacados: las organizaciones que a nivel internacional ayudaron al desarrollo e impulso del ejercicio del derecho de acción por medio de sus planes en beneficio a la protección de la infancia y su postura que contribuyeron en su momento a la iniciativa de crear instrumentos normativos internacionales que velara por más protección hacia los derechos de los niños y adolescentes. Y así estudiar la incidencia que tuvo en El Salvador y la implementación de los diferentes cuerpos normativos que se han venido creando con el pasar del tiempo para proteger a los niños y adolescentes.

El capítulo tres denominado “La Capacidad Jurídica Procesal de los Adolescentes mayores de catorce años para ejercer el Derecho de Acción de conformidad a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” se hace referencia a los antecedentes históricos de lo que se conoce por capacidad, su categorización, la limitación que se ha marcado desde la teoría civilista que excluye a los menores de edad refiriéndose ahora a ellos como niño, niñas, y adolescentes, quienes no poseen la capacidad de obrar, de poder actuar por ellos mismos, sino por medio de sus padres o tutor. Siendo en este capítulo donde se hace el estudio de la normativa de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y concretamente con la implementación de la facultad de poder ejercer la capacidad jurídica procesal, y llevar a cabo el derecho de acción por los adolescentes mayores de catorce años, atendiendo a los diferentes ordenamientos internacionales. Se crea esta ley con lineamientos que rompe con esquemas tradicionalistas

y se amplía la protección para los niños, niñas y adolescentes, siendo más específica, señalando en la misma una categorización de principios rectores para la garantía y protección de los derechos de la niñez y adolescencia

En el capítulo cuatro se desarrolla el Derecho comparado con la finalidad de verificar aciertos o defectos con respecto al ordenamiento salvadoreño en relación al objeto de estudio de esta investigación y analizar el tratamiento jurídico aplicado al mismo, tomando como referentes la legislación de Argentina España y Venezuela

El capítulo cinco se refiere específicamente a los resultados de la investigación de campo, realizada con el objeto de verificar la existencia de factores que inciden en la capacidad jurídica procesal de los adolescentes al ejercer su derecho de acción, como comprobar también la efectividad del mismo en la realidad jurídica y si se implementa conforme lo establece la ley especial. Se hace una interpretación sobre los resultados obtenidos en las encuestas y entrevistas realizadas a abogados litigantes en la materia y funcionarios de los Tribunales especializados de niñez y adolescencia respectivamente.

Y finalmente se plantean las conclusiones a las que llegó el grupo de trabajo, con relación a la investigación, basadas principalmente en la investigación de campo; asimismo, se han elaborado una serie de recomendaciones que son el resultado de un análisis de las diferentes dificultades constatadas mediante el progreso de la investigación, las cuales a criterio del grupo investigador son importantes para el mayor aprovechamiento de recursos, así como para una mejor efectividad en la aplicación de la normativa de protección a la niñez y adolescencia. Y por último se agrega la bibliografía, referencias de sentencias los cuales fueron de soporte primordial para la consulta y desarrollo de esta investigación.

CAPITULO I

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN

El presente capítulo desarrolla y estudia los precedentes históricos del derecho de acción, desde la rama del Derecho procesal, puntualizando así conceptos jurídicos fundamentales que se encuentran ligados al derecho de acción, como es la capacidad jurídica procesal y de esta forma poder establecer los cimientos necesarios para comprensión de lo que es capacidad procesal de los adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico y como esta es aplicable.

1.1 Antecedentes Históricos

Al iniciar el presente capítulo es necesario aclarar que el término “acción” en las ciencias jurídicas, tiene diversos significados, en la etapa germinal del derecho romano la acción o “actio” está ligada a la fuerza bruta¹, lo que se denomina la acción directa. Con la evolución del derecho este término ha adquirido diferentes significados, atendiendo a las diferentes ramas de estudio, es así, que lo que se entiende por acción en el derecho civil, no es lo mismo a lo que se entiende en el derecho penal, mercantil, administrativo y otros.

¹ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Universidad, Argentina, 1997), 136. El derecho romano más que un sistema de derechos, fue un sistema de acciones, le dio más importancia a la discusión judicial en relación a los derechos subjetivos, sin embargo pese a la considerable trascendencia que tuvo la actividad jurisdiccional el concepto de acción del derecho romano es irrelevante desde una perspectiva científica del proceso, puesto que tiene una óptica material de esta.

Así la acción u omisión, tanto en la culpa civil como en el delito penal, y al definirla, los autores penalistas entran en contradicción por la complejidad del mismo, surgiendo diferentes conceptos². Además se habla de acción para determinar la actividad del Estado en su actuación a través de los diferentes órganos³, también se utiliza dicho término para identificar el derecho que se quiere proteger seguido del nombre respectivo del derecho material subjetivo, como por ejemplo acción reivindicatoria, acción posesoria, acción contractual etc. En el derecho societario, por el contrario, se le denomina acción a la parte en la cual se divide el capital de una sociedad y es el título necesario para acreditar, ejercer y transmitir la calidad de accionista⁴, así como también se utiliza para diferenciar la rama del derecho material a la que se hace referencia, así se habla de acciones civiles, penales, laborales, etc. Encontrándose además otras muchas acepciones.

La variedad de significados que puede tener dicho término, hace difícil su comprensión, y aún más desde el punto de vista procesal, donde también adquiere diferentes significados⁵.

La acción en el derecho procesal, tiene diversos significados, de la cual se

² Rosalio Bailon Valdavinos, *Teoría general del proceso y derecho Procesal Civil, Preguntas y respuestas*, (México DF: Limusa, 2004), 135. Primer Concepto causalista; Eduardo García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48 ed. (México: Porrúa, 1966), 241. Concepto causalista de acción, concepto finalista de acción, y concepto normativo de acción.

³ Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, 29 ed (México: Porrúa, 1990), 13, La acción entendida como la actividad estatal la cual “está configurada por el conjunto de actos, operaciones y tareas que le atribuye el derecho positivo y, por tanto, está obligado a desarrollar para la obtención de su telos, de su fin...”

⁴ Art. 144, “La acción es el título necesario para acreditar, ejercer y transmitirla calidad de accionista. Se registrará por las disposiciones relativas a títulos valores compatibles con su naturaleza y que no estén modificadas por esta Sección”. Código de Comercio de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, mayo de 1970).

⁵ Históricamente este término ha sido usado indistintamente para referirse a diversas facultades, la doctrina a logrado aislarlo para cada caso en particular y el mismo fue objeto de una formulación especial en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

pueden identificar al menos tres acepciones distintas:

Como sinónimo de derecho, es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice “el actor carece de acción”, o se hace valer la “*exceptio sine actione agit*” lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar⁶.

Como sinónimo de pretensión, en este sentido se entiende la acción como la pretensión de que se tiene un derecho valido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. Así se usa al hablar de “acción fundada y acción infundada”, “acción real y acción personal”, “acción civil y acción penal”.

Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción, se habla entonces de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de su particular tutela del derecho invocado. El hecho de que esta pretensión sea fundada o no, no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón⁷.

Según el autor, la acción es “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión...” “Este poder jurídico compete al individuo

⁶ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ra. ed, (Buenos Aires: Depalma, 1977). 60

⁷ Victor Fairen Guillen, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, 4° ed. (Santiago de Compostela: Librería Porto, 1949), 79.

en cuanto tal, como un atributo de su personalidad.”⁸

El anterior concepto tiene un carácter eminentemente privado, al establecer la acción como un derecho del particular de acudir a los órganos jurisdiccionales, pues el proceso civil solo puede iniciarse a instancia de parte, haciendo alusión al principio clásico en materia civil: *nemo iudex sine actore*⁹, pero al acudir el particular al Estado a través de sus órganos, ayuda al anterior al cumplimiento de sus fines.

Además, cabe aclarar que el Estado no sólo tiene el poder y derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o verificación de los derechos, cuando un particular o un funcionario público se lo solicita con las formalidades legales¹⁰.

De lo anterior se afirma según autor¹¹, la acción en el derecho procesal es un poder – deber de parte del Estado, de solucionar litigios cuando lo solicite un particular o funcionario, es decir, es un derecho que tiene la persona de obtener justicia, dirigido al Estado a través del juez, mediante los diferentes órganos jurisdiccionales.

Según el Diccionario Jurídico la Acción es: “Poder jurídico, distinto del derecho y de la demanda en sentido formal, dirigido a lograr la actividad

⁸ Couture Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 57.

⁹ Locución Latina que puede traducirse como “No hay juicio sin parte que lo promueva”, utilizada en el ámbito del Derecho procesal como aplicación del principio dispositivo, el cual es aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez.

¹⁰ Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso*, (Bogotá Colombia: TEMIS, 1984),178.

¹¹ *Ibíd.*

estatal, por medio de sus órganos competentes, para la declaración coactiva de un derecho”.¹² En este punto encontramos que algunos autores consideran a la acción como un elemento del derecho subjetivo y otros que consideran que la acción es autónoma y diferente del derecho, estas dos corrientes de pensamiento se han dividido en teorías unitarias del derecho de acción en contraposición a las doctrinas dualistas del mismo.

1.2 Teorías unitarias del derecho de acción

Los sujetos de derecho, tanto individuales como colectivos tienen derechos, tal como acudir ante un tribunal, es decir, al órgano jurisdiccional en caso de existir una controversia o conflicto, esto con el fin de darle la intervención a dicho órgano, y se logra con la realización de un acto que se refiere a ejercer una “Acción”, por tanto se entiende que es acudir ante dicho órgano a pedir su intervención con el fin que resuelva un litigio que se esté planteando para su debida atención.

Definir la naturaleza del ejercicio de la “acción” ha sido complejo ya que, a lo largo del tiempo se han venido desarrollando diferentes teorías doctrinales, todas ellas partiendo desde el derecho romano, Celso definió a la acción *“como el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe, demostrando que aquella residía en el jus perseguendi, que permitía al pretor conceder o no la fórmula”*¹³, lo que significa que la acción era estudiada como un derecho subjetivo que se podía ejercer cuando existiera la violación de un derecho en la persona, lo cual permitía estar facultado para reclamar o

¹² Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 17ª ed., (Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993), 9.

¹³ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *La legitimación en el proceso civil*, (Comercial y fimadera, tuculmán, Buenos Aires, 1996). 57

demandar en juicio por dicha transgresión siendo esta última la condición para poder ejercer dicha facultad. Es así como diferentes juristas han dado su aporte para poder definir el estudio de la “acción” como un derecho subjetivo que toda persona posee, o bien visto como un simple acto de inicio que impulsa un proceso determinado o un poder que el mismo Estado otorga tanto a personas naturales como jurídicas para hacer valer sus propios derechos.

A continuación se enumeran las teorías unitarias del derecho de acción que han sido un antecedente importante para desarrollar una definición y determinar su naturaleza jurídica en el derecho procesal, algunas de las cuales han ido evolucionando o han sido rechazadas por completo y otras han tenido una aceptación válida por muchos procesalistas.

1.2.1 Como derecho a la tutela concreta

Uno de los precursores que ilustró esta teoría afirma: *“lo que nace de la violación de un derecho no es un derecho de accionar como afirmaba Savigny, sino una pretensión contra el autor de la violación que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio”*¹⁴ esta teoría es contradictoria a la definición romana que daba Celso, ya que para Windscheid la acción no es considerada como un derecho subjetivo material, sino el que exista la violación de un derecho significa una pretensión contra el autor, el demandado que transgrede, esto dependerá del derecho, las circunstancias que se presenten para formular dicha pretensión y ser perseguida en juicio.

¹⁴ Bailon Rosalio, *Teoría General del proceso y derecho procesal civil, preguntas y respuestas*, 69.

En la época en la cual se desarrolla esta teoría entre los años 1856 y 1857 surge una polémica entre Bernardo Windscheid y Teodoro Muther, puesto que se interpreta el fenómeno de la acción en el derecho civil romano y se obtiene el definitivo desprendimiento entre el derecho de acción (derecho a la tutela jurídica) y el derecho subjetivo¹⁵.

“La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar”, concibe la acción como “un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado; para el cumplimiento de una pretensión insatisfecha”¹⁶, ello significa que para que exista el Derecho de Acción, es necesario que exista el Derecho Subjetivo mismo, pues el que tiene un derecho insatisfecho puede reclamar ante los Tribunales la obtención de una sentencia favorable, de ahí que la acción es vista como un Derecho Público subjetivo porque va dirigido contra el Estado, no contra el demandado para la búsqueda de la protección jurídica hacia la parte procesal que tiene la razón mediante una sentencia favorable a su reclamo

1.2.2 Como derecho potestativo

Según el procesalista italiano considerado el precursor de la autonomía de la acción la define como: “el derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional frente al adversario, no frente al Estado. La Acción no requiere que necesariamente exista un derecho subjetivo. Puede haber una demanda que en definitiva sea desestimada en la sentencia, y sin embargo, la acción

¹⁵ Gozaíni Osvaldo, *La legitimación en el proceso civil*, 58.

¹⁶ Bailon Rosalio, *Teoría general del proceso y derecho Procesal Civil*, preguntas y respuestas, 69.

se ejerció y se tramito.”¹⁷

La acción es diferente del derecho sustancial que alega tener el actor y es distinta de la eventual obligación del demandado. No es “medio” para que actué el derecho subjetivo, ni un “elemento” o “función” de dicho derecho. Por el contrario, es un derecho autónomo distinto que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación.

La acción como derecho potestativo es de carácter concreto y por ende un poder: a) puramente ideal, b) de actuación de la ley, c) de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas o d) de generación de efectos jurídicos que se ejercita a través de una declaración de voluntad relativa a lo que se pretende y que requiere una demanda judicial para mantener a lo largo del proceso la voluntad de actuar la ley¹⁸.

Lo anterior determina que la ley concede, en diversos supuestos, el poder de influir con la manifestación de la voluntad en la condición jurídica de otra persona, sin necesidad de la voluntad de esta. Así ocurre a manera de ejemplo en la donación, pacto de retroventa y el mandato.

1.2.3 Como derecho Abstracto

Esta teoría estudia la acción como un derecho abstracto de obrar, representa el punto máximo de su autonomía y es a la vez culminante en el desarrollo de la ciencia procesal.

¹⁷ Julia Álvarez et al., *Manual de derecho procesal*, 2ª ed. (Astrea, Buenos Aires, Argentina 1992). 35. En alusión al procesalista italiano Giuseppe Chiovenda sobre la definición de acción.

¹⁸ Vicente J. Puppio, *Teoría General del Proceso*, 7ª ed. (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008), 149.

El principal iniciador de esta teoría, define a la acción como “*un derecho abstracto que le pertenece a todos, quien deseará formular pretensiones a la justicia*”¹⁹, a dicha definición este autor le da una naturaleza jurídica de derecho subjetivo público a la vez. Subjetivo porque cualquier persona que crea tener razón, puede dar inicio a un proceso, por lo que al ejercer la acción pone en actividad al órgano jurisdiccional para que este le dé la protección jurídica de los derechos que el demandante ejerza, se vuelve un derecho público de las partes hacia el Estado, a ser oído en juicio, derecho que emana del proceso y se desarrolla por medio del proceso.

La acción es el derecho a obtener en el proceso una sentencia, no necesariamente favorable; es un derecho “que pertenece aún a los que no tienen razón”, esto significa que cualquier persona sea esta natural o jurídica ante una lesión de sus derechos pueden dar inicio un proceso, el cual dependerá de las pretensiones que se plasmen en la demanda respectiva, con esto se daría inicio al proceso haciendo los respectivos exámenes de forma y fondo de lo cual el Juez establecerá si procede o no para continuar con la sustanciación de las etapas procesales subsiguientes, aunque no siempre la sentencia tiene que ser a favor de la parte procesal que se crea afectada.

1.2.4 Como forma típica del derecho de petición

Esta corriente se encuentra en el pensamiento de muchos procesalistas de los cuales es seguramente Eduardo J. Couture uno de los exponentes más destacados de la misma. Este autor formula con claridad la distinción que hay entre los conceptos de *derecho, pretensión y acción*, definiendo a esta

¹⁹ Gozaíni Osvaldo, *La legitimación en el proceso civil*, 60.

última como “*el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción*” agregando que “*existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta.*”²⁰

Lo expuesto significa que acción es un derecho que tiene todo individuo de poder acceder a la jurisdicción, cuando los derechos han sido violentados o se busca la declaración, extinción de un acto jurídico y este se requiere se haga de manera judicial, es decir, acudir ante un juez y presentar la petición o pretensiones determinadas de manera formal.

Esta teoría, trata de explicar la naturaleza jurídica de la acción, sobre la cual decía Couture “*debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal*”²¹. En principio este derecho es estudiado como carácter privado por las características que el maestro Couture le atribuye en su definición, considera que el derecho de accionar es un atributo de la personalidad que corresponde a cada persona, entendiendo entonces que el derecho de petición es el género y el derecho de acción la especie.

Se critica esta teoría por la vinculación que Couture hace entre los derechos de petición y de acción, los cuales tienen una diferencia de fondo al decir que ante el órgano judicial se involucra a un tercero que, aún contra su voluntad, se ve envuelto en la petición. Se indica una relación de derechos entre

²⁰ Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal civil, tomo I*, (Universidad Católica de Colombia Bogotá, Colombia: U.C.C., 2010), 70.

²¹ Marina Gascón Abellán et al., *Reflexiones en torno al Derecho procesal constitucional* (Bogotá, Colombia: Universidad El Bosque, 2012), 172.

particulares en que el Estado, a través de una sentencia, dispensa los derechos a favor de uno y en contra de otro litigante²².

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el derecho de petición *“puede ser ejercido por cualquier persona sea nacional o extranjero, persona natural o jurídica, ante cualquiera de las autoridades legalmente instituidas, quienes tienen la obligación de resolver dentro de un plazo razonable”*²³.

Según la definición expuesta, se entiende el carácter público que el derecho de petición tiene, ya que puede ser ejercido de manera genérica, es decir no necesariamente tiene que existir la trasgresión de un derecho propiamente para poder ejercerlo; es diferente como ocurre en el derecho de acción en el cual los ciudadanos tienen derecho a comparecer delante de los jueces para obtener pronunciamientos o decisiones de ellos sobre los asuntos que les planteen y que entren en la órbita de su competencia.

En síntesis, en el derecho de acción hay definición de derechos, mientras que en el derecho de petición hay simples respuestas, exponiendo criterios estatales frente a las solicitudes ciudadanas.

1.2.5 Como derecho a la jurisdicción

Esta teoría es definida por Venezuela Rengel como *“el derecho subjetivo o*

²² Jaime Vidal Perdomo, *Derechos de petición y acción* (Federación Colombiana de Abogadas: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/3/JaimeVidalPerdomo.pdf>, fecha de consulta 25 de junio de 2016).

²³ Sentencia de Amparo Referencia: 431-98 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2000).

*el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar al juez la composición de la Litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado*²⁴. La acción es estudiada por Rengel como el acceso a la jurisdicción que tiene todo ciudadano, el cual materializa su pretensión o controversia en la demanda, que es presentada ante el juez competente para que conozca de la “litis” que se plantea, esto da impulso a un proceso determinado el cual dependerá de la naturaleza de las pretensiones que se presenten.

No se trata únicamente de que alguien reclame y sea escuchado es preciso, además la formación de un proceso judicial como se mencionaba anteriormente, y que cuente con el máximo de garantías que consoliden, precisamente su carácter fundamental. Para el autor Osvaldo Gozaini, “*es evitar el aislamiento de la acción que determine tenerla únicamente como derecho de acceso a los tribunales. El concepto ha de vincularse con otras garantías procesales, tales como la defensa en juicio, o el más genérico, del debido proceso legal*”²⁵.

El derecho de acción suele confundirse con el derecho de petición y derecho de acceso a la jurisdicción. La acción es una especie del derecho de petición. es decir, mientras el derecho fundamental de pedir es un poder del individuo para incitar la actividad de los tribunales sin que sea necesario para ello tener calidad o situación jurídica alguna; en el derecho a la jurisdicción, se

²⁴ Nerio Cruz González, “*Nociones de jurisdicción, acción, proceso y pretensión como instituciones básicas que integran la disciplina del Derecho Procesal*” (tesis para optar al grado de especialista en derecho procesal, Universidad Católica Andrés Bello, Trujillo, 2012), 16.

²⁵ Osvaldo Alfredo Gozainí, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos: vínculos y autonomías* (Instituto de investigaciones jurídicas: Universidad autónoma de México, 1995), 146.

agregan otras exigencias que en rigor, son facultades, deberes y derechos de las partes y del juez²⁶.

En esta teoría, la acción debe considerarse como requisito de existencia del proceso, toda vez que sin ella no puede el juez impulsarlo, salvo en cuanto la ley autorice excepcionalmente su apertura de oficio, o sea, en uso de su propia actividad jurisdiccional, en cuyo caso se excluye la acción como su presupuesto. En la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se establece en el Artículo. 218. *“Los adolescentes mayores de catorce años de edad también podrán comparecer por medio de apoderado legalmente constituido, conforme a las reglas del Derecho común, en los procesos regulados por esta Ley, para lograr la protección de sus derechos. No obstante, en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental y privación de la administración de sus bienes, deberán actuar representados por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello.”*,

La legislación establece que la acción debe ser ejercida por el adolescente para iniciar un proceso determinado donde se le trasgreda sus derechos y a excepción de los casos que menciona la disposición, se hará el ejercicio por medio de terceros, lo cual significa que en esta ley el impulso del proceso es a partir del ejercicio de la acción por el adolescente.

Esta teoría considera la acción como impulso para iniciar un proceso, en el hecho de ser este acto procesal la expresión de una de los derechos máximos que la Constitución y todo el sistema jurídico entrega a las personas, al disponer que sean ellas exclusivamente las que pueden

²⁶ Gozainí Osvaldo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos: vínculos y autonomías*, 146.

libremente decidir si someten o no sus conflictos a la jurisdicción, y si así lo hicieren les otorga el derecho a impulsar su nacimiento por medio de la acción jurisdiccional.

1.2.6 Aplicación de teorías unitarias en El Salvador

Como resultado del breve estudio de las teorías unitarias del derecho de acción en El Salvador de acuerdo a los antecedentes históricos en relación a la aplicación en materia de derecho procesal, se venía haciendo un tránsito de un sistema solemne, complicado, riguroso y lento; tal como lo establecía el Código de Procedimientos Civiles, y que fuera sustituido por la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, con el cual se impulsó la modernización de nuestro órgano judicial conforme a las nuevas exigencias de una sociedad más actualizada.

Así, en la Constitución en el Artículo 18 se establece el derecho de petición, por el cual si bien el derecho de acción no se señala propiamente, pero en este precepto legal se entiende que de igual forma se refiere también a dicho derecho, es decir no solo se trata de dirigir peticiones a autoridades administrativas, sino el derecho de dirigirse a las autoridades a nivel judicial, lo cual se hará conforme a la naturaleza del proceso que se pretenda llevar a cabo, y es que con el Código Procesal Civil y Mercantil se amplía no solo como derecho de petición sino manifestándose como derecho a la jurisdicción, y que con su entrada en vigencia viene a ofrecer al órgano judicial y a la sociedad figuras jurídicas modernas, por ejemplo el régimen de la celebración de las audiencias, teniendo así un modelo procesal adversativo-dispositivo que introduce el principio de oralidad como base de las actuaciones procesales.

Y es en el mismo cuerpo normativo que establece en su Artículo 1, que toda persona tiene derecho a plantear sus pretensiones ante las instancias judiciales, es decir siempre y cuando exista una controversia y que aun teniendo o no la razón, la persona puede tener acceso a la jurisdicción, es ahí donde el sujeto ejerce su derecho de acción cuando este pone en movimiento al órgano jurisdiccional y con el ejercicio de este derecho hace valer sus pretensiones.

1.3 Doctrinas dualistas

1.3.1 Conceptualización sobre la acción procesal

Para los exponentes de la doctrina dualista, el derecho de acción consiste en “el poder inherente al derecho de reaccionar contra la violación, o el derecho mismo en su tendencia a la actuación”²⁷.

Cabe señalar que el concepto anterior, pertenece a una de las teorías más antiguas y clásicas sobre el derecho de acción, cuya naturaleza radica en unir la idea de acción a la de lesión de un derecho sustancial, la acción así concebida es el derecho subjetivo violado, lo que se conoció como el *ius persecuendi iudicio, quod sibi debetur*²⁸.

Uno de los mayores exponentes de esta doctrina considera la acción como un derecho nuevo, que nace de la violación del derecho material subjetivo.

²⁷ Ramiro Podetti: *Teoría y Práctica del proceso civil*, (Buenos Aires: Ediar, 1942), 290.

²⁸ Este es el antiguo concepto de acción que provenía de la *Actio* del derecho romano, el cual entendía que la Acción es el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe.

Pero este concepto lo consideramos que tiene ciertas deficiencias²⁹, pues queda dependiendo la existencia de la acción del derecho material y de la violación de este, además de concebir la acción como la exigencia de un derecho contra el demandado³⁰, situación que hoy en día se ha superado, pues el demandante puede ejercitar la acción y producir el proceso sin tener el derecho material que reclama, con lo cual la acción se ejerce y se satisface aunque la sentencia sea adversa al demandante.

Otro de los expositores de esta doctrina es Demolombe quien manifiesta que “La acción en fin es el derecho mismo puesto en movimiento; es el derecho en el estado de acción, en vez de estar en el estado de reposo; el derecho en el estado de guerra en vez de estar en el estado de paz³¹”.

Este autor, como el resto de exponentes de esta clase de doctrina dualista, conciben la acción como el ejercicio del derecho subjetivo, vinculando el derecho y la acción; se observa pues, que estos autores plantean que no hay acción sin derecho, ni derechos que no puedan ser accionados.

1.3.2 Características según la doctrina dualista

Es de derecho privado: porque el encargado de ejercitarlo es la persona a la cual se le ha violentado el derecho material, nace de la violación de un

²⁹ Friedrich Karl von Savigny fue un jurista alemán, nacido en Fráncfort el 21 de febrero de 1779 y fallecido en Berlín el 25 de octubre de 1861, fundador de la escuela histórica del derecho alemana.

³⁰ Vescovi Enrique, *Teoría General del proceso*, 180.

³¹ Charles Demolombe. Charles Demolombe. Tratado de distinción de bienes, de la propiedad, del usufructo, del uso de habitación, 4ta ed. (Paris librería Auguste Durand, 1870), 713.

derecho subjetivo, lo que vendría a ser un derecho otorgado a la parte lesionada para la reparación del daño causado, y de esa forma resarcir los daños recibidos.

Es un derecho subjetivo: porque es inherente a todo sujeto de derecho, pero que solo se activa cuando este sujeto sufre una violación de otro derecho³².

Es un derecho concreto y dependiente: porque requiere de un derecho material substancial que lo sustente e impulse, por lo tanto es un derecho que se exige contra el demandado.

1.4 Relación de la acción procesal y la pretensión

Estos conceptos se encuentran íntimamente relacionados, ya que ambos forman parte del proceso. Es común que en la práctica ambos términos sean confundidos y algunas veces utilizados indistintamente, pero es necesario aclarar que acción y pretensión no es igual.

La pretensión, es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva³³. Es decir, según este concepto, entendemos por dicha figura como la auto-atribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente, que se haga efectiva a su favor la tutela jurídica. Mientras que la acción es por lo contrario, el poder jurídico de hacer valer la

³² Demolombe. Charles, *Tratado de distinción de bienes, de la propiedad, del usufructo, del uso de habitación*. 713.

³³ *Ibíd.*, 714.

pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo aún cuando la pretensión sea infundada³⁴.

Al respecto la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, en su sentencia de fecha veintiocho de septiembre de 2011, pronunciada a las quince horas, dice que la diferencia entre acción y pretensión es: que el primero se refiere al “derecho” que a cualquier persona le asiste de reclamar la prestación de la función jurisdiccional, y la segunda se refiere al acto mediante el cual el pretensor afirma que le asiste determinado derecho³⁵. Dejando en claro dicho tribunal la diferencia entre ambos vocablos.

Pero cabe aclarar en este punto que si bien ambos conceptos han sido diferenciados, existe una íntima relación entre ambos, pues no puede exponerse una pretensión sin antes haber ejercido la acción, a contrario sensu no podría existir una pretensión sin antes haberse ejercitado el derecho de acción.

1.4.1 Elementos de la acción y de la pretensión.

Tanto en la acción como en la pretensión los elementos son:

a. Los sujetos, estos en el derecho de acción es el actor como sujeto activo³⁶

³⁴ Couture Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 72.

³⁵ Sentencias Definitivas, Referencia: 139-11-AH-F, (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección de Occidente, 2011). La misma Cámara en su sentencia 060-12-ST-F, de fecha 31 de mayo de 2012, en su considerando IV,; que en base a la diferencia entre ambos términos, cuando se interpone una demanda no basta sólo hacer referencia a la acción, sino que es necesario y esencial fundamentar su pretensión es decir establecer los presupuestos jurídicos necesarios del derecho que invoca.

³⁶ Sujeto activo de la acción puede ser cualquier persona física o colectiva, que por un acto de voluntad inicie el proceso cualesquiera que sea su fin.

Y por otra parte, los sujetos de la pretensión son el demandante como sujeto activo y el demandado como sujeto pasivo, y en las diligencias únicamente el solicitante o pretensor³⁷. Los requisitos que deben reunir estos sujetos para la validez de su actuación en el proceso, son los que la ley establezca para cada caso en particular.

Ambos sujetos, son los autores del proceso, siendo el primero quien ejerce el derecho de acción, poniendo en movimiento el órgano jurisdiccional, al presentar su pretensión, ejercitando así su derecho.

b. El Objeto, el cual se conoce en la doctrina como *petitum* de la demanda, es aquél a través del cual se persigue una sentencia favorable, por lo tanto la acción tiene como objeto la sentencia favorable o desfavorable.

El objeto de la pretensión es obtener la sentencia favorable que otorgue lo que en el *petitum* de la demanda se reclama³⁸. Es decir el objeto de la pretensión lo constituye el determinado efecto jurídico perseguido, y por lo tanto, la tutela jurídica que se reclama, y se distingue en razón de hecho y de derecho, o sea el conjunto de hechos que constituyen el relato histórico de las circunstancias de donde se cree deducir lo que se pretende y la afirmación de su conformidad con el derecho en virtud de determinadas normas de derecho material o sustancial.

c. La Causa, en la acción, se puede entender como el interés que justifica el ejercicio de aquella para promover ese proceso y obtener la sentencia (en cualquier sentido), sea que exista o no realmente la relación sustancial y que

³⁷ Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, (El Salvador, Junta Revolucionara de Gobierno, Decreto No. 1073, D.O. No. 66, T. 275, 13 de abril de 1982.) Según nuestra legislación, la jurisdicción voluntaria antiguamente era atribución de los jueces ordinarios además de estos a los notarios, pues se considera que en esos casos no implica la solución de litigios o conflictos de intereses.

³⁸ Vescovi Enrique, *Teoría General del proceso*, 199.

se tenga o no, el derecho pretendido; interés público que existe siempre que se necesite recurrir al proceso para cualquier fin contencioso o de jurisdicción voluntaria³⁹.

La causa de la pretensión, es lo que conocemos como *causa petendi* de la demanda, o razón de la pretensión, la cual se refiere al *petitum* del libelo inicial, la cual está formada por los hechos constitutivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica sustancial pretendida, discutida o negada.

Dentro de un proceso estos elementos son importantes, pues el juez luego de verificada la validez de la actuación de los sujetos, debe resolver sobre los últimos dos elementos (el objeto y la causa), ya sea para acceder a lo pretendido o para rechazarlo. Si encuentra que existe la conformidad que se reclama entre los hechos, el derecho material y el objeto pretendido, reconoce o declara las consecuencias jurídicas que en las peticiones se precisan; o las niega, en la hipótesis contraria⁴⁰.

1.4.2. Materialización de la pretensión

El demandante persigue en el proceso una determinada pretensión de la cual ya hemos comentado en apartados anteriores, pero esta pretensión se va a materializar en un proceso civil a través de una demanda.

El Diccionario Jurídico define la demanda, procesalmente en su acepción principal para el Derecho, como: el escrito por el cual el actor o demandante

³⁹ Ugo Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, vol. 5, (Bogotá Colombia: Temis, 1977), 352.

⁴⁰ Vescovi Enrique, *Teoría General del proceso*, 229.

ejercita en juicio civil una o varias acciones o entabla recurso en la jurisdicción contencioso administrativa⁴¹.

1.4.2.1 En el ámbito judicial

Según la legislación, todo proceso judicial principiara por la demanda escrita, en la que el demandante interpondrá la pretensión⁴².

Al respecto la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, en sentencias de fecha treinta de marzo de 2011, pronunciada a las diez horas, y en la emitida en fecha cuatro de abril de 2011, pronunciada a las nueve horas, nos dicen que: “Con la presentación de toda demanda se realiza una propuesta o pretensión procesal y el justiciable espera que el órgano jurisdiccional le reconozca y le conceda la tutela del derecho que reclama, ahora bien la demanda está sometida a ciertas formalidades que deben respetarse, teniendo el juzgador, como director del proceso, la obligación de examinar inicialmente si la demanda presentada cumple con todos los requisitos formales esenciales que la ley exige para su admisibilidad y posterior a ello deberá analizar la proponibilidad jurídica de la misma”⁴³.

La misma Cámara en interlocutoria de fecha 14 de abril de 2011, pronunciada a las nueve horas con treinta minutos, enfatiza que “Es una carga procesal de la parte demandante el cumplir con todos los requisitos formales de la demanda, así como de proporcionar los datos exactos que permitan el correcto diligenciamiento de la pretensión, además del deber de los sujetos procesales de actuar en el proceso con lealtad, probidad y buena

⁴¹ Cabanellas Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 95.

⁴² Art. 276 Código Procesal Civil y Mercantil, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto No. 712, D.O. No. 224, T. 381, del 27 de noviembre de 2008).

⁴³ Sentencia Interlocutoria, Ref: 040-11-AH-F (El Salvador, Cámara de Familia de la sección de Occidente, 2011); Sentencia Interlocutoria Ref: 043-11-AH-F (Cámara de Familia de la Sección de Occidente, 2011).

fe, es decir que proporcionarán al juzgador todos los hechos y datos reales en los cuales se basa su pretensión y los demás requisitos legales para la tramitación de la misma”⁴⁴.

Es evidente que para la admisión de toda demanda deben de observarse ciertos requisitos, atendiendo al proceso del que se trate, pero en cualesquiera que sea, siempre se deberá exponer los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones del actor, y para ello, según la doctrina existen dos criterios:

1° la individualización, que sólo exige invocar las circunstancias fundamentales o indispensables⁴⁵; y 2° la sustanciación, que implica el relato pormenorizado o detallado de las condiciones generadoras de la pretensión, es decir exponer todas las circunstancias que rodean al hecho que fundamenta la pretensión⁴⁶.

1.5 La capacidad

1.5.1. Generalidades

El término capacidad, al igual que muchos de los términos jurídicos, tiene diversas acepciones, según el diccionario jurídico elemental, da los siguientes conceptos: “Capacidad: Habilidad o potestad para contratar,

⁴⁴ Sentencia Interlocutoria, Ref: 052-11-ST-F, (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección de Occidente, 2011).

⁴⁵ Camacho Jaime, *Manual de derecho procesal civil*, 241.

⁴⁶ Sentencia interlocutoria, Ref: 015-11-SA-F1 (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección de Occidente, 2011), considerando IV., al respecto aclara que no obstante ambas teorías son radicalmente opuestas, en la normativa familiar dicho requisito de admisibilidad debe verse de una manera menos extremista, de manera que ambos criterios se complementen, por lo que para que se cumpla dicho requisito es suficiente que en la demanda se haga un resumen de los hechos y en la enunciación, queden incluidos todos lo que se consideren relevantes para fundar la pretensión, circunstancia que no impide establecerlos de forma detallada, en virtud de ser estos hechos los que determinan la materia objeto de prueba, es decir sobre la cual va a versar el debate probatorio.-

disponer por acto entre vivos o por testamento, suceder, casarse y realizar la generalidad de los actos jurídicos. Suficiencia para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas determinadas. Capacidad Civil: La aptitud general para ser sujeto de derechos y obligaciones en la esfera del Derecho Privado; y más comúnmente, en el *ámbito tradicional del Derecho Civil, en las relaciones jurídicas familiares, reales, contractuales, obligatorias y sucesorias*⁴⁷.

Es decir que la capacidad jurídica está íntimamente relacionada con la voluntad, entendiéndose esta como la facultad psíquica que tiene el individuo o persona para elegir entre realizar o no un determinado acto, y depende directamente del deseo y la intención de realizar un acto o hecho en concreto. Tiene relación también, con la facultad que tiene la persona para tomar decisiones sin estar sujeto a limitaciones; libremente, sin secuencia causal ni imposición o necesidad.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. Lo que corresponde a la concepción originaria que sobre ello regula el Código Civil, en su artículo 1316, inc. 2º⁴⁸.

Por lo tanto, la capacidad jurídica debe ser definida como la facultada y el poder de ejercer derechos y contraer obligaciones por decisión personal, es decir, sin asistencia o representación de un tercero.

El Código Civil no define la capacidad, pero a *contrario sensu*, nos manifiesta en el Art. 1318, quienes son considerados absolutamente incapaces:

⁴⁷ Cabanellas Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 47.

⁴⁸ Art. 1316, inc. 2º, Código Civil de El Salvador, (El Salvador, 1860.)

“Identificando a los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable.

“Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”.

“Son, también, incapaces los menores adultos y las personas jurídicas; pero la incapacidad de los primeros no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la ley. En cuanto a las personas jurídicas se consideran absolutamente incapaces, en el sentido de que sus actos no tendrán valor alguno si fuesen ejecutados en contravención a las reglas adoptadas para el gobierno de las mismas”.

“Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”⁴⁹.

Relacionado este artículo con el 26 del mismo cuerpo normativo en donde nos proporciona ciertas definiciones que son necesarias destacar: *“Llámase infante todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años; menor adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos”.*

Lo anterior presupone la capacidad de ser un sujeto de derecho y obligaciones (elemento Estático), y otorga la capacidad de ejercer dichos derechos y contraer obligaciones generando, modificando, o extinguiendo relaciones jurídicas (elemento dinámico).

⁴⁹ Código Civil de El Salvador (El Salvador, 1860.)

1.5.2. Tipos de capacidad

1.5.2.1. De Goce

Para iniciar este apartado es necesario destacar que la capacidad de goce es un atributo de la persona humana el cual es reconocido constitucionalmente y es expresado en el Art. 1 de la Constitución en el cual en su inciso segundo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción⁵⁰, identificando con ello para cada persona la capacidad de goce de sus derechos.

Si bien es cierto, el ser humano desde su concepción, es un ser imperfecto, pero es perfectible con el tiempo, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética única; por lo que el concebido es ya criatura y tiene características propias, conformación somática que le pertenece, un destino moral y espiritual propio, diferente al de sus progenitores.

Por lo anterior, la ley en el transcurso del tiempo le ha ido reconociendo derechos al concebido, destacándose entre otros: adquirir bienes por donación; adquirir bienes por herencia; ser beneficiario de una carga impuesta a una donación de otros herederos o legatarios; adquirir los derechos y obligaciones accesorias de los que adquiriera como principales; reclamar alimentos; reclamar la filiación; ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones; y ser beneficiario de estipulaciones singulares a su favor, por ejemplo de un seguro de vida.

⁵⁰ Constitución de la Republica de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto No. 38, D.O.No. 234, T. 281, del 16 de diciembre de 1983).

Lo cierto es que, como se sostiene, la lista no tendría fin desde que el concebido es titular en parte actual y en buena parte potencial de todos los derechos patrimoniales y personales de cualquier ser humano⁵¹

Lo anterior aclara que la persona tiene capacidad para gozar de sus derechos, más no para ejercer aquellos.

La Cámara de Familia de la Sección del Centro nos da una definición práctica de lo que debe ser entendido por capacidad, y así sostiene: “*La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera es un atributo de la personalidad que pertenece a todas las personas, es decir, todas las personas son capaces de tener derechos procesales. Por otra parte, la capacidad de ejercicio o aptitud para actuar por sí en el proceso es más limitada. La regla general es que tienen capacidad para comparecer por sí en el proceso aquellas personas que pueden disponer de sus derechos. Los demás sujetos deberán comparecer a través de sus representantes legales*”⁵².

1.5.2.2. De Ejercicio o de obrar

Capacidad de Obrar: la capacidad de hecho, el poder de realizar actos con eficacia jurídica. Capacidad Jurídica: la aptitud que tiene el hombre para ser sujeto o parte, por si o por representante legal, en las relaciones de Derecho; ya como titular de derechos o facultades, ya cual obligado a una prestación o al cumplimiento de un deber.

⁵¹ Victor Pérez Vargas, *Derecho Privado*, (San José, Costa Rica, Publitex, 1995), 251.

⁵² Sentencia definitiva, Ref: CF01-200-A-2002 (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador, 2003).

La capacidad es por tanto un concepto único e indivisible, y en el cual se encuentra comprendidos dos aspectos que deben coexistir para que de capacidad se pueda hablar.

“Aspecto de capacidad de ejercicio: 1. Es la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones; 2. Es la posibilidad jurídica que tiene la persona de ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones Son dos aspectos que forman la única e indivisible capacidad. El ejercicio de la capacidad o la capacidad de ejercicio, es la posibilidad jurídica del sujeto de hacer valer directamente, por sí mismo, sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes antes los tribunales”⁵³.

Lo anterior se encuentra íntimamente relacionado con la capacidad procesal.

1.5.3.3. Procesal

Capacidad para ser parte en procesos: ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídica procesal, por consiguiente, la capacidad para ser parte se identifica con la que tiene para ser sujeto de esa relación, sea como demandante, demandado, terceros intervinientes, sindicado, parte civil o ministerio público.

La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica sustancial, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad jurídica en general.

⁵³ Manuel Chávez Ascencio, “Capacidad”, Revista de derecho privado, n.7, Mexico D.F. (2005): 39

Por consiguiente, toda persona física o colectiva, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en toda clase de proceso, o lo que es igual, para ser sujeto del proceso o de la relación jurídica.

Capacidad Procesal: así como la capacidad jurídica que en general tienen todas las personas, no implica su habilidad para usar de ella en forma personal e independiente, así también la capacidad de las personas para ser partes en procesos civiles, laborales, Contencioso- administrativo, entre otros tantos, no implica que siempre puedan intervenir de manera personal, directa e independiente.

A los incapaces del derecho material, corresponden los incapaces del derecho procesal. La regla general es la misma: es capaz para ser comparecer al proceso o para ejecutar actos procesales válidamente, toda persona que lo sea para la celebración de actos jurídicos en general (contratos, cuasi contratos, etc.) y únicamente tales personas, las cuales ya se mencionaron en la parte general de este apartado.

Esta capacidad para comparecer en proceso por sí mismo, suele denominarse: *legitimatio ad procesum*, pero debe tenerse mucho cuidado en no confundirla con la *legitimatio ad causam*, que nada tiene que ver con la capacidad.

La *legitimatio ad procesum*, forma parte de lo que se ha conocido con el nombre de personería adjetiva, que mira a la capacidad, a la adecuada representación y a la habilidad litigiosa de las partes, o sea al derecho a comparecer por si misma o solo por conducto de abogado⁵⁴.

⁵⁴ Vescovi Enrique, *Teoría General del proceso*, 183.

Mientras que la *Legitimatío ad causam*, o también conocido como legitimación en la causa o legitimo contradictor, significa según Echandia: “tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formuladas en la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido”⁵⁵.

Es decir que el actor (demandante) y el contradictor (demandado) deben tener la titularidad del derecho sustancial discutido.

La representación judicial de Incapaces en los procesos civiles y de familia, los incapaces comparecen al proceso como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales. Son representantes legales de los hijos menores conjuntamente el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, pero en materias judiciales cualquiera de ellos puede asumir la representación e igualmente puede ser citado como representante judicial del hijo demandado, lo anterior según el artículo 223 del Código de Familia.

A falta de ambos padres, la representación de los menores corresponderá al tutor o al curador dativo que se le haya designado, y si tampoco existen, deberá designársele un curador ad litem.

Lo anterior, según las normas del derecho común, para asegurar que los derechos de los adolescentes, no le sean vulnerados.

Se entiende por derecho de postulación el que se tiene para actuar en los procesos, como profesional del derecho, bien sea personalmente en causa propia o como apoderado de otra persona.

⁵⁵ Hernando Devis Echandia, *Estudios de Derecho Procesal*, (Bogotá: Temis, 1979), 414.

La ley exige que quien no sea abogado, actué generalmente por conducto de apoderado que si lo sea. No se trata por tanto de disminuir la capacidad para comparecer a procesos, sino de reglamentar el ejercicio de ella en defensa de los mismos interesados y de la profesión de abogado que por su contenido social, merece esa protección⁵⁶.

El Código Procesal Civil y Mercantil, en el Libro Primero, Título II, Capítulo Segundo, trata sobre la Postulación, el cual en el Artículo 67, manda que la postulación sea preceptiva, la cual recaerá en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso.

De igual forma la Ley Procesal de Familia, en el artículo 10, manda “*que toda persona que haya de comparecer al proceso por derecho propio o como representante legal, lo hará por medio de apoderado constituido con arreglo a la Ley*”⁵⁷.

Por lo tanto, tenemos que, la procuración obligatoria, y la postulación preceptiva, contemplada respectivamente en los arts. 10 Pr.F. y 67 C.Pr.C.M.⁵⁸, es la regla general que rige los procesos judiciales.

⁵⁶ Vescovi Enrique, *Teoría General del proceso*, 183.

⁵⁷ Ley Procesal de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto No. 133, D.O.No. 173, T. 324, del 20 de septiembre de 1994).

⁵⁸ Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto No.712, D.O.No. 224, T. 381, del 27 de noviembre de 2008).

CAPITULO II

EI DERECHO DE ACCION DE LOS MENORES

El actual capítulo desarrolla los derechos de los menores desde dos perspectivas, tanto en el ámbito internacional, como en el nacional, profundizando específicamente en el derecho de acción de los menores y como este ha evolucionado conforme la creación de cuerpos normativos que protegen y garantizan los derechos de los menores, todo esto con el fin de crear las bases indispensables para exponer el cambio paradigmático de la concepción de los menores a la concepción de niño, niña y adolescente.

2.1 Evolución de los derechos de los menores en el marco jurídico internacional

A través de la historia los niños fueron considerados en un primer momento como una propiedad de sus padres, por lo que carecían de todo derecho y libertad, esta falta de derechos de los ya dichos llegó hasta los primeros años del siglo XX, pues es en este siglo cuando diversos autores y tratadistas, además de Naciones preponderantes empiezan a señalar la necesidad de contemplar en cuerpos normativos, derechos específicos para los niños y que estos gocen de una protección especial.

La importancia de los derechos de los niños ha venido evolucionando a través del tiempo y se ha obtenido en un corto período, una transformación importante de la concepción de la infancia. Se trata de un proceso, discutido en muchos aspectos, sobre la consideración de los niños y niñas, que pasa

de objeto de protección a sujeto de derechos. Debe considerarse esta como un cambio de paradigma, dentro de la historia de las mentalidades, tanto del concepto de infancia y de sus representaciones sociales, como desde el punto de vista de las prácticas sociales y las obligaciones gubernamentales, no solamente en el campo de la protección a la infancia, sino también en el del derecho⁵⁹.

2.1.1 Declaración de Ginebra de 1924

A inicios del siglo XX, surge la preocupación por establecer un marco legal que reconociera unos derechos específicos que protegieran a los niños.

En 1901 surge la idea de crear una carta de derechos de la infancia que propiciase una conciencia colectiva en las sociedades de los diferentes Estados del mundo y que provocase la transformación de sus costumbres y leyes. Esta propuesta trató de materializarse a través de una asociación internacional que debería difundirlos y defenderlos, pero el estallido de la 1ª Guerra Mundial hizo que no llegase a germinar ninguna entidad de esta naturaleza.

Finalizada la guerra, las circunstancias dramáticas en las que ya vivía la infancia anteriormente, se vieron aún más agravadas. Los estragos ocasionados por la guerra en las familias, en sus medios de vida y hasta en sus propias personas fueron múltiples y de una relevancia considerable. Este panorama hizo resurgir el antiguo anhelo de crear una asociación internacional para la defensa de los niños y niñas.

⁵⁹ Paulí Dávila, Luis M. Naya, *Derechos de la infancia y educación inclusiva en América latina*, (Buenos Aires, Argentina, Gránica 2011), 30.

Desde distintas instancias asociativas y movimientos sociales, como el Consejo Internacional de las Mujeres o la Juventud Internacional Socialista, se promovió el compromiso de la Humanidad con su deber de vigilar y proteger la infancia, dando lugar a la Union Internationale de Protection à l'Enfance (UIPE) en Bruselas en 1921. A esta entidad le dedicará el papa Benedicto XV una de sus encíclicas, demostrando así el apoyo que la idea recibió por parte de la iglesia.⁶⁰

A pesar de que la UIPE fue el primer organismo de carácter internacional para la protección de la infancia impulsado desde diferentes asociaciones, no hay que olvidar la labor que en el mismo sentido hizo de forma más personal la activista británica Eglantyne Jebb, quien había creado unos años antes (1919) la Save the Children Fund (Fundación salvada a los niños) en Londres con la misión de cubrir las carencias de los niños víctimas de la guerra mundial.

En la actualidad dicha fundación se encarga de la defensa activa de los intereses de los niños y niñas, especialmente de los más desfavorecidos, por lo que estimula la contribución activa de los niños en las comunidades y sociedades en que viven. Apoya a las familias, comunidades, el gobierno y la sociedad en la protección y preocupación por los niños.

Trabaja junto con todos los que buscan la manera de proteger que los derechos de los niños se realicen. Auxilia a niños en situación de emergencia y desarrolla programas de acción práctica en colaboración con sus socios, enfocando los derechos de los niños, sus necesidades e intereses⁶¹. Pero aún no conforme con la cobertura que les daba este proyecto, la señora Jebb

⁶⁰ Lloy de Mause. *"Historia de la Infancia"* (Barcelona: Alianza Universidad, 1982), <http://www.apega.org/attachments/aticle/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf>

⁶¹ Save the Children, "Antecedentes" (Ecured 2011) www.ecured.cu/Save_the_Children

viajó hasta Ginebra para consultarle a Gustave Ader (entonces presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR), las posibilidades que tenía de que su organización le brindase su apoyo para la creación de una asociación que estimulara la solidaridad internacional a favor de la infancia. Dichas conversaciones fueron el prelude de la Unión Internacionales de Secours aux Enfants, que se constituiría el 6 de enero de 1920 en Ginebra, y en la que quedaría integrada la propia entidad de la señora Jebb.

Uno de los primeros objetivos que trazó la recién fundada sociedad fue el de redactar un documento conciso que le sirviese de base a su actividad. El texto definitivo tenía cinco puntos breves y apareció en el otoño de 1922 conteniendo una serie de principios, los cuales son los siguientes:

“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño todo lo que tiene de mejor, afirman sus deberes más allá de toda consideración de raza, de nacionalidad y de creencias:

- I. El niño/a debe ser tratado de manera que pueda desarrollarse de una forma normal, material y espiritualmente.
- II. El niño/a que tiene hambre deber ser alimentado; el que está enfermo debe ser cuidado; el retrasado deber ser estimulado; el desviado debe ser atraído; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- III. El niño/a debe ser el primero que reciba los socorros en tiempo de desastres.
- IV. El niño/a debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y ser protegido contra cualquier explotación.

V. El niño/a debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deberán ponerse al servicio de sus hermanos.⁶²

La Sociedad de Naciones, en el curso de su “V” Asamblea, celebrada el 26 de septiembre de 1924, adoptó la Declaración de Ginebra como su Carta de la Infancia. Lo hizo sin modificación alguna.

2.1.2 Declaración de los Derechos del Niño de 1959

Esta declaración fue adaptada el 20 de noviembre de 1959 por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la cual consideró necesario crear un documento jurídico en el cual se reglamentara todos los derechos fundamentales, por lo que específicamente esta declaración reconoce que los niños deben gozar de protección y cuidados especiales.

Esta declaración a su vez se basó en la declaración de Ginebra la cual dispone que todo niño debe tener la protección de todos sus derechos y libertades que en ella se disponen. La declaración de los derechos del Niño está sustentada de 10 principios en las cuales se establecen las condiciones en que debe desarrollarse todo niño y niña sin distinción de condiciones sociales o de ninguna otra naturaleza, por tanto debe ser provisto del derecho integral, derecho al nombre y nacionalidad, derecho al mejor nivel de vida posible, derecho de atención especial al niño con discapacidades, derecho a crecer en un ambiente adecuado, derecho a la educación, derecho a recibir atención de preferencia, derecho a ser protegido contra el abandono, la crueldad y al explotación incluyendo prostitución infantil, el

⁶² Jordi Cost Moner: *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España: Los antecedentes de la Convención. Síntesis de un logro* (Material para formación de profesionales en Lepina), <http://www.cnj.gob.sv.>, fecha de consulta 27 de julio de 2017.

derecho de estar a salvo de prácticas discriminatorias y recibir educación en derecho humanos.⁶³

A partir de 1979, con ocasión del Año Internacional del Niño, se comenzó a discutir una nueva declaración de derechos, fundada en nuevos principios. A consecuencia de este debate, en 1989 se firmó en la ONU la Convención sobre los Derechos del Niño y dos Protocolos facultativos que la desarrollan.

2.1.3 Convención de los derechos del niño de 1989

Este instrumento jurídico internacional fue adoptado unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1989 mediante la resolución 44/25. Posteriormente fue suscrito por nuestro país el 26 de Enero de 1990 y ratificado el 09 de mayo de 1990⁶⁴. Según Naciones Unidas, es el tratado más ampliamente ratificado en la historia.

La Convención sobre los derechos del niño es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, y se estableció en forma de ley internacional que los estados partes deben asegurar que todos los niños y niñas sin ningún tipo de discriminación se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa.

⁶³ Ana Miriam Escobar Escobar, “*La prostitución infantil y los derechos de la niñez en El Salvador*”, (Tesis, Universidad de El Salvador, San Salvador 1998), 27.

⁶⁴ Decreto Legislativo N°487, D.O. N°108, TOMO N°307, de fecha: 9 de mayo de 1990.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, luego de diez años de intenso trabajo por parte de la comunidad internacional, constituye para los pueblos y gobiernos del mundo un reto jurídico- social de relevancia universal, por cuanto comprende un tratado internacional de derechos humanos, que cambia radicalmente el rumbo doctrinario seguido por las legislaciones respecto de la niñez y adolescencia.

La Convención parte de la idea de que el niño es, ante todo un individuo; le reconoce explícitamente los derechos propios a todo ser humano (ser respetada su integridad y su identidad, disponer de la libertad de pensamiento y de expresión, etc.) Debe beneficiarse de los derechos reforzados: sus necesidades de recibir cuidados y educación son más exigentes que las de los adultos.

Un gran número de disposiciones mejoran el contenido de las reglas internacionales, la afirmación del interés superior del niño se constituye en principio director del pensamiento jurídico y rector en las políticas públicas, y en todo tipo de decisiones, sean administrativas o de otra índole.⁶⁵ Las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del derecho de familia, como es el caso del de “interés superior del niño”. Términos utilizados profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención. La cual ha elevado el interés superior

⁶⁵Moráis de Guerrero y María G.”Introducción a la Ley orgánica para la protección del niño y del Adolescente”. (Editorial Investigaciones Jurídicas, Venezuela, 2001). 12-13.

del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Este Interés superior del niño encuentra su fundamento en la teoría de la protección integral.

La protección integral la cual en el interior de su concepto según Tejeiro López se encuentra “la búsqueda de la proyección general del niño y adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades”⁶⁶.

De lo anterior la protección integral, es el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que se dictan y se ejecutan desde el Estado, con la absoluta participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todas las niñas, niños y adolescentes gocen de manera efectiva a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, y que al mismo tiempo se puedan atender las situaciones especiales de vulneración de sus derechos, en que se puedan encontrar, uno o más niños, ya sea de forma particular o de un determinado grupo, garantizando tanto los derechos colectivos o difusos como los derechos individuales amenazados o violados, no solamente en lo jurídico, sino primordialmente velar por la protección social, a través de las políticas públicas que garanticen los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

2.1.4 Reconocimiento Constitucional de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en El Salvador

⁶⁶ Carlos Enrique Tejeiro López, *Teoría General de la Niñez y Adolescencia*, (Editorial los Andes, Colombia, 1998), 65.

La Constitución de la República considerada ley primaria por ser la base fundamental de donde parten las leyes secundarias para desarrollar el contenido de sus disposiciones, ha tenido un proceso evolutivo en cuanto a regular los derechos de la familia y de los menores.

Es así, que en sus inicios no contemplaba ningún artículo relacionado a los niños y niñas, englobándolos únicamente en torno a la familia y a los niños y niñas solo en lo relativo a su protección. En la constitución de 1864 en el artículo 76, se mencionaban los principios de Libertad, Igualdad y Fraternidad y se declara a la familia, la base de la Sociedad y del Estado, pero nada se dice sobre los derechos de los niños. En igual sentido, tampoco se mencionan en las Constituciones anteriores y que corresponden a la de los años de 1871, 1872, 1880, 1883 y 1886 en cuanto a los derechos de los niños y niñas se refiere.

La Constitución de 1936 en su Capítulo II ya establecía regulaciones sobre la familia y el trabajo, así en el artículo 60, se enuncia: *“La familia como base fundamental de la nación, debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento, y fomentar el matrimonio, para la maternidad y la infancia”*. Agregando en el artículo 61 que *“el bien de familia en beneficio de los Salvadoreños; una ley especial lo reglamentara”*.

Por otra parte, la Constitución de 1944 en su artículo 59 establece que los padres de familia tienen los mismos deberes para con los hijos, ya sea que provengan del matrimonio o de uniones simples naturales.

La Constitución de 1950, por el contrario, plantea cierta regulación amplia en el Título XI, referido al régimen de derechos sociales, Capítulo I: la familia. Dicho título se divide en cuatro capítulos que versan sobre la familia, el trabajo y la seguridad social, la cultura y la asistencia legal, manteniéndose en idénticos términos en la Constitución de 1962 y aun mas reciente, en la vigente de 1983.

Vale la pena destacar que en la constitución de 1950, se equipararon la condición de ser los hijos naturales a los legítimos en cuanto a la educación, asistencia y protección del padre y se prohibió que en las actas de registro se calificara la naturaleza de la filiación.

Actualmente, en la constitución de 1983 se regula en el Capítulo II de los Derechos Sociales, Sección Primera lo referente a la familia en cuanto a la protección de la misma por parte del Estado sus derechos y obligaciones, contemplados del artículo 32 al 36.⁶⁷

En este sentido puede sostenerse que la Constitución da cuenta de una serie de disposiciones generales en similar forma y bajo la denominación de ser garantía de Derechos Humanos quedando comprendida en los Artículos 34 y 35 que consagra un mandato expreso que obliga al Estado a proteger a la niñez.

Así el Artículo 34 establece: *“Todo menor tiene derecho a vivir en condición familiar y ambiental que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrán la protección del Estado”*.

⁶⁷ Carmen Elizabeth Paniagua Aguirre, “El derecho de familia en las medidas de protección al menor contempladas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al menor” (Tesis, Universidad de El Salvador, San Salvador 1994), 5.

El Artículo 35 por su parte dispone que: “*El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de estos a la educación y a la asistencia*”.

2.2 evolución de los derechos de los menores en el salvador

A manera de preámbulo los hechos sobresalientes dentro del proceso de reforma del marco legal e institucional en El Salvador, relativo a los avances en materia de Derechos de la Niñez, se considera pertinente ubicar algunos puntos del contexto en el que se fueron gestando.

A fines de la década de los 70’s y principios de los 80’s, el Estado Salvadoreño ratificó una serie de importantes Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos tales como: La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1978), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1979), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1979), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1979), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1981), entre otros.

En 1983 entra en vigencia una nueva constitución, y esta nos dio la mayor justificación para la Reforma Judicial, la cual fue la adecuación de la legislación secundaria a esa Constitución⁶⁸. “el irrespeto a los Derechos

⁶⁸ Cayetano Nuñez Rivero, *El estado y la constitución salvadoreña*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000), 160.

Humanos fue otro hecho generador que coexistió con la incapacidad del Sistema Judicial”⁶⁹

En 1990, el Instituto de estudios de la mujer “Norma Virginia Guirola” CEMUJER, constituyó la Mesa Permanente del Trabajo, esfuerzo Multidisciplinario e intersectorial para el estudio y generación de propuestas en el ámbito de la legislación, y su primera misión fue estudiar el entonces Anteproyecto de Código de Familia, posteriormente surge otra iniciativa desde el área más gubernamental dirigida por la Secretaria Nacional de la Familia y se unen esfuerzos alrededor del mismo objetivo.

Por otra parte, en 1991 y 1992 se desarrolló la discusión sobre las reformas constitucionales.

La firma de los Acuerdos de Paz es uno de los hitos de la historia reciente de nuestro país y durante su ejecución el problema jurídico elemental de El Salvador, constituirse en un Estado de Derecho, se coloca en el centro de la discusión.

En octubre de 1994 entró en vigencia el Código de Familia⁷⁰, un paso trascendental en materia de avances del marco legal e institucional derogando una buena parte de lo establecido en el Código Civil de 1860⁷¹ así como la derogatoria total del Código de Menores⁷² y de la Ley de Adopción⁷³, normativas por demás obsoleta y discriminator

⁶⁹Gilma Pérez Valladares e Ima Güirola, *El Marco Legal e Institucional para la protección de la Niñez y Adolescencia ante la explotación Sexual comercial en El Salvador*, (El Salvador: 2005).103 - 105.

⁷⁰ Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa, D.L.No. 677, del 11 de octubre de 1993, D.O.No. 231, Tomo 231, del 13 de diciembre de 1993)

⁷¹ Código Civil (El Salvador, 1860) Arts. 27 al 39 Derogados, relativos a la clasificación de hijos legítimos, ilegítimos o naturales, afines legítimos. De igual forma el Art. 69, y los Arts. Del 94 al 472.

⁷² Código de Menores (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto No. 516, publicado en el Diario Oficial No. 21, Tomo No. 242, del 31 de enero de 1974)

2.2.1 Código de Menores de 1974

El código de menores fue publicado en el Diario Oficial No. 21, del Tomo No. 242 del 31 de enero de 1974 y sustituyó a la Ley de jurisdicción tutelar de menores. Entra en vigencia el 1° de julio de ese mismo año, obligando a su vez a la creación del Consejo Salvadoreño de Menores que fue inaugurado en enero de 1975, como un organismo de alto nivel político que se dedicaba más a atender y resolver aspectos operativos y no los propios de su nivel, y que al igual que el Código de Menores comprendía de una estructura administrativa que no estaba adecuada para la ejecución en forma efectiva de los derechos del niño.⁷⁴

Sin embargo, es necesario mencionar que el referido Código de Menores comprendía los siguientes servicios:

Servicio Técnico Asistencia, según los artículos 18 al 25 del C.M.

Servicio de Protección Materno Infantil.

Servicio de Protección de Menores.

Tales servicios tenían por objeto la protección y asistencia de los menores desde su nacimiento hasta la edad de dieciocho años, de ahí que la dirección de los servicios, estaba dirigido y coordinado por el Consejo Salvadoreño de Menores en colaboración con los ministerios representantes en el mismo y entidades privadas. (Art. 26 al 34 CM.)

⁷³ Ley de Adopción (El Salvador, Decreto Legislativo No. 1973, publicado en el Diario Oficial No. 211, Tomo 169, del 16 de noviembre de 1955)

⁷⁴ Pérez Gilma, e Ima G., "El Marco Legal e Institucional para la protección de la Niñez y Adolescencia ante la explotación Sexual comercial en El Salvador". (El Salvador: 2005). 8.

Dicho Código sufrió una serie de reformas debido a que no podía dar el mismo tratamiento a los menores Infractores como a los menores en estado de peligro y abandono, debido a ser distintas las situaciones por las cuales es atendido el menor, de ahí que el encargado para tratar el caso de estos últimos sería una institución responsable únicamente para ello y no lo referente a los infractores.

Con el código de menores, aparece posteriormente como el Producto del Proyecto de Reforma de Justicia impulsada por el Ministerio del mismo nombre, la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, la que fue creada mediante el Decreto Legislativo número 48, publicado en el Diario Oficial N° 63, Tomo 318 de fecha 31 de marzo de 1993.

Esta Ley derogó las Normas Relativas al Consejo Salvadoreño de Menores y creó el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, con el objeto de ejecutar y vigilar el cumplimiento de la actividad estatal dirigida a la atención del niño y el adolescente, brindándosele una protección integral tomando en cuenta ya no solo los derechos que a favor del niño establece la Constitución de la República sino también lo que la Convención sobre los Derechos del Niño disponía.

El Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, es una institución autónoma en lo técnico, financiero y administrativo además intenta promover la participación de la Comunidad y la Sociedad entera en la solución de problemas que afrontan los niños y la familia tal como se encuentra regulado en el Art. 4 literal “ch” de la Ley en comento.

Es a partir de 1985 que se trató fusionar en la práctica aunque no era la ley, por no regularlo así en sus disposiciones el Consejo Salvadoreño de

Menores y la Dirección General de Protección al Menor, resultando de eso una acción imposible por dos principales razones:

1. Dificultad en la fusión de presupuesto.
2. Disputa de liderazgo entre jefaturas.

Lo anterior conllevaba a un problema no solo en el ámbito administrativo, sino que además a un mal servicio por parte de ambas instituciones, ya que al tener inconvenientes de funcionamiento, por ende, descuidaban el servicio a los que debían de proteger. Aunado esto a la dispersión, incoherencia y discontinuidad de los programas de atención social que se había venido prestando a los diversos componentes de la familia como son los menores, las mujeres y los ancianos, a través de diversos organismos; impulsó la necesidad de fundar una institución que coordinara, promoviera y supervisara dichos programas.

Por lo que se toma en cuenta que la Institución destinada para ello debería de tener una jerarquía apropiada (superior) que le permitiera ejercer un liderazgo institucional, a tan importante tarea, y mediante la cooperación de entidades nacionales que coadyuvaran a erradicar el problema. De ahí que el nivel apropiado para la institución en cuestión, se concreta con la llamada Secretaria Nacional de la Familia, la cual estaría bajo la Presidencia de la República surgiendo legalmente mediante la aprobación del Decreto Ejecutivo número 22 del 19 de octubre de 1989 mediante el cual se introducen reformas al Reglamento del Órgano Ejecutivo, por lo que dicha institución al conocer que la atención que se brindaba al menor se encontraba dispersa, produciendo duplicidad de esfuerzos y en muchos casos restándole eficacia al trabajo, dando lugar a que el gobierno central gestione la creación de dicho organismo con atribuciones de dirigir y coordinar el sistema de protección al menor a nivel nacional.

De ahí que con los estudios y diagnósticos que la Secretaría Nacional de la Familia realizó, reveló una gran dispersión y fragmentación de los centros de protección al menor, los cuales estaban bajo diversas jurisdicciones institucionales como el Ministerio de Justicia, y el Ministerio de Educación, pero no había una institución que reuniera a todos los Centros de protección y a los ministerios y que velara por el interés superior del menor.⁷⁵

Se observa que en estos primeros intentos de regulación y resguardo de los derechos de los niños y adolescentes, aún no se superan varios aspectos, respecto a la protección integral, tanto en su definición como en su aplicabilidad, la cual era afectada por la falta de centralización de los centros de protección al menor, en los cuales la aplicación del principio del Interés Superior del menor, se encontraba muy lejos de su aplicación.

2.2.2 Ley de Menor Infractor ó Ley Penal Juvenil

La Ley Penal Juvenil (LPJ), cuyo nombre en un primer momento fue de Ley del Menor Infractor (LMI), fue emitida por Decreto Legislativo No. 863 de fecha 27 de abril de 1994, publicada en el Diario Oficial No. 106, Tomo 323 de fecha 8 de junio del mismo año, naciendo como una respuesta al momento social que se vivía en El Salvador, para darle tratamiento al joven que cometiera delitos, por ello es necesario recalcar que antes de esta ley, los adolescentes detenidos iban a la cárcel junto con adultos reclusos, los cuales ya tenían mañas y malos hábitos muy arraigados, esta ley hace a los

⁷⁵ Pérez Gilma, e Ima G., *“El Marco Legal e Institucional para la protección de la Niñez y Adolescencia ante la explotación Sexual comercial en El Salvador”*, 8 - 10.

jueces responsables de la corrección de jóvenes en general, algunos ya con varios asesinatos a cuestas a los 14 años.

El objeto de la ley y a la luz del primer artículo de la misma, es de manera resumida, el de regular los derechos del menor a quien se le atribuyere o declarare ser autor o partícipe de la comisión de una infracción penal y así determinar las medidas que deben aplicarse al menor que cometiere una infracción penal, además de establecer los procedimientos que garanticen los derechos del menor sujeto a esta ley, los cuales son aquellos mayores de doce años de edad y menores de dieciocho, pues los menores que no hubieren cumplido doce años de edad y presentaban una conducta antisocial no estaban sujetos a este régimen jurídico especial, ni al común por estar exentos de responsabilidad, y en su caso, únicamente se debía dar aviso inmediatamente al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su protección integral.

Hay que hacer notar que es en esta ley donde se prohíbe que se publiquen imágenes de menores delincuentes, que son tratados como simples infractores. Lo anterior es la principal falla que tuvo la ley, pues esta no diferenciaba a un infractor de un delincuente: menores que han cometido delitos leves, o simples faltas, y que están encerrados junto con asesinos y violadores adolescentes.

A contrario sensu: adultos con mañas y malos hábitos arraigados, fueron juzgados como menores por los crímenes que cometieron antes de cumplir 18 años.

Si algo es de mucha relevancia de hacer notar en el presente apartado, es lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Penal Juvenil, con relación al defensor

el cual literalmente dice:

“Art. 48.- Desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso, el menor deberá ser asistido por defensor.

El Menor o cualesquiera de sus padres, tutores o responsables podrán nombrar el defensor particular...”

De lo anterior es necesario recalcar, que ya se refleja muy vagamente el derecho que tiene el menor de poder nombrar defensor particular, pero además da la potestad también a cualesquiera de los padres.

Ciertamente ya se faculta desde aquí al menor a poder decidir a quién nombrar como representante procesal, pero no aun a comparecer por sí mismo.

De esta forma se aprecia, como los derechos de los adolescentes han venido teniendo una evolución en la historia.

2.2.3 Código de familia

El libro V del Código de Familia, desarrollaba con especial especificidad aspectos relativos a los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Dentro del mismo, estaban asumidos algunos principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y se reconocen derechos para niños, niñas y adolescentes “que tienden a reflejar los derechos expresados en la Convención”. Planteaba de igual forma que la protección de la niñez y la adolescencia sería integral. El Código de Familia establecía protección en términos generales.

El código de familia en su artículo 351 contenía algunas de las pautas que

Ayudan a la protección de la niñez, algunas de las cuales son:

7°) Al reconocimiento y protección de su dignidad e intimidad personal y familiar;

10°) Al ser protegido contra todas las formas de perjuicio o abuso físico, moral, descuido o negligencia, malos tratos, tortura, sanciones o penas crueles, inhumanas o degradantes;

12°) A ser protegido contra la incitación o la coacción para que se dedique a cualquier actividad sexual, la prostitución u otras prácticas sexuales; y a su utilización en espectáculos o materiales pornográficos y contra toda información y material inmoral;

14°) A la calidad de vida adecuada para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, y social;

19°) Al amparo de leyes y tribunales, autoridades e instituciones especiales que apliquen una protección integral;

20°) A no ser privado de su libertad en forma ilegal o arbitrariamente;

26°) A recibir apoyo material, moral y psicológico si fuere víctima de un delito contra la libertad sexual;

28°) A gozar de los demás derechos que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales ratificados por El Salvador y demás leyes que garanticen su protección.

Por mandato de ley, según el artículo 258 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia LEPINA, la cual desde su entrada en vigencia en el año 2010 es la ley aplicable en relación a los derechos de los niños, niñas y adolescente, las disposiciones contenidas en el Libro Quinto, del Código de

Familia, Título Primero, Capítulo I, “Principios Rectores, Derechos Fundamentales y Deberes de los Menores” y el Capítulo II, “Protección al Menor” fueron derogados a partir de enero de 2011, por encontrarse contemplados y desarrolladas de manera más amplia y apegadas a las nuevas exigencias de protección a la niña, niño y adolescentes, en la nueva ley en mención, Sin embargo, es importante presentar el contenido de este Código relativo a la protección de la niñez y adolescencia.

2.2.4 Ley del instituto salvadoreño para el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia

Esta ley, que entró en vigencia por Decreto Legislativo No. 482, publicado en el Diario Oficial No. 63 de fecha 31 de marzo de 1993, la cual le dio vida al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, el cual tiene por objeto ejecutar y vigilar el cumplimiento de la Política Nacional de Atención al Menor (PNPNA), en todo el Territorio Nacional y brindar protección integral al menor.

La PNPNA fue creada para su implementación en el año 2013, con un plazo de ejecución hasta el año 2023, y perseguía 4 objetivos estratégicos principales:

- a) Garantizar el derecho a la vida, la salud y crecimiento integral de las niñas, niños y adolescentes en condiciones de dignidad, equidad e igualdad;
- b) Garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la protección oportuna, inmediata y en forma integral frente a amenazas o vulneraciones a sus derechos;

- c) Promover el desarrollo progresivo y pleno de las niñas, niños y adolescentes en la familia y en la sociedad; y
- d) Garantizar a todas las niñas, niños y adolescentes el ejercicio de su derecho a la participación en todos los ámbitos de su desarrollo, de conformidad con la evolución de sus facultades.

Para el logro de los objetivos planteados en la ley era necesaria la creación de un organismo del Estado, con atribuciones y deberes amplios que organizara, dirigiera y coordinara un sistema efectivo de protección integral al menor, posibilitando el desarrollo normal de su personalidad tomando en cuenta sus derechos, deberes y necesidades. Esta ley fue derogada por la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

2.2.5 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)

El 20 de noviembre de 1989 es adoptada la Convención de los Derechos del Niño por la Asamblea General de Naciones Unidas, este instrumento jurídico fue ratificado por El Salvador mediante Decreto Legislativo No. 487, publicado en el Diario Oficial No. 108, Tomo No. 307, de fecha 09 de mayo de 1990, por consiguiente, se convirtió en ley de la Republica. Uno de los compromisos que establece la Convención para las naciones que la ratificaron es adecuar su legislación interna a los principios rectores de aquella.

A partir de 1990 en el país se inicia un proceso de reforma y cambios institucionales a través de la creación de leyes a favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la creación de instituciones para protegerlos, es en 2009 cuando este proceso llega a su culminación, con la

promulgación de la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia (LEPINA).

El proceso de creación de dicho cuerpo normativo, estuvo a cargo de la Unidad Técnica Ejecutiva (UTE) con la asistencia técnica y financiera del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

La Ley fue aprobada por unanimidad por la Asamblea Legislativa el día 26 de marzo, luego fue sancionada por el Presidente de la República el día 15 de abril y, finalmente, apareció publicada en el Diario Oficial No. 68, Tomo No. 383, del 16 de abril, todas las fechas de 2009; estableciéndose una vacación legal de un año, por lo que entraría en vigencia el día 16 de abril de 2010.

La Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, apuesta por un sistema integral e integrado de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, proponiendo mecanismos sociales y jurídicos para su protección, los que se traducen en efectivos procedimientos administrativos y judiciales a través de políticas, planes y programas con la debida participación social; instituciones para denunciar y adoptar medidas de protección; sanciones e infracciones para los responsables de afectar los derechos de las niñas, niños y adolescentes; así como la institucionalidad necesaria para dar sostenibilidad al sistema. La legalidad de esta Ley, se fundamenta en nueve ejes transversales:

1. Las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos;
2. El rol fundamental de la familia;
3. Principios de interpretación e integración;
4. Equidad de género; integridad de los derechos;
5. Eficacia;
6. Corresponsabilidad entre Estado, familia y sociedad;
7. Descentralización; y

8. Redefinición de funciones judiciales.

En este contexto se busca, la superación de la practica social y legislativa de la “situación irregular” por la de “protección integral”, en la cual se reconoce a las niñas, niños y adolescentes como “sujetos plenos de derechos”, incorporando los principios y valores en que se funda “la Doctrina de la Protección Integral”.⁷⁶

2.3. El derecho de acción de los menores en el salvador

En El Salvador el derecho del ejercicio de acción de los menores siempre ha estado bajo un tratamiento legal diferente. Tradicionalmente en El Salvador se han seguido diferentes posturas doctrinarias para definir la situación jurídica del menor de edad:

- a. La consideración del menor como incapaz de modo general, salvo ciertas excepciones previstas en las leyes⁷⁷.
- b. La consideración del menor con capacidad de obrar, aunque su capacidad sea limitada o restringida.

La primera postura encuentra respaldo teórico en la posición de Espín Cánovas⁷⁸, quien sostiene la teoría de la incapacidad absoluta del menor de edad; cuyo fundamento puede obedecer al tratamiento otorgado al menor en décadas pasadas. En la legislación salvadoreña se ha venido considerando

⁷⁶ Exposición de Motivos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, San Salvador, 2008. Disponible en <https://es.scribd.com/document/190556520/Exposicion-de-Motivos-de-La-LEPINA>, fecha de consulta, 26 de octubre de 2017.

⁷⁷ Jetzabel Mireya Montejo Rivero: *Menor de edad y capacidad de ejercicio, reto del derecho familiar contemporáneo* (UniversidaddeCamagüey,Cuba2012), www.dx.doi.org/10.4995/

⁷⁸ Espín Canovas Diego, “*Manual de derecho civil español*”, Madrid, vol. 1 (1951):167.

por mucho tiempo la incapacidad de los menores de edad, tal como lo regula el Art. 1317 C.c., siendo hasta la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia LEPINA que específicamente solo en casos previstos por la misma ley pueden ejercer el derecho de acción y condicionado a ser solo por los adolescentes mayores de 14 años.

2.3.1. Definición de menor

Se define como “La edad del hijo de familia o del pupilo que no ha llegado a la mayor edad”. Mayor edad: “Aquella que, según la ley, ha de tener una persona para poder disponer de sí, gobernar su hacienda, etc.”⁷⁹

Se puede interpretar que "menor" es el resultado de la omisión del sustantivo al que se refiere, es decir la edad. En puridad, la expresión más precisa es la de "menor de edad", en donde la palabra "Menor" tiene el referente de la edad, la cual debe estar establecida por la ley. Esta edad fija, determina la mayoría de edad, la cual capacita a la persona para ejercitar y asumir por sí misma derechos y obligaciones.

En la legislación salvadoreña principalmente en el código civil en el artículo 26 establece la clasificación de las edades de acuerdo al desarrollo que cada persona va alcanzando y es así como se determina y literalmente reza: *“Llámesese infante todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años; menor adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos”*.

⁷⁹ María Belén Rodrigo Lara, “La Libertad de Pensamiento y Creencias de los menores de edad” (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004), 18.

Según la Convención de los Derechos del Niño “*se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad*”⁸⁰, *salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*” En esta definición encontramos un elemento importante para destacar el cual es considerar niño a todo aquel que no ha alcanzado la mayoría de edad, entendemos que la terminología “niño” es equiparable en las ciencias jurídicas a un menor de edad sin embargo es importante establecer que dentro de estos dos conceptos existe una relación de género y especie, donde ser menor de edad es el género y la niñez es una especie.

2.3.2. Incapacidad procesal del menor

La noción de capacidad no es privativa del derecho procesal. Es una institución común a todas las ramas del derecho, pero además es el presupuesto básico para la aplicación de la mayoría de sus instituciones jurídicas.

En efecto, la capacidad es la institución jurídica que permite establecer qué condiciones requieren presentarse para que un sujeto de derecho pueda ser un centro de imputación de situaciones jurídicas y qué otras condiciones deben darse para que, siendo un centro de imputación jurídica, las situaciones jurídicas puedan ser actuadas válidamente⁸¹. Tradicionalmente, la doctrina civil latinoamericana, al tratar el tema de la capacidad distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio siguiendo a la doctrina clásica francesa sobre este punto. En ese sentido, se considera a la

⁸⁰Convención sobre los derechos del niño, Artículo <http://www.oas.org/juridico/spanish>

⁸¹ Giovanni F. Priori Posada. La Capacidad en el Proceso Civil, Derecho y Sociedad (Universidad de la Cuenca del Plata, 2002), 43,<http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php>

capacidad de goce como una atribución para ser titular de derechos, mientras que se define a la capacidad de ejercicio como la atribución de la persona de ejercitar por sí misma los derechos. Pero la capacidad de obrar puede estar limitada en virtud de ciertas causas, entre las que destaca la minoría de edad.⁸²

En el Código Civil artículo 1316, se dispone que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra, y en relación el artículo 1318 del mismo cuerpo normativo, en el inciso tercero, establece que “*son también incapaces los menores adultos...*” entendiéndose por menor adulto según el artículo 26, del Código Civil, al que ha dejado de ser impúber, es decir al que ya cumplió catorce años.

La Ley declara incapaces a los impúberes porque estima, en razón de su edad y de que no han alcanzado su desarrollo físico integral, que carece de voluntad y no se encuentra en situación de ejecutar actos jurídicos válidos.

Los menores de edad no pueden realizar todos los actos con eficacia jurídica, debiendo suplirse este defecto de capacidad de obrar mediante la autoridad parental o la tutela.

No todos los mayores de edad no incapacitados legalmente están capacitados para realizar cualquier acto jurídico, y que los menores de edad no pueden hacerlo por sí mismos, requiriéndose la intervención de sus representantes legales. Por un lado, hay casos en los que el ordenamiento jurídico limita la capacidad de obrar de los mayores de edad, exigiendo edades cualificadas.

⁸²Giovanni F. Priori Posada. La Capacidad en el Proceso Civil, Derecho y Sociedad (Universidad de la Cuenca del Plata, 2002), 44,<http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php>

El absolutamente incapaz no puede ejecutar por sí mismo ningún acto jurídico válido; carece de voluntad o no puede expresarlo debidamente, y si el acto jurídico supone como elemento esencial la voluntad, se comprende que quien no tiene voluntad o no puede expresarla no puede ejecutar un acto de esta naturaleza⁸³.

⁸³ Pilar Nicolás, El Régimen Jurídico de la Minoría de edad (Fundación Instituto Roche), <https://www.instituto Roche.es/legalnaciones/6>

CAPITULO III

LA CAPACIDAD JURÍDICA PROCESAL DE LOS ADOLESCENTES MAYORES DE 14 AÑOS PARA EJERCER EL DERECHO DE ACCIÓN DE CONFORMIDAD A LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LEPINA

El presente capítulo desarrolla aspectos fundamentales con el objetivo de conceptualizar lo esencial de la presente investigación, desde aspectos histórico, teórico y jurídico, con relación a la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años. Destacando las generalidades de este capítulo como principales conceptos y sus definiciones, aplicación de los mismos en El Salvador, y la inserción de los principios rectores que establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, para garantizar el ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia y la relación que estos guardan con la capacidad jurídica procesal.

3.1 Generalidades de los derechos de la niñez y adolescencia

La niñez y adolescencia han sido consideradas históricamente como una minoría, no por cuestiones estadísticas, sino que por el tratamiento histórico del que han sido objeto, siendo vulnerables e incluso han sido visibilizados para efecto de garantía de sus derechos; asignándoles a este grupo de seres humanos tanto histórica como modernamente la denominación de “menores”, teniendo tanto jurídica como socialmente la calidad de incapaces para hacer valer sus derechos por sí mismos.

No obstante, lo anterior, la ley primaria y los instrumentos internacionales de

derechos humanos, reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues al entenderse personas, gozan de toda la protección legal, así como de las garantías estatales, haciendo algunos de ellos alusión especial a la infancia. Es decir, que la niñez y adolescencia posee todos los derechos que corresponden a los seres humanos, pero además, tienen derechos especiales derivados de su condición, asignando en la doctrina actual, roles específicos para que la familia, la sociedad y el Estado, coadyuven a la garantía de los mismos.⁸⁴

La categoría de infancia como una etapa diferente en la vida humana, fue construida en el mundo occidental en el siglo XVII, pues inicialmente los niños no tenían ningún derecho y eran considerados como objetos, de tal forma, que se consideraban una pertenencia de los padres o bien pertenecían al Estado, el cual podía decidir sobre su vida o muerte. Esta situación era aún más grave en el caso de los hijos de los esclavos, pues los dueños de los padres podían disponer plenamente de todos sus derechos, pudiendo venderlos y disponer de su vida, sin intervención del Estado.⁸⁵

A partir de ese primer momento, surge una lenta evolución de la visión de la infancia desde la clasificación del niño, la figura del incapaz, al hijo de familia

⁸⁴Mary Beloff, *Los Derechos del niño en el Sistema Interamericano*. (Argentina- Buenos Aires: Del Puerto, 2008), 109. Al respecto existen diferentes actores que desarrollan la importancia de los instrumentos internacionales en la efectivización de los derechos de niñez y adolescencia, pues a partir de la firma de la Convención de los Derechos del Niño, se marca un antes y un después, el cual ha sido desarrollado por autores latinoamericanos; como lo hace SIMON, Farith, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, ed., Cevallos Editorial Jurídica, Quito, 2008, pp. 39,163; Señalando la importancia de hacer un cambio estructural y de visión acerca de la niñez y adolescencia.

⁸⁵Farith Simon, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: de la Convención sobre los derechos del Niño a las Legislaciones Integrales* (Quito: Cevallos Editorial Jurídica, 2008),31. El autor refiere que el niño era visto como un objeto, de tal forma que aún se utilizó el asesinato de niños, como control retroactivo de natalidad, lo que permite divisar que ni aún el derecho primordial de la vida, era considerado sujeto de tutela.

con algunos derechos esenciales garantizados por el grupo familiar, considerando posteriormente que el niño como futuro ciudadano debe formarse, garantizándole la educación entre otros derechos, evolucionando de una visión de niñez como objeto de protección, para llegar a una visión integral del niño como sujeto pleno de derechos. Sin embargo, actualmente existe una práctica en la cual no se incluye la visión de los niños como personas, sino como propiedad de los adultos, ya que el tutelar sus derechos conlleva ingresar en el ámbito de su desarrollo primario, es decir; dentro del hogar, esta teoría ha ido evolucionando a partir de la Declaración de los Derechos del Niño, hasta llegar a una visión del niño, como sujeto de derechos humanos.⁸⁶

En este orden de ideas, la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁷ en adelante Convención o CDN, así como su proceso de ratificación y el de reforma legislativa, representan una condición importante para la transformación de la realidad socio jurídica de derechos humanos de la niñez. En esta nueva realidad, debe involucrarse el Estado, la sociedad y el mundo jurídico en conjunto para lograr la evolución real en la consideración del niño como un ser necesitado de protección, hasta posicionarlo en su categoría de sujeto pleno de derechos.⁸⁸

Es así como la CDN marca un antes y un después en cuanto a derechos de la niñez y adolescencia, pues construye una nueva relación entre Estado, familia y niñez, creando con ella un nuevo modelo de protección, en el cual

⁸⁶ Marissa Herrera et al., *Los Derechos Humanos del Niño en La Familia en el Nuevo Derecho*, (Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, 2009), 115.

⁸⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, (ONU: Asamblea General 1989), resolución 44/2.

⁸⁸ Alessandro Baratta et al., *Democracia y Derechos del Niño, AAWW Justicia y Derechos del Niño*, (Chile: UNICEF, 2007), 19. El autor expone que los derechos del niño deben evolucionar de tal forma, que se evolucione la visión de la niñez y se respete la calidad de sujetos de derechos de la niñez.

los niños pierden la calidad de objetos de protección estatal, y que implica por parte de este último, el reconocimiento del niño como titular de derechos fundamentales, debiéndose con esto efectivizar de manera concreta el ejercicio de esos derechos, con respeto al principio del ejercicio progresivo de sus facultades.

En este sentido, desde 1924 hasta 1989, siendo este último el año en que se sancionó la CDN, el derecho internacional fue dando forma al concepto de infancia y adolescencia, fundamentado en el respeto de sus derechos humanos y en su calidad de personas.⁸⁹ Este nuevo concepto es una construcción de alrededor de casi un siglo, en el que se ve la importancia de respetar los derechos de niños, niñas y adolescentes; comprendiendo que los mismos no pueden ser tratados desigualmente por motivos de su edad, y además, que el ejercicio de sus derechos por sí mismos, conforme a la evolución de sus facultades, es principalmente para la formación de su identidad y autonomía, todo ello con la finalidad de construir estados democráticos con ciudadanos educados en ese modelo.

La evolución histórica de protección hacia la niñez y adolescencia en El Salvador inicia en el Siglo XIX, ya que en el sistema jurídico salvadoreño, se carecía de protección legal y técnica para nuestros niños, por lo cual se encontraban supeditados a la ayuda de personas caritativas integradas por diversas instituciones tales como: patronales, asociaciones y juntas de beneficencia; en donde incluían a los niños huérfanos o en total abandono,

⁸⁹ Gil Domínguez et al., *Ley de Protección Integral de Niños, niñas y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia*. Comentada Anotada Concordada. (Buenos Aires: Ediar, 2007), 13. La evolución de los derechos de la infancia en el derecho internacional marcan cambios trascendentales en la doctrina y en la visión de infancia, a través en un primer momento de declarar los derechos humanos, como derecho también de la niñez, y posteriormente, evolucionando a fundamentar los derechos de infancia en principios rectores que dan un giro al concepto del niño, pasando a ser sujetos plenos de derechos, con facultades en desarrollo que permiten ejercitar sus derechos por sí mismos, como parte de un Estado democrático.

pero con el tiempo se crearon los primeros Orfelinatos, siendo el gestor de ello “La Casa Nacional del Niño” situado en San Salvador, en el año de 1859.

A partir de 1921 aparecen los primeros centros para menores, los cuales tenían como fin atender a los ya mencionados que presentaren caracteres antisociales, lo que dio paso al surgimiento de las escuelas correccionales, como por ejemplo “La Orden de las Somascas” (EMILIANI) y “La Obra del Buen Pastor”. Así se sostiene en 1935 surge la primera escuela correccional de la Policía Nacional denominada “Escuela de Protección General Francisco Linares”. La Asociación Nacional Pro Infancia, surge el 15 de octubre de 1940 con el objetivo de trabajar a favor de la niñez Salvadoreña y en 1958 se crea la Dirección de asistencia Social como dependencia de la Secretaria de Estado, con el fin de dar una orientación diferente a la asistencia del niño, así mismo al adulto mayor.

El 14 de Julio de 1966 se aprobó el Decreto Legislativo número 25, por el cual se crea la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, publicada en el diario oficial número 136, tomo 212, del 25 de julio del mismo año, con el fin primordial de 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, estableciendo así un contenido especialmente de niños menores de 16 años considerados como infractores de delitos. Esta ley es considerada la primera en establecer la atención integral de diagnósticos, observación y tratamiento para los niños y no solo a manera de cubrir las necesidades básicas de estos. Así mismo se pretendía con dicha ley no someter a los niños al mismo tipo o nivel de sanción que a los adultos.

Dicha ley fue derogada por el Código de Menores en el año de 1974, mediante Decreto Legislativo N° 516 publicado en el Diario Oficial N° 21, Tomo 242 de fecha 31 de enero de 1974, entrando en vigencia el 1 de julio de ese mismo año; debido a que no se contemplaban los principios de protección integral que la Constitución enmarcaba, además de no contemplar los organismos adecuados para el desarrollo de aquellos.

Fue hasta el 23 de enero de 1975 que se fundara el Consejo Nacional de Menores, como entidad encargada de materializar lo preceptuado en el Código de Menores y diseñar la política Nacional de Atención para los niños.⁹⁰

En Mayo de 1993, la Secretaria Nacional de la Familia y el Instituto de Protección al Menor, diseñaron la primera política de atención a los niños (PNAM), la cual consistía en un conjunto de orientaciones y medios de protección de los derechos del niño o a la población menor de 18 años. Vale mencionar que estos antecedentes históricos en el tema de protección a los niños y adolescentes fueron mecanismos que en su época funcionaron.

En marzo del 2009 se crea la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia,⁹¹ y desde su entrada en vigencia hace una marcada diferencia de las personas que tienen menos de 18 años como niños, niñas y adolescentes a quienes identifica de tal forma ya no como menores de edad.

⁹⁰ *Programa regional de capacitación en violencia domestica a nivel Centro Americano, "Guía Metodológica de Capacitación en el abordaje de la violencia intrafamiliar contra los niños y niña"*. (San Salvador, El Salvador: IDHUCA, 2005),22.

⁹¹ LEPINA creada el 26 de marzo de 2009 por decreto legislativo n°839 y publicada el 16 de abril de 2009, en el diario oficial número 68, tomo 383, su vigencia se prorrogó a enero de 2011.

3.2 Transición del niño como objeto de derecho a sujeto de derecho

La última década del siglo pasado ha sido la que ha venido a romper la situación del niño como un ser humano titular de personalidad jurídica patrimonial pero carente de capacidad para obrar y, en consecuencia, no titular de derechos fundamentales: ajeno al disfrute de la libertad; ajeno a la igualdad formal por que está naturalmente discriminado por razón de edad y ajeno a la igualdad material porque su status está privatizado en la familia; ajeno finalmente cuando sale de la familia y es objeto de la atención pública- a la seguridad jurídica porque la benévola acción del Estado era de carácter tuitivo, configuración jurídica que se ha mantenido estable durante décadas; es así como se llega a una permanente reforma, que sería el hecho más relevante sin duda, la aprobación por las Naciones Unidas, en 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño que encuentra su antecedente en la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en 1959, y en la Declaración de Ginebra, aprobada en 1924.

Frente a las dos anteriores, la convención de 1989 aporta dos grandes novedades: En primer lugar, no es ya un texto meramente declarativo de principios genéricos (la Declaración de Ginebra enunciaba cinco, y la Declaración de 1959 incluía diez) sino un instrumento jurídico vinculante. En segundo lugar, la concepción exclusivamente tuitiva, es sustituida por una nueva y distinta concepción que afirma que el niño es sujeto de derechos tanto en el ámbito de la libertad, como en el ámbito de la igualdad y la seguridad jurídica.

El niño es para la Convención de 1989, un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos, y no sólo de derechos pasivos, es decir derechos relativos a recibir prestaciones de los adultos, sino también respecto de

derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación, entre otros.

La Convención de los Derechos del Niño es ahora parte de nuestro ordenamiento jurídico tanto como norma directamente vinculante, al haber sido ratificada hace ya 25 años por El Salvador y tras la Creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que reconoce los derechos y garantías constitucionales de las personas entre 0 y 18 años; ambos marcos normativos reconocen especialmente su condición de sujeto de derecho y entre otros: El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, detallando que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deben prevalecer los primeros.⁹²

Expresado en pocas palabras cabe decir que la Convención de 1989 termina con aquella concepción del niño como propietario-no-ciudadano para afirmar una concepción del niño como ciudadano-en-desarrollo.

Por lo que se viene exponiendo, el viejo paradigma está representado por la idea de que el menor debe ser objeto de tutela. En cambio, el nuevo paradigma promueve el concepto de sujeto de derechos: el niño deja de ser sujeto pasivo de derechos para convertirse en sujeto activo de derechos.

En el viejo régimen se trata de satisfacer “necesidades”; en el nuevo por el contrario esas necesidades se transforman en “derechos”. Así antes el menor

⁹² N. Pulido. *Coordinadora del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia, ONG*, (Télam, 12 de abril de 2017), <http://www.telam.com.ar/notas/201704/185486-derecho-nino-procesos-judiciales-nora-pulido.html>

tenía necesidades de alimentación, educación, salud; ahora tiene derecho a la alimentación, salud y educación.

La doctrina de la protección integral no se dirige a un determinado segmento de la población infantil y adolescente sino a todos los niños y adolescentes sin excepción alguna. Mientras que la doctrina de la situación irregular sólo se preocupa por la protección para los carenciados y abandonados- y la vigilancia para los inadaptados e infractores, la doctrina de la protección integral apunta a asegurar todos los derechos para todos los niños, sin excepción alguna.

En este contexto, el interés superior del niño se constituye en la herramienta eficaz para adjudicar un derecho cuando existe conflicto de intereses o discrepancia de derechos, entre niños y niñas y otra persona o institución.

El interés superior, que no puede quedar librado al criterio adulto, está íntimamente vinculado con el derecho del niño y niña a ser escuchado y a la participación, obliga a todos (Juez, legislador, funcionario, familia, etc.) a que, al momento de resolver, de tomar una decisión, se otorgue consideración primordial, dándosele prioridad al interés superior del niño.

La prioridad del interés superior consiste en primacía al recibir protección y ayuda en cualquier circunstancia, prioridad en la atención de los servicios u organismos públicos, preferencia en la formulación y ejecución de políticas sociales, y destino privilegiado de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección de la infancia, la adolescencia y la familia. Ello exige que, en los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños, niñas o adolescentes, se verifique la efectiva promoción de sus derechos; prefiriéndolo frente al rigor formal procesal.

La Convención sobre los derechos del niño promueve el reconocimiento de autonomía y participación del niño en el ejercicio de sus derechos fundamentales relacionados con la libertad de recibir y a buscar información, a ser escuchado y a emitir opinión en todos los asuntos que tienen influencia en la vida de los mismos. A que se le designe un representante, que hable en su nombre, con miras a asegurarle protección. Aún en casos en que el niño es muy pequeño, este muy afectado por una situación o se encuentra acusado de haber cometido un acto ilícito.

De esta manera, se les protege de la arbitrariedad en la toma de decisiones por parte de los adultos (familia, sociedad y estado) y de la tendencia a avasallarlos, desconociendo su condición de sujetos plenos de derechos.

Evidentemente, el reconocimiento de autonomía y participación hace referencia a la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en brindar un nivel de vida adecuado, que promueva la protección y favorezca el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce los derechos y responsabilidades de los padres, tutores, o de las personas encargadas del niño, niña y adolescente, en la atención, el cuidado y la educación de los mismos, así como el derecho a recibir apoyo por parte del Estado. Para tales fines obliga, a su vez, al Estado a respetarlos y a prestar asistencia a los padres (o a las personas, servicios e instituciones que se ocupan del niño) para garantizar plenamente todos los derechos consagrados a los niños, niñas y adolescentes.⁹³

3.2.1 Definición legal del niño, niña y adolescente.

⁹³ Alex Fernando Placido Vilcachagua, *Infancia y adolescencia: de objeto de tutela a sujeto de derecho con capacidad progresiva para ejercer derechos fundamentales*, (México, 24 de julio de 2008), <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/07/24/infancia-y-adolescencia>

Durante mucho tiempo se identificó en la ley bajo una misma categoría a los niños, niñas y adolescentes como “menores”, la cual es opuesta a la de “mayores”, donde el menor es considerado un incapaz y que, por ende, solamente puede ser protegido, representado y atendido sin poder ejercer su propia representación ni tomar decisiones por sí mismo.

Esta manera de ver las cosas tiene antecedentes paternalistas y autoritarios en la mayoría de las culturas y se expresa en la potestad que tiene el mayor sobre el menor: el derecho de disponer sobre la vida e integridad física y emocional de este último.

Con esta visión, se han legitimado muchas veces prácticas que violaban los derechos de los menores: maltratos, abandono, explotación sexual, privación ilegítima de la libertad, entre otras, y todo esto por el “bienestar del menor y con las mejores intenciones”.

A la concepción de “menor” se la conoce como la Doctrina de la Situación Irregular, en oposición a la Doctrina de la Protección Integral, que comprende que niños, niñas y adolescentes se han considerado como sujetos sociales de derecho.

El paso más importante para dejar de lado esta concepción de menor es reconocer que los derechos de los niños, niñas y adolescentes surgen de su misma dignidad de personas y por tanto, son sujetos sociales de derecho en las mismas condiciones que las personas adultas y con las diferencias propias de la etapa de desarrollo en que se encuentra cada uno.

Este cambio implica reconocer que son capaces de generar transformaciones en relación con otras personas, porque se entiende que con sus capacidades y desde su realidad, contribuyen a su propio desarrollo, al de su familia y al de su comunidad. Por eso, es tan importante el reconocimiento de sus derechos, entre los que se destacan, el derecho a la participación. Percibir esta capacidad de ser protagonistas y promoverla es el desafío que plantea el trabajo y el compromiso con la niñez y la adolescencia.

Así, puede sostenerse que el artículo 19 de la Convención Americana no define lo que se entiende por ‘niño’”. Sin embargo, el Tribunal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se remitió al Sistema Universal indicando que “la Convención sobre los Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’”.⁹⁴ Así, en la opinión consultiva *Condición jurídica y derechos humanos de los niños* el Tribunal señaló que “en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”.

Además, es preciso que “la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial”. De esta manera, el Tribunal estableció que los niños, en gran medida, carecen de esa

⁹⁴ Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo*, (sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf.

capacidad, pero de igual forma “son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”⁹⁵.

En consecuencia, la Corte se remitió a la disposición más protectora en términos de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁹⁶, cuya regulación también reafirma el criterio temporal de 18 años.

3.2.2 El niño como sujeto de derecho

El enfoque de protección integral considera a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho y como personas en desarrollo, que gozan de todos los derechos como ciudadanos, lo que en términos concretos significa que se reconocen las necesidades de los niños, niñas y adolescentes como derechos exigibles que forman parte de sus derechos humanos, lo que obliga al Estado no sólo a satisfacer dichas necesidades en forma urgente, sino a intervenir en todas las circunstancias en las que estos derechos estén siendo vulnerados o en riesgo de serlo.

Todos los niños, niñas y adolescentes, y en particular aquellos que pertenecen a los sectores en condiciones de mayor exclusión social, requieren de una decidida acción del gobierno como administrador del Estado en la creación y activación de mecanismos legislativos, educativos, culturales, sociales e institucionales que transformen la realidad de

⁹⁵ Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva (OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs.41 y 42.)* [http:// www.corteidh.or.cr/](http://www.corteidh.or.cr/)

⁹⁶ ONU, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Asamblea General, resolución A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages>

vulneración que sufren y combata las diferentes formas de exclusión y discriminación en relación con el ejercicio de sus derechos. Entre estos mecanismos podemos citar la creación de cuerpos normativos e instituciones jurídicas gubernamentales, asociaciones y ONGS que tratan de velar por la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Relacionado a ello, el traslape que realiza la Convención Sobre los Derechos del Niño de la Situación Irregular al Sistema de Protección Integral, donde en el primero se le consideraba al niño, un sujeto incapaz de ejercer sus derechos por manera propia, situación que se modificó con la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, emitida el 26 de marzo de 2009 y publicado en el Diario Oficial No. 68, Tomo No. 383, del jueves 16 de abril de 2009, con la finalidad de garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador independientemente de su nacionalidad, mediante un Sistema Nacional de Protección Integral de la niñez y adolescencia con la participación de la familia, el Estado y la sociedad, fundamentado en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.3 Principios rectores para la garantía y protección de los derechos de la niñez y adolescencia

3.3.1 Principio de Rol primario y fundamental de la Familia

La Convención sobre los Derechos del Niño, es clara en afirmar que la familia es el *“Grupo Fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los*

niños".⁹⁷ Es obligación de la Familia entonces formar a los niños, las niñas y adolescentes en el ejercicio responsable de los derechos.

La Familia se entiende como la unidad básica de la sociedad, y en ella se genera el desarrollo de valores, objetivos de vida e identidades, que permiten la adaptación del individuo a la sociedad. En esta unidad, se reconoce el establecimiento de vínculos con los demás entornos de socialización de los individuos, como en lo político, social, económico y cultural, esto tiene un papel de mediadora entre los individuos que la conforman⁹⁸.

Como entidad superior, ostenta un rol social constitutivo, en su seno se satisface buena parte de los derechos individuales de desarrollo integral de sus miembros, debiéndose destacar que son al mismo tiempo integrantes del grupo familiar y también ciudadanos dentro de la sociedad⁹⁹. La importancia de la familia radica en ser un núcleo y origen de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad de los niños y adolescentes.

De este modo, la familia puede cumplir adecuadamente sus funciones y garantizar la protección de los derechos de sus miembros y el acceso a condiciones de vida adecuadas. Por tanto, teniendo en cuenta la solidaridad y cuidado de sus miembros entre sí, se minimiza la aparición de situaciones negativas y trasgresión de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes en todos sus ámbitos.

⁹⁷ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Observatorio del Bienestar de la Niñez, La Familia: El entorno protector de nuestros Niños, Niñas y Adolescentes Colombianos*, (Volumen n° 15, 2013), 3.

⁹⁸ *Ibíd.* 5.

⁹⁹ Rossana Muga, y Erika Valdivieso. "Familia y Derechos Humanos". Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia. Santo Toribio de Mogrovejo. Perú. Facultad de Derecho-Universidad Católica. (2013), 2-3.

Este principio tiene estrecha relación con el ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia. Debido que la orientación al ejercicio de los mismos depende de la guía que el representante legal o quien ejerza la autoridad parental realice en los menores de edad.¹⁰⁰

3.3.2 Principio de Igualdad, no discriminación y equidad

El Principio de Igualdad es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje para la universalidad de aquellos. El carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los Derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende desigualdad.¹⁰¹

El texto constitucional consagra como un deber primordial del Estado, el garantizar “*el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el El Salvador*”, exigiendo su inmediata aplicación en todos los ámbitos. El ejercicio de estos derechos se regirá por el principio de igualdad y no discriminación.

¹⁰⁰Madariaga Arrubarrena, *La Protección infantil: el papel de la familia (Dirección General de Familia, España, Gobierno de Navarra- España: Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud. Dirección General de Familia, 2006)*, 13.

¹⁰¹Yuri Emilio V. Buaiz, *La Doctrina para la protección integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones. (Oficial de Derechos del Niño, UNICEF)*, 3.

De igual forma y aunado con el mandato constitucional en el Artículo 11 de la Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia que dispone: “Todos los niños y niñas y adolescentes son Iguales ante la Ley”. Inmediatamente agrega que se prohíben las distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias, basadas 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 legales y responsables, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales”.

Asimismo, reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación como principios rectores de las políticas públicas de protección integral de la Niñez y Adolescencia.

Este principio está estrechamente vinculado con la prohibición de la discriminación, y es así como el legislador lo describe, lo que significa que las razones por las que se prohíbe rechazar el reconocimiento, ejercicio y goce de los derechos de la niñez y adolescencia son motivos de etnia, de género, religión, posición económica etc, no pueden justificar un trato desigual; esas diferencias no son causas razonables para negar o restringir un derecho cualquiera, salvo en casos excepcionales que sí hay motivos objetivos y razonables, más poderosos para dar a unos u otros un trato desigual, por ejemplo de justicia, es decir en situaciones cuando se infringen las leyes.

Este principio se erige como fundamental, como norma con carácter jurídico-social definido, es decir, orientado a la lectura de todos los derechos consagrados en la Constitución y la Ley secundaria de la LEPINA que lo trae

como principio, dirigido al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños.¹⁰²

Y como Principio de equidad está referido a la igualdad de género, siendo este definido como “La imparcialidad en el trato que reciben las mujeres, los hombres, los niños y las niñas de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades.”¹⁰³

El género, se construye a lo largo de la vida; esto quiere decir que la acción de la sociedad es definitiva para el aprendizaje y desarrollo de los seres humanos. El género se construye cada día en las interacciones de tipo socioculturales, las cuales implican acciones y competencias relacionales de género en los contextos sociales y educativos.¹⁰⁴

La equidad de género en términos generales se percibe como una situación positiva y es respaldada por los miembros de una sociedad, para lo cual se centra en las actitudes personales ante dicha igualdad en tres esferas seleccionadas a saber: la participación en la fuerza de trabajo, la política, y la educación. Se trata de esferas en las que las prácticas y los valores culturales pueden influir considerablemente en la posibilidad de que las mujeres y hombres gocen de los derechos y oportunidades en pie de igual y logren resultados equivalentes.

Este principio en el mismo ámbito aplicado a los niños, niñas y adolescentes,

¹⁰² Buaiz, Yuri, *La Doctrina para la protección integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*, 3.

¹⁰³ Igualdad de Género, Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo, 104.

¹⁰⁴ Daniela Finco, “Igualdad de Género en las instituciones educativas de la primera infancia Brasileña”, (Editorial Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud, Brasil, 2015), 85.

lo que pretende es evitar la exclusión y restricción de reconocimiento y goce de los derechos fundamentales sin razón objetiva por el hecho de ser niño o niña y adolescente. Todos ellos tienen los mismos derechos como acceso a la educación, a una familia, de libre opinión, etc. De ahí que el género no puede ser un obstáculo para el ejercicio de los mismos o para implementar políticas por el Estado.

3.3.3 Principio de Corresponsabilidad.

Por regla general se le asigna al padre y a la madre el cuidado y la educación de los niños y adolescentes, y se privilegia a la familia como medio natural de protección y desarrollo, pero con el apoyo y la asistencia por parte del Estado y la sociedad debe lograrse tal protección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la LEPINA al enunciar de manera genérica las obligaciones de la familia que en conjunto con el estado y la sociedad deben ser garantes del fiel cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia.

A los efectos, el precitado artículo establece la obligación de la familia, y específicamente del padre y la madre, de asumir las responsabilidades inherentes al desarrollo, cuidado y educación de sus hijos.

Este principio también denominado en otras legislaciones como Principio de Solidaridad o de Participación Solidaria, se entiende adopta como un derecho-deber a favor y a cargo de la sociedad, de participar de manera activa, para lograr que los derechos de los niños y adolescentes tengan vigencia plena y efectiva. En igual sentido, al Estado se le impone la obligación de crear los mecanismos que permitan esa participación activa de

la sociedad, en el diseño y ejecución de las políticas destinadas a la protección de los niños y adolescentes.

En El Salvador este principio es denominado también como Principio de Solidaridad Social, debido que lo componen tres ejes principales: el Estado, La Familia y la Sociedad, sobre estos pilares descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos. El Estado salvadoreño ha creado diferentes políticas, e instituciones gubernamentales, que colaboran para el buen ejercicio de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes.

Conlleva, de manera tácita la responsabilidad compartida o corresponsabilidad entre los actores involucrados, toda vez que sin participación no es posible garantizar el cumplimiento de las normas que encarnan un nuevo paradigma respecto de los derechos de los niños y adolescentes.

La obligación del Estado está referida básicamente en crear condiciones a las familias en lo social, cultural, económico, y recreación entre otras, para que estas puedan satisfacer las necesidades y derechos de sus hijos. Esta obligación del Estado debe ser correspondida con la solidaridad familiar y social.

3.3.4 Principio de Prioridad Absoluta

Este Principio encuentra su expresión en el Artículo 14 de la LEPINA, el cual expresa *“El Estado debe 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.”

Este Principio puede entenderse como el deber que tiene el Estado de tomar las medidas necesarias para que los niños y adolescentes no sólo ostenten la titularidad de los derechos consagrados en el instrumento jurídico, sino que puedan gozar de éstos y disfrutarlos de manera real.¹⁰⁵

A su vez establece que la actuación de las familias, la sociedad y el Estado debe privilegiar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, frente a otras áreas, necesidades e intereses. Como su propio nombre lo indica, este principio implica que el Estado debe dar “prioridad absoluta” o primacía a los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes en la planificación, ejecución y control de las políticas públicas, en la asignación de recursos públicos en el presupuesto, en la atención en los servicios públicos y en las emergencias.

En instrumentos internacionales como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño consagra entre sus objetivos principales para los Estados partes lograr la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, y para alcanzar este objetivo, se considera necesario que los niños, niñas y adolescentes se conviertan en el centro de la vida de las familias, la sociedad y el Estado, es decir que sean el norte de todas sus actuaciones, refiriéndose de tal forma al principio de Prioridad Absoluta.

3.3.5. Principio del Interés Superior de la Niña, del Niño y Adolescente

¹⁰⁵ Buaiz Yuri, *La Doctrina para la protección integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*, 6

Se debe entender este principio como el eje fundamental en cada uno de los procesos donde interviene un niño, una niña o un sujeto adolescente, toda vez que forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal, pues este tiene su origen en la Convención sobre los Derechos del Niño, y el cual junto con el de no discriminación, constituyen el sustento de la Doctrina de la Protección Integral.

El interés superior del niño y niña, al ubicarse en la Convención predicha, deja de ser una mera orientación filosófica y se convierte en un principio jurídico de aplicación para la interpretación y ejercicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, convirtiéndose en un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como brindar las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el bienestar máximo posible a las niñas y niños.

Este principio, también conocido como principio del Interés Superior del Menor, se trata de una garantía para las niñas y niños, de que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos sin llegar a su transgresión.

A la luz de los diferentes tratados se encuentran algunas definiciones. Así según la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en su segundo principio enuncia *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda 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 superior del niño.”*

De igual forma, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁰⁶ en su artículo 5 letra b expresa: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*”.

Y la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3, párrafo 1, establece que: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

Fue esta última Convención y sus protocolos facultativos¹⁰⁷, la que proporciona el marco para evaluar y determinar la obligación de que el interés superior del niño sea una consideración primordial y especialmente importante cuando los Estados sopesan prioridades que se contraponen, como las consideraciones económicas a corto plazo y las decisiones de desarrollo a largo plazo. Por lo tanto, los Estados deben estar en condiciones de demostrar la forma a través de la cual se ha respetado el principio del interés superior del niño en la adopción de decisiones; y así como también se han valorado sus intereses frente a otras consideraciones.

¹⁰⁶ Ratificado en El Salvador por Decreto No. 705, de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 2 de junio de 1981, D.O. No. 105, TOMO No. 271 del 9 de junio de 1981.

¹⁰⁷ Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en su preámbulo y artículo 8; de igual forma hace referencia al interés superior del niño, el Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones. Preámbulo y artículo 2 y 3.

De conformidad con lo dicho y atendiendo a nuestra legislación, se tiene que *“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”*¹⁰⁸.

Según la legislación actual, 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”*¹⁰⁹. Y la ley además nos agrega que:

“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*

¹⁰⁸ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia LEPINA (El Salvador, 2010), Artículo 12.

¹⁰⁹ Idem.

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*¹¹⁰.

En consecuencia, este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y niñas se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

3.4. La representación procesal de los menores de edad

Al referirse a este punto, se alude a uno de los derechos que se les ha vulnerado e invisibilizado a la niñez desde hace mucho tiempo atrás, pues eran los padres quienes ejercían los derechos sobre las niñas y niños, y por consiguiente los responsables del cuidado y protección de estos.

Al enunciar la representación, se debe aclarar primero que dicho término proviene del latín *cognitor*, que significa “el que realiza algo por otro”.

La representación procesal, constituye una institución jurídica por la cual una persona actúa expresando su voluntad, pero en interés de otra persona (el representado), recayendo los efectos jurídicos de esa actuación directa y retroactivamente sobre el representado.

Según a la fuente que lo genera, según la doctrina, la representación puede ser: convencional, o legal. Siendo la primera, aquella que tiene su origen en el mandato, por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta del mandante. La segunda, es la facultad otorgada por la

¹¹⁰ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia LEPINA (El Salvador, 2010), Artículo 12.

ley a una persona para obrar a nombre de otra, recayendo en esta los efectos de tales actos; el ejercicio de esa representación puede ser obligatorio para el representante como es el caso de la representación de los hijos menores por los padres en virtud de la autoridad parental.

Al hacer referencia a la representación en nuestra legislación, el Código Procesal Civil y Mercantil nos manifiesta que la postulación es el requisito de tipo procesal que exige la ley para que alguien que no está legitimado en un proceso pueda intervenir de una forma legal y técnica. Pero ésta no se trata de una intervención común, ya que para poder hacerlo revestido de esta calidad, debe ser un abogado de la República autorizado y en funciones¹¹¹.

Con la idea de que sea a través de la intervención del técnico o profesional del derecho, que el legitimado en el proceso reciba un auxilio y representación por quien en teoría conoce de ley y de derecho y así poder actuar y decidir sobre cuestiones que busquen el beneficio del poderdante. Esta postulación aúna dos funciones distintas: la representación judicial de las partes dentro del juicio (el modo de dirigirse y actuar ante los tribunales), y la defensa jurídica de éstas (la elección de la estrategia más adecuada para sostener la pretensión de fondo favorable a sus intereses, y la exposición de dicho planteamiento, por vías escritas u orales).

Con la vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia LEPINA, se ha establecido que las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derecho, lo que significa que los derechos, garantías y obligaciones reconocidos por dicho cuerpo normativo son aplicables a toda

¹¹¹ Postulación preceptiva por medio de representante. Art. 67. “En los procesos civiles y mercantiles será preceptiva la comparecencia por medio de procurador, nombramiento que habrá de recaer en un abogado de la República, sin cuyo concurso no se le dará trámite al proceso”. C.P.C.M.

persona desde el instante de la concepción, tomando en cuenta el desarrollo evolutivo de las facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres, y las limitaciones establecidas en la ley.

En este punto es necesario mencionar lo dispuesto en el artículo 218 de la LEPINA, en lo referente a la capacidad jurídica procesal, el cual establece que las niñas, niños y adolescentes menores de catorce años de edad pueden intervenir en los procesos establecidos en dicha ley¹¹², por medio de su madre, padre y otros representantes, y en su caso, por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello.

De igual forma, continúa la ley en mención regulando que los adolescentes mayores de catorce años de edad también pueden comparecer por medio de apoderado legalmente constituido conforme a las reglas del Derecho Común, en los procesos regulados por la LEPINA, para lograr la protección de sus derechos.

La anterior disposición legal, otorga la intervención procesal de la niñez y adolescencia, por medio de representantes o apoderados, incluso por medio de la Procuraduría General de la República. Pero, es necesario recalcar, que, para tramitar las pretensiones relativas a los derechos y deberes establecidos por dicha ley, en las distintas etapas, instancias y grados de conocimiento, se aplican supletoriamente las disposiciones de la Ley Procesal de Familia, tal como lo dispone el Artículo 218, con las modificaciones que se establecen en dicha ley.

Además, es necesario aclarar que, la procuración en materia de niñez y adolescencia, al igual que en materia de familia, es obligatoria, tal como lo

¹¹² Los procesos que establece la LEPINA son: Proceso General de Protección, el cual sirve para satisfacer intereses estrictamente jurídicos de los sujetos legitimados en los casos previstos en el art. 226 de la misma. Y el Proceso Abreviado, en el cual los asuntos sujetos a este proceso se encuentran en el art. 230 del mismo cuerpo normativo.

dispone el artículo 10 de la Ley Procesal de Familia, establecer que toda persona que haya de comparecer al proceso por derecho propio o como representante legal, lo hará por medio de apoderado constituido con arreglo a la ley, salvo que la misma estuviere autorizada para ejercer la procuración.

Por lo tanto, todo proceso en materia de niñez y adolescencia, ya sea en el Proceso General de Protección o el Proceso Abreviado, debe ser incoado a través de apoderado, garantizando, de esta forma, la representación judicial de la niñez y adolescencia; el cual, puede ser nombrado por los representantes legales de los niños, niñas y adolescentes, menores de esa edad, invocando el derecho de estos; y, por los mismos adolescentes cuando estos sean mayores de catorce años de edad.

3.4.1 Ejercicio de la Capacidad Jurídica Procesal de los Adolescentes mayores de catorce años

En este punto es importante destacar que la minoría de edad no se limita ya a la incapacidad civil y penal, ni a la sujeción a potestad y representación que distinguía a la protección negativa desde el Derecho Romano, y que había fundado el régimen diferencial en Occidente, sino que emana como protección positiva del niño, erigido en el centro del ordenamiento jurídico que le concierne. Y así se habla de protección del niño, en cuanto objeto de protección, pero sobre todo del niño como sujeto al que pertenece esa protección.

A lo anterior hace referencia el Artículo 218 el cual rige que “...*los adolescentes mayores de catorce años de edad también podrán comparecer por medio de apoderado legalmente constituido conforme las*

reglas del Derecho Común, en los procesos regulados por esta Ley para lograr la protección de sus derechos...”.

Al respecto, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en su sentencia de fecha veinticinco de agosto del 2011, pronunciada a las doce horas con veinte minutos de esa fecha, nos dice que: “Al ratificar El Salvador la Convención Sobre los Derechos del Niño, reconoce que las niñas, niños y adolescentes, nacen e inician su vida como seres completamente dependientes y son sujetos plenos de derecho. En ese sentido, al dictar los legisladores, la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA), faculta en el Art. 218..., se les reconoce la capacidad plena en el ejercicio de sus derechos, por tanto tienen capacidad para comparecer y promover cualquier proceso, (a excepción de pérdida y suspensión de la autoridad parental) por medio de Apoderado legalmente constituido..., para la protección de sus derechos...”¹¹³.

En este orden cabe hacer mención, brevemente, sobre “el abogado del niño”, este nuevo personaje del proceso, introduce cambios, no del todo sencillos, para armonizar las nuevas disposiciones con las tradicionales de la legislación común. Se debe enfocar en el objetivo sustancial que es la protección integral de los derechos de toda niña, niño y adolescente, a través de un debido análisis de su interés superior como sujeto de derecho, en donde más que respetar el principio de lealtad al cliente que todo profesional del derecho debe tener, debe de velar por los derechos de su representado.

Es sumamente importante observar que, al facultar a los adolescentes para poder nombrar a su representante procesal, pueden darse diversos factores:

1. conflicto del niño con uno de sus padres o con ambos.

¹¹³ Sentencia Definitiva, Referencia: 101-A-2011 (El Salvador, Cámara de Familia de la sección del Centro, 2011).

2. conflicto entre los padres que lleve al forcejeo del adolescente por ambos.

En estos escenarios es donde cobra importancia la intervención del abogado del adolescente, para liberar a éste de la presión que se pueda ejercer sobre él, y que pueda ser escuchado este último como sujeto de derecho.

Por lo tanto, el abogado del adolescente tiene que advertir a los padres que la defensa se restringe única y exclusivamente al niño y lo mejor para sus intereses, aunque esto ocasione desacuerdo con alguno de los padres.

Los valores éticos que conllevan el ejercicio de la profesión, se vuelven más relevantes, pues el conocimiento debe de ponerlo al adolescente exclusivamente, pues este aún no posee todos los instrumentos necesarios para enfrentar las diversas situaciones en las que la vida lo pueda situar.

Esto además conlleva otros problemas no tomados en consideración por la Ley y es el conocimiento y la divulgación de este derecho, para que su aplicabilidad en el ejercicio de este derecho sea mayor.

Por lo tanto, la tarea del abogado del niño deberá ser regida por el factor ético, en donde se excluya todo aquello ajeno a la protección del menor, por lo que deberían de regular dicho papel de manera especial los organismos afines.

Pese a todo lo anterior, el mismo artículo 218 establece los límites de la representación en el cual regula que: "...en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental y privación de la administración de sus bienes, deberán actuar representados por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello..." por lo que son los únicos casos según la Ley Vigente en los cuales los adolescentes no pueden ejercer su derecho de representación.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

En el presente capítulo se desarrolla la capacidad procesal de los adolescentes según los ordenamientos jurídicos de países como Argentina, España y Venezuela, siendo su estudio necesario para apreciar tanto las diferencias como las semejanzas con el nuestro, a través del estudio de las normativas aplicables en los referidos países, y de esa manera percibir los aciertos o defectos de nuestro ordenamiento jurídico en relación con la capacidad procesal de los adolescentes.

4.1 Capacidad procesal de los menores en el derecho argentino

Al referirse a los derechos del niño en Argentina, sin duda alguna obliga a hacer referencia al patronato¹¹⁴ el cual ha sido el modelo de intervención principal en ese país durante el Siglo XX. Entendido como el conjunto de políticas estatales enmarcadas en el paradigma de la situación irregular que considera al niño o adolescente como un “objeto” de tutela por parte del Estado. Utiliza como parámetro las condiciones morales y materiales de la vida privada del niño.

¹¹⁴ El patronato es la denominación que recibe el régimen por la cual el Estado provee directamente a la protección de los menores disponiendo de ellos, en su situación de los padres, cuando ocurre la pérdida o suspensión de la patria potestad o pérdida de su ejercicio. Consultado en línea en: www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/patronato/patronato

Se sustenta en un andamiaje institucional basado en el control social estatal. Entonces, la intervención del Estado, parte del concepto de “riesgo moral y material” de niños y jóvenes. Actúa cuando considera a niños, niñas y jóvenes como un peligro para sí o para los demás. Se lleva a cabo a través de la institucionalización y judicialización de la pobreza. Se sustenta básicamente en el poder de coerción del Estado.

Este modelo generó a lo largo del siglo una poderosa maquinaria de instituciones tutelares sustitutivas de lo familiar y lo comunitario, como lo fueron institutos asistenciales, penales, psiquiátricos, comunidades terapéuticas conforme al problema social y al abordaje propuesto por los profesionales del sistema.

El patronato se sustentaba en esquemas clientelares y asistencialistas, desconociendo los principios universales de políticas públicas para niños, niñas y adolescentes. Los beneficiarios de dichas políticas fueron por momentos los inmigrantes, más tarde los desposeídos, los pobres, los nuevos pobres, los indigentes, redefiniendo una y otra vez la condición de pobreza, pero homologándola siempre al peligro.

Este paradigma debió ser abandonado como sostén ideológico de las políticas para la niñez desde el momento en que Argentina suscribió la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año 1990. Sin embargo, no se hizo.

Posteriormente, se incorporó este Tratado a la Constitución Nacional convirtiéndolo en una concepción de Estado.

Hoy en día, desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, con jerarquía constitucional desde 1994, Argentina ha logrado importantes avances en la materia. Así, desde 2005, ese país cuenta con

una Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes¹¹⁵. A su vez, confirmó su compromiso con otros instrumentos normativos entre los que se destacan: Ley de Protección Contra La Violencia Familiar¹¹⁶, la Ley de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable¹¹⁷, la Ley de Migraciones¹¹⁸, Ley del Programa Nacional de Educación Sexual Integral¹¹⁹, la Ley de Educación Nacional¹²⁰, la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas¹²¹ y la Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente¹²² (Ley 26.390).

En Argentina, al igual que en el país, la capacidad procesal de los adolescentes y todos los demás derechos de los niños, y niñas, se han visto atrasados por el desconocimiento de los principios universales de las políticas públicas en materia de protección de estos derechos, ya que no se trata solo de plasmar derechos sustantivos en cuerpos normativos, sino de crear instituciones que velen y sean garantes de estos.

4.2 Capacidad procesal de los menores en el derecho español

¹¹⁵ Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (Argentina Ley N° 26.061 Sancionada: septiembre 28 de 2005, Promulgada de Hecho: octubre 21 de 2005).

¹¹⁶ Ley de protección contra la violencia familiar (Argentina, ley numero 24.417 sancionada: diciembre 7 de 1994; promulgada: diciembre 28 de 1994).

¹¹⁷ Ley de creación del programa nacional de salud sexual y procreación responsable (Argentina, ley numero 25.673, sancionada el 23 de mayo de 2003; publicación B.O.- 26 de mayo de 2003)

¹¹⁸ Ley de migraciones (Argentina, ley numero 25.871, Decreto numero 616/2010).

¹¹⁹ Ley del programa nacional de educación sexual integral (Argentina ley numero 26.150, sancionada el 4 de octubre de 2006 y promulgada 23 de octubre de 2006)

¹²⁰ Ley de educación nacional (Argentina ley N° 26.206, sancionada y promulgada en diciembre de 2006)

¹²¹ Ley de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas (Argentina ley numero 26.364, Decreto 978/10)

¹²² Ley de prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente (Argentina ley numero 26.390, Buenos Aires, 4 de junio de 2008, boletín oficial, 25 de junio de 2008)

A lo largo de la historia de España la concepción que se ha tenido respecto de los niños y las niñas ha ido evolucionando. Así, la noción de infancia que hoy en día se tiene y que nos parece una evidencia fuera de toda duda, no ha existido ni mucho menos a lo largo de todos los tiempos, sino que por el contrario es una creación reciente, que emerge definitivamente sólo después de la revolución industrial. La idea, por ejemplo, de que el niño o la niña es un sujeto de derechos no quedará plasmada en la normativa internacional sino hasta la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989. Estos cambios en las actitudes y en las instituciones relacionadas con la infancia no se han ido desarrollando de forma aislada o fortuita; sino que, por el contrario, hay que comprenderlos como resultados de procesos sociales más amplios, de índole económica y política.

Así se tiene que el concepto de infancia como categoría psicosociológica comienza a esbozarse con claridad a mediados del siglo XVI, y no cobrará fuerza sino hasta mitades del siglo XVIII, cuando se logra establecer una relación de causalidad entre la posibilidad de supervivencia del niño y los cuidados que se le prodigan.¹²³

Los niños, hasta finales del siglo XIX habían sido vendidos, encarcelados, torturados, utilizados en trabajos durísimos desarrollados en el interior de las minas y de las fábricas como consecuencia del proceso de industrialización. Fue durante esa época que empezó a surgir la concepción del menor como sujeto digno de protección.

¹²³, Jordi Cots I Moner, *La Declarado Universal deis Drets de rinfant*, Estudis Rosa Sensat, (Barcelona, 1979), 33. Afirma que en el siglo XVIII empieza a concretarse un cambio de actitud con respecto a la infancia. Y añade a continuación que Jean J. Rousseau, con su tratado de pedagogía «Emüe» (publicado en 1762) es el símbolo de ese cambio.

En la consecución de dicho logro participaron de forma importante las aportaciones realizadas por las ciencias sociales, especialmente por la psicología, la pedagogía y la sociología. Dichos aportes fueron el estudio que *el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal*; la pedagogía tradicional, establece que la infancia es apenas reconocida como un periodo del desarrollo con sus propias características y necesidades, y se reconoce al niño como persona con derechos, y la psicología viene a jugar un papel clave para la representación social del concepto de niña y niño creando criterios de desarrollo y madurez.

No obstante, habrá que esperar hasta el siglo XX para que la infancia sea tenida en cuenta como tal. El hecho más relevante acaecido durante el pasado siglo fue, sin duda, la aprobación por las Naciones Unidas, en 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño que encuentra sus antecedentes en la Declaración de similar naturaleza aprobada en 1959, y en la denominada Declaración de Ginebra, aprobada en 1924. Frente a las dos anteriores, la Convención de 1989 aporta dos grandes novedades: En primer lugar, no es ya un texto meramente declarativo de principios sino un instrumento jurídico vinculante; en segundo lugar, la concepción exclusivamente tuitiva, es sustituida por una nueva y distinta concepción que afirma que el niño es sujeto de derechos. En consecuencia, el niño es, para la Convención, un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos, y no sólo de naturaleza pasiva, es decir derechos a recibir prestaciones de parte de los adultos, sino también de derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación.

En otras palabras, cabe decir que la Convención termina con aquella vieja concepción del niño o niña de ser visto como los aún-no adultos, aún-no responsables, aún-no capaces, aún-no competentes, aún-no fiables, aún-no con los mismos derechos; aún-no dignos de ser escuchados frente a la categoría de los adultos representada por la idea de los ya-si¹²⁴

España, con la implantación del sistema democrático tras la desaparición del régimen franquista ha recorrido, en el ítem de protección jurídica de las personas menores de edad, tres etapas fundamentales¹²⁵: 1) La Constitución de 1978; 2) las reformas del Código Civil iniciadas en 1981 e introducidas hasta 1987; 3) la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 por parte de España; se han creado precedentes doctrinales, jurisprudenciales y normativos en la materia de la niñez y adolescencia como son La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en adelante Ley Orgánica 8/2015; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

La nueva normativa mencionada, viene haciendo notar, desde el mismo título, que no es lo mismo la protección que necesitan los adolescentes, que la que precisan los niños. En relación con este aspecto, se introduce el término madurez para definir el momento en que ha de ser oído el menor.

¹²⁴Eugeen Verhellen, *Convention on the Rights of the Child*, Garant Publishers, (Gent: 1997),16. Que recoge en nuestro entorno, Ferran Casas, *Infancia: perspectivas psicosociales*, (Barcelona: Paidós, 1998),33.

¹²⁵ Mariano Alonso Pérez, *La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombra*, (1997), 20-22.

Desde la entrada en vigor de estas Leyes todos los profesionales y operadores jurídicos, instituciones, públicas o privadas, Tribunales y órganos legislativos, han de valorar el interés superior del menor en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, el cual será primordial, reflejando su motivación en los informes técnicos, decisiones y resoluciones que se dicten.¹²⁶

En el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 se precisa el derecho del menor a ser oído y escuchado y se introduce el término madurez en sustitución de juicio. No oír a un menor en un procedimiento que le afecte, puede suponer una vulneración de su derecho a la audiencia y la defensa, en los términos del artículo 24 de la Constitución, por lo que, al tratarse de un derecho fundamental, la reforma de este derecho se aborda desde la L.O.8/2015.

Se garantizará que el niño, niña y adolescente, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo de cualquiera de aquellos como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

El adolescente mayor de 12 años podrá solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses. En todo caso, el Ministerio Fiscal podrá

¹²⁶ Se recogen los criterios establecidos por la Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

actuar en defensa de los derechos de adolescente. (Artículo 10.2 e L.O.1/1996).

Al igual que España, El Salvador tiene similitud en el actuar judicial y su ordenamiento jurídico respecto a la capacidad procesal que les otorga a los adolescentes, mediante valoración del estado de madurez. Ante la transgresión de un derecho inherente del adolescente, el artículo 218 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia menciona que los Adolescentes mayores de 14 años, también pueden comparecer por medio de apoderados. En los casos especiales de pérdida o suspensión de autoridad parental y privación de administración de sus bienes, deben actuar representados por el Procurador General de la República o sus agentes facultados para ello.

4.3 Capacidad procesal de los menores en el derecho venezolano

La Capacidad Procesal es un término que se ha discutido en diferentes legislaciones lo cual ha traído algunas innovaciones, rompiendo así con esquemas tradicionales que se han venido estudiando desde hace muchos años. Asimismo, para la legislación de Venezuela dispone en su Constitución vigente¹²⁷ y en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes¹²⁸ lo relativo a la capacidad procesal de los menores, nace y se incorpora en materia civil un nuevo concepto de capacidad del menor de edad, que vale la pena destacar y analizar por su relevancia jurídica y es así

¹²⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente, 1999).

¹²⁸ Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes, (Venezuela: Asamblea Nacional Bolivariana de Venezuela, 2015).

que en el Artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

“Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de ésta Constitución, la Ley, La Convención Sobre los Derechos del Niño y demás Tratados Internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernen. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de niños, niñas y adolescentes”¹²⁹.

En esta disposición hace énfasis en el apartado en el que se especifica *“El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa”*, ampara que el ser humano a medida que se desarrolla, va adquiriendo progresivamente su capacidad para tomar sus propias decisiones y ejecutar actos y acciones en su propio beneficio, o sea a la luz de la Convención sobre los derechos del Niño, ratificada por Venezuela el 29 de agosto de 1990, representa una consolidación de los derechos del niño, al ratificarlos y darle una verdadera importancia, pues amerita puntualmente su reafirmación, dado primero a la amplitud de sus derechos, como haber eliminado que el niño no es el mero objeto del derecho dando paso a una protección especial, constituyéndolo como sujeto de todos los derechos

¹²⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente, 1999).

reconocidos por la normativa internacional, como derecho de toda persona, dispuesta en el Artículo 5 de la precitada Convención¹³⁰.

Se observa en la disposición, en la carta Magna de Venezuela, dos aspectos importantes: el primero, referido a la titularidad de todos los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico a favor de las personas, así como de aquellos que les atañen por su condición específica de personas en desarrollo, y por la otra la aceptación de la capacidad jurídica progresiva y acorde a su desarrollo, de niños, niñas y adolescentes, para ejercer de manera personal y directa todos sus derechos y garantías, al igual que el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, con el acompañamiento y guía de sus padres, representantes o responsables.

Así, los niños, las niñas y adolescentes son quienes deben ejercer esos derechos inherentes, a pesar de concebir que el desarrollo de cada uno hacia la independencia adulta debe ser respetado a lo largo de su infancia. Y es aquí, donde se establece un doble enfoque, por una parte, se le concede al niño ejercer sus derechos reconocidos en la Convención. Cuando en el Artículo 85 de la Ley Orgánica de la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes dispone en cuanto a la capacidad procesal lo siguiente:

Artículo 85: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de presentar peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad, funcionaria o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de estos y obtener respuesta oportuna.

¹³⁰ Eloisa Sánchez Brito. “Análisis de la Capacidad Jurídica Procesal de niños, niñas y adolescentes desde un enfoque constitucional, LOPNA Y Código Civil”. (Venezuela: Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo), 109.

*Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representante o responsable.*¹³¹

Agregando, que el Artículo 87 dispone lo siguiente:

Artículo 87: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de acudir ante un tribunal competente, independiente e imparcial. Para la defensa de sus derechos e intereses y a que éste decida sobre su petición dentro de los lapsos legales.

*Todos los y las adolescentes tienen plena capacidad de ejercer directa y personalmente este derecho*¹³²

Queda demostrado en estas disposiciones que el niño, la niña y adolescentes gozan de una capacidad limitada, por una parte se les concede abiertamente los derechos de actuar por sí mismos en algunos aspectos de su interés, y por la otra, le proporciona tanto al padre, como la madre, las responsabilidades, derechos y deberes hacia el niño, proporcionando dirección, orientación apropiada para su ejercicio, y representación para algunos actos de administración que no pueden ejercer, indicándole claramente el requerimiento de la representación legal para cumplir con las formalidades de los actos jurídicos.

El ejercicio del derecho de participación de niños, niñas y adolescentes está vinculado al grado de desarrollo, madurez, y realmente devienen de la ley, de la potestad legal de los padres, representantes y responsables, y hasta de las decisiones de autoridades públicas competentes en la materia, como por

¹³¹ Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes, (Venezuela: Asamblea Nacional Bolivariana de Venezuela, 2015), Artículo 85.

¹³² *Ibíd.*

ejemplo en decisiones judiciales, que tienen como relevancia en sus decisiones el interés superior o del desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes.¹³³

Se entiende en la disposición supra relacionada, el reconocimiento que hace el legislador venezolano, de la capacidad que pueden gozar los niños y niñas, refiriéndose a la capacidad de goce, se entiende que ellos, pueden tener acceso a la justicia en situaciones de vulnerabilidad de sus derechos, representados por medio de sus padres, tutor u otro representante. Y así mismo hace el reconocimiento de la capacidad de obrar en los adolescentes, de manera plena cuando se da una afectación de sus derechos, y en la naturaleza jurídica que se trate es decir no se limita a supuestos establecidos únicamente por la Ley en materia de la Niñez y Adolescencia.

En el Derecho salvadoreño existe la diferencia de determinar la edad a partir de cuándo el adolescente pueda ejercer su derecho de acción, y de esta forma ir determinando que será en los procesos regulados por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El tratamiento jurídico que se aplica en relación a la capacidad procesal de los adolescentes estableciendo de una forma exacta en cuanto a la edad a partir de los catorce años, pero siempre esta capacidad no es absoluta, de acuerdo al Artículo 218 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia menciona lo siguiente:

Artículo 218: “Las niñas, niños y adolescentes menores de catorce años de edad podrán intervenir en los procesos establecidos por esta Ley por medio de su madre, padre y otros representantes, y en su caso, por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello. No

¹³³ Sánchez Eloisa, “Análisis de la Capacidad Jurídica Procesal de niños, niñas y adolescentes desde un enfoque constitucional, LOPNA Y Código Civil”, 114.

*obstante, en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental y privación de la administración de sus bienes, deberán actuar representados por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello*¹³⁴.

Señala que los adolescentes podrán ejercer el derecho de acción siempre y cuando se les trasgreda un derecho inherente, por lo concerniente a la administración de sus bienes y lo relacionado a su patrimonio deberá ser por medio de sus padres o representantes correspondientes, y esto se añade al factor de madurez, es decir no pueden tener voluntad absoluta.

La capacidad de obrar requiere de la voluntad del individuo, y ésta depende progresivamente en razón de su edad, así la capacidad es la aptitud de obrar válidamente por sí mismo. Por lo que la capacidad procesal, entendida como la posibilidad de realizar actos procesales válidos por voluntad propia, requiere entonces de la existencia de una voluntad de entender y de querer, y esto solo existe en personas que han alcanzado la madurez.

La madurez refiriéndose a la psicológica no consiste únicamente en la mera capacidad de reaccionar biológica y emocionalmente, sino también y principalmente, en la capacidad para someter todos nuestros impulsos, deseos y emociones a la ordenación de la razón o, si se prefiere, a la luz de nuestro entendimiento y a la decisión de nuestra voluntad, pues sin ellos no le sería al hombre posible gobernarse a sí mismo con “buen juicio o prudencia”¹³⁵.

¹³⁴ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Art. 2018.

¹³⁵ Lorente Polaino Aquilino, *Fundamentos de Psicología de la Personalidad*, Instituto de Ciencias para la Familia, (Madrid, España: Rialp, 2003), 546.

CAPITULO V

PRESENTACION E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO

Los capítulos anteriores se refirieron a aspectos teóricos del tema, basados en información bibliográfica y documental. El presente capítulo por el contrario, tiene el propósito de exponer los resultados obtenidos en la investigación de campo, basados en la aplicación de dos métodos: La encuesta y La entrevista, por medio de un cuestionario elaborado con preguntas cerradas y abiertas.

5.1 Presentación de los resultados

Las encuestas fueron aplicadas a veinte abogados litigantes con experiencia en procesos de niñez y adolescencia, así como Jueces y Secretarios de los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia de San Salvador y a cinco defensores públicos de la Procuraduría General de la República.

Las encuestas y entrevistas se realizaron con el objetivo de identificar los factores que inciden en la representación procesal de los adolescentes mayores de 14 años según la LEPINA, así como la aplicación que esta disposición tiene en la práctica, tanto para los litigantes que son los encargados de representar a los adolescentes, como en los juzgadores e instituciones que velan por los derechos de la niñez y adolescencia.

Los datos fueron procesados, tabulados y ordenados con el objeto de poder

facilitar la interpretación de los mismos, tal como se expone a continuación.

5.1.1 Cuestionario dirigido a litigantes

1. ¿Cuánto tiempo tiene de ejercer la profesión?



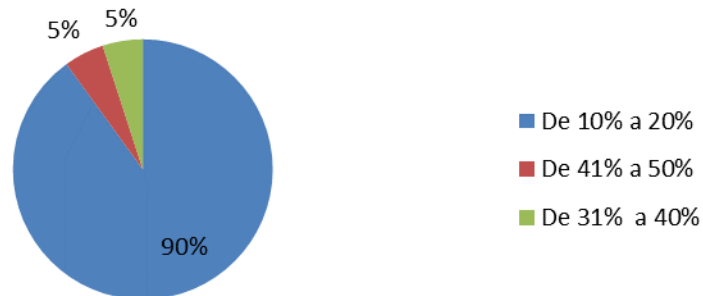
2. ¿Ha llevado algún litigio en el Juzgado de la Niñez y Adolescencia?



Conclusión de los resultados obtenidos: Con relación a la primera interrogante, de las encuestas realizadas a litigantes en materia de niñez y adolescencia del departamento de San Salvador, en su mayoría son profesionales de nueva generación al igual que la LEPINA, por lo que se encuentran más familiarizados con la aplicación de esta ley; y con relación a la pregunta dos, la mayoría de litigantes encuestados han representado adolescentes en los nuevos juzgados de la niñez y adolescencia, por lo que se demuestra que cada vez se dan a conocer más los mecanismos de protección de los derechos de los niños y adolescentes, y con ellos sus

procesos y procedimientos especiales, y solo un 20% aun no han llevado casos en los nuevos juzgados.

3. Señale un promedio de casos de la Niñez y Adolescencia que ha llevado:



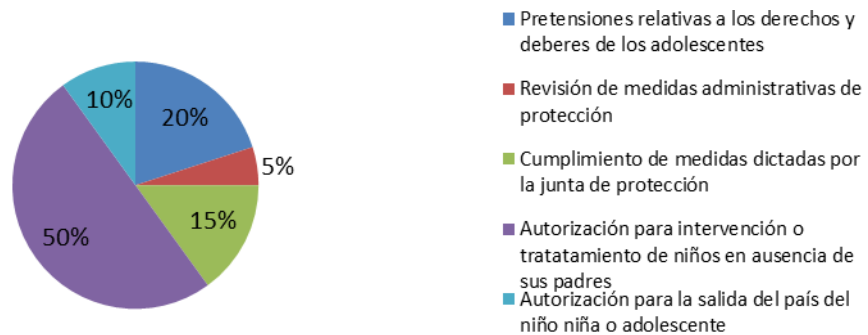
4. ¿Cuáles han sido las causas más comunes para ello?



Conclusión de los resultados obtenidos: De la pregunta tres, el 90% de los encuestados, respondieron que el porcentaje de casos que ven en su cotidianidad relacionados en niñez y adolescencia es un porcentaje bajo, con relación a otras aéreas del derecho. Con relación a la pregunta cuatro, los porcentajes más altos, en relación a las causas que originan los procesos de las niñez y adolescencia, son el de cumplimiento de medidas dictadas por la

junta de protección y la autorización para la salida del país del niño niña y adolescente, en ambos casos prevalecen los procedimientos administrativos sobre los procesos de intervención judicial.

5. ¿Cuáles han sido las causas menos comunes?



6. ¿Cómo ha sido la intervención del adolescente en el proceso?



Conclusión de los resultados obtenidos: En la pregunta cinco, el porcentaje más alto en relación a las causas menos comunes de los procesos especializados de la niñez y adolescencia es la autorización para intervención o tratamiento de niños en ausencia de sus padres, esto refleja la falta de preocupación por parte de aquellos, ya que por regla general, los niños y adolescentes no suelen solicitar tratamientos, puesto que son inconscientes del problema, siendo los encargados de estos quienes deberían estar al pendiente, pero como lo demuestra la encuesta realizada

es bien poca la demanda de este tipo de procesos. De igual forma en la pregunta número seis, El 60% de los encuestados, coinciden en que la intervención del adolescente en el proceso ha sido activa, es decir como parte demandante, ejercitando su derecho de acción acorde a su capacidad.

7. ¿Quién le ha conferido el poder con el que actuó?



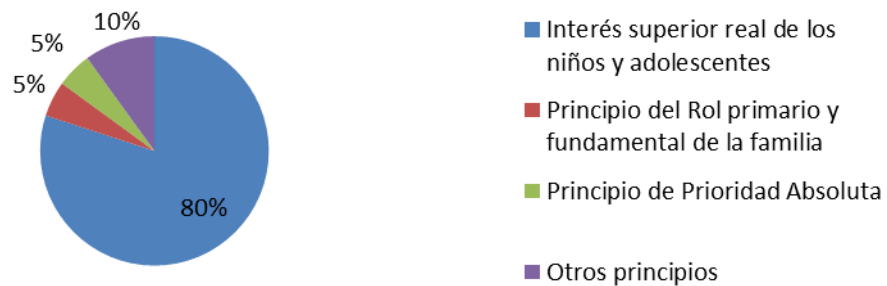
8. ¿Cómo legitima al adolescente para el otorgamiento del poder?



Conclusión de los resultados obtenidos: Según las respuestas de la pregunta siete, la mayoría de los encuestados al intervenir en un proceso de niñez y adolescencia han legitimado al adolescente a través de los padres, siguiendo las normas del derecho civil, y solo un 5% se han atrevido a legitimar el adolescente por sí mismo. Con relación a la pregunta ocho, los documentos a presentar para legitimar la actuación del adolescente, el 40% de los

encuestados coinciden que lo hacen mediante la certificación de partida de nacimiento del adolescente, a este porcentaje le sigue el 30% en segundo lugar, los cuales aun legitiman al adolescente a través de sus padres.

9. ¿Cuáles es el principio primordial que prevalecen en los procesos en que intervienen adolescentes?



10. En el Artículo 218 de la LEPINA, se habla de la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años que pueden otorgar poder. ¿Ha representado judicialmente a un adolescente mayor de 14 años?



Conclusión de los resultados obtenidos: En la pregunta número nueve, Si bien es cierto todos los principios son necesarios e importantes en un proceso, el principio que prevalece sobre los demás, según el 80% de los encuestados es el de Interés superior real de los niños y adolescentes, el cual es observado desde el nacimiento del derecho de familia con relación a los niños y niñas y retomado por la LEPINA. Según las respuestas de la

pregunta diez, el 65% de los encuestados, no han representado judicialmente a un adolescente mayor de 14 años, y un 35% de los encuestados si lo han hecho.

11. ¿Ha aplicado la disposición antes mencionada, sobre la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años, en otras materias?



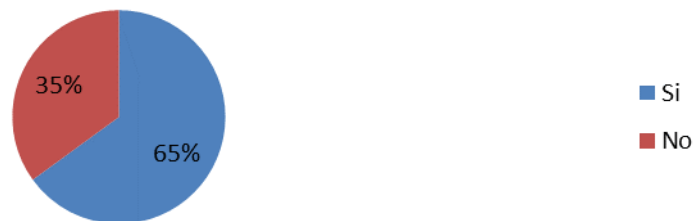
12. ¿Puede comparecer el adolescente?



Conclusión de los resultados obtenidos: En las respuestas de la pregunta número once, El 60% de los encuestados coinciden en que si han aplicado las disposiciones de la LEPINA, en otras materias, por lo que queda demostrado que la implementación en lo que respecta a derechos de la niñez y adolescencia no se limita a materia de familia sino a cualquier otra área del derecho cuando así sea requerido. De igual forma en las respuestas de la

pregunta doce, el 80% de los encuestados respondieron que si puede comparecer el adolescente en un proceso, con relación a ejercer su derecho de representación por sí mismo.

13. ¿Ha conocido casos en los cuales no sean de conocimiento del juzgado especializado en mención, pero que se haya suplido con la Lepina, respecto a la capacidad procesal para darle solución?



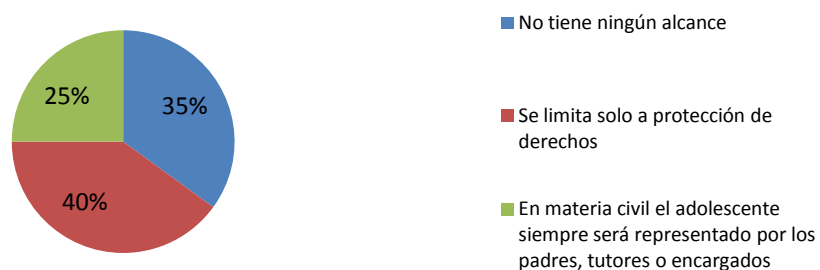
14. ¿Qué postura debe tomar en representación del adolescente?



Conclusión de los resultados obtenidos: Según las respuestas de la pregunta número trece, el 65% de los encuestados, coinciden en haber conocido casos fuera de los juzgados de la niñez y adolescencia y haber suplido con la LEPINA lo relacionado a los niños, niñas y adolescentes. Y según los

resultados obtenidos en la pregunta catorce el 70% de los encuestados, respondieron que la postura del adolescente debería ser siempre activa, demostrando de esta forma que si se le reconoce al adolescente la progresividad de sus facultades.

15. ¿Cuál es el alcance de la capacidad procesal del adolescente en materia civil?



Conclusión de los resultados obtenidos: El 40% de los encuestados, contestaron que el alcance de la capacidad procesal del adolescente en materia civil se limita a la protección de sus derechos, y es así como en la práctica también se desarrolla de igual manera, ya que el adolescente solo interviene por sí, cuando se le vulnera algún derecho, o para la protección de este.

5.1.2 Cuestionario dirigido a defensores públicos de la procuraduría general de la república

1- ¿Cuánto tiempo tiene de ser defensor público?



2. ¿Ha llevado algún litigio en el Juzgado de la niñez y Adolescencia?



Conclusión de los resultados obtenidos: La pregunta N°1 tiene como principal objetivo medir el tiempo de ejercicio como defensor público de la PGR, cuyos resultados muestran que un 60% de los defensores tienen entre 10 y 15 años de ejercer como tales al interior de la institución, a diferencia de un 20% que tiene entre 5 y 10 años de ejercer como defensores; y por último, un mismo porcentaje que el anterior del 20% se ubica en un lapso de tiempo de 1 y 5 años de ejercicio. De igual forma en la pregunta N° 2 un porcentaje igualitario coincidió en un 50% que Si han llevado Litigio ante los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia, mientras que el otro 50% manifestaron que No han llevado litigio ante estos Juzgados especializados.

3. Señale un promedio de casos de Niñez y Adolescencia que ha llevado ante los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia:

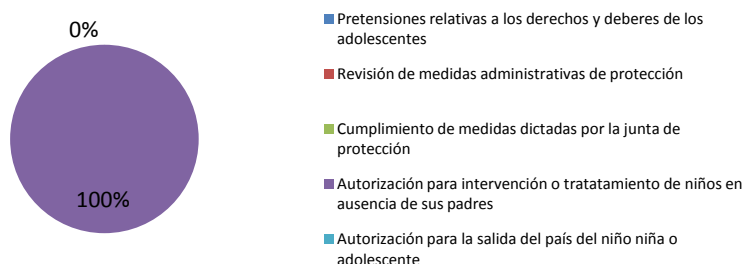


4. ¿Cuáles han sido las causas más comunes de los casos que ha llevado en los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia?

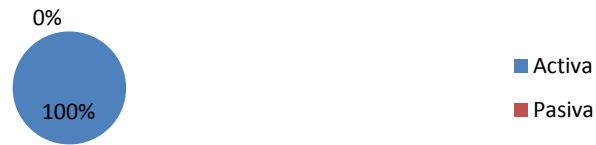


Conclusión de los resultados obtenidos: La Pregunta N°3 los resultados demuestran que de la totalidad de encuestados el 60% de defensores públicos de la PGR, ha llevado entre el 41% a 50% de casos ante los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia, y un 40% manifiesta que entre el 21% a 31% ha llevado este tipo de litigios. Así mismo en la Pregunta N°4 con esta interrogante se trató de identificar las causas más comunes de los casos, que los defensores de la PGR, han llevado ante los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia, dando como resultados los siguientes: un 60% indicó que es por autorización para salida del país del adolescente, mientras que un 20% por revisión de medidas administrativas de protección y por último un mismo porcentaje del 20% manifestó que por pretensiones de afectación a los derechos del adolescente.

5. ¿Cuáles han sido las causas menos comunes?



6. ¿Cómo ha sido la intervención del adolescente en el proceso?



Conclusión de los resultados obtenidos: Pregunta N°5 en esta interrogante, la totalidad de los defensores indicaron que la causa menos común de los casos que han llevado en los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia ha sido autorización para intervención quirúrgica o tratamiento médico de los adolescentes en ausencia de sus padres. en la Pregunta N°6 de los casos que los defensores públicos han llevado ante los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia el 100% indico que la intervención del adolescente en el proceso fue activa.

7. ¿Quién ha solicitado la asistencia pública a la PGR?



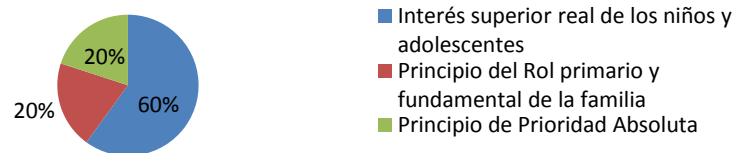
8. ¿Cómo legitima al adolescente para su participación en el proceso?



Conclusión de los resultados obtenidos: Pregunta N°7 se trató de indicar

quienes han solicitado los servicios públicos de la PGR, para la representación procesal de los adolescentes, para lo cual señalaron que el 60% ha sido por los padres, en comparación con un 20% por los abuelos y otro 20% por tutores. En la pregunta N°8 con esta interrogante se indicó la forma de legitimar a un adolescente para su intervención en el proceso, para lo que los encuestados manifestaron lo siguiente: un 40% señaló que, mediante la certificación de partida de nacimiento; así mismo, otro 40% mediante el testimonio de los padres del adolescente, y por último un 20% indicó que mediante el carnet de minoridad.

9. ¿Cuáles son los principios primordiales que prevalecen en los procesos en que intervienen adolescentes?



10. En el Artículo 218 de la LEPINA, se habla de la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años que pueden otorgar poder. ¿Ha representado judicialmente a un adolescente mayor de 14 años?



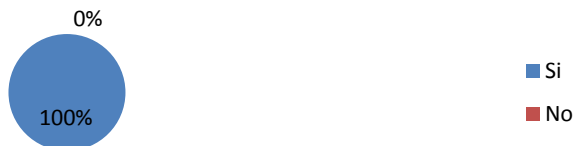
Conclusión de los resultados obtenidos: Pregunta N°9 se trató de identificar a través de los entrevistados cuales de los principios primordiales prevalecen

en los procesos en que intervienen los adolescentes; al respecto, los defensores públicos de la PGR, indicaron lo siguiente: un porcentaje mayor del 60% hizo referencia al principio de interés superior real del adolescente, y un 20% al principio del rol primario y fundamental de la familia, y un último 20% al principio de Prioridad Absoluta. En la Pregunta N°10 del total de defensores públicos de la PGR encuestados, el 100% ha representado judicialmente a un adolescente mayor de catorce años de conformidad como se dispone en el Art. 218 de la LEPINA.

11. ¿Ha aplicado la disposición antes mencionada, sobre la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años, en otras materias?

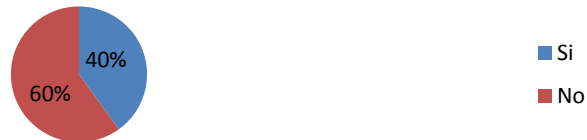


12. ¿Puede comparecer el adolescente?



Conclusión de los resultados obtenidos: Pregunta N°11 de la aplicación supletoria de la capacidad jurídica procesal de la que menciona el Art. 218 de la LEPINA de los adolescentes mayores de 14 años en otras materias, la totalidad de los entrevistados indicaron que No han aplicado esa norma en otras materias del derecho. De igual forma según las respuestas de la Pregunta N°12 el 100% de los encuestados indicó que Si los adolescentes pueden comparecer en un proceso.

13. ¿Ha conocido casos en los cuales no sean de conocimiento del juzgado especializado en mención, pero que se ha haya suplido con la LEPINA, respecto a la capacidad procesal para darle solución?

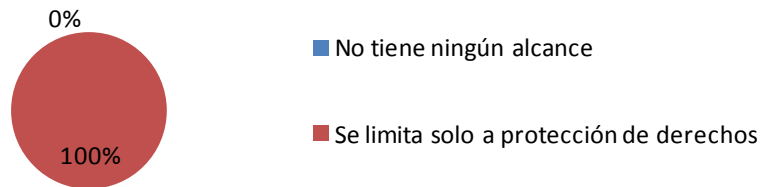


14. ¿Qué postura debe tomar en representación del adolescente?



Conclusión de los resultados obtenidos: Pregunta N°13 indica que el 60% No ha conocido casos en los cuales en el Juzgado Especializado de Niñez y Adolescencia haga una aplicación supletoria de la norma, respecto a la capacidad procesal de los adolescentes. Así mismo en la Pregunta N°14 el 100% de los defensores públicos indicaron que como representación del adolescente se debe tomar una postura activa.

15. ¿Cuál es el alcance de la capacidad procesal del adolescente en materia civil?



Conclusión de los resultados obtenidos: Con lo anterior se indica que el 100% señala que el alcance de la capacidad procesal del adolescente en materia civil solo se limita a protección de sus derechos.

5.1.3 Entrevista Realizada A Juez Especializado de La Niñez Y Adolescencia, (Juez Uno) de San Salvador.

LIC. RUTH ANABELL MARTINEZ AGREDA

Fecha de entrevista: 26 de Junio de 2018.

-. ¿Cuánto tiempo tiene de ejercer como Jueza Especializada de la Niñez y Adolescencia?

Seis años – desde el 03 de enero del 2011.

¿Desde cuándo opera la Jurisdicción Especializada de la Niñez y Adolescencia?, ¿Cómo nace esta Jurisdicción?

A partir de la creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en abril del año 2010, una vez publicada y entrando en vigencia en enero 2011, se inicia lo que se denomina la jurisdicción de la niñez y adolescencia, que buscan en un primer momento desjudicializar los casos de violaciones de los derechos de los niños, y adolescentes, a través

de las juntas de protección, las cuales serán las encargadas de conocer estos casos, según las competencias establecidas en el art. 161 LEPINA.

En el país hasta la fecha existen 16 juntas de protección, ubicadas 3 en San Salvador y una por cada uno de los restantes departamentos del país.

¿Cuáles serían los casos más comunes que llegan al Juzgado de Niñez y Adolescencia?

En su gran mayoría se pueden resumir en procesos abreviados.

¿Cuáles son los criterios principales que aplica para resolver esos casos?

Al igual que en todo proceso, toda resolución debe respetar las garantías constitucionales, por lo que en toda resolución se aplican el criterio de:

Respeto de las Garantías Constitucionales

Como es en la materia a la que nos referimos, no puede jamás faltar el criterio basado sobre el Interés superior real de los niños y adolescentes, así como el del Rol primario de las familias y el de la Unidad Filial.

¿Cuáles serían los casos menos frecuentes que llegan al Juzgado de Niñez y Adolescencia?

Acciones de protección por Derechos difusos. *En el Artículo 218 de la LEPINA, se habla de la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años que puede otorgar poder. ¿Alguna vez ha resuelto casos donde el adolescente mayor de catorce años, haya comparecido por medio de su abogado ante este tribunal para demandar a sus padres?*

Si la respuesta es SI.

- a) *¿Cómo resolvió el caso?*
- b) *¿Qué principios rectores aplico?*
- c) *¿Qué criterios utilizó para valorar la capacidad jurídica procesal del adolescente que ejerció su derecho de acción.*
- d) *¿Cómo se aplica el principio del ejercicio progresivo de las facultades?*

SI.

a.) Si han habido casos en donde el adolescente demanda a sus padres, estos casos gozan de reserva.

b.) Debemos de recordar que el derecho de los niños y adolescentes es total y absolutamente Inclusivo, por lo tanto la capacidad del adolescente se presume, incluso a pesar de no tener un poder general judicial por escrito, teniendo en cuenta siempre el ejercicio progresivo de las facultades.

c. y d) el criterio fundamental es el del ejercicio progresivo de las facultades, ya que este es decisivo para determinar si el adolescentes tiene la suficiente comprensión de lo que esta sucediendo, sin que su actuar sea manipulado.

¿Puede aplicarse la disposición antes mencionada, sobre la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años en otras materias?

Por el principio de Literalidad se entiende que puede aplicarse únicamente a materia de derecho de familia.

5.1.4. Entrevistas a Secretarios del Juzgado Especializado de Niñez y adolescencia de San Salvador.

En esta investigación se consideró de suma importancia indagar con relación al aspecto Psico-jurídico, para conocer la capacidad procesal y la aplicación

del derecho de acción en los procesos judiciales de los adolescentes mayores de 14 años, y si estos pueden comparecer ante notario para otorgar poder, haciendo una interpretación progresiva del Artículo 218 de la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia,

Por esta razón se tomó una pequeña muestra de Abogados que desempeñan la función de Secretarios de los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia, juez uno y dos respectivamente de San Salvador, siendo nuestra muestra constituida por dos Secretarios.

Según entrevista realizada con fecha veintisiete de junio del dos mil dieciocho, al Licenciado Andrés Eliseo Cruz Clara, Secretario del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia, (Juez uno) nos manifestó lo siguiente:

Los procesos más comunes de conocimiento del Juzgado en mención, con relación a adolescentes mayores de 14 años son los procesos abreviados de autorización de salida del país en base al artículo 230 de la Lepina y el Proceso de Revisión de Medidas de Protección artículo 123 de la LEPINA

Los principales criterios de aplicación para resolver los casos de adolescentes mayores de 14 años son por medio de la sana crítica y, la jurisprudencia de la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia.

Los casos menos frecuentes que se conocen en el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia son los procesos de adopción según la Ley Especial de Adopción y los procesos abreviados de intervención quirúrgica relacionados al artículo 230 de la LEPINA

Hasta el momento nunca se ha presentado en el juzgado casos en los cuales un adolescente mayor de 14 años por si mismo, haya comparecido por

medio de su abogado ante este tribunal para demandar a sus padres, tutor o abuelo.

El artículo 218 de la LEPINA sobre la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de 14 años es aplicable en otras materias como en Procesos Familiares, Proceso de petición de alimentos, Procesos de cuidado personal, etc.

El adolescente puede legitimarse en los procesos en el Juzgado Especializado de la Niñez y adolescencia para el otorgamiento de poder de tres formas: mediante el pasaporte como documento de identificación¹³⁶; por medio del carnet de minoridad extendido por las alcaldías; o mediante dos testigos mayores de edad.

Los principios que prevalecen en los procesos en que intervienen adolescentes son los principios del ejercicio progresivo de sus facultades y el Principio de igualdad.

Y por último como segunda entrevista realizada con fecha diecisiete de julio del dos mil dieciocho, a la Licenciada Fátima Raquel González Cruz, secretaria del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia, (Juez dos) quien nos manifestó lo siguiente:

Los procesos que son del conocimiento de este Juzgado se dividen en dos tipos: Los primeros son los procesos abreviados, en los cuales se encuentran las autorizaciones de salidas del país y los segundos, los procesos de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales primeramente deben ser de conocimiento de una Junta de Protección, por

¹³⁶ Según opinión personal del Lic. Andrés Eliseo Cruz Clara, Secretario del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia, (Juez uno), el pasaporte puede fungir como documento de identificación en proceso; aunque en realidad en base al artículo 1 de la Ley de Identificación personal para los menores de dieciocho años, y los artículos 73 y 74 de la LEPINA, se reconocen solamente como medios de identificación el carnet de identificación personal y la partida de nacimiento.

medio de un proceso administrativo, esta debe determinar que el niño, niña y adolescente se ha separado de sus padres y esto bajo dos supuestos: un acogimiento institucional y la otra, que haya un recurso familiar que no es su familia de origen: de esta forma se remite el expediente al Juzgado de la Niñez y Adolescencia y la Señora. Jueza verifica todo el proceso y resuelve sobre el caso tomando como medida lo que más favorezca al niño, niña o adolescente.

Los criterios principales que se aplican para resolver los casos en que intervienen adolescentes mayores de 14 años básicamente corresponden al interés superior del niño, niña y adolescente del que se trate el caso; en ocasiones se tratan de demandas que van enfocadas sobre todo a la oposición de uno de los padres, en los casos abreviados entonces van enfocados a garantizar el derecho del adulto como madre o padre, pero siempre velando por el interés superior del niño y el ejercicio progresivo de sus facultades. Siendo así estos dos principios los pilares fundamentales que permiten a la jueza tomar la decisión y resolver adecuadamente.

Los casos menos frecuentes que conoce el Juzgado son aquellos procesos en que las propias juntas de protección sean las que se les señala como vulneradoras de derechos de los niños niñas y adolescentes, porque para poder hacerlo tienen que tener legitimidad y establecer una persona para poder demandar a la junta de protección.

Desde la creación del Juzgado en enero del 2011 hasta ahora nunca ha habido un caso en el que sea el propio adolescente el que quiera iniciar el proceso, precisamente porque sería su padre, madre, tutor o abuelos que tendrían que ser responsables los que estarían vulnerando los derechos de ellos.

El artículo 218 de LEPINA sobre la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de 14 años puede aplicarse a otras materias, como por ejemplo en los casos que se inicien en aplicación de la Ley Procesal de Familia, porque precisamente cuando la Lepina hace referencia que a partir de los 14 años los adolescentes tienen facultades para ellos mismos iniciar el proceso e incluso poder nombrar abogado; pero el error que muchas veces se comete es que se intenta solo hacer concebir a los procesos creados por dicha ley, sin integrar a otro tipo de legislaciones y procesos; lo que pasa es que en ocasiones cuesta hacer una interpretación extensiva, pero en realidad esa capacidad jurídica puede ser aplicable en otros ámbitos y otras jurisdicciones.

La legitimación del adolescente en el otorgamiento del poder en el juzgado casi siempre y por lo general son por medio del padre o madre, ellos son los que buscan el abogado y ella o él dice actuando en representación de mi hijo. También en algunos ámbitos administrativos por lo general se pide que venga representado por su padre, madre o tutor, cuando perfectamente lo pueden hacer ellos mismos.

Los principios que prevalecen en el proceso en que intervienen adolescentes son el interés superior del niño, niña o adolescente y el ejercicio progresivo de sus facultades y quizás también el de corresponsabilidad que es la necesidad de que realmente se garanticen los derechos de los niños, niñas y adolescentes no solo por sus padres, sino que se trata de un trabajo en conjunto de la familia, el Estado y la sociedad, esos son básicamente los principios que nos regimos, ya que la decisión que tome la Sra. Jueza tiene que ser aquella que mayores derechos garantice.

5.1.5 Entrevistas dirigidas a Psicólogas miembros del Equipo Multidisciplinario del Juzgado Especializado de Niñez y Adolescencia

En esta investigación se consideró de suma importancia indagar con relación al aspecto psicológico para la determinación de la capacidad de los adolescentes mayores de 14 años, que a la luz del Artículo 218 de la Ley de Protección Integral de Niñez Y Adolescencia, pueden comparecer ante notario para otorgar poder y sean representados legalmente por medio de su apoderado en un proceso.

Por esta razón se tomó una pequeña muestra de los Licenciados en Psicología, quienes son parte del Equipo Multidisciplinario de los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia, juez uno y dos respectivamente de San Salvador, siendo nuestra muestra constituida por dos Psicólogas.

Según entrevista realizada con fecha veintisiete de junio del dos mil dieciocho, a la Licenciada Carmen Eugenia Chicas de Mercado, integrante del Equipo Multidisciplinario del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia, (Juez uno) nos manifestó lo siguiente:

El derecho a la opinión de los niños, niñas y adolescentes es de mucho interés y principalmente por estar determinado en la ley. La opinión de ellos debe ser tomada en cuenta para la toma de decisiones, todo esto relacionado con el desarrollo evolutivo del ser humano, de acuerdo a la edad del niño, la niña o del adolescente, se puede tener claridad que su forma de expresión es propia, natural y la esperada a su edad, partiendo de estos aspectos se valora si es oportuno lo que el niño, niña o adolescente está expresando.

Independientemente de los sucesos en los que el niño, niña o adolescente están siendo involucrados, se les escucha, pero previamente la Señora Jueza solicita un estudio psicosocial, esto se hace con el fin de verificar a donde va orientada la opinión del adolescente.

Con el estudio psicosocial se busca indagar sobre la orientación y el estado mental del adolescente, se necesita saber si es un adolescente que tiene sus capacidades psicológicas normales, para ello no se hacen pruebas de inteligencia por qué no se necesita, lo que se pretende es saber si él o la adolescente tiene la capacidad mental para poder comprender y responder lo que se le está preguntando en relación a su entorno.

El objetivo principal al realizar el estudio psicosocial es comprobar los factores de: orientación en tiempo y espacio, el estado de conciencia del adolescente, su estado emocional y valorar su estado cognitivo, en este último ver si ha tenido el proceso educativo propio a su edad y también ver la relación que tiene con su entorno familiar. Si cada uno de estos aspectos se ejecutan de una manera normal y positiva, podemos determinar que esto contribuye a que el adolescente tenga una mayor capacidad de entendimiento, saber qué es lo que sucede a su entorno y que es lo que pide en caso de verse afectados sus derechos, y puede diferenciar entre lo real, correcto o incorrecto.

Lo anterior es parte fundamental para comprobar que, en el caso del adolescente puede tener madurez suficiente a su edad, ya que se puede llegar a comprobar su desempeño en relaciones interpersonales, escolar, el sentido de responsabilidad que haya desarrollado o no, expectativas a futuro, estos son aspectos psicológicos y emocionales que dependen para considerar si tiene o no la madurez para reconocer su situación en un proceso legal.

Tanto el niño, niña y adolescentes están facultados para ser parte en un proceso de relación familiar, pero más aún si se determina que tiene la capacidad de desarrollo natural o normal esperada a su edad.

Y por último como segunda entrevista realizada con fecha diecisiete de julio del dos mil dieciocho, a la Licenciada Elizabeth Sorto, integrante del Equipo Multidisciplinario del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia, (Juez dos) nos manifestó lo siguiente:

El derecho de opinión es imprescindible en razón que, a partir de los seis años de edad, se concede audiencia de opinión con el niño, niña o adolescente, en el caso de este último, podemos darnos cuenta en su forma de expresión, en su lenguaje, de por sí se sabe que el adolescente ya tiene una capacidad para poder discernir entre lo bueno y lo malo, puede valorar su entorno familiar del que es parte.

Para determinar esa capacidad de poder ejercer acciones que conlleve ciertas repercusiones a su alrededor, como psicólogos y en conjunto con las demás áreas del equipo multidisciplinario se realiza un estudio psicosocial el cual consiste en evaluar al adolescente por medio de una entrevista en la cual se le formulan preguntas que sean de su pleno entendimiento y en relación a su situación familiar, así mismo se evalúa su grupo familiar, rendimiento escolar y demás relaciones interpersonales que el adolescente tiene.

En el adolescente es muy difícil que pueda verse influenciado en un proceso ya sea por medio del padre o madre debido que el adolescente a la edad de catorce años, puede diferenciar entre lo bueno y lo malo, tiene la capacidad emocional para poder ponderar su entorno en el que vive.

Por lo tanto, la información obtenida en estas entrevistas, nos ayuda a conocer la postura de las psicólogas del Equipo Multidisciplinario de los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia de San Salvador en relación a la determinación de la capacidad emocional y el alcance de la

madurez de los adolescentes, esta entrevista contribuye a la comprobación de la hipótesis de nuestra investigación.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Al finalizar la investigación se lograron cumplir con algunos objetivos planteados al inicio de la presente investigación tales como: Identificar los factores que intervienen para que el adolescente mayor de 14 años ejerza el derecho de acción de conformidad a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, así como el analizar los derechos de estos, la evolución de estos derechos y la normativa que los regula, para poder así evaluar la forma en que se aplica en la vida práctica y su cumplimiento.

En cuanto a los Factores que intervienen para que el adolescente mayor de 14 años ejerza el derecho de acción de conformidad a la LEPINA, tenemos que estos son perceptibles tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito psicosocial de los mismos. En este orden al hacer referencia del primer ámbito, tenemos el reconocimiento constitucional de los derechos de los adolescentes, la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual generó la legislación en materia de familia y consecuentemente la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como una ley especial en la cual se le reconoce al adolescente la capacidad plena en el ejercicio de sus derechos, por lo que se les reconoce la capacidad para comparecer y promover cualquier proceso en caso de vulneración de sus derechos, tal y como lo reconoce el art. 218 de la ley en estudio.

El único límite al derecho de representación, se encuentra establecido en el mismo artículo 218, en el cual regula que: "...en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental y privación de la administración de sus bienes, deberán actuar representados por el Procurador General de la

República o sus agentes debidamente facultados para ello...” por lo que son los únicos casos según la Ley Vigente en materia de niñez y adolescencia en los cuales los adolescentes no pueden ejercer su derecho de representación.

En este mismo orden de ideas, al referirnos al segundo ámbito, los adolescentes que son parte en un proceso de esta naturaleza, se les realiza un estudio psicosocial, con el cual se busca indagar sobre la orientación y el estado mental del adolescente, siendo el objetivo principal el comprobar los factores de: orientación en tiempo y espacio, el estado de conciencia del adolescente, el estado emocional y valorar su estado cognitivo, y también ver la relación que tiene con su entorno familiar. Si cada uno de estos aspectos se ejecuta de una manera normal y positiva, se determina la capacidad de entendimiento del adolescente y la madurez de este para su edad, determinando así su capacidad.

Con relación a la transición por la cual han pasado los niños como un objeto de derecho a un sujeto de derecho, ha sido un viaje evolutivo de los mismos, se puede concluir que en los últimos años los esfuerzos por reivindicar los derechos de los niños, niñas y adolescentes se centraron básicamente en lograr que se les considere personas, bajo la misma condición de cualquier persona adulta. La Convención del Niño y la creación en nuestro país de una Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia representan un esfuerzo de reafirmación y de consolidación de los derechos del niño. Su importancia radica en la reafirmación de la posición del niño en el derecho, ya no viéndolo como un mero objeto del derecho a una protección especial, sino como un sujeto de todos los derechos reconocidos por la normativa nacional como internacional. Finalmente, la Convención del Niño ha representado en las legislaciones y en el pensamiento jurídico y social en general, un verdadero punto de transición. Sus aportes son muchos y

valiosos pero sin duda, el más grande de ellos es el cambio de la idea de que los niños, niñas y adolescentes son objeto de derechos a la de que son sujetos de derechos.

En lo que respecta a la evolución de leyes reguladoras de temas de Protección de Niñez Y Adolescencia en El Salvador, es hasta la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia que retoma un enfoque novedoso e íntegro en relación a la gama de derechos que previamente se han establecido en la Constitución para la niñez y adolescencia y que diferentes cuerpos normativos como el código de menores, Ley de menor infractor o Ley Penal Juvenil , hoy ya derogados, Código de familia etc, se quiso regular ampliamente lo relacionado con derechos y demás instituciones jurídicas alusivas a los niños, niñas y adolescentes.

Con la creación de la Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia, se materializa la ratificación de la Convención Sobre los Derechos de Niño por El Salvador. Siendo esta ley la que rompe con el esquema Civilista de que los adolescentes si pueden tener capacidad Procesal y de promover Procesos por ellos mismos.

En lo referido al ejercicio de la Capacidad Jurídica Procesal de los adolescentes, a pesar que la Ley los faculta para comparecer por medio de su apoderado en un proceso, no han sido conocido tales casos por los Juzgados Especializados de San Salvador, aún se mantiene el esquema tradicional de comparecer por medio de sus representantes legales, sean estos principalmente sus padres tutores u otros.

Como se ha determinado existen factores que hacen efectivo el ejercicio del Derecho de Acción por los adolescentes, que está relacionado con el Principio de acceso a la Justicia, siendo el factor de madurez el que

determina la capacidad que tiene el adolescente de poder identificar entre lo real y no real en una situación determinada, puede identificar cuando hay afectación a sus derechos y en consecuencia puede comparecer por sí mismo, tal como lo faculta la Ley.

Y sobre los criterios establecidos por los Jueces especializados en la materia de niñez y adolescencia para resolver, se puede concluir que prevalece el interés superior real del niño y adolescente, el Rol primario de las familias, sin dejar de tener en cuenta el criterio de la Unidad Filial, así como el respeto de las garantías constitucionales. Estos en conjunto representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a los criterios para establecer la capacidad de los adolescentes mayores de 14 años en los procesos, el juez se limita al estudio realizado por el equipo multidisciplinario del juzgado, es decir el psicólogo, quien realiza las pruebas pertinentes para establecer la madurez del adolescente.

RECOMENDACIONES

Tras el análisis jurídico y el estudio de campo realizado, recomendamos:

A los legisladores: Reformar la LEPINA en materia procesal, o la creación de una ley procesal de protección integral de la niñez y adolescencia que desarrolle con exactitud la manera en que los adolescentes serán legitimados dentro de un proceso. Así como realizar una interpretación autentica del art. 218 del cuerpo normativo en mención, para establecer el alcance de la capacidad de los adolescentes, para tener claro su aplicabilidad en otras materias y bajo que supuestos.

Al Órgano Judicial: La capacitación por parte de la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, en materia de niñez y adolescencia, en énfasis al derecho de representación judicial de los adolescentes mayores de 14 años, a toda la comunidad jurídica incluyendo abogados en el libre ejercicio de la profesión y operadores de justicia.

A la sección del notariado de la Corte Suprema de Justicia: se exhorta a hacer una interpretación extensiva del artículo en estudio, para que establezca la forma y el medio en que el adolescente deberá ser legitimado.

A los profesionales del derecho: Se recomienda concientizarse en el deber de estar siempre actualizados con las nuevas normativas, e involucrarse mas en el tema de niñez y adolescencia, para evitar la vulneración de estos derechos.

Al Ministerio de Educación: Se le recomienda realizar campañas de divulgación de los derechos que la LEPINA le reconoce a los niños, niñas y adolescentes, para que estos tengan conocimiento de todos sus derechos.

BIBLIOGRAFIA

Libros

Álvarez , Julia “*Manual de derecho procesal*”, 2ªed. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1992.

Azula Camacho, Jaime “ Manual de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso”, Tomo II parte general. Bogota Colombia: Temis, 2002.

Azula Camacho, Jaime “*Manual de derecho procesal civil, tomo I*”, Universidad Católica de Colombia *Bógota, Colombia: U.C.C., 2010.*

Bailón Valdavinos, Rosalío “Teoría General del proceso y derecho procesal civil: Preguntas y respuestas,2ªed., México: Limusa Noriega Editores, 2004

Baratta, Alessandro, Democracia y Derechos del Niño, AAWW Justicia y Derechos del Niño, ed.,UNICEF, Chile, 2007.

Beloff, Mary, Los Derechos del niño en el sistema interamericano. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

Casas, Ferran, «Infancia: perspectivas psicosociales», ed. Paidós, Barcelona, 1998.

Couture Etcheverry, Eduardo Juan “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3ra. ed, Buenos Aires : Depalma, 1977.

Dávila, Paulí y Naya, Luis M. “ Derechos de la infancia y educación inclusiva en américa latina”, Buenos Aires, Argentina, Gránica 2011

Demolombe, Charles, traité de la distinction des biens, de la propriété, usufruit, de l'usage et de l'habitation (en el vol. IX del cours de Code Napoleon).

Devis Echandia, Hernando "Estudios de Derecho Procesal", Bogota, Temis, 1979.

Devis Echandía, Hernando "Teoría General del Proceso", Buenos Aires: Universidad Argentina, 1997.

Espín Canovas, Diego "Manual de derecho civil español", Vol. 1, parte general. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

Fairen Guillen, Victor "La transformación de la demanda en el proceso civil", 4° ed. Santiago de Compostela: Librería Porto, 1949.

Farith, Simon "Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales.1ª ed., Cevallos Editorial Jurídica, Quito, 2008

Fraga, Gabino "Derecho Administrativo", ed. 29, Mexico: Porrúa, 1990.

García Máynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Cuadragésima octava Edición. México, DF.: Porrúa, 1966.

Gozáini, Osvaldo Alfredo "*La legitimación en el proceso civil*", Argentina Buenos Aires: ed. Comercial y fimadera, tuculmán, 1996.

Herrera, Marissa, En La Familia en el Nuevo Derecho, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

Nuñez Rivero, Cayetano, El estado y la constitución salvadoreña, ed. Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2000.

Rocco, Ugo “Tratado de derecho procesal civil”, vol. 5, Bogota Colombia: Temis, 1977

Tesis

Escobar Escobar, Ana Miriam, “La prostitución infantil y los derechos de la niñez en El Salvador”, Tesis, Universidad de El Salvador, San Salvador 1998.

Paniagua Aguirre, Carmen Elizabeth “El derecho de familia en las medidas de protección al menor contempladas en la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al menor” (Tesis, Universidad de El Salvador, San Salvador 1994.

Rodrigo Lara, María Belén “La Libertad de Pensamiento y Creencias de los menores de edad” Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

Legislación

Código Civil de El Salvador. (El Salvador, Ministerio de Gobernación, Decreto Presidencial, G. Barrios, del 23 de agosto de 1959).

Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto No. 677, publicado en el Diario Oficial No. 231, del Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993)

Código de Menores (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto No. 516, publicado en el Diario Oficial No. 21, Tomo No. 242, del 31 de enero de 1974)

Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto No. 712, publicado en el Diario Oficial No. 224, del Tomo 381, del 27 de diciembre de 2008)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente, 1999)

Constitución de la Republica de El Salvador. (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto No. 38, publicado en el Diario Oficial No. 234, del Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983).

Ley de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (Argentina, Ley N° 25.673, Sancionada el 23 de mayo de 2003; Publicación B.O.- 26 de mayo de 2003)

Ley de Educación Nacional (Argentina Ley N° 26.206, Sancionada y promulgada en diciembre de 2006)

Ley de Migraciones (Argentina, Ley N° 25.871, Decreto N° 616/2010)

Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (Argentina Ley N° 26.364, DECRETO 978/10)

Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente (Argentina Ley N° 26.390, BUENOS AIRES, 4 DE JUNIO DE 2008, BOLETIN OFICIAL, 25 DE JUNIO DE 2008)

Ley de Protección Contra La Violencia Familiar (Argentina, Ley N° 24.417 Sancionada: diciembre 7 de 1994; Promulgada: diciembre 28 de 1994)

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador, Unidad Técnica del Sector Justicia, Decreto No. 839, publicado en el Diario Oficial No. 68, del Tomo 383, del 26 de marzo de 2009).

Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Argentina Ley N° 26.061 Sancionada: Septiembre 28 de 2005 , Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005)

Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes (Venezuela: Asamblea Nacional Bolivariana de Venezuela, 2015).

Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes (Venezuela: Asamblea Nacional Bolivariana de Venezuela, 2015),

Ley Procesal de Familia de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto No. 133, publicado en el Diario Oficial No. 173, del Tomo 324, del 20 de septiembre de 1994)

Institucional

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Observatorio del Bienestar de la Niñez, “La Familia: El entorno protector de nuestros Niños, Niñas y Adolescentes Colombianos”, Volumen n° 15. 2013.

Programa regional de capacitación en violencia domestica a nivel Centro Americano, “Guía Metodológica de Capacitación en el abordaje de la violencia intrafamiliar contra los niños y niña”. Editorial IDHUCA, San Salvador, El Salvador, 2005.

Jurisprudencia

Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999*. Serie C No. 63, párr. 188. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.

Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002*. Serie A No. 17, párrs. 41 y 42. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

Sentencia de Amparo Referencia: 431-98 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2000).

Sentencia Definitiva, Ref: 101-A-2011 (El Salvador, Cámara de Familia de la sección del Centro, 2011) Programa M.I.S., Sistemas Maestros de Información S.A. / <http://www.masterlex.com>

Sentencia definitiva, Ref: CF01-200-A-2002 (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador, 2003).

Sentencia interlocutoria, Ref: 015-11-SA-F1 (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección de Occidente, 2011),

Sentencia Interlocutoria, Ref: 040-11-AH-F (El Salvador, Cámara de Familia de la sección de Occidente, 2011); Sentencia Interlocutoria Ref: 043-11-AH-F (Cámara de Familia de la Sección de Occidente, 2011).

Sentencia Interlocutoria, Ref: 052-11-ST-F, (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección de Occidente, 2011).

Sentencias Definitivas, Referencia: 139-11-AH-F, (El Salvador, Cámara de Familia de la Sección de Occidente, 2011)

Revistas

Alonso Pérez, Mariano, «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, n°2, Enero 1997

Arrubarrena Madariaga Ignacia, *La Protección infantil: el papel de la familia (Dirección General de Familia, España, Ed. Gobierno de Navarra, Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud. Dirección General de Familia), 2006.*

Bailón Valdavinos, Rosalío “*Teoría General del proceso y derecho procesal civil: Preguntas y respuestas*, 2ªed., México: Limusa Noriega Editores, 2004

Buaiz, Yuri Emilio, *Todos los niños y niñas tienen derechos, (UNICEF, 2005).* Caracas, Venezuela.

Buaiz, Yuri Emilio, “*La Doctrina para la protección integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*”, *Oficial de Derechos del Niño, UNICEF.*

Casas, Ferran, «Infancia: perspectivas psicosociales», Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

Chávez Ascencio, Manuel “Capacidad”, *Revista de derecho privado*, n.7, Departamento de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 2005.

Cost Moner, Jordi: *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España: Los antecedentes de la Convención. Síntesis de un logro (Material para formación de profesionales en Lepina)*, <http://www.cnj.gob.sv>.

Cruz González, Nerio “Nociones de jurisdicción, acción, proceso y pretensión como instituciones básicas que integran la disciplina del Derecho Procesal” tesis para optar al grado de especialista en derecho procesal, Universidad Católica Andrés Bello, Trujillo, 2012

Dávila, Paulí y Naya, Luis M. “ *Derechos de la infancia y educación inclusiva en américa latina*”, Buenos Aires, Argentina, Gránica 2011.

De Mause. Lloy “*Historia de la Infancia*” Barcelona: Alianza Universidad,1982

<http://www.apega.org/attachments/aticle/277/historiaderechosdeinfanciast>.

Fairen Guillen, Victor “La transformación de la demanda en el proceso civil”, 4° ed. Santiago de Compostela: Librería Porto, 1949.

Finco Daniela, *Igualdad de Género en las instituciones educativas de la primera infancia Brasileña*, Ed. Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud, Brasil, 2015.

Gascón Abellán, Marina “*Reflexiones en torno al Derecho procesal constitucional*” Bogotá, Colombia: Universidad El Bosque, 2012.

Gil Domínguez, Andrés, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Ley de Protección Integral de Niños, niñas y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada Anotada Concordada.1ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2007.

Gozainí, Osvaldo Alfredo “*El derecho procesal constitucional y los derechos humanos: vínculos y autonomías* Instituto de investigaciones jurídicas: Universidad autónoma de México, 1995.

Montejo Rivero, Jetzabel Mireya “*Menor de edad y capacidad de ejercicio, reto del derecho familiar contemporáneo*” Universidad de Camagüey, Cuba, 2012. <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1036>.

Moráis De Guerrero y G. María, “Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.

Muga Rossana, Valdivieso Erika, “*Familia y Derechos Humanos*” Instituto de Ciencias para el Matrimonio y la Familia, Facultad de Derecho- Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Perú 2013.

Pérez Valladares, Gilma, y Güirola, Ima “*El Marco Legal e Institucional para la protección de la Niñez y Adolescencia ante la explotación Sexual comercial en El Salvador*”.El Salvador: 2005.

Pérez Vargas, Victor “Derecho Privado”, San José, Costa Rica, Publitex,1995.

Pilar Nicolás, *El Régimen Jurídico de la Minoría de edad* (Fundación Instituto Roche), <https://www.institutoroche.es/legalnaciones/6>

Pinto, Mónica, Los Derechos Humanos del Niño en AA.VV. HERRERA, Marissa, La Familia en el Nuevo Derecho, 1ª Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009.

Placido Vilcachagua, Alex Fernando “Infancia y adolescencia: de objeto de tutela a sujeto de derecho con capacidad progresiva para ejercer derechos fundamentales”, block de Alex Placido: Investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, niños y adolescentes,.

Podetti, Ramiro “Teoría y Práctica del proceso civil”, Buenos Aires: Ediar, 1942

Polaino Aquilino, Lorente “*Fundamentos de Psicología de la Personalidad*”, Instituto de Ciencias para la Familia, Ed. Rialp, S.A. 2003, Madrid, España.

Pulido N., coordinadora del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia, ONG, Publicación digital Télam, 12 de abril de 2017.

Puppio, Vicente “*Teoría General del Proceso*”, 7ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

Priori Posada, Giovanni F. “La Capacidad en el Proceso Civil, Derecho y Sociedad” Universidad de la Cuenca del Plata, 2002.

Sánchez Brito, Eloísa “Análisis de la Capacidad Jurídica Procesal de niños, niñas y adolescentes desde un enfoque constitucional, LOPNA Y Código Civil”, Venezuela, Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo.

Tejeiro López, Carlos Enrique, “Teoría General de la Niñez y Adolescencia”, 1998 editado por UNICEF Colombia.

Unesco, Igualdad de Género, Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo, Publicado en 2014 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación

Valdivinos Rosalio Bailon, “Teoría general del proceso y derecho Procesal Civil: Preguntas y respuestas” ,México DF.: Limusa 2004.

Vescovi, Enrique “Teoría General del Proceso”, Bogotá Colombia: TEMIS, 1984.

Diccionarios

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, 17^a ed., Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1993.

Páginas web

https://www.ecured.cu/Save_the_Children

<https://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/patronato/patronato.htm>

<https://es.scribd.com/document/190556520/Exposicion-de-Motivos-de-La-LEPINA>

<http://www.icdp.org.co/revista/articulos/3/JaimeVidalPerdomo.pdf>.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>

<http://www.telam.com.ar/notas/201704/185486-derecho-nino-procesos-judiciales-nora-pulido.html>

http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf